

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
2005/2**

Hakemli Dergi

II

Galatasaray Üniversitesi Yayını No: 49

Galatasaray Hukuk Fakültesi No : 32

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergidir.

Bu kitaba ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eseri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Bu kitapta yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

Prof. Dr. Ercüment ERDEM

Prof. Dr. A. Işıl KARAKAŞ

Araş. Gör. Dr. S. Anlam ALTAY

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı Temmuz 2007'de yayınlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Yayınları

Baskı - Cilt : Kahraman Ofset

Bağcılar/İstanbul (0-212) 629 00 01

Kapak Tasarımı: Gülgonca ÇARPIK

Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.

Himaye-i Etfal Sokak Talas Han No: 13-15 Cağaloğlu-İSTANBUL

Tel: (0 212) 511 54 32 - **Fax:** (0 212) 511 36 50

e-mail: betakitap@betakitap.com www.betakitap.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 80840 İSTANBUL

DERGİ YAZI KURULU

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL, Prof. Dr. Ziya AKINCI, Prof. Dr. Atilla ALTOP, Prof. Dr. Nami BARLAS, Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR, Prof. Dr. Alain BOCKEL, Prof. Dr. Pierre Henri BOLLE, Prof. Dr. Yalçın ÇAKALIR, Prof. Dr. İzzettin DOĞAN, Prof. Dr. Ercüment ERDEM, Prof. Dr. Celal ERKUT, Prof. Dr. Işıl KARAKAŞ, Prof. Dr. Ahmet KIRMAN, Prof. Dr. Erden KUNTALP, Prof. Dr. Pierre Le MIRE, Prof. Dr. İlber ORTAYLI, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ, Prof. Dr. Ata SAKMAR, Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ, Prof. Dr. Samim ÜNAN, Prof. Dr. Duygun YARSUVAT, Prof. Dr. Hamdi YASAMAN, Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA, Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU.

Doç. Dr. Erdoğan BÜLBÜL, Doç. Dr. Enver Murat ENGİN, Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL, Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK, Doç. Dr. İlhan YILMAZ.

Yrd. Doç. Dr. Serap AMASYA, Yrd. Doç. Dr. Cem AYAYDIN, Yrd. Doç. Dr. Şebnem GÖKÇEOĞLU BALCI, Yrd. Doç. Dr. Erdem BÜYÜKSAĞIŞ, Yrd. Doç. Dr. Murat DEVELİOĞLU, Yrd. Doç. Dr. Ali DURAL, Yrd. Doç. Dr. Mehmet ERDEM, Yrd. Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ, Yrd. Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK, Yrd. Doç. Dr. Emre ÖKTEM, Yrd. Doç. Dr. Şule ÖZSOY, Yrd. Doç. Dr. Melike BATUR YAMANER.

MCF. Dr. Eric SALES.

Ar. Gör. Dr. Anlam ALTAY, Ar. Gör. Dr. Ahu AYANOĞLU MORALI, Ar. Gör. Dr. Tolga AYOĞLU, Ar. Gör. Dr. Tuba KARAMAN, Ar. Gör. Dr. Kürşat TANGÜN, Ar. Gör. Dr. Zeynep ÜSKÜL.

Ar. Gör. Eylem AKSOY, Ar. Gör. Özge AKSOYLU, Ar. Gör. Güçlü AKYÜREK, Ar. Gör. Süheyla BALKAR, Ar. Gör. Nur BOLAYIR, Ar. Gör. Pelin ÇAVUŞOĞLU, Ar. Gör. Balca ÇELENER, Ar. Gör. Burak ÇELİK, Ar. Gör. Ege GÖKTUNA, Ar. Gör. Mehtap İPEK, Ar. Gör. Başak KARAMAN, Ar. Gör. Mehmet KARLI, Ar. Gör. Cenk KESKİN, Ar. Gör. Sedef KOÇ, Ar. Gör. Bleda KURTDARCAN, Ar. Gör. Pınar MEMİŞ, Ar. Gör. Özgür MUMCU, Ar. Gör. Çağla TANSUĞ, Ar. Gör. Mert YAŞAR, Ar. Gör. Didem YILMAZ, Ar. Gör. Fülürya YUSUFOĞLU, Ar. Gör. Sinan H. YÜKSEL.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

MAKALELER

Prof. Dr. Cemal Bali AKAL/ Ar. Gör. Reyda ERGÜN	5
L'identité est la prison du corps	
Doç. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAG	13
Günümüzün Düşünsel Temeli ve Sorunu Olarak Yeniçağ'ın Bilgisel Dönüşümü	
Yard. Doç. Dr. Deniz KIZILSÜMER	25
Uluslararası Deniz Mahkemesinin 10. Yılı	
Ar. Gör. Dr. Peri URAN	63
Bicameralism, Federalism And Democracy : A Comparative Perspective	
Ar. Gör. Bahadır APAYDIN	85
Türk Spor Hukuku'nun Tarihsel Gelişimi	
Ar. Gör. R. Bleda KURTDARCAN	101
Meskun Mahâlde Muharebe ve İnsancıl Hukuk: İsrail-Hizbullah Çatışması Kapsamında Kısa Bir Değerlendirme	
Osman Serkan GÜLFİDAN	119
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde adil yargılanma hakkı ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi	

ÖZEL HUKUK**MAKALELER**

Prof. Dr. Ziya AKINCI	149
Yatırım Anlaşmaları ve Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim	
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	163
Medenî Usûl Hukuku'nda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması	
Prof. Dr. Samim ÜNAN	193
La reception du Code Civil Suisse par la Turquie	
Prof. Dr. Samim ÜNAN	211
Influence du Code Napoleon sur le droit commercial turc	
Doç. Dr. Haluk Nami NOMER	223
Sebeatsız Yere Ödenen Paradan Kaynaklanan Zenginleşmelerde İadenin Kapsamı	
Öğr. Gör. Reha TANÖR	231
Hisse Senetleri Borsada İşlem Gören Ortaklıklarda Denetim Mekanizmalarını Güçlendirmeye Yönelik Bir Model Önerisi	
Ar. Gör. Nur BOLAYIR	269
Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nda İstinaf	

KARAR VE MEVZUAT TAHLİLLERİ

Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK	289
2005 Temmuz-Aralık Mali Hukuk Gelişmeleri	

HUKUK YARIŞMALARI

İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi Farazi Dava Duruşması Yarışması'nda İkincilik Ödülü Alan Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Takımının Hazırladığı İddianame ve Savunma Dilekçesi	311
--	-----

KAMU HUKUKU

MAKALELER

L'IDENTITE EST LA PRISON DU CORPS*

*Prof. Dr. Cemal Bali AKAL**/ Ar. Gör. Reyda ERGÜN****

L'homme dont on nous parle et qu'on invite à libérer est déjà en lui-même l'effet d'un assujettissement bien plus profond que lui. Une "âme" l'habite et le porte à l'existence, qui est elle-même une pièce dans la maîtrise que le pouvoir exerce sur le corps. L'âme, effet et instrument d'une anatomie politique; l'âme prison du corps.

Michel Foucault
Surveiller et punir

Dans la modernité, le droit ne peut être pensé que dans un lien de réciprocité avec l'Etat. L'Etat se renforce avec son droit et de même, le droit avec l'Etat. Etant donné que l'on ne peut penser ce dernier séparé de son droit et que la souveraineté, qui est avant tout un concept juridique, affirme l'indépendance juridique absolue de l'Etat, alors l'Etat ne peut pas être considéré comme une entité restreinte par son droit. Si on veut opposer le droit à l'Etat, on ne peut le faire qu'avec une logique qui dépasse la modernité. Par exemple, lors d'un moment critique durant lequel un centre supraétatique commence à proposer des solutions à des conflits nationaux; ou encore au moment où la logique de l'Etat-Nation avec sa souveraineté perd son sens ancien afin que le droit s'identifie avec un ordre universel et devienne pensable sans Etat.

De même, les droits ne peuvent être pensés de manière différente. Dans la modernité, l'être humain ne peut être protégé que dans un cadre où l'Etat est

* Trad. Marie-Hélène Sauner.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*** Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

son interlocuteur principal. Dans un contexte où ils se trouvent alors contrebalancés par les devoirs, le bien public, ou encore l'intérêt national, les droits sont pensés dans une prétendue harmonie avec les institutions abstraites pour lesquelles la priorité est donnée à l'Etat. La modernité se présente donc comme un processus *dépersonnalisant* les droits. Aujourd'hui dans la mesure où la structure Etatique/nationale est remise en cause, le concept moderne des droits l'est aussi. Les modèles des droits modernes et les liens établis à l'intérieur de chacun d'entre eux avec un Sujet -Dieu, l'Etat, l'Individu-, ou encore les représentations de l'homme qui sont propres à chaque modèle, tout cela perd son sens...

L'un des moyens hypothétiques de penser les droits contre l'Etat, serait donc de pouvoir les penser en même temps comme opposés au droit moderne. Ainsi, on peut parler d'un antagonisme entre "le droit et les droits", dans un contexte où le droit ne peut pas organiser l'espace corporel/intellectuel de la singularité et où chacun garde son autonomie vis à vis de l'autre... Cette proposition semble à première vue étonnante puisque "le droit" et "les droits" ont le même sens moderne; mais on doit finalement accepter que le moyen de protéger les "hommes qui ont des droits" passe par l'affaiblissement du droit moderne. En transformant notamment la liberté d'expression en une liberté corporelle/intellectuelle que l'espace d'autonomie singulier ne peut transgresser.

La redécouverte des droits, cette fois-ci en collaboration avec les êtres humains, correspondra à la découverte d'une nouvelle démocratie. Ce sera l'affirmation de la singularité contre la structure moderne qui limite les droits. Autrement dit, la recherche d'un système dans lequel chacun serait un moyen illimité d'expression corporel/intellectuel... Pour le moment, on ne peut parler d'une telle démocratie qui pourtant selon les termes de Spinoza, serait la plus propice à l'être humain. Car, tant que les hommes, en tant que moyens d'expression corporels/intellectuels singuliers, ne sont pas en communication universelle, parfaite, réciproque et illimitée, l'établissement de la vraie démocratie sera impossible. Tout comme il est impossible d'ailleurs de l'encercler dans les frontières nationales... Même si le pluralisme domine, le manque de communication lui, perpétuera l'existence de masses silencieuses; et donc aussi l'absurdité -en termes spinozistes- d'un gouvernement au sein duquel les uns continuent à décider au nom des autres...

Mais *la verita effettuale*, ouvre la voie qui permet de repenser les droits. Une voie que la Migration Universelle ouvre... Juste avant la modernité, on avait élaboré une théorie du "droit de communication" qui s'opposait à la nouvelle logique moderne. Un droit de communication proposé comme droit universel.

Sous ce nom général de “droit de communication”, la circulation illimitée des biens, des hommes et des idées se trouvaient réunis. La conséquence de cette réunification était évidente¹. La seule circulation des biens, si les hommes et leurs idées ne circulent pas, n'est pas suffisante pour que l'on puisse parler d'un droit de communication. Bien sûr cette théorie ne pouvait être en adéquation ni avec le modèle de structuration moderne divisant le monde en entités nationales, ni avec le mécanisme colonialiste accompagnant la modernité et fonctionnant du centre vers la périphérie toujours dans un sens unique.

On ne peut séparer radicalement la circulation des corps de la circulation des idées. Quand on empêche les corps de circuler librement on ne peut avancer en même temps que les idées circulent tout à fait librement et vice versa. Du point de vue des droits, le problème crucial de la modernité réside là. Les frontières limitent d'abord l'autonomie corporelle/intellectuelle. Et dans le cadre moderne, la démocratie, bien éloignée d'une vraie démocratie communicationnelle, reste un ersatz de démocratie. Pour établir une auto-organisation communicationnelle au lieu de la domination de l'absurdité, c'est à dire de la minorité ou de la pluralité, il faut que le droit de la communication fonctionne collectivement et sans limites. Et il faut repenser et interpréter le concept de la souveraineté dans ce sens: La souveraineté est-elle l'opposée d'une vraie démocratie?

Aujourd'hui la modernité est menacée par quelque chose qui peut la changer radicalement. Les anciens centres coloniaux, comme conséquence inévitable du dérèglement d'un système, reçoivent le contre-coup de ce qu'ils ont toujours envoyé en sens unique: la Migration. Cette Nécessité, si on l'accepte au lieu de s'y opposer, peut ouvrir la voie à la réalisation universelle d'un droit de communication. La circulation illimitée corporelle/intellectuelle étant la première condition d'une démocratie universelle, les droits des migrants, ne seront autre chose que l'utilisation illimitée de la liberté d'expression.

La Migration s'impose aux structures fermées du monde moderne. Les masses, en forçant les portes, incitent à prendre au sérieux des hommes qui ne sont pas des citoyens, et qui sont donc sans identité. En brisant ces portes, ils forcent ainsi ces structures à effectuer tant bien que mal un changement. Avec cette menace, ils les forcent peut-être à se replier sur elles-mêmes, les poussant au conservatisme, à être réactionnaire, mais en même temps, ils

1 Francisco de Vitoria, “De la guerre contre les indiens”, Jean Baumel., Les leçons de Francisco de Vitoria sur les problèmes de la colonisation et de la guerre, Imprimerie de la presse. Montpellier 1936, 243-247.

les orientent vers un nouveau projet pour repenser aussi l'être humain, les droits, les espaces autonomes qui détruisent le lien traditionnel Etat/individu. Grâce aux migrants, ce qui peut être pensé dorénavant, ce sont les droits des êtres humains réels, exempts d'identités, qu'elle soit nationale, ethnique, religieuse ou sexuelle, etc... Les droits des migrants² constituent un bon exemple pour penser un droit de communication que l'on pourrait élargir sans cesse pour embrasser tout, une circulation corporelle/intellectuelle illimitée, mais au-delà de cette circulation, l'autonomie illimitée du corps directement aussi; le corps libéré enfin de toute identité...

Si l'on pense que l'identité est relative au collectif et que tout contrôle empiète sur les identités, alors nous pouvons dire en pensant à Foucault que "l'identité est la prison du corps". Si le contrôle passe par les techniques du corps, faut-il faire circuler les corps infiniment pour l'entraver? Et par ailleurs, si l'identité est relative au collectif, la singularité brise-t-elle le contrôle?... Peut-être pourrions nous même avancer que la recherche de Spinoza hors de la communauté était celle d'une démocratie libérée de toute identité. Celle de la *Multitudo*...

Aujourd'hui si le temps est venu de repenser les droits, d'une manière critique, il faut aussi se garder du piège de la *real politic*. Avec une logique qui fait appel à l'imagination, au jeu libre de l'esprit, il faut avoir le courage d'utiliser des "par exemple". Il faut avoir le courage de questionner le *statu quo*, de dépasser les concepts et généralisations qui emprisonnent les sciences sociales. Il faut dire des choses nouvelles qui dépassent les concepts juridico-politiques modernes et la soi-disant réalité qu'ils expriment. Plutôt que de penser les droits abstraits de la modernité, il vaudrait mieux penser les droits concrets des hommes dans leur existence singulière corporelle/intellectuelle. Peut-on s'affranchir des concepts et des généralisations par la destruction de la dualité esprit/corps? Ainsi, on pourrait enfin dire que la mentalité moderne excluant les masses silencieuses de l'espace des droits soi disant universaux n'est pas absolue... Il serait aussi possible d'ajouter que l'Etat-Nation, en tant que structuration accompagnant cette mentalité, n'est pas non plus absolu...

2 "Si les réfugiés représentent un élément si inquiétant dans l'organisation de l'Etat-Nation moderne, c'est avant tout parce qu'en brisant la continuité entre l'homme et le citoyen, entre *naissance* et *nationalité*, ils remettent en cause la fiction originaire de la souveraineté moderne. En exposant en pleine lumière l'écart entre la naissance et la nation, le réfugié fait apparaître un court instant, sur la scène politique, cette vie nue qui en constitue le présupposé secret. En ce sens, comme le suggère Arendt, il est vraiment "l'homme des droits", sa première et unique apparition réelle sans le masque du citoyen qui le recouvre constamment. Mais c'est précisément pour cela que sa figure est si difficile à définir politiquement" Giorgio Agamben, *Homo Sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Broché, Paris 2002, 137-142.

Haraway a eu le courage d'entreprendre une telle expérience intellectuelle avec *A cyborg manifesto*³. C'était un manifeste provocateur et étonnant qui déconstruisait pour reconstruire, et pour cela faisait appel à l'imagination. Le texte commençait ainsi: *Cet essai s'efforcera de construire un mythe politique et ironique fidèle au féminisme, au socialisme et au matérialisme*. Et au centre de ce mythe politique et ironique se plaçait l'image de Cyborg.

A ce propos, on peut se demander s'il y a un rapport entre la science-fiction et la politique ou les sciences sociales. Mais cette question n'est que la preuve d'un manque d'imagination et de courage nécessaire. L'image de Cyborg est avant tout créée dans une perspective nouvelle. Si elle réussit à faire parvenir le lecteur à une certaine compréhension alors on peut dire que le manifeste a atteint son but. Cyborg est l'image qui se trouve au centre d'une lutte politique et celle-ci constitue le rêve ironique d'une féministe socialiste et matérialiste essayant de reconstruire la réalité sociale. Mais pourquoi Cyborg? Parce que selon Haraway la différence entre la réalité sociale et la science fiction n'est qu'une illusion. Elle pense comme Leguin: *La science-fiction, en utilisant le futur comme métaphore, essaie de présenter la réalité*. Et quand on commence à repenser ainsi la réalité, on commence aussi à questionner ce qui est donné, en tant que réalité. Et dans ce processus, à mesure que l'on ose poser des questions, on se rend compte de l'existence de la 'contrainte'. Cette conscience est nécessaire pour pouvoir penser et chercher les probabilités. Et cette quête nécessite à la fois l'imagination et une conception créative. Haraway dira qu'on ne peut construire la liberté qu'à partir d'une telle conception.

The left hand of darkness de Leguin prouve que la science-fiction est un bon moyen pour accéder à cette conception. Le héros du roman est l'ambassadeur Genli Ai de Arz. A Gethen dont les habitants sont hermaphrodites il observe cette sociabilité qui lui permet de tout questionner; l'hétérosexualité, mais aussi les barrières rigides de sa masculinité... C'est un monde dans lequel les limites entre l'amitié et l'amour se perdent, où le *gender* est absent et le dualisme n'a aucun sens. Dans le roman, un Gethenien hermaphrodite et l'ambassadeur Arzien hétérosexuel, deux étrangers au départ, entreprennent un long voyage pendant lequel ils s'affranchissent de toute identité, tandis que naît entre eux une profonde amitié.

Cette expérience fictive permettra de repenser la réalité sociale existante. Quelle sorte de sociabilité peut donc exister dans un monde où être femme

3 Donna J. Haraway, *Simians, Cyborgs, and Women. The Reinvention of Nature*, Free Association Books, London 1991, 149-181.

ou homme n'est pas déterminant?⁴... C'est le but de LeGuin: *Sans vexer personne, bouleverser autant qu'on peut.*

Il est possible ici d'établir un lien entre l'image de Cyborg et la métaphore de la société hermaphrodite. On fait fausse route si l'on pense que Haraway et LeGuin font des projections sur l'avenir. Leur but n'est pas de décrire une société futuriste ni de dire utopiquement quel serait 'le meilleur des mondes'; mais d'un point de vue large et critique, atteindre 'ce qui est'. Les Cyborgs et la société androgène sont des métaphores qui permettront de mieux connaître l'homme. Une société ou une biologie alternatives peuvent ouvrir des portes mentales sur la multiplicité infinie de la réalité.

L'image de Cyborg qui renvoie à une existence alternative, apparaît là où la différence entre l'animal et l'être humain, l'organisme et la machine s'évaporent, contrairement à ce qui existe dans la tradition scientifique et

4 Une société dans laquelle n'existe pas de distinction entre hommes et femmes, dans laquelle les humains se transforment périodiquement en homme et en femme va dépasser un dualisme qui détermine essentiellement la distinction âme/corps et homme/femme (Ursula K. Le Guin, *The Left Hand of Darkness*, ACE Books, New York 1976). Si l'on se remémore la pensée de Spinoza, effaçant la distinction traditionnelle entre l'âme et le corps, alors cette métaphore de l'hermaphrodite permettra de réunir le corps et l'esprit. Gabriel de Foigny (1630-1692), tout comme LeGuin, grâce à une fiction au delà des genres, critique la société qui détermine les individus en les distinguant par catégorie sexuelle. La société que décrit Foigny dans son étonnant livre *La terre australe connue*, est totalement peuplée d'hermaphrodites. De manière tout à fait conventionnelle, Foigny critique l'organisation sociale dans laquelle il vit de même que ses valeurs par le moyen d'une société utopiste, tout en affirmant que l'existence d'une société idéale est tout à fait impossible. Cette position, sous ses deux aspects, est complètement spinoziste. Il est possible de surmonter la domination de l'absurdité et des superstitions grâce à une mentalité critique; mais aucune société ne peut ignorer le caractère contingent des humains et donc leur impossibilité d'être parfaits... Le héros hermaphrodite de ce roman, qui est arrivé dans ce pays à la suite d'un hasard, va recevoir une leçon spinoziste de la part des habitants qui se nomment "hommes complets" puisqu'ils possèdent les attributs des deux sexes, et plus particulièrement de la part d'un sage: Avant toute chose, il est impossible de séparer le corps de l'esprit. Ensuite, ce qui fait qu'un homme est "complet" est qu'il soit purifié des passions. Alors que les "demi-hommes" qui n'ont qu'un organe possèdent un savoir primaire et trompeur qui ne leur permet pas de voir où se trouve leur vrai désir ni leur vrai intérêt. Et en ce qui concerne la croyance, celle des "hommes complets" repose sur "le silence en matière de croyance". Il n'y a là-bas aucune cérémonie religieuse ni aucune discussion au sujet de la religion. Une seule chose peut être sue en ce qui concerne l'incompréhensible, et c'est la Nécessité qui explique le fait que rien ne pourrait être autrement. On ne parle pas au sujet de cette Force Incompréhensible car pour ce faire, il faudrait être Infinie comme elle. Plutôt que de dire des mensonges ou des aberrations, il faut laisser chacun libre de penser comme il l'entend et se taire. Qui peut affirmer qu'il connaît plus de choses qu'un autre à son sujet? Qui peut soutenir qu'il s'intéresse à l'humanité? C'est cela la Nécessité ou en d'autres termes "la liberté qui se trouve dans la cause universelle à laquelle chacun est rattaché de la même manière" (Gabriel de Foigny, *La terre australe connue*, S.T.F.M, Paris 1990. 83, 92, 93, 100, 108, 109, 113, 114, 120, 122, 124).

politique. Car la mentalité moderne est construite sur ces dichotomies. Elle est raciste, machiste, progressiste, basée sur la dualité nature/culture ; la culture étant considérée comme supérieure hiérarchiquement... Elle a besoin des frontières. Pour se reconstruire, elle crée un Autre en face d'elle-même... Et le Moi est toujours le produit des reflets de cet Autre. Haraway quant à lui, dans la tradition utopiste, partage avec le lecteur un même rêve lorsqu'il imagine un monde dans lequel le *gender* n'a aucun sens, avec l'image d'un Cyborg sorti de nulle part: celui de la possibilité de la construction d'une nouvelle réalité sociale. Le Cyborg est pervers, contestataire, utopiste et exempt d'innocence; une sorte de Moi post-moderne, à la fois collectif et singulier... Le Cyborg porte le drapeau d'un mythe politique élaboré là où d'autres dichotomies comme celles des corps/esprit, privé/public, femme/homme, primitif/civilisé perdent tout leur sens ; là où les concepts modernes ne servent à rien et à un moment où l'interprétation du monde à partir des catégories modernes s'avère infaisable... La Migration peut servir d'exemple pour l'élaboration d'un mythe politique semblable...

La Migration est un événement mal supporté, tant par les institutions que les concepts modernes. La mentalité moderne qui définit les droits des citoyens, s'avère impuissante face aux êtres humains qui quittent leur pays pour préserver leur existence corporelle/intellectuelle. L'impossibilité de trouver une solution à ce problème dans les limites de la mentalité moderne/traditionnelle, s'accompagne de l'insuffisance du statut juridique de Réfugié créé pour définir ceux qui ne sont plus des citoyens. On est obligé d'accepter aujourd'hui que le Droit des Réfugiés est une discipline mort-née ; dans le cas où, bien entendu, par universalité des droits, on entend la protection de l'être humain justement là où il est privé de toutes ses identités... Pour le moment il est impossible de protéger ces gens dans le cadre des institutions existantes, s'ils ne possèdent pas de documents permettant de les catégoriser au moins comme réfugiés. Donc une lutte politique doit commencer par là ; là où il est évident que la modernité est dans l'impossibilité de définir des droits...

La recherche d'une nouvelle définition servirait à dépasser les identités qui emprisonnent les singularités dans des généralisations et abstractions, en oubliant leur multiplicité. Pour protéger les droits de l'être humain, on doit protéger son autonomie corporelle/intellectuelle, sans se référer à une quelconque identité. Sinon ce ne sont que les identités qu'on protège. Les valeurs qui déterminent le contexte dans lequel l'homme doit vivre, sont élaborées aussi à partir de ces identités qui ne sont en fait que des abstractions. Alors, si l'on doit repenser les êtres humains, -qui ont des droits en tant que tels-, il faut se préparer à tourner vers une conception qui ne

renvoie pas à des mécanismes d'abstraction. Une telle conception n'est possible que si l'on dépasse le réflexe de penser le corps en le séparant de l'esprit.

Spinoza, en renvoyant les valeurs au corps, dépasse la dichotomie corps/esprit. Bien sûr, dans le tissu complexe des liaisons illimitées établies entre une multiplicité de corps, on peut tout de même parler d'une approbation générale des valeurs soi-disant communes. Mais il ne faut pas oublier de poser cette question fictive: Si les êtres humains possédaient d'autres propriétés biologiques/affectives qu'en serait-il des valeurs?

'Par exemple' si tous les êtres humains devenaient des hermaphrodites, que deviendrait le *gender* basé sur la masculinité, les valeurs construites sur l'hétérosexualité? Peut-on nier que l'on vit une sociabilité construite sur des dichotomies que l'image de Cyborg ridiculise et que cela va de pair avec une mentalité qui n'est elle aussi qu'une reproduction fictive? Doit-on affirmer que certains êtres humains, parce qu'ils ne sont ni citoyens ni réfugiés, n'ont pas le droit d'exister corporellement/intellectuellement? Faut-il, pour des abstractions, renoncer à tant de singularités? Jusqu'à quand l'exception continuera-t-elle à confirmer la règle et déterminer ce qui est humain? Quand vivra-t-on dans une société qui voit et montre la singularité sans crier à l'exception? Si une proposition contient une exception, cette proposition ne peut devenir une règle et ne peut être valable pour tous. Car alors cela n'est que le refus de l'autonomie corporelle/intellectuelle en tant qu'existence concrète. Or la modernité, devant ce problème concernant les droits, n'a pu proposer que La Règle ; en excluant la femme parce qu'elle n'est pas homme, le noir parce qu'il n'est pas blanc, l'homosexuel parce qu'il n'est pas hétérosexuel, le migrant parce qu'il n'est pas citoyen...

Si le monde se globalise vraiment, il faut oublier tout ce qu'on a appris et repenser les droits de ces êtres humains qui résistent pour exister; leurs droits qui n'est pas autre chose que cette résistance.

GÜNÜMÜZÜN DÜŞÜNSEL TEMELİ VE SORUNU OLARAK YENİÇAĞ'IN BİLGİSEL DÖNÜŞÜMÜ

*Doç. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ**

Yeniçağ'ın bilgisel dönüşümünü bir zaman sürecinde incelemek oldukça amaca uygun bir yaklaşımdır. Burada zaman, onu ölçen birimlerle ifade edilen niceliksel bir ölçüt değil, önemli olayların, kilometre taşlarının bir-biri ardınca dizilimini sağlayan yardımcı bir öğedir. Böylece Yeniçağ'ı, belli yüzyıllarla ifade etmek yerine onu, kendisini temsil eden imgelerle modellemek ve okuyucu önünde güncel deyimle yeniden kurmak, çarpıcı değişimin anlaşılması ve 21. yüzyılın insanı tarafından kavranılması açısından çok önemlidir. Buna iki yönden gereksinim vardır. *Öncelikle bu metnin savı, Yeniçağ'ın tarihi bir kırılma noktası olmasının yanında, onun bilgisel dönüşümüne benzer köklü bir dönüşümün günümüzde de yaşanmakta olduğunu. İkincisi böyle dönemlerin rasyonel olarak kavranılmasının yanında olabildiğince duygusal olarak da anlaşılması gerektiğidir.* İki noktanın birbirleriyle içsel bağlantılı olduğu ilk bakışta görülebilir, çünkü değişimin hızını döneminde yarattığı ya da yakaladığın psikolojik etki ciddi oranda desteklemiş; hatta ideolojik bir çerçeve içinde abartarak bir tür mitsel bağlantı eklemiştir. Bu bağlantı ilerleyen dönemde iyi ve kötü olarak nitelendirilebilecek tarzlarda kendisini göstermiş ve genelde siyasal-hukuksal bir 'haklılaştırma', 'meşrulaştırma' ya da lanetleme aracı olarak kullanılmıştır. Rasyonalist doğal hukuk ile hukuksal pozitivizm ya da liberal bireycilik ile tarihsel toplumculuk bir ölçüde bu mitsel bağlantı temelinde yükselmiştir. Ayrıca günümüzde de bilimsel ya da teknik gelişmelerle sosyo-psikolojik ve siyasal ortam arasında, belki bir neden sonuç bağlantısı kadar yalın değil ama, çok yoğun bir etkileşim ve karşılıklı belirleme ilişkisi bulunduğu açıktır.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi .

Dolayısıyla Yeniçağ'ın 'bilgisel dönüşümü'nü doğa bilimlerinde, matematikte, siyasette, hukukta, felsefede ya da bunların tümünde, toplumda gerçekleşen bir yenilikler ve farklılıklar dizisi olarak görmek yeterli değildir. Önemli olan çoğu daha önce de bilinen ya da bir biçimde temelleri atılan, ulaşılabilir olan birçok farklı ögenin; 'yaşam görüşünde', insanın kendisi ve evreni anlama ve yorumlama tarzında yarattığı değişikliktir. İşte Yeniçağ'ın özgün olan yanı, günümüzde gerek tarihsel olaylar gerekse çeşitli yönlerden gelen eleştirilerle yıpranan Aydınlanma'nın temel anlayışının yerleştiği, insanın kendisine ve bilgisine ilişkin köklü bir dönüşümün tarih sahnesinde görüldüğü zaman dilimi olmasından kaynaklanmaktadır. Dahası onun eski bilgisel dönüşümlere göre farklı ve üstün bir yönü daha vardır. *Günümüzdeki tüm meydan okumalara rağmen bugünü belirlemede o hala baş rolü oynamaktadır ve öyküsü henüz tamamlanmış değildir.*

Yeniçağ'ın 'Yeni Felsefesi'

"...[A]rtık evimizdeyiz ve fırtınalı bir denizde uzun bir yolculuktan sonra bir denizcinin yapması gerektiği gibi, görünen sahili selamlamalıyız; Descartes ile modern çağların kültürü, modern felsefe düşüncesi bugüne bizi getiren uzun ve dolambaçlı bir yolculuktan sonra gerçekten kendini göstermeye başlar"¹.

10-11 Kasım 1619 gecesi, tek bir kişinin ve insanlığın geleceğini etkileyecek olaylar zincirinde bir dönüm noktasıdır. Yeniçağ'ın bilgisel dönüşümünün tek bir kişi ya da olaya bağlanamayacağı kuşkusuzdur ancak, çağın ruhunu mükemmel ifade eden, düşünceleri 'Yeni Felsefe' adıyla tanınan ve belki de hepsinden önemlisi günümüzde postmodern akımlar tarafından Aydınlanma ve modernizmin asli sorumlusu olarak getirdiklerinden 'nefret' duyulan kişi Descartes ve düşünce de Kartezyen felsefedir. Dolayısıyla onun 10-11 Kasım gecesi gördüğü üç düş kişisel ve düşünsel yaşamını derinden etkilediği gibi insan düşüncesindeki ciddi bir kırılmayı da temsil eden yeni dönemin anlayışının nüvesini içinde barındırmaktadır. Etimolojik olarak düşüncenin düşten türetilmiş olması gibi Descartes düşüncesinin de aşağıdaki üç düşten kaynaklandığı söylenir:

"İlkinde vahşi bir rüzgarca havalandırılan Descartes, kolej (La Fleche) kilisesinin kapısına doğru sürüklenir ancak, kapıdan içeriye girmeden uyanır; ikincisinde ise çakan şimşekler ve ona ulaşan yıldırımlar vardır; üçüncüsünde ondan iki kitaptan birini seçmesi istenir, kitaplardan biri tüm bilimleri basitçe bir araya getiren bir söz-

1 (Hegel, Felsefe Tarihi Dersleri'nden aktaran) Tülin Bumin, Tartışılan Modernlik: Descartes ve Spinoza, YKY, 2. Baskı, İstanbul 2003, s.9.

lük diğeri ise gerçek bilgeliği bünyesinde toplayan bir Corpus poetarum'dur"².

Bu düşlerin kısa bir yorumu, (yorum sözcüğündeki *öznellik* daima akılda tutulmak kaydıyla) Yeniçağ'ın düşünsel tablosuyla ilginç bir benzerlik göstermektedir. Descartes'ın kendisini sürükleyen fırtınaya rağmen kolej şapeline, Ortaçağ'ın din merkezli skolastik düşüncesi içine girmeyi reddetmesi bu düşünceden radikal biçimde farklı bir anlayışla çalışacağını, Yeni Felsefe'yi temellendireceğini haber vermektedir. Ona ulaşan yıldırımlar yine geçmişten farklı olarak herhangi bir otoritenin rehberliğinden bağımsız, aracsız Tanrı esinin ona yol göstereceğini ifade etmektedir ki yıldırımların ışığı, *doğal ışığı* yani insan aklını ve onu merkeze alacak Aydınlanma düşüncesini; tek bir sözcükle Yeniçağ'ın belirleyici özelliğini anlatmaktadır. Son olarak da Descartes asla eskilerin bir derlemesini yapmayacak, skolastikle bütünleştiği için kendilerinden nefret edilen Platon, Aristo ve bunların temsilcilerinden farklı ve özgün bir düşünce ortaya koyacaktır.

Özellikle bu noktada yukarıdaki saptamalar açısından yeni olanın ne olduğu sorusu akla gelebilir. Rasyonalizm ta eski Yunan'dan, bu biçimde doğayı gözleme İslam düşüncesi ile Roger Bacon'dan başlatılabilir. Belki kendisinden *bir önceki döneme*, Ortaçağ'a ve onun skolastiğine göre yeni olan bir düşüncenin bu dönemde ortaya çıktığı doğrudur, ancak daha geniş bir zaman dilimi ele alındığında Descartes ve diğer rasyonalistler skolastiğin amansız düşmanları olarak görülebilecekleri gibi, onun bir devamı olarak da görülebilirler. Bu nedenle Descartes hem modern felsefenin kurucusu hem de son skolastik filozof olarak adlandırılabilir. Dahası Descartes ya da Spinoza ve Leibniz, Yeni Felsefe'de Tanrı'ya oldukça büyük bir rol de vermişlerdir. Örneğin Descartes, *Cogito* ile kendi varlığını kanıtladıktan hemen sonra Tanrı'nın varlığını kanıtlamaya geçer. Leibniz'in kuramında Tanrı'nın rolü aynı değerlendirmeye yol açacak ölçüdedir ve son olarak Spinoza bazıları tarafından 'Tanrı sarhoşu' olarak nitelendirilirken bazılarına göre de ateisttir³.

Bu yakınlık ve benzerlik aslında çok ciddi bir farkın bulandırılmasına neden olarak kullanılmalıdır. Dahası bu fark yukarıda değinildiği gibi yalnızca Descartes'la da sınırlı değildir. 17. Yüzyılla başlayan düşünsel devrimler döneminde tam bir zihniyet değişikliği kendini göstermiş, farklı bir

² Ahmet U. Türkbağ, "Descartes'ın Üç Rüyası", İ.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LV S.4, ss.25-43, İstanbul 1997, s.25; A. Boyce Gibson, The Philosophy of Descartes, Garland Publishing Inc., London 1987, s.34-35.

³ Leon Roth, Spinoza, Hyperion Press, 1986, s.15; R. McShea, The Political Philosophy of Spinoza, Colombia University Press, New York 1968, s.16.

evren ve insan anlayışı oluşturacak değişimler birbiri ardınca meydana gelmiştir. Bu değişim rüzgarının getirdiği yeni hava yalnızca Avrupa'nın kendi geçmişi olarak kabul ettiği skolastik felsefeden kopuşu değil aynı zamanda 17. yüzyıl düşüncesinin ağırlıklı olarak çıkış noktalarını oluşturan Doğu-İslam düşüncesinden de köklü bir ayrılmayı ifade eder. Bu farkın özetlenmesi için yine sözü edilen düşlerin yönlendirdiği düşüncelere dönmek gereklidir.

Descartes yapıtlarında felsefi yaklaşımla ilgili bir değişiklik yapmıştır ki bu aslında 'Aydınlanma' kavramının ta kendisidir: Metafizikle biten bir felsefe geleneğini metafizikle başlatmak başlı başına ciddi bir düşünsel devrimi ifade eder⁴. Çünkü felsefenin metafizikle bitmesi insan denilen varlığın, Tanrı ya da Rönesans'la canlanan pagan düşüncedeki doğaya hakim diğer güçler karşısında, yetilerinin sınırlılığını, haddini bilmesini ifade eder. Çünkü ona Tanrı tarafından bahşedilen akıl aynı zamanda O'nun tarafından iradi olarak da sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırma daha çok Tanrı'nın evrenle insana ilişkin daha başlangıçta, *zamandan* önce yaptığı proje gereğidir. İnsanın yaratılış amacı onun bazı şeyleri bilebilmesini ve bilmesini gerektirirken bazılarını da bilememesini ve bilmemesini zorunlu kılar. Aksi halde iman ile bilgi eş olacak ve Dünya'daki sınavın ya da kendisellikte hayatın anlamı kalmayacaktır⁵. Oysa Descartes'ın bu konuda yaptığı iki stratejik hamle vardır: İlk olarak yöntemi gereği, bir ölçüde yapmacık ve abartılı bile olsa gerçeği aramaya kuşkuyla başlayarak önce kendi varlığını kanıtlamak *ardından* Tanrı'nın varlığını kanıtlamaya geçmek ikincisi, Tanrı'nın ya da şeytan'ın (kötü cin) doğru bilgi konusunda kendisini aldatıp aldatmadığını tartışmak(!)⁶. İşte tüm bunların altındaki asıl varsayım ya da gizli temel kabul insan aklının kendisini, doğayı ve Tanrı'yı eksiksiz olarak bilebilecek kapasiteye sahip olduğunun kabulüdür ki Kant bunu 'Sapere Aude - Bilme Cüreti!' ifadesiyle haklı biçimde Aydınlanma'nın düsturu olarak ilan etmiştir.

"Aydınlanma, insanın kendi kendisine yüklediği vesayetten kurtuluşudur. Vesayet, insanın aklını, başkasının idaresi olmaksızın kullanma yeteneği olmamasıdır. Bu vesayet, akıldaki yetersizlikten değil de başkasının idaresi olmaksızın onu kullanma azmi ve cesareti olmamasından kaynaklanıyorsa, kendi kendine yüklenmiştir. Sape-

4 Metafizik Düşünceler'deki ya da Felsefenin İlkeleri'ndeki sıra bunu açıkça gösterir bu sıra kuşkuyla başlar ardından cogito ve Tanrı ile devam eder, fizik varlıklarla noktalanır. Bkz. Descartes, *Metafizik Düşünceler*, Çev. Mehmet Karasan, M.E.B., İstanbul 1942; Felsefenin İlkeleri, Çev. Mesut Akın, 3. Bası, Say Yayınları, İstanbul 1992.

5 Zaman açısından çok daha sonra yazılmakla birlikte: "İdraki meali bu küçük akla gerekmez zira bu terazi o kadar sıkleti çekmez" beyti bu anlayışı çok iyi biçimde özetler.

6 Descartes, *Metafizik Düşünceler* ss.101-104, 128 vd.

re Aude! "Kendi aklını kullanma cesaretine sahip olma!"-işte aydınlanmanın düsturu budur"⁷.

Bu cüretin 17. ve 18. yüzyıllar boyunca doldurulan içeriğine bakıldığında insan bilgisinin sınırları, doğru bilgiye ulaşım ulaşamayacağı ve ulaşılabilecekse bunun yöntemi üzerine tartışma ve vargıların sözü edilen dönüşümün temeli olduğu anlaşılır. Buradaki yaşamsal değişiklik, insan bilgisinin sınırlarının bize bugün safdil görünür bir tarzda olağan üstü genişletilmesidir. Bu genişletme ancak bir basitleştirme ile mümkün olabilmektedir ki bunu da yöntem ve doğa bilimi alanındaki gelişmeler hem tetiklemiş hem de desteklemiştir.

Yeniçağ'ın Eski Yöntemi!

Geometrik yöntem, bu değişimin ve dönemin öyle belirgin özelliklerinden biridir ki ona değinmeden ya da Yeniçağ'da ondan anlaşılmanın ne olduğu saptanmadan döneme ilişkin bir sonuca varılması olanaksızdır.

"(II. Kural:) *Ancak düşüncemizin doğru ve şüphe götürmez bir bilgisini edinebildiği şeylerle uğraşmak lazımdır...*bu kurala riayet, bizi, şimdiye kadar bilinen ilimlerden ancak aritmetik ve geometriye götürür... çünkü yalnız onlar tecrübenin belirsiz kaldığı hiçbir şeyi mutlak olarak kabul etmeyecek derecede saf ve basit şeylerle uğraşır, ve tamamıyla, muhakeme yoluyla çıkarılan bir takım neticelerden ibarettir. Böylece onlar bütün ilimlerin en kolay ve en açığıdır. Bütün bunlardan, hakikatte, yalnız aritmetikle geometriden başka bir şey öğrenmemek gerektiğini değil, fakat hakikatin doğru yolunu arayanların aritmetikle geometrinin ispatlarına eşit bir şüphesizlikle elde edilmeyen hiçbir şeyle uğraşmamaları gerektiğini çıkar-mak lazımdır"⁸.

Yalnızca Descartes değil geniş anlamda dönemin düşünürleri geometriyi tüm bilimlerin temeline yerleştirmektedirler. Öyle ki en kesin, doğru sonuçlar ancak geometrininkilerdir. Descartes'in, Hobbes'un, Spinoza'nın ve benzerlerinin kitaplarında kesinlik göstermek için verilen örnekler, bir üçgenin iç açıları toplamının 180° olması gibi, hep geometridendir. Geometri bilme-

7 Kant, "An Answer to the Question: What is Enlightenment?" (Konigsberg, Prussia, 30 Eylül 1784) <http://web.ed.ntnu.edu.tw/~t04008/frontpage/online/postmodernity/post2.htm> ve farklı bir İngilizce çeviri için <http://courses.essex.ac.uk/cs/cs101/KANT.HTM>; David Owen, *Maturity and Modernity Nietzsche, Weber, Foucault and Ambivalence of Reason*, Routledge 1998, s.7; Robert E. Lerner, S. Meacham, E. N. Burns, *Western Civilisations*, 13th Ed., Norton & Com., New York 1998, s.635.

8 Descartes, *Aklın İdaresi İçin Kurallar*, Çev. Mehmet Karasan, 2. Bası, MEB, Ankara 1962, ss.10,13, 14 vurgu metne ait.

yeni okuluna (Akademia) almayan Platon'un bilgi kuramının ana hatlarını ortaya koyduğu Menon diyalogunda örneğini geometriden seçtiği düşünülürse belki de 17. yüzyılın ve Aydınlanma'nın geometriye olan bu düşkünlüğüne şaşmamak gerekir. Descartes'ın Fermat ile birlikte analitik geometrinin kurucusu olduğu böylece, önceleri şekillerle çözülen geometri problemlerinin artık denklemlerle ifade edilebilme olanağının elde edildiği, o dönemde fiziğin matematikleştirilmesinin önemli bir gelişme olduğu, böylece ilginç olmakla birlikte doğanın (aşlında insanın, toplumun ve ona özgü olan ahlak ile siyasetin) 'geometrik' kavrayışının döneme hakim olduğu, belki de hepsinden önemlisi ve hepsinin özeti olarak Newton'un çekim yasasını ifade eden 'ters kare formülü'nün olağanüstü etkisi düşünülürse; 17. yüzyıla 'geometri dönemi' demek, Aydınlanma'yı da *geometrik devrimin* sonucu olarak görmek hiç de yanılın bir tutum olmayacaktır.

Descartes ve geometrinin bütünleşmesi tüm bunlarla sınırlı değildir. İlk modern ve son skolastik sıfatlarının ilk bakışta görünür kıldığı çelişki, onun felsefesi içinde yapıları tamamen farklı olan iki töz anlayışında zirveye ulaşır. Bu tözlerden biri düşünce (res cogitans) diğeri uzamdır (res extensa, mekan, yayılım). Bu iki töz ve çelişki en açık biçimde zihin ve bedenden oluşan insanda ortaya çıkar⁹. Descartes'ı daima zora sokan bu iki töz arasındaki ilişki ile ilgili ontolojik ya da epistemolojik paradokslar olarak adlandırılan sorunlar olmuştur. Mekanik anlayışını, cisimlerin ancak dokunma ile birbirlerine etki edebileceklerini, ayakta tutup bunu Tanrı ve ruh ile birleştirmenin yolunu ancak düalist yaklaşımla çözmeye çalışan filozof, çok değer verdiği Prenses Elisabeth'in kendisine sorduğu sorular başta olmak üzere pek çok ciddi soru ve sorunla karşılaşmıştır¹⁰.

Ancak burada önemli olan ve kartezyen felsefeyi aşan; onun, maddi varlıkların asıl özelliklerinin *uzamlı olmalarından* ibaret bulunduğunu ileri sürmesidir. Maddi varlıklar boyutlara sahiptirler ve boşlukta yer kaplarlar. Burada yaşamsal bir nokta ve yine tarihsel bir kırılma Descartes'ın 'uzam' ile 'boşluk' kavramlarını birbirlerine eşitlemesi böylece Yunan düşüncesinden farklılaşmasıdır¹¹. Ona göre boşluk yoktur uzay, içinde 'hepsi aynı cinsten ve hepsi hareket halinde maddeyle dolu' plenum'dur¹². Tüm maddi dünyanın bu biçimde ifade edil-

9 Descartes'ın en çok eleştirilen argümanına yeni ve ilginç bir yaklaşım için bkz. James P. Downey, Descartes's Real Argument, Ratio (new series) XV 1 March 2002, Blackwell Publishers Ltd, Oxford, ss.1-9.

10 Bkz. Descartes, Ahlak Üzerine Mektuplar, Çev. Mehmet Karasan, MEB, İstanbul 1992, s.4 dn.1.

11 Stuart Elden, "The Place of Geometry: Heidegger's Mathematical Excursus on Aristotle", HeyJ XLII 2001, ss. 311-328, The Editor/Blackwell Publishers Ltd, Oxford, s.322.

12 Colin. A. Ronan, Bilim Tarihi, Çev. E. İhsanoğlu, F. Günergun, 3. Basım, TÜBİTAK, Ankara 2003, s.385.

mesinin sonucu cisimlerin en, boy, yükseklik gibi özelliklerini uğraş konusu edinen geometrinin en önemli bilim olarak görülmesidir. Dahası Heidegger'e göre, Descartes'ın bu anlayışı, yani boşluk kavramını uzamla eşitlemesi "metafizik olarak ilk kez mümkün kılınan modern makine teknolojisi ile birlikte modern dünya ve modern insanlığa doğru atılmış ilk kararlı adımdır"¹³.

İşte böylesi önemli olan geometrik yöntemin bilinen ilk kullanıcısı Knidos'lu Ödoksos'tur. Onu dünyaya tanıtsa Öklides ve bu yöntemi kullandığı *Elementler* adlı yapıtıdır¹⁴. Özetle en basitten, kanıtlanmasına gerek olmadığı düşünülen ifadelerden, aksiyomlardan hareket ederek karmaşığa doğru ilerlemeyi ve her adımda kullanılanları tanımlamayı içeren geometrik yöntem, her aşamada kullandığını tek tek açıkladığı için çok güvenilir bir yöntem olarak kabul ediliyor ve değinildiği gibi yaygın olarak her alanda kullanılıyordu. Örneğin yukarıda Kant'tan Aydınlanma'nın ne olduğuna ilişkin yapılan alıntının da çalışkan filozof tarafından geometrik yöntemle hazırlandığı anlaşılacaktır. Aydınlanma'yı, kendi kendine yüklenilmiş vesayet olarak tanımlayan filozof, hemen ardından ifadesinde kullandığı kavramları (vesayet ile bunun kendi kendine yüklenilmesini) tanımlamaya geçer. Yöntemin en yetkin ve radikal örneği ise Spinoza'nın *Etika* adlı yapıtıdır¹⁵.

"O, *Etika*'sında (tam adı: Geometrik Düzendeki Gösterilmiş –Kanıtlanmış- *Etika*), beş bölüm ve 248 önerme içinde (ayrıca tıpkı Öklides gibi aksiyomlar, tanımlar, önerme sonuçları, ekler, açıklamalar ve kanıtlamalarla) Tanrı'dan başlayarak insan ruhu, bedeni, aklı, duyguları ve duyguları ile ahlaki ve özgürlüğü üzerine ayrıntılı bir inceleme yapmıştır. Bu yapıtta Spinoza'nın çok özen gösterdiği nokta her önermedeki ifadesini önceki önerme ya da diğer ifadeleriyle adım adım doğrulamaktır. Yani o, savlarının ya da vargularının içeriğinin mantıklı olması yanında bu sav ya da vargının soy ağacını da bize şematik olarak göstermektedir. Örneğin *Etika*'nın ilk bölümünün 33. önermesinde, doğada gördüğümüz her şeyin olduğundan farklı bir biçim ve düzende olamayacağını ifade eder. Bu önermenin altındaki kanıtlanma başlığında, aynı bölümdeki önerme 16, 29, 11 ve 14'e gönderme vardır. Bu gönderilen önermeler yine başka önermelere gönderme yapmaktadırlar, en sonunda ise apaçık oldukları için kanıtlanmaya gereksinimleri olmadığı kabul edilen aksiyomlara varılır"¹⁶.

13 Elden, s.313.

14 Ronan, ss.102-104.

15 R. H. Elwes, Ed. and Trns., *The Chief Work of Benedict de Spinoza, Vols.1-2, Tractatus Theologico-Politicus, Tractatus Politicus, Ethica, de Intellectus Emendatione, Epistolae*, Dover Publications, New York 1955.

16 Ahmet U. Türkbağ, "Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansımaları Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart", Haz. Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 12. Kitap, ss. 49-64, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2005, s.54.

Geometrik yöntemin 17. yüzyılda böyle benimsenip yüceltilmesinin, yöntemin sonuçları zannedildiği gibi doğru olmasa hatta bugün bize anlamsız ve saçma da görünse, evren ile doğanın eski algılama biçiminin köklü değişiminde en büyük paya sahip olduğu kuşkusuzdur. Günümüzde Öklid geometrisi, Riemann ya da Lobachevski geometrileri gibi seçeneklerden yalnızca biridir. Ancak unutulmaması gereken her fizik anlayışının, evren tasarımının tabanında daima bir geometri anlayışının bulunduğudır. Aynı zamanda bu tasarımla insanın günlük yaşamı arasında da nedensel bir bağlantı kadar net olmasa da bir ilişki ya da etkileşim olduğu açıktır. 17. yüzyılın evren tasarımında yarattığı değişikliğin saptanması, resmin tamamlanması için eksik kalan son halkaya yani astronomi alanındaki gelişmelere de kısaca değinmek gereklidir.

Yeniçağ'ın 'Yıldızlı Gökyüzü'

Ortaçağ'ın en çok yerildiği belki de zaman zaman haksızlığa uğratıldığı alan astronomidir. Bu haksızlığa rastlantısal bir nedenler dizisinin yol açtığı söylenebilir. Kısaca Aristo'nun görüşlerinin Hıristiyan otoriteler tarafından resmi bir doktrin haline getirilmesinden oluşan, deyim yerindeyse, resmi anlayış; ortaya çıkan bilimsel ve siyasal meydan okumalar karşısında gittikçe katılaştıran bir tutum izlemiştir. Bu tutum Bruno ya da Galilei olayları ve diğer sayısız örneğin zihinlerde bıraktığı acı izler sonucunda Ortaçağ'a karşı, aslında ekonomik ve sosyal olarak kapandıktan sonra gerçekleşen siyasallaşmış bir tepki doğurmuştur. Ortaçağ'ın din temelli kutsalına karşı serbest düşüncenin (free thinking) yerleştirilmesi, bilimsel gelişmelerin yanında dini, ekonomik ve siyasal değişimlerle uzun bir süreç sonucu ortaya çıkmıştır. Bu süreçte en belirgin, çarpıcı gelişmelerin yaşandığı bilim dalı astronomidir. O dönemde astronomide yaşananlar, bir ölçüde Buffon – Lamarck – Darwin çizgisinin sonucunda 19. yüzyılda biyolojide yaşananları anımsatmaktadır. Bu gelişmelerin ortak yönü bilimsel savları yanında, bir biçimde dönemlerinin entelektüel ve popüler kültürüne hakim olarak ciddi bir düşünsel krize yol açabilmeleridir. Yani insanın kendisine ve evrene bakışını, bizzat yaşamı anlamlandırma çabasını köklü biçimde değiştirmişlerdir.

Bu bağlamda Ortaçağ'ın Dünya'yı ve insanı merkez alan, gezegenlerde ve onların dairesel sanılan hareketlerinde tanrısal bir mükemmellik bulan (çünkü durmuyorlardı ve değişmiyorlardı, mantıksal çıkarım olarak ancak mükemmel değişime gereksinim duymayacağından, mükemmeldirler.) ve bir tiyatro sahnesini andıran evren anlayışına, öncelikle Kopernik tarafından De Revolutionibus Orbium Coelestium'da biraz çekingen bir dille meydan okunmuştur: "Hareketsiz olmakla birlikte, her şey'in ortasında duran Güneş'tir. Çünkü, bu en güzel tapınakta, kim bu lambayı her şeyi aynı anda

aydınlatabileceği bir yerden alıp başka ve daha iyi bir yere koyacaktı^{17?} Ancak bu açıklamanın birdenbire büyük bir değişim yaratmasını beklemek doğallıkla fazla safdillik olur. Yeni anlayışın etki uyandırması birçok başka gelişme ve çabaya bağlıydı. Ayrıca bu görüşlerin okuma yazma oranının son derece düşük ve (Descartes'ın öncülüğüne kadar) bilimsel yazı dilinin Latince olduğu bir dönemde yaygınlaşabilmesi için biraz da tekniğin yardımı gerekiyordu.

Öncelikle Brahe gökyüzünde bir supernova keşfetti. Bu yeni bir oluşumdu yani *bir değişiklikti*. Kepler'in 1609'daki keşfi de diğer *bir değişikliği* ortaya koyuyordu. Gezegenler mükemmelliğin ifadesi olan dairesel biçimde hareket etmiyorlardı, elips çiziyorlardı. Dahası Güneş'e yaklaşma ve uzaklaşmaya bağlı olarak yörünge hızlarında da *değişme* oluyordu¹⁸. Galilei Yıldız Habercisi'nde (Siderus Nuntius) yaptığı gözlemleri anlatırken gökyüzündeki cisimlerde de kusurlar, örneğin kraterler olduğunu yazdığına, mükemmeliyet düşüncesine ciddi bir darbe vurmuş oluyordu. Dahası geliştirdiği teleskopun örnekleri kısa zamanda Avrupa'nın belli başlı kentlerinde küçük bir ücret karşılığında 'yıldızlı gökyüzünü' izlemek için kullanılmaktaydı. Böylece teleskopla bakanlar Ortaçağ'ın gökyüzünü bir daha göremeyeceklerdi. Ancak gördükleri çok daha ilginçtir, gelecek 300 yılın Evren'ini temaşa etmekteydiler. Gelecekle ilk karşılaşan bu kişilerden biri de okuduğu kolejin bahçesine getirilen teleskopla gökyüzüne bakan Descartes'tır.

Evren'in (ve Dünya'nın) düşünülenden çok daha büyük olduğunun, sanıldığı gibi çok tanıdık bir yer olmadığını keşfi insan düşüncesinde çok büyük bir kırılmaya yol açmıştır. Oransal olarak kısa bir dönemde gerçekleşmiş olan farklı alanlardaki köklü değişimlerin kendilerinden çok, insan düşüncesinde yarattıkları olağan üstü sarsıntıyı bugün anlayabilmek kolay değildir. Sarsılan eski bilgi otoritelerinin yerine, yerleştirilmeye çalışılan yeni otoriteler içerik olarak oldukça farklı ama tarz olarak benzerdi. Dinin yerine konulan çok geniş anlamda 'bilim'den, din gibi bir işlevi de yerine getirmesi beklendi. Geometrik yöntem, Kutsal Kitap'ın dogmaları ölçüsünde tartışılmaz bir bilgi kaynağı olarak tasarlandı. (Dine inanç, bilime inanca dönüştü. Oysa bilimin farklı bir yapıya sahip olduğu, inançtan çok kanıtlama yollarına saygı talep ettiği ve sürekli bir entelektüel meydan okuma gerektirdiği gözden kaçırıldı).

Tüm bu toz duman durulduğunda geometrik yöntemin desteğinde en az eski dini otoriteler ölçüsünde sağlam olan Newton'un 'Mekanik Evren'i, sonsuzluğun doğurduğu kuşkudan, dayanak yoksunluğundan yakınan Avru-

17 Ronan s.365.

18 Lerner, Meacham, Burns, s.451.

pa'ya yeni bir zeminde yaşamı yeniden kurma olanağını tanıdı. Bu yeni anlayış Sanayi Devrimi'nin teorik zemini olarak ve aynı zamanda onun sürekli artırarak sağladığı olanakları teorik ilerleme yolunda kullanarak modern düşünceyi yerleştirdi. İnsan nesli, Kant'ın çok yerinde saptamasıyla artık vesayetten kurtulmuş, rüştünü ispat etmiş, doğanın tam bir fethini gerçekleştirmeye yönelmişti.

Ancak bazı gelişmeler bu dingin tabloyu, tamamlanmışlığı bir kez daha bozdu. Önce Öklid geometrisinin otoritesi Gauss, Lobachevski, Riemann tarafından sarsıldı. Newton fiziğinin salt gerçeği rölativitenin bulanıklığında, atom altı parçacıkların kaprisinde eski saygınlığından çok şey yitirdi. Bilgi otoritesinin, bilgi kaynağının ya da bilgi merkezinin yerini 'merkezsiz', köksap (rhizome) benzeri bir yapı aldı. Doğanın fethi çabası, insanın yaşam koşullarının tüketilmesi tehlikesiyle sonuçlandı. Etraftaki her şey insana, doğanın bir parçası olduğunu anımsatmasına, Montesquieu'nün canları meyve isteyen ilkel kabilelerin ağacı keserek tükettiklerini söylemesine rağmen insan hep yabancı bir ortam içinde olduğuna inanmayı sürdürdü. Tüm bunların sonucu, 21. yüzyılın insanını, 17. yüzyıla benzer bir bilgisel krizle yüz yüze getirdi. Ancak bugün, eskitilenler yerine 'sağlam bir bilgi otoritesi bulunabilir mi' sorusunun, 17. yüzyıldakine benzer bir cesaretle sorulabilir olmadığı da açıktır.

KAYNAKÇA

- Bumin, Tülin, *Tartışılan Modernlik: Descartes ve Spinoza*, YKY, 2. Baskı, İstanbul 2003.
- Descartes, *Ahlak Üzerine Mektuplar*, Çev. Mehmet Karasan, MEB, İstanbul 1992.
- Aklın İdaresi İçin Kurallar, Çev. Mehmet Karasan, 2. Bası, MEB, Ankara 1962,
- Metafizik Düşünceler, Çev. Mehmet Karasan, M.E.B, İstanbul 1942.
- Felsefenin İlkeleri, Çev. Mesut Akın, 3. Bası, Say Yayınları, İstanbul 1992.
- Downey James P., *Descartes's Real Argument*, Ratio (new series) XV 1 March 2002, ss.1-9, Blackwell Publishers Ltd, Oxford.
- Elden, Stuart, "The Place of Geometry: Heidegger's Mathematical Excursus on Aristotle", *HeyJ* XLII 2001, ss. 311–328, The Editor/Blackwell Publishers Ltd, Oxford.
- Elwes, R. H. Ed. and Trns., *The Chief Work of Benedict de Spinoza, Vols.1-2, Tractatus Theologico-Politicus, Tractatus Politicus, Ethica, de Intellectus Emendatione, Epistolae*, Dower Publications, New York 1955.
- Gibson, A. Boyce, *The Philosophy of Descartes*, Garland Publishing Inc., London 1987.
- Kant, "An Answer to the Question: What is Enlightenment?" (Konigsberg, Prussia, 30 Eylül 1784) <http://web.ed.ntnu.edu.tw/~t04008/frontpage/online/postmodernity/post2.htm>;
- <http://courses.essex.ac.uk/cs/cs101/KANT.HTM>
- Lerner, E. Robert, S. Meacham, E. N. Burns, *Western Civilisations*, 13th Ed., Norton & Com., New York 1998.
- McShea, R., *The Political Philosophy of Spinoza*, Columbia University Press, New York 1968.
- Owen, David, *Maturity and Modernity Nietzsche, Weber, Foucault and Ambivalence of Reason*, Routledge 1998.
- Ronan, C. A., *Bilim Tarihi*, Çev. E. İhsanoğlu, F. Günergun, 3. Basım, TÜBİTAK, Ankara 2003.
- Roth, Leon, *Spinoza*, Hyperion Press, 1986.
- Türkbağ, Ahmet U., "Descartes'ın Üç Rüyası", *İ.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. LV S.4, ss.25-43, İstanbul 1997.
- "Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart"
- Haz. Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 12. Kitap, ss. 49-64, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005.

ONUNCU KURULUŞ YILINDA ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU MAHKEMESİ

*Yard.Doç. Dr. Deniz KIZILSÜMER**

GİRİŞ

Uluslararası Deniz Hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, uzun yıllar Uluslararası Sürekli Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı önüne gelmiş; bu mahkemeler, kendilerine gelen uyuşmazlıklarda taraflar bakımından bağlayıcı kararlar verirken Uluslararası Deniz Hukukunun gelişimine önemli katkılarda bulunmuşlardır.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan hakları ihlallerinin ve savaş suçlarının yargılanması için uluslararası mahkemeler kurulmuş; özellikle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargılama faaliyetlerinde gösterdiği başarı, uluslararası hukukçuları, belli tür uyuşmazlıkların yargılanması için uluslararası mahkemeler kurulması fikrini tartışmaya yöneltmiştir. Uluslararası toplum, denizlerin kullanımından doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesini ise nispeten daha geç bir tarihte, denizlere ilişkin evrensel bir sözleşme hazırlamak üzere 1973 yılında toplanan III. Deniz Hukuku Konferansında ele almış ve 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine (BMDHS), Sözleşmenin uygulanması sırasında doğacak uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümlenmesini öngören XV. Kısım eklenmiştir. 1994 yılında Sözleşmenin yürürlüğe girmesi ile XV. Kısımda öngörülen Sözleşmenin uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar hakkında bağlayıcı kararlar verecek Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin (UDHM) ve tahkim mahkemelerinin kurulması mümkün olmuştur.

Çalışmamızda öncelikle, BMDHS'nde yer alan uyuşmazlıkların barışçı çö-

* Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

zümüne ilişkin genel hükümlere değinecek daha sonra UDHM'ne ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme yapacağız. Özellikle, Mahkemenin önüne gelen davaları ele alacak ve kendisinden beklenen Uluslararası Deniz Hukukunu geliştirme işlevini yerine getirip getirmediğini değerlendireceğiz. Sözleşmenin 1994 yılında yürürlüğe girmesiyle Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesine ilişkin hükümler de uygulanmaya başlamış; ancak Mahkeme 18 Kasım 1996'da ilk resmi toplantısını gerçekleştirmiştir. Hemen belirtelim ki, faaliyette bulunduğu 10 yıl boyunca Mahkemeye beklenen az sayıda dava gelmiş ve dava konuları, aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz belli birkaç uyuşmazlık türüyle sınırlı kalmıştır.

I. BMDHS'NE GÖRE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

Uluslararası Deniz Hukuku uyuşmazlıklarının barışçı çözümüne ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesine ilişkin açıklamalarımız esas olarak, BMDHS'nin 'Uyuşmazlıkların Çözümü' başlığını taşıyan XV. Kısım hükümleri ve Mahkeme Statüsü niteliğindeki BMDHS Ek VI çerçevesinde yapılmaktadır.

BMDHS XV. Kısım iki bölümden oluşmaktadır; I. Bölümünde uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin 'Genel Hükümler'; II. Bölümünde ise 'Zorunlu Çözüm Yolları' düzenlenmiştir. Çalışmamızda öncelikle, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin genel ilkelere değindikten sonra uyuşmazlıkların zorunlu çözüm yollarını ele alacağız¹.

1. Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Temel İlkeler

Deniz Hukuku uyuşmazlıklarının barışçı yollarla çözümlenmesi gereği BMDHS m. 279'da düzenlenmiştir. Buna göre, 'Bu Sözleşmenin uygulanmasına ve yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlıklar, BM Andlaşması m. 2/3 uyarınca barışçı yollarla çözülecek ve taraflar, BM Andlaşması m. 33/1'de belirtilen yollara başvuracaktır.' Günümüzde uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümlenmesi, hukuk genel ilkesi niteliğindedir. BM Andlaşması m. 33'te belirtilen yollar, görüşme, soruşturma, uzlaştırma, arabuluculuk, tahkim ve yargı kararlarıdır. BM Andlaşması m. 33'te belirtilen barışçı çözüm yolları ikiye ayrılmalıdır. Bunlardan ilki diplomatik, diğeri ise hukukî yollardır.

1 Pazarıcı H.: Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap, Ankara, 2000, s.62-67; Brown E. D.: Dispute Settlement and the Law of the Sea: the UN Convention Regime, Marine Policy, Vol.21, No. 1, 1997, s. 19-21; Boyle A.E.: Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction, ICLQ, January 1997, s. 46; Churchill R.R., Lowe A.V.: The Law of the Sea, Second Edition, Manchester, 1988, s. 335-337; Gamble J. K.: 'The 1983 UN Convention on the Law of the Sea: Binding Dispute Settlement', 9 B.U. Int.l L. 39 1991, s. 43-45.

Hukukî yollar, uyuşmazlığa hukukun uygulanması ve verilen kararların bağlayıcı olması sebebiyle diplomatik yollardan farklıdır².

Doktrinde, Sözleşme XV. Kısımın genel yapısı içinde diplomatik yolların yargısal yollara nazaran öncelikli olduğu, uyuşmazlıkların öncelikle diplomatik yollarla çözümleneceği vurgulanmıştır³. Esasen, uygulamada da devletler, Uluslararası Deniz Hukuku uyuşmazlıklarını tahkim veya Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesine götürmek yerine diplomatik yolları tercih etmektedirler⁴.

Bununla beraber, m. 286'ya göre, ' taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı XV. Kısım 1. Bölümde düzenlenen barışçı yollarla çözemeler ise taraflardan birinin başvurusu üzerine XV. Kısım 2. Bölümde düzenlenen bağlayıcı kararlar veren zorunlu yollara, mahkemelere veya tahkim mahkemelerine gidebilirler.' Doktrinde, mahkeme ve tahkim yolunu öngören bu hükmün uluslararası ilişkilerde hukukun üstünlüğünün yerleşmesine önemli katkıda bulunacağı belirtilmiştir⁵.

Sözleşmenin 283. maddesinde ise, uyuşmazlığın taraflarına uyuşmazlığın görüşmeler veya diğer barışçı yollar ile çözümlenmesine yönelik olarak derhal görüş alışverişinde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir.

2. Kararları Bağlayıcı Olan Zorunlu Usuller

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Sözleşmenin uygulanmasına ve yorumlanmasına ilişkin bir uyuşmazlık, tarafların aralarında serbestçe seçecekleri diplomatik yollarla çözülememişse, XV. Kısım 2. Bölümünde düzenlenen 'Kararları Bağlayıcı Olan Zorunlu Usuller'e göre çözümlenmelidir⁶.

'Usul Seçimi' başlığını taşıyan m. 287'e göre, 'Taraflar, Sözleşmeyi imzalar-ken, onaylarken, Sözleşmeye katılırken veya daha sonra herhangi bir zamanda yazılı bildirim ile Sözleşmenin yorumlanması ve uygulanması ile il-

2 Pazarıcı H.: Uluslararası Hukuk, Göz.Geç. 4. Bası, Ankara, 2006, s.446-454; Sur M.: Uluslararası Hukukun Esasları, Gel. 2. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2006, s. 285.

3 Akçapar B.: 'Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi', AÜSBFD, c.51, sy.1-4, 1996, s. 21.

4 Churchill, R.: 'The International Tribunal for the Law of the Sea: Survey for 2004', IJMCL, Vol. 21, No. 1, 2006, s. 10.

5 Caminos H.: 'The International Tribunal for the Law of the Sea: An Overview of Its Jurisdictional Procedure', The Law and Practice of International Courts and Tribunals 5, 2006, s. 1.

6 BMDHS m. 281'e göre, 'Taraflar, Sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlıkları seçtikleri barışçı usullerle giderme yönünde anlaşmışsalar ve seçtikleri usullerle bir çözüme ulaşamamışlarsa Mahkemeye başvurabilirler'.

gili uyuşmazlıklarda aşağıda belirtilen usullerden bir ya da birkaçını seçebilir.' Bu bildirim BM Genel Sekreterliğine yapılması gerekir.

M. 287'de öngörülen usuller,

- Ek VI uyarınca oluşturulan Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi(Mahkeme),
- Uluslararası Adalet Divanı,
- Ek VII'ye göre oluşturulan ad hoc tahkim mahkemesi,
- Ek VIII'e göre oluşturulan ve belli bazı uyuşmazlıklara bakmakla görevli özel tahkim mahkemesidir.

BMDHS m. 287/3'e göre, 'belli bir uyuşmazlığa taraf devletler, usul seçimi yapmamış veya aynı usulü seçmemişse ve aksini kararlaştırmamışsa bu uyuşmazlık, Ek VII'ye göre oluşturulacak ad hoc tahkim mahkemesi önüne getirilmelidir.'

Sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında devletler, uyuşmazlıkların çözümü konusunda tek bir usulün yeterli olmayacağını, bu sebeple belli bir usule başvurunun zorunlu hale getirilmesinden ziyade devletlere başvuracakları usulü seçme hakkının tanınmasını istiyorlardı. Bunun üzerine, Sözleşmede taraflara uyuşmazlıkların çözümünde başvuracakları usulü seçme imkânı tanıyan formül benimsenmiştir. Buna göre, uyuşmazlığın tarafları, yalnızca kendileri seçmeleri ve ilgili diğer tarafın da aynı usulü seçmesi durumunda belli bir Mahkeme veya hakem mahkemesi önüne gelebilirler. Sözleşmede uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak benimsenen bu yaklaşımın en büyük sakıncası, tarafların aynı usulü seçmemesi halinde uyuşmazlıkların çözümsüz kalabilmesidir. Elbette, diğer bir sakınca da, benzer davalarda farklı yargı yerlerinin verecekleri kararlarda birliğin sağlanamaması ihtimali ve bunun da Uluslararası Deniz Hukukunun içtihatlar yoluyla geliştirilmesini önlemesidir. Caminos, benzer uyuşmazlıklar bakımından farklı yargı yerlerinin kararlar vermesi sebebiyle içtihat birliğinin sağlanamaması ve Uluslararası Deniz Hukukunun bu sebeple parçalanması tehlikesinden söz etmektedir⁷.

Ayrıca, uyuşmazlığın tarafları Sözleşmede belirlenen usullerin dışındaki usulleri de seçebilirler. M. 282'ye göre, BMDHS'nin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili bir uyuşmazlığın tarafları, genel, bölgesel veya iki taraflı

7 Taraf devletlere bu şekilde bir seçim hakkının tanınması, 'kafeterya veya menü yaklaşımı' olarak adlandırılmıştır. Bkz.: Caminos H. s. 40; ayr. Gamble J.K.: s. 45.

bir anlaşmayla taraflardan birinin istemi üzerine, uyuşmazlığın bağlayıcı kararlar verebilen bir usule götürülmesi konusunda anlaşmışlarsa, bu usul, XV. Kısım'da öngörülen usulün yerine uygulanacaktır. Örneğin, AB üye devletleri, aralarındaki balıkçılığa ilişkin uyuşmazlıkları AT Andlaşması uyarınca Avrupa Toplulukları Adalet Divanına götürmek zorundadırlar. Önceden böyle bir andlaşma yapılmamış ise taraflar, uyuşmazlığı yargısal veya diplomatik bir yolla çözebilirler⁸. Esasen bu hüküm, daha önce yapılacak bir andlaşmayla Sözleşmenin öngördüğü çözüm mekanizmasının bertaraf edilmesini öngörmektedir⁹.

M. 287 uyarınca, bir uyuşmazlıkta Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin yetkili olabilmesi için uyuşmazlığın tarafları, Mahkemenin yetkisini açıkça kabul etmelidir. Devletler, m. 287'e göre usul seçimi yapmamış olsalar dahi Sözleşmeye ilişkin belli bir uyuşmazlık için aralarında özel bir anlaşma yaparak Mahkemeye yetki tanıyabilirler¹⁰. Burada belirtilmelidir ki, BMDHS'ne taraf devletler, Mahkemenin yetkisini Sözleşmenin 287. maddesi uyarınca veya Uluslararası Hukukta kabul edilen diğer şekillerde tanıyabilirler¹¹. BMDHS'nde çeşitli uyuşmazlık türlerinin çözümü için başvurulabilecek usuller bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır; bununla beraber, özellikle tahkim mahkemeleri farklı uzmanlık alanları dikkate alınarak tercih edilebilir¹².

-
- 8 Churchill R.R., Lowe A.V.: *The Law of the Sea*, Third Edition, Manchester, 1999, s. 454.
 - 9 Night G., Chiu H.: *The International Law of the Sea: cases, documents, and readings*, Elsevier, 1991, s. 790.
 - 10 Gautier P.: 'The International Tribunal for The Law of the Sea: Activities in 2005', *Chinese Journal of International Law*, Vol.5, N.2, 2006, s.389.
 - 11 Devletler, belli bir uyuşmazlığa ilişkin olarak yaptıkları tahkimname(compromis) ile Mahkemeye yetki tanıyabilirler (Statü m.24) veya taraflardan biri Mahkemeye başvurur ve diğeri yetki itirazında bulunmaz ise (forum prorogatum) Mahkemenin yetkisini kabul etmiş sayılır (Mahkeme Kuralları m. 54/5). Uyuşmazlığın tarafları bir yetki andlaşmasıyla daha önce benimsedikleri sınırlama ve seçimlik istisnaları kaldırabilirler. Bkz.: Mensah T. A.: 'The Place of the International Tribunal for the Law of the Sea in the International System for the Peaceful Settlement of Disputes', *International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice*, Rao P.C., Khan R. (eds.), 2001, s. 25; Treves T.: 'The Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea', *International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice*, Rao P.C., Khan R. (eds.), 2001, s. 58.
 - 12 Görev yapan yargıçlar bakımından Uluslararası Adalet Divanı ile Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi arasında Uluslararası Deniz Hukuku ve Uluslararası Hukuk bilgi ve tecrübesi açısından belirgin bir fark olmaması sebebiyle iki mahkeme arasında bir tercih yapmak güçtür. Ek VII uyarınca görev yapan hakemlerin ise hukukçu olması gerekmektedir; ancak uygulamada denizcilik bilgisi yeterli olmayan uluslararası hukukçular hakem olarak atanmaktadır. Yine, Ek VIII uyarınca atanan hakemlerin de hukukçu olması gereği yoktur; ancak bunlar da balıkçılık, deniz çevresinin korunması, bilimsel araştırma veya deniz ulaştırması konusunda tecrübe sahibi kişiler olmalıdırlar. Bkz.: Boyle A.: 'Some Problems of Compulsory Jurisdiction before Specialised Tribunals The Law of the Sea, Asserting Jurisdiction- International and European Legal Perspectives', Capps P., Evans M., Konstadinis S.(eds.), Hart Publishing, 2003, s. 245.

Bugüne kadar, 38 devlet m. 287 gereğince yazılı bildirim ile usul seçimi yapmış; ve bunlardan 24'ü Mahkemenin yetkisini tanımıştır. Yunanistan, Finlandiya, Estonya, Umman, Tanzanya, Belçika, Macaristan ve Avustralya m. 287 uyarınca ilk usul olarak Mahkemeyi tercih etmiştir¹³. Uluslararası Adalet Divanının yetkisi 23 devlet; Ek VII veya Ek VIII'e göre tahkim mahkemesi ise 14 devlet tarafından tanınmıştır. Esasen m. 287/3 gereğince, herhangi bir bildirimde bulunmamış olan devletler Ek VII tahkim mahkemesini tercih etmiş sayılacağı için yalnızca 14 devlet değil ayrıca usul seçimi bildirimini yapmayan 114 devlet de tahkimi tercih etmiş sayılmaktadır. Bunun sonucu olarak, çoğu uyuşmazlık bakımından zorunlu usul tahkimdir¹⁴.

Almanya, 287. maddeye dayanarak sırasıyla Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi, Ek VII'ye göre kurulan Tahkim Mahkemesi, Uluslararası Adalet Divanını yetkili kabul etmiştir. Yunanistan, bu yollardan yalnızca, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesini seçmiştir. Birleşik Krallık, Uluslararası Adalet Divanını seçmiş ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin zorunlu yetkisinin her olay bakımından incelenmesi gerektiğini bildirmiştir¹⁵. Usul seçimi yapmayan veya aynı usulü seçmeyen devletler arasında bir uyuşmazlık çıktığında zorunlu tahkime gidileceği için günümüzde kural olarak uyuşmazlıkların çözümü için zorunlu tahkimin, istisna olarak ise mahkemelerin yetkili olacağı söylenebilir¹⁶.

BMDHS'ne göre, yalnızca uyuşmazlığa taraf bütün devletlerin aynı usulü yani Mahkemenin yetkisini kabul ettiklerini bildirmeleri halinde bir uyuşmazlık Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi önüne getirilebilir. Uyuşmazlığa taraf olan devletler, Mahkemenin yetkisini kabul etmişse uyuşmazlığın taraflarından birinin Mahkemeye başvurması yeterli olur¹⁷. Churchill ve Lowe'un de işaret ettikleri gibi, günümüzde, 24 devlet, Mahkemenin yetkisini kabul etmiş olmasına rağmen Avusturya ile Uruguay ya da Hırvatistan ile Tanzanya gibi çoğunlukla aralarında coğrafi yakınlık olmayan devletlerin Mahkemenin yetkisini tanınması sebebiyle uygulamada önemli sayıda uyuşmazlığın Mahkeme önüne gelmesi zor görünmektedir¹⁸.

BMDHS'nde taraf devletlere usul seçimi olanağının yanında belli bir veya

13 UN Treaty Collection <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXXI/chapterXXI.asp>

14 Gautier P. s. 389.

15 Oceans and Law of the Sea, Settlement of Disputes Mechanism www.un.org/Depts/los/convention-agreements/convention-declarations

16 Statement by Mr. Rüdiger Wolfrum, 19.6.1006, www.itlos.org/start2_en.html

17 Caminos H. s. 15.

18 Churchill R.R., Lowe A.V.: 'The International Tribunal for the Law of the Sea: Survey for 2001', IJMCL, Vol 17, No 4, 2002, s. 456.

birkaç usulü seçmiş olsalar dahi bazı uyuşmazlık türleri için bu usullere başvurma zorunluluğu kaldırılmıştır. Sözleşmede ayrıntılı olarak düzenlenen ve ilk anda çok kapsamlı görünen kararları bağlayıcı olan zorunlu usullere ilişkin hükümlerin içeriği ve kapsamı birçok sınırlama ve istisna ile daraltılmıştır¹⁹.

3. Kararları Bağlayıcı Olan Zorunlu Usullere İlişkin Sınırlama ve Seçimlik İstisnalar

Sözleşmenin tarafları, yukarıda sayılan usulleri tercih etseler dahi bu usullere başvurma yetkisi birçok konu bakımından sınırlanmıştır. Sözleşmede taraflara zorunlu usulleri bu denli fazla sınırlama ve seçimlik istisna ile kabul etme imkânının tanınmasının nedeni, öncelikle Sözleşme metninin kabulünün, devletlerin Sözleşmeye taraf olmalarının ve zorunlu usulleri tercih etmelerinin istisna ve sınırlamalarla dahi olsa sağlanmasıdır²⁰.

a. Zorunlu Usullere m. 297 ile Getirilen Sınırlamalar

Yukarıda, devletlerin aralarındaki uyuşmazlıkların çözümü için XV. Kısımda öngörülen usullerden birini veya birkaçını seçebileceğini belirttik. Uyuşmazlığa taraf devletler, bu usulleri seçmiş olsalar dahi BMDHS m.297 ile kıyı devletinin yetkileri ile ilgili bazı konularda Mahkemenin yetkisi sınırlanmıştır. Sınırlamanın anlamı, uyuşmazlığa taraf devletlerin, sayılan usullerden birini veya birkaçını seçmiş olsa dahi aşağıda belirteceğimiz konularda seçmiş oldukları diğer usullere ve UDHM'ne başvurmak zorunda olmamaları veya karşı taraf zorunlu usullere başvurmuş olsa dahi yetki itirazında bulunabilmeleridir. Başka bir deyişle, aşağıda belirtilen konulardaki sınırlamalardan biri varsa taraflar daha evvel seçilmiş olsalar dahi zorunlu usulleri bertaraf edebilirler. Sınırlamalar, bir bildirimle gerek olmadan kendiliğinden uygulanır.

BMDHS m.297/1'de, kıyı devletinin egemenliği ve yetkileriyle ilgili olan hususlarda yalnızca kıyı devletinin, ulaşım veya uçuş serbestliği, denizaltı kabloları ve petrol boruları ile öteki hukuka uygun kullanımlarda Sözleşmeye ve yine aynı konularda Uluslararası Hukuk kurallarına uygun olan ulusal mevzuata ve deniz çevresinin korunması konusunda Uluslararası Hukuk kurallarına aykırı davranması halinde uyuşmazlığın kararları bağlayıcı olan zorunlu usullere tâbi olacağı belirtilmiştir.

BMDHS m.297/2'de denizde bilimsel araştırmalar düzenlenmiştir. Kıyı dev-

19 Boyle A.(2003), s. 246.

20 Caminos H. s. 15-17.

letleri, münhasır ekonomik bölgede, kıt'a sahanlığında diğer devletlerin deniz araştırmaları yapmalarına izin vermezler ve bu sebeple bir uyuşmazlık çıkarsa yukarıda seçmiş oldukları usuller kendileri bakımından zorunlu değildir.

Sözleşmenin 297/3 maddesinde ise, devletlerin münhasır ekonomik bölgelerinde balıkçılığa ilişkin olarak kullandıkları yetkiler²¹, Uluslararası Deniz Yatağının araştırılması ve kullanılmasına ilişkin genel sınırlama düzenlenmiştir. Bu tür uyuşmazlıklarda da daha evvel seçilmiş olsalar dahi 287. maddede öngörülen usullere gitme zorunluluğu yoktur.

Sınırlamalara ilişkin bir değerlendirme yaparsak, münhasır ekonomik bölgede ulaşım ve deniz çevresinin korunması konularında zorunlu yargı yetkisi korunmuş; ancak kıyı devletinin balıkçılık ve denizde bilimsel araştırma yapılması konularında sahip olduğu takdir yetkisini kullanmasıyla ilgili konularda zorunlu yargı yetkisi sınırlandırılmış; münhasır ekonomik bölgenin işletilmesi kıyı devletinin takdirine bırakılmıştır. Ayrıca, açık denizde yapılan balıkçılık ve bilimsel araştırmalar da zorunlu yargı yetkisine tâbidir²². Boyle'un vurguladığı üzere, sınırlama hükümleri, birçok sorunu beraberinde getirebilir. Örneğin, balıkçılık hem açık denizde, hem de bir veya birkaç devletin münhasır ekonomik bölgesinde gerçekleştiriliyorsa durum ne olacaktır? Kuzeybatı Atlantik'te Kanada-İspanya arasındaki uyuşmazlıkta olduğu gibi avlanan balıkların münhasır ekonomik bölge ile açık deniz arasında gidip geldiği bir uyuşmazlığın açık deniz veya münhasır ekonomik bölge olarak ayırmak mümkün değildir. Münhasır ekonomik bölgenin iyi işletilememesi, açık denizi ya da açık denizdeki fazla avlanma münhasır ekonomik bölgeyi etkileyecektir. Böyle bir durumda devletler ya aralarında anlaşma yoluyla seçtikleri usule başvurmalı, ya da uyuşmazlığın yalnızca açık deniz ile ilgili kısmını zorunlu yargı önüne getirmelidir. Bu da yine zorunlu yargının kendisinden bekleneni vermemesine yol açacaktır²³.

Yukarıda saydığımız sınırlama konularından birine dahil olduğu için uyuşmazlığın çözümü için zorunlu usullere gidilmemişse taraflar, Ek V 2. Bölümde düzenlenen 'zorunlu uzlaştırma usulüne' katılmalıdırlar. Bu prosedür, uzlaştırma prosedüründen farklı değildir; yalnızca kurulan Uzlaştırma Komisyonu, ilgili devletin katılımı olmadan dahi uyuşmazlığa ilişkin karar verebilir²⁴. Uzlaştırma Komisyonu, kıyı devletinin takdir hakkını denetleyemez;

21 Devletler, Sözleşmenin hazırlanması sırasında özellikle, münhasır ekonomik bölgedeki haklarını yeni kazanmış oldukları için özellikle balıkçılığa ilişkin konuları zorunlu usullerin dışında tutmuşlardır. Bkz.: Boyle A.(2003), s. 246.

22 Boyle A. (1997), s. 42.

23 Boyle A.(1997), s. 42-43.

24 BMDHS m. 297/3/b

ancak kıyı devletinin belli bir faaliyete izin vermemesi, açıkça kabul edilemeyecek bir sebebe dayanıyorsa buna ilişkin bir karar verebilir²⁵. Uzlaştırma Komisyonunun verdiği rapordan sonra taraflar için bu raporu esas alarak andlaşma görüşmelerinde bulunma yükümlülüğü doğar²⁶.

Son olarak belirtelim ki, genel istisnalara dahil bir konuda dahi uyuşmazlığın tarafları aralarında anlaşarak diğer usulleri veya Mahkemeyi yetkili kılabilirler²⁷.

b. Zorunlu Usullere m. 298 ile Getirilebilecek Seçimlik İstisnalar

Yukarıda belirttiğimiz sınırlamaların dışında BMDHS m. 298/1'de, zorunlu usullere seçimlik istisnalar öngörülmüştür. M. 298'e göre, taraf devletlerin bildirimde bulunarak aşağıda sayılan üç seçimlik istisnadan biri veya tümü bakımından 287. madde ile getirilen usulleri bertaraf etmeleri mümkündür.

Seçimlik istisnalar;

- kıyıları karşılıklı ya da yan yana olan devletler arasında karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırılmasına veya tarihsel körfez ve iddialarla ilgili;
- ticari olmayan hizmette kullanılan devlet gemileri ve uçakları ile yürütülen askeri faaliyetlere ilişkin;
- m. 297/2-3 uyarınca zorunlu yargının dışında tutulan egemen hakların veya yetkinin kullanılması halinde hukukun uygulanmasına ilişkin;
- BM Güvenlik Konseyinin çözümünde görev aldığı uyuşmazlıklardır.

Bu uyuşmazlıklardan biri, bazıları veya tümü, 'zorunlu' usullerin dışında bırakılmışsa uyuşmazlık diplomatik yollarla çözümlenmelidir.

BMDHS m. 298/1/a uyarınca, ilgili devlet, kıta sahanlığı, karasuları, münhasır ekonomik bölgeye ilişkin sınırlandırma uyuşmazlıklarında zorunlu usullerden birini seçmediğini bildirir ve makul süre içinde bu konuda diğer devletlerle bir andlaşma yapmazsa Ek V 2. Bölüm'e göre 'zorunlu uzlaştırma usulünü' kabul etmiş sayılır. Uyuşmazlık, Uzlaştırma Komisyonun önüne gelir ve Komisyon, uyuşmazlığın çözümüne yönelik bir rapor hazırlar. Bundan sonra, taraflar için Uzlaştırma Komisyonu raporunu esas alarak andlaş-

25 Churchill R.R., Lowe A.V.(1988), s. 338; Mensah T.A.: s. 22-23.

26 Churchill R. R., Lowe A.V.(1999), s. 456.

27 ITLOS Proceedings and Judgements-Competence www.itlos.org/start2_en.html

ma görüşmelerinde bulunma yükümlülüğü doğar. Bu hükümle, esasen BMDHS'nde yer alan uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözülmesi yükümlülüğü tekrarlanmıştır²⁸. Zorunlu uzlaştırma sonucunda verilen kararlar bağlayıcı değildir.

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin uyuşmazlıkların çözümüne sağlayacağı katkı, çok sayıda devletin seçimlik istisnalardan yararlanmadan Mahkemenin yetkisini kabul etmesi ve bunun sonucunda çeşitli türden uyuşmazlıkların Mahkeme önüne gelmesiyle mümkün olur. Bununla beraber, taraflar bazı tür uyuşmazlıkların Mahkeme önüne gelmesini istememektedir. Bunun nedeni, uyuşmazlıkların niteliğidir; özellikle deniz alanlarının sınırlandırılmasına veya denizdeki doğal kaynakların kullanımına ilişkin uyuşmazlıkların hakkaniyete uygun olarak çözümlenebilmesi için birçok bilimsel ve teknik verinin değerlendirilmesi gereğidir. Örneğin, Mahkemenin balıkçılığa ilişkin bir uyuşmazlıkta, balık stok miktarını ve korunma gereksinimlerini; ayrıca deniz sınırlarının belirlenmesi konusunda birçok coğrafi, tarihsel, ekonomik, sosyolojik olgunun göz önüne alınması gerekir²⁹. Churchill ve Lowe'a göre, deniz alanlarının sınırlandırılması, BMDHS'nde eksiksiz düzenlenmediği ve sınırlandırma ölçütleri tam olarak belirlenmediği için bu tür uyuşmazlıklar, m. 287 ile getirilen usullerin dışında bırakılmıştır³⁰. Ayrıca, sınırlandırma uyuşmazlıkları, güvenlik, doğal kaynaklar üzerindeki denetim ile ilgili olduğu ve olaya ilişkin tüm verilerin göz önüne alınarak çözülmesi gerektiği için devletler ülkesel çıkarlarını önemli ölçüde etkileyen bu konuları uluslararası mahkemelere götürmek istememektedirler. Bu sınırlamalar olmasaydı, devletler, Sözleşmeye taraf olmaktan kaçınılabilirlerdi³¹.

Günümüzde 23 devlet, m.298'de düzenlenen seçimlik istisnalara ilişkin bildirimde bulunarak kendileri bakımından zorunlu usullere başvurma olanağını sınırlamıştır³². Ayrıca Mahkemenin yetkisini tanıyan 24 devletten 11'i Mahkemenin yetkisine m.298 bakımından seçimlik istisnalar getirmiştir³³.

Örneğin, Birleşik Krallık, 2003 yılında m. 298/1/b ve c bakımından m. 287'de yer alan usullerden hiçbirini kabul etmediğini bildirmiştir. Danimarka, Sözleşmeyi onaylarken bir bildirimde bulunarak m. 298'de öngörülen tüm sınır-

28 Gamble J.K.: s. 51; Churchill R. R., Lowe A.V.(1999), s. 456.

29 Boyle A. (2003), s. 246.

30 Churchill R. R., Lowe A.V.(1999), s. 456.

31 Churchill R. R., Lowe A.V.(1999), s. 455.

32 www.un.org/Depts/los/convention-agreements/convention-declarations

33 Bu devletler, Arjantin, Avustralya, Kanada, Cape Verde, Şili, İtalya, Meksika, Portekiz, İspanya, Tunus ve Uruguay'dır. Bkz.: http://www.un.org/Depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm.

lama ve istisnalar bakımından Ek VII tahkim mahkemesinin yetkili olmadığını beyan etmiştir.

Uyuşmazlıkların kararları bağlayıcı olan zorunlu usullerle çözümüne ilişkin hükümlerin kapsamı, çeşitli sınırlama ve istisnalarla oldukça daraltılmıştır. Devletler arasında ortaya çıkabilecek kapsamlı uyuşmazlıkların bir kısmı dahi balıkçılık veya denizlerin sınırlandırılması ile ilgili olsa zorunlu usullerin dışında kalabilir. Boyle, Sözleşmedeki geniş kapsamlı sınırlama ve istisnaların, uyuşmazlıkların çözümü usullerinde parçalanmaya yol açtığını belirtmektedir³⁴. Devletler, kendileri için önem taşıdığına inandıkları konularda çeşitli sınırlamadan ve istisnalardan yararlanarak kararları bağlayıcı zorunlu usulleri bertaraf edebilirler. Bu durumun, sık sık ortaya çıkması halinde Sözleşmenin XV. Kısımın 2. Bölümünde yer alan uyuşmazlıkların yargısal yollarla çözümüne ilişkin hükümler kendisinden beklenen işlevi yerine getiremez.

BMDHS'nde yer alan uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin genel hükümlerden söz ettikten sonra çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesini ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

II. ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU MAHKEMESİ

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, BMDHS 287 ilâ 294. maddeleri arasında düzenlenmiştir. BMDHS Ek VI³⁵ Mahkemenin statüsü niteliğindedir. Çalışmamızda Mahkeme Kuralları ve kararlarına da değineceğiz.

Mahkeme, 1 Ekim 1996 tarihinde göreve başlamış; kuruluşundan günümüze kadar 13 davaya bakmıştır. Bu davalardan hiçbiri yukarıda açıkladığımız m. 287 uyarınca yapılan bildirimler sonucu Mahkeme önüne gelmemiştir³⁶. Mahkemenin önüne gelen davalardan 11'i m. 292 uyarınca gemi ve mürettebatın derhal serbest bırakılması ve m. 290/1-5 uyarınca ihtiyati tedbir kararı verilmesine ilişkindir. Mahkeme, iş yükünün hafifliği sayesinde kararları m. 2 ay gibi oldukça kısa sürelerde vermektedir³⁷.

34 Boyle A. (1997), s. 46; Caminos H. s. 40.

35 Statünün metni için bkz.: Gündüz A.:Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, Beta, Gen. 3. Baskı, İstanbul 1998.

36 ITLOS Proceedings and Judgements-Competence www.itlos.org/start2_en.html

37 Statement by Mr. Rüdiger Wolfrum, 19.6.2006, www.itlos.org/start2_en.html

1. Mahkemenin Oluşumu ve İşleyişi

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Hamburg'dadır³⁸. Mahkemede 21 yargıç görev yapmaktadır; yargıçlar, temel hukuk sistemlerini temsil ederler ve coğrafi denge gözetilerek seçilirler (Statü m. 2). Yargıçlar, Sözleşmeye taraf devletlerin gizli oyuyla 9 yıl için seçilirler. Üç yılda bir yargıçların üçte biri değişir; ancak değişen yargıçlar bakmakta oldukları davalar sonuçlanıncaya kadar görevlerine devam ederler (Statü m. 5). Bu şekilde Mahkemede devamlılık sağlanmaya çalışılmıştır.

Mahkemede aynı devletin vatandaşlığını taşıyan iki yargıç bulunamaz (Statü m. 3); ve ad hoc yargıç atanması mümkündür. Bunun anlamı, görülecek bir davanın tarafı olan devletin vatandaşı olan bir yargıç örülen Mahkemede görev yapmıyorsa o devletin vatandaşı olan bir yargıç yalnızca o dava için Mahkemede görev almasıdır. Davanın tarafları olan iki devletin de vatandaşı olan yargıç Mahkemede bulunmuyorsa iki devlet de ad hoc yargıç atayabilir. Mahkeme için oturum yeter sayısı 11'dir (Statü m. 13). Ayrıca belli uyumsuzlukları çözmek için 3 veya daha fazla yargıçtan oluşan Daireler kurulabilir (Statü m. 15).

Mahkemenin Statüsü, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü model alınarak hazırlanmıştır ve Sözleşme Ek VI Mahkemenin Statüsüdür. Mahkeme Statüsünden başka Mahkeme Kurallarında da oluşum ve işleyişe ilişkin hükümler vardır. Statü ve Kurallar, Mahkemenin işleyişini çabuklaştırmaya yöneliktir.

Davalar önce yazılı daha sonra sözlü olmak üzere iki safhadan oluşmaktadır (M.K. m. 44/1). Yazılı ve sözlü safhalar 6 aydan daha uzun süremez (M.K. m. 59/1). Davalılara cevap süresi içinde ilk itiraz hakkı tanınmıştır (M.K. m. 79/1). Mahkemenin resmi dili İngilizce ve Fransızcadır.

Sözleşme m. 289'a göre, 'Mahkemede taraflardan birinin isteği üzerine veya re'sen taraflara danışmak suretiyle en az iki fen adamı veya teknik uzman seçilebilir; bunlar Mahkemede oturmakla beraber oy hakkına sahip değildirler.' Maddede fen adamları ve uzmanların Mahkemede oturabileceği düzenlenmiştir; oy hakkı olmamakla beraber belli safhalarda davaya ne şekilde katılacaklarına veya bilirkişiler gibi görüşlerine başvurulabileceğine ilişkin

38 14 Aralık 2004 tarihinde Mahkeme ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında Merkez Anlaşması imzalanmıştır. Bu anlaşmada, UDHM'nin Almanya'daki statüsü, Almanya ile ilişkileri, Merkez'inin bulunduğu yerde uygulanacak hukuk, malvarlığının ve gelirlerinin dokunulmazlığı, Mahkeme üyeleri, diğer çalışanların ve Mahkeme önüne çıkacak kişilerin dokunulmazlık ve ayrıcalıkları düzenlenmiştir. Bkz.: Churchill R.: 'The International Tribunal for the Law of the Sea: Survey for 2002', IJMCL, Vol 21, No 1, 2006, s. 8.

bir açıklık yoktur. Mahkeme Kurallarında da Mahkemede görevlendirilecek uzmanların nitelikleri düzenlenmesine karşın görevleri açıkça belirlenmemiştir(M.K. m. 15).

Mahkeme Statüsünde davaya müdahale düzenlenmiştir. Statü m.62'de Mahkemenin müdahale eden devletin talebi kabul etmesi halinde verilen kararın müdahil devlet bakımından da bağlayıcı olacağı belirtilmiştir

Mahkemede Basit Usul Dairesi, Balıkçılık Dairesi, Deniz Çevresi Dairesi olmak üzere üç Daire bulunmaktadır.

Diğer yandan, Mahkemenin kişi bakımından yetkisi, BMDHS m.291 düzenlenmiştir. Buna göre, '...bu bölümde yer alan uyuşmazlıkların çözüm yolları bütün taraf devletlere açıktır.' Statü m.20/1'de, 'mahkeme, taraf devletlere açıktır' demektedir; ancak yine Statü m. 1/2'ye göre taraf devletler, Sözleşme ile bağlı olma rızasını gösteren devletler ve ayrıca m.305 uyarınca Sözleşmeye taraf olan birimler, davalarda taraf olabilir³⁹. BMDHS m. 305/6'da, Ek IX'a göre uluslararası örgütlerin Sözleşmeye taraf olabileceği düzenlenmiştir. Örneğin, BMDHS'ne taraf olan Avrupa Topluluğu, Kılıçbalığı Davasında⁴⁰, Mahkeme önüne taraf olarak gelmiştir⁴¹. Statü m. 20/2'de, 'Mahkeme, XI. Kısımda özellikle öngörülen her durumda taraf devletlerin dışındaki birimlere de açıktır.' demektedir. Statü m. 20/2'nin 2. cümlesinde ise, Mahkemeye yargı yetkisi veren diğer herhangi bir anlaşma uyarınca önüne gelen davalarda, taraf devletlerden başka birimlerin de davalara taraf olabileceği belirtilmiştir. Buna göre, bir devlet veya uluslararası örgüt, BMDHS'ne taraf olmasa dahi m. 288/2 uyarınca BMDHS'nin amaçlarıyla ilgili herhangi bir anlaşmaya taraf ise bu anlaşmadan doğan uyuşmazlıklarda Mahkeme önünde taraf olabilir⁴².

Belirtmek gerekir ki, bu hükümler Mahkemenin kişi bakımından yetkisini oldukça genişletmiştir⁴³. Kişi bakımından yetkinin belirlenmesinde Mahkeme içtihatları açıklayıcı olacaktır. Mahkemenin kişi bakımından yetkisi Uluslararası Adalet Divanı'na nazaran daha geniştir⁴⁴.

39 BMDHS'ne 145 devlet ve birim taraftır. Bkz: www.itlos.org/start2_en.html.

40 Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stock in the Southern-Eastern Pacific Ocean, Case No. 7.

41 Gudmundur, E.: *The Tribunal for the Law of the Sea*, Brill, 2000; Keskin F.: '1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesinden Sorunların Çözülmesinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi', *AÜSBF Dergisi*, c. 53, sy. 1-4, 1998, s. 185-200; Akçapar B. s. 19-42; Treves T. (2001a) s. 83-86; Caminos H. (2006): s. 13-27.

42 Caminos H. (2006), s. 15.

43 Mensah T.A. s. 30.

44 Khan R.: 'Introduction', *International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice*, Rao P.C., Khan R. (eds.), 2001, s. 13.

2. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin Yetkileri

Mahkemenin konu bakımından yetkisi, Uluslararası Adalet Divanının yetkisine nazaran daha dar ve kural olarak yalnızca BMDHS'nde düzenlenen konular ile sınırlıdır.

Mahkemenin yargı yetkisini üç ana başlık altında inceleyebiliriz.

-Öncelikle, yukarıda da belirttiğimiz üzere BMDHS m. 287 uyarınca, Sözleşmeye taraf devletler, Sözleşmenin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından Mahkemenin yetkisini seçim yolu ile tanıyabilirler.

-İkinci olarak, aşağıdaki konularda Mahkemenin BMDHS'nden doğan zorunlu yargı yetkisi vardır:

-292. maddeye göre, gemi ve mürettebatın derhal serbest bırakılması;

-290/1-5. maddeye göre ihtiyati tedbir kararı verilmesi;

-Uluslararası Deniz Yatağındaki faaliyetler bakımından Sözleşmenin XI.Kısım, 5. Bölüme göre, Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesinin önüne gelen uyuşmazlıklar. Zorunlu yargı yetkisi ifadesi yanlış anlaşılmalıdır; bunun anlamı BMDHS'ne taraf olan devletlerin herhangi bir açıklama yapmaksızın sayılan konularda Mahkemenin yetkilerini kabul etmiş olmasıdır. Sözleşmenin kabul edilmesiyle birlikte zorunlu yargı yetkisinin de tanınması bu konuların niteliklerinden kaynaklanmaktadır; uyuşmazlık çıkmadan evvel kurulmuş bir yargı yerinin varlığı, acil olarak karar verilmesi gereken bu tür uyuşmazlıkların daha hızlı bir şekilde karara bağlanmasını sağlayacaktır⁴⁵. Mahkemeye, ihtiyati tedbire hükmetme; geminin, mürettebatın derhal serbest bırakma konusunda tanınan zorunlu yargı yetkisi, sıkı şartlara tâbi olması ve temel öneme sahip olmayan konulara ilişkin olmaları itibariyle uygulamada herhangi bir probleme yol açmamış; aksine Mahkeme bu hükümler sayesinde işlerlik kazanmıştır.

-Son olarak, BMDHS m. 288/2 uyarınca BMDHS'nin amaçları ile ilgili herhangi diğer bir anlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak Mahkemenin yargı yetkisi tanınabilir.

Hemen belirtelim ki, Sözleşme m. 288/4 ve Mahkeme Kuralları m. 58, Mah-

45 Treves T.(2001b), s. 60.

kemenin yetkisi konusunda bir uyuşmazlık çıktığında son kararı verme yetkisini yine Mahkemeye tanımıştır (competence de la competence); böyle bir durumda Mahkemenin yetkisini geniş yorumlayacağını söylemek yanlış olmayacaktır⁴⁶.

a. Mahkemenin BMDHS'nden Doğan Zorunlu Yargı Yetkisi

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, zorunlu yargı yetkisi, BMDHS'ne taraf olan devletlerin herhangi bir bildirim gerek kalmaksızın yalnızca Sözleşmeye taraf olmakla belli konularda kendileri bakımından Mahkemenin yetkisini tanımış olmalarını ifade eder.

Hemen belirtelim ki, Mahkeme, 10 yıllık faaliyet yaşamı boyunca zorunlu yargı yetkisine sahip olduğu gemi ve mürettebatın derhal serbest bırakılması ve ihtiyati tedbir kararı verilmesi konularında açılan davalar sayesinde işlerlik kazanmış, sınırlı da olsa içtihat yaratma fırsatını bulmuştur. Bu sebeple bu dava türlerini ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

i. Gemi ve Mürettebatın Derhal Serbest Bırakılması

BMDHS m. 292'de, bazı şartların gerçekleşmesi halinde gemi ve mürettebatın derhal serbest bırakılması için bayrak devletinin Mahkemeye başvurabileceği öngörülmüştür. Devletler, Sözleşmeye taraf olmalarından itibaren Mahkemenin bu yetkisini de kabul etmiş sayılırlar; ayrıca bir bildirimde bulunmalarına gerek yoktur.

Mahkemenin gemi ve mürettebatın derhal serbest bırakılması konusunda, 292. maddeye göre yetkili olabilmesi için öncelikle, gemiyi alıkoyan devlet, Sözleşmeden doğan gemi ve mürettebatı makul kefalet veya diğer malî teminat karşılığında serbest bırakma yükümlülüğüne aykırı davranmalıdır.

Gemi ve mürettebatın derhal serbest bırakılması Mahkeme önüne iki şekilde gelebilir.

-Birinci yol, bayrak devleti ile alıkoyan devletin konunun Mahkemeye götürülmesi için bir anlaşma yapması;

-diğer yol ise, bayrak devleti ile alıkoyan devlet, alıkonulma tarihinden itibaren 10 gün içinde bir anlaşma yapmamışsa bayrak devletinin m. 292 uyarınca Mahkemeye tek taraflı başvuruda bulunmasıdır.

46 Treves T.(2001b), s. 61.

Bu başvuru, geminin bayrak devleti veya onun adına başka bir kişi tarafından yapılabilir. Treves'e göre, maddenin bu ifadesi, gemi malikinin ya da gemi maliklerinin üye olduğu meslek kuruluşlarının da Mahkemeye derhal serbest bırakma için başvuruda bulunmasına olanak tanımaktadır⁴⁷.

Mahkeme, önüne gelen davalarda yalnızca serbest bırakmaya ve ödenecek teminata ilişkin bir karar verecektir. Mahkemenin vereceği karar, gemi, gemi sahibi ve mürettebat hakkında iç hukukta yapılan yargılamayı herhangi bir şekilde etkilemez⁴⁸.

Yazarlara göre, 292. madde ile getirilen gemi ve mürettebatın serbest bırakılması başvurusu BMDHS'nin 73/1, 220/6-7 ve 226/1/b/c maddelerinde düzenlenen hallerde mümkündür⁴⁹. Bunları sırasıyla ele alırsak,

-m. 73/1'e göre, münhasır ekonomik bölgede balıkçılıkla ilgili olarak kıyı devletin egemen haklarına uyulmasının sağlanması için gemiye el konulması⁵⁰;

-m. 220/6-7'ye göre, önemli bir zarara veya zarar tehdidine yol açan boşaltma, kirliliğin önlenmesi ile ilgili uluslararası kural ve standartların ihlâl edilmesi halinde eğer kıyı devleti mali garanti sağlayacak gerekli usullere sahipse ve gemiye el konulması ve ayrıca

-m. 226/1/b'ye göre, yabancı gemilerin araştırılması, deniz çevresinin korunması amacıyla konulan uygulanabilir kural ve standartların ihlâl edildiğini ortaya koyarsa, geminin serbest bırakılmasının teminata bağlanması ve diğer mâli güvencelerin sağlanmasıdır; daha sonraki (c) bendinde ise, çevre için makul olmayan bir tehdit göstermesi halinde geminin serbest bırakılmasını reddetme veya şarta bağlama durumu düzenlenmiştir.

Bütün bu durumlarda, 292. madde uyarınca geminin derhal serbest bırakılması istenebilir. Bunlar en fazla karşılaşılan durumlar olmakla birlikte Sözleşmede açıkça düzenlenmeyen, yukarıdaki hükümlerin kapsamına girmeyen el koyma durumlarında da serbest bırakılma konusunda Mahkemenin yetkili olduğu kabul edilmelidir⁵¹.

47 Treves T.(2001b) s. 67, BMDHS m. 292/2.

48 BMDHS m. 292/3.

49 Rao P.C.:International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice, Rao P.C., Khan R. (eds.), International Tribunal for the Law of the Sea: An Overview, 2001, s. 8; Treves T.(2001b), s. 67; Caminos H.(2006), s. 16.

50 Camouco Davasında (Panama-Fransa) BMDHS m. 73/2 uygulanmıştır.

51 Nelson, L. D. M.: International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice, Rao P.C., Khan R. (eds.), the International Tribunal for the Law of the Sea: Some Issues, 2001, s. 49; Treves T. s. 67; Rao P.C. s. 8.

M/V Saiga Davası (St Vincent-the Grenadines-Gine)⁵², Camouco Davası (Panama-Fransa)⁵³ ve Volga Davası (Rusya Federasyonu-Avustralya)⁵⁴, gemi ve mürettebatın derhal serbest bırakılması talebiyle Mahkeme önüne gelmiştir.

Mahkeme, derhal serbest bırakılmaya ilişkin olarak verdiği kararlarda, iç hukukta hükmedilen kefaletin makul olup olmadığına ilişkin bir karara vermektedir. Mahkeme, makul olan kefaletin saptanması sırasında iddia edilen suçun ağırlığını, tutuklanan gemi ve mürettebata kıyı devleti kanunları uyarın verilebilecek cezanın türünü, tutuklanan geminin ve yükünün değerini, tutuklayan devletin istediği teminatın şeklini dikkate almaktadır. Doğaldır ki, somut olayın özelliklerine göre, bu unsurlara verilecek ağırlık değişiklik gösterir⁵⁵.

-Volga Davası

Olaylar;

2 Aralık 2002 tarihinde Rusya Federasyonu, m. 292'ye uyarınca Volga ve mürettebatının derhal serbest bırakılması için Avustralya aleyhine Mahkemeye başvurdu.

Volga, Rusya Federasyonu bayrağını taşıyan, Rus şirketine ait, kaptanı Rusya ve diğer mürettebatı İspanyol vatandaşı olan bir balıkçı gemisidir. Rusya Federasyonu, Volga'ya Rusya iç sularında, açık denizde ve Uluslararası Kurallara uygun olmak şartıyla yabancı ülkelerin deniz alanlarında balık avlaması için lisans vermiştir.

7 Şubat 2002 tarihinde, Avustralya askeri kuvvetlerine ait olan bir helikopterden inen askerler Volga'ya çıkmıştır. Avustralya'ya göre, gemiye çıkılmasının nedeni, Volga'nın Avustralya münhasır ekonomik bölgesinde yasadışı olarak avlanması ve 1991 tarihli Avustralya Balıkçılık İdaresi Yasasının ihlâlidir. Gemi, daha sonra Avustralya'da bir limana getirilmiş ve gemiye, yakalanan balıklara el konulmuştur. Kaptan ve mürettebat, gerekli lisansa sahip olmadan balık avlama ve adı geçen Yasanın (m. 100/2) ihlâli ile suçlanarak tutuklanmıştır⁵⁶. Batı Avustralya Yüksek Mahkemesi, kaptan için

52 M/V Saiga Case No. 1,2 Bu davaya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Oxman B. H.: Bantz Vinsent The M/V 'SAIGA' No.2 Saint Vincent and Granides v. Guinea, Judgement (ITLOS Case No.2), AJIL, Jan 2000; 94, s. 140; Oxman B. H.: The M/V Saiga, AJIL, apr 1998, Vol 98, Iss. 2, s. 278; Keskin F. s. 196-204.

53 Camouco Case, No. 5

54 the Volga Case, No. 11

55 Churchill R.(2006), s. 9.

56 Volga Kararı, paragraf 32-35, 38.

95.000 AD, diğer mürettebat için 75.000 AD kefalet ödenmesini karara bağlamış; ayrıca diğer bir tedbir olarak, tümünün pasaportlarını, gemi adamı belgelerini Madrid'deki Avustralya Büyükelçiliğine bırakmaları ve her ay Büyükelçiliğe buldukları yer hakkında rapor vermelerini istemiştir. Bu sırada gemi kaptanı, Avustralya'da ölmüş, mürettebat ise kefaleti ödeyerek ülkelerine dönmüştür.

Avusturya, tutuklandığı sırada Volga'da bulunan 131 ton balığı 1,932,579.28 AD'na satmıştır.

Avustralya Balıkçılık İdaresi Otoritesi, Volga'nın serbest bırakılması için gemi malikinden 3,332,500 AD kefalet talep etmiş ve 'makul' kefalet tutarını hesaplarken,

-geminin, yakıtın, yağlama malzemelerinin değerini,

-geminin ileride ödemesi gereken cezayı ve

-yasal süreç sona erinceye kadar gemide bir Gemi İzleme Sistemi (VMS) taşınması ve Antartika Deniz Canlıları Koruma Komisyonu tarafından belirlenen koruma tedbirlerine uyulmasını denetleme masraflarını dikkate almıştır⁵⁷.

Rusya'ya göre,

-Avustralya, BMDHS m. 73/2'den doğan derhal serbest bırakma yükümlülüğünü makul ve kabul edilebilir olmayan kefalet isteyerek ve çeşitli ek koşullar öngörerek ihlâl etmektedir. M. 73/2'ye göre, 'tutuklanan gemi ve mürettebatı makul bir kefalet karşılığında derhal serbest bırakılması gerekir'⁵⁸.

Mahkeme Kararı;

-Mahkeme, Avustralya'nın 3,332,500 AD kefalet miktarının 1,920,000 Avustralya Dolarını geminin ve diğer araçların değeri olarak makul kabul etti. Kararda daha sonra, VMS taşınması ve malik hakkında bilgi verme yükümlülüğü getirilip getirilmeyeceği ele alındı. Avustralya, bu tedbirlerin yasadışı balıkçılığın önlenmesi için gerekli olduğunu ileri sürüyordu. Mahkeme ise, kıyı devletinin m. 73/2 uyarınca, gemi ve mürettebatın derhal serbest bırakılması için yalnızca mali yükümlülükler getirilebileceğini karara bağladı.

57 Aynı karar paragraf 53.

58 Aynı karar paragraf 29.

Bununla beraber, kararda, kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgenin işletilmesi ile ilgili olarak yapacağı masraflar için mâli yükümlülük getirip getiremeyeceği tartışılmadı⁵⁹.

İkinci olarak, Mahkeme, Avustralya'nın yasal süreç tamamlanıncaya kadar Volga'nın Avustralya kurallarına ve taraf olduğu ilgili anlaşmalara uygun davranmasının sağlanması için aldığı 1,000,000 AD kefaleti de, m. 73/2'de öngörülen şartlara uygun bulmadı. Mahkemeye göre, Avusturalya, bu kefaletle Volga'nın ileride bazı tedbirlere uygun hareket etmesi sağlamak, gelecekteki ihlalleri önlemek istemiştir; oysa ki, m. 73/2 göre, yalnızca gemi ve mürettebatın tutuklanmasından önce meydana gelmiş ihlaller için kefalet istenmesi mümkündür⁶⁰.

Üçüncü olarak, Rusya, Volga'da bulunan balıkların satışından elde edilen paranın, Volga'nın maliklerince verilen kefaletin bir kısmı olarak kabul edilmesi gerektiğini iddia etti. Avustralya, bu balıklar üzerindeki hakkın son bulunduğunu bu sebeple kefalet olarak sayılamayacağını savundu. Mahkeme, kefaletin geminin değeri ve verilecek ceza esas alınarak hesaplanması gerektiğine, gemideki balıkların ise kefaletin hesaplanmasında dikkate alınmayacağını karara bağladı⁶¹.

Mahkeme, Avusturya'nın istediği kefalet miktarının makul olmadığına ve 1.920.000 AD uygun bir kefalet olduğuna karar verdi⁶².

Davada ayrıca, kıyı devletlerinin yasal olmayan balıkçılığı önlemek için yaptıkları harcamaları kefaletin hesaplanmasında dikkate alıp alamayacakları ele alındı. Birinci görüşe göre, BMDHS, istenebilecek kefalet için herhangi bir sınır getirmemektedir. Kaçak balıkçılığı önlemek için yapılan harcamalar verilecek cezalara yansıtılabilir. Cezaların arttırılması makul kefaletin de artmasına yol açacaktır. Diğer bir görüş ise, acaba ağır kefaletler kaçak balıkçılığı önler mi? Elbette, VMS taşımaları Deniz Hukuku kurallarının uygulanması için büyük bir öneme sahiptir. Kıyı devletlerinin egemen yetkilerini kullandıkları münhasır ekonomik bölgelerde bunları kullanma zorunluluğu getiren düzenlemeler cesaretlendirilmelidir. Ancak daha evvel yakalanan ve el koyulan balıkların bulunduğu gemilere bazı ağır tedbirlerin getirilmesi yoluyla yasadışı balıkçılığın önüne geçilmesi zordur⁶³.

59 Churchill R., Lowe V. (2003), s.453.

60 Aynı karar paragraf 60-64.

61 Aynı karar paragraf 51.

62 Aynı karar paragraf 70, 88.

63 Churchill R., Lowe V. (2003), s.453.

Günümüzde, Mahkeme, derhal serbest bırakılmaya ilişkin olarak önüne gelen davalar sayesinde, makul kefalet belirlenirken göz önüne alınacak unsurlara ilişkin olarak tutarlı bir içtihat geliştirmiştir⁶⁴.

ii. İhtiyati Tedbir Kararları Verilmesi

Mahkemenin ihtiyati tedbire hükmedebilme yetkisi, Sözleşme m.290/1-5'te düzenlenmiştir.

Sözleşme m. 290'ye göre ihtiyati tedbire hükmetme yetkisi, iki durumda söz konusudur. Birinci durum m. 290/1-4'te düzenlenmiştir. Bu yetki, diğer uluslararası mahkemelere tanınan ihtiyati tedbire hükmedebilme yetkisinden farklı değildir ve hem Mahkeme hem de uyuşmazlık tahkime gitmişse tahkim mahkemesi tarafından kullanılır. Mahkeme veya tahkim mahkemesi, açılan dava bakımından *prima facie* yetkili olduğuna dair bir karar verdikten sonra;

-kesin karara kadar tarafların haklarını korumak veya

-deniz çevresine verilecek ciddi zararları önlemek için uygun gördüğü her türlü ihtiyati tedbiri emredebilir. Maddenin ifadesi, tarafların uğrayabileceği zararların yanında çevreye verilecek zararların da göz önüne alınmasına olanak tanımaktadır.

Mahkemenin ihtiyati tedbire karar verebilmesi için iç başvuru yolları tüketilmelidir; bu şart, çoğu zaman ihtiyati tedbir kararının gerektirdiği aciliyet sebebiyle eleştirilebilir. İç başvuru yollarının tüketilmesi şartı, uyuşmazlık konusu olayın meydana geldiği yere ve uyuşmazlığın durumuna göre farklılıklar gösterir⁶⁵.

Ayrıca, m. 290'da yer alan '...Mahkeme veya tahkim mahkemesinin *prima facie* önüne gelen uyuşmazlıkta yargı yetkisine sahip olduğuna dair bir karar vermesi...' şartı, ihtiyati tedbir kararı verilmesini geciktirebilir; oysa, ihtiyati tedbir, acil durumlarda başvuru bir yoldur. Bu durumun ortaya çıkarabileceği sakıncaların önlenmesi için Mahkeme Kuralları 25'te, 'Mahkeme tatilde veya oturum yeter sayısı sağlanamaz ise ihtiyati tedbir başvurularının Basit Usul Dairesi tarafından karara bağlanacağı belirtilmiştir.' 290/2 maddesine göre, Mahkeme ihtiyati tedbire karar verdikten sonra kararın verilmesini gerektiren sebeplerinin ortadan kalkması veya değişmesi halinde kararını değiştirebilir veya tamamen ortadan kaldırabilir.

64 Statement by Mr. Rüdiger Wolfrum, 19.6.2006, www.itlos.org/start2_en.html.

65 Gamble J.K. s. 46.

290/5 maddede ise, yalnızca Mahkeme tarafından ihtiyati tedbir kararı verilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, belli bir uyuşmazlık için tahkim mahkemesi kurulmasına karar verilmiş ve tahkim mahkemesi kurulma çalışmaları devam ediyorsa Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine ihtiyati tedbir kararı verebilir; bu kararı değiştirebilir veya ortadan kaldırabilir. Burada Mahkeme,

-*prima facie* kurulmakta olan tahkim mahkemesinin yetkili olacağı konusunda bir karar vermeli ve

-bu karardan sonra durum aciliyet gösteriyorsa ihtiyati tedbire hükmetmelidir.

-Ek bir şart olarak, tarafların ihtiyati tedbir talebinden itibaren iki hafta içinde başka bir mahkemeye gitmek için anlaşmamış olmaları gerekir.

Mahkemeye bu yetkinin verilmesinin nedeni, tahkim mahkemesinin oluşumu sırasında ortaya çıkabilecek aksamalar sebebiyle tarafların zarar görmelerini önlemektir. Ayrıca, Mahkemenin tahkim mahkemesi oluşuncaya kadar verdiği ihtiyati tedbir kararlarını değiştirme veya tamamen kaldırma yetkisi de vardır. Tahkim mahkemesi de kurulduktan sonra kendisinden önce verilmiş bütün ihtiyati tedbir kararlarını değiştirebilir veya kaldırabilir.⁶⁶

Sözleşme m. 290/5'e göre, Uluslararası Deniz Yatağı Dairesi, Uluslararası Deniz Yatağındaki faaliyetlere ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz şart ve sınırlamalar dahilinde ihtiyati tedbire hükmedebilir; ancak, burada da uyuşmazlığın Sözleşme m. 188/2'ye göre, 'bağlayıcı ticari tahkime' gitmiş olması gerekir⁶⁷.

Doğu Mavikanat Ton Balığı Davasında⁶⁸ Avustralya ve Yeni Zelanda, Japonya'yla aralarındaki balıkçılığa ilişkin bir uyuşmazlık için 287. maddeye göre tahkim mahkemesinin kurulması sırasında Mahkemedен 290/5 madde uyarınca ihtiyati tedbir kararı vermesini talep etmiştir⁶⁹.

Sözleşmenin 290/5 maddesine dayanılarak açılan Singapur'un Johor Boğazı İçinde ve Çevresindeki Toprak Islahı Davasında⁷⁰ Mahkeme, deniz çevresi-

66 Mensah T.A.: s. 28-29.

67 Mensah T.A.: s. 29; Treves T. (2001b), s. 68.

68 Southern Bluefin Tuna Davasında(Avustralya, Yeni Zelanda-Japonya).

69 Treves T.(2001b), s. 68.

70 Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor Davasında(Malezya-Singapur).

ne zararlı olabilecek faaliyetlerde bulunanların 'ihtiyat ve dikkatle hareket etmeleri gereği ve işbirliği yükümlülüğünü' belirtmiştir. İhtiyati tedbir kararına göre, taraflar, toprak ıslahı konularındaki çalışmalarıyla ilgili olarak birbirlerini bilgilendirecek ve çalışmalarını hakkında çevre etki değerlendirmesi yapacaktır⁷¹.

Her iki davada da Mahkeme, aşağı yukarı aynı ifadelerde ihtiyati tedbire hükmetmiştir. Mahkeme, ihtiyati tedbir kararlarında, faaliyetlerin askıya alınmasına hükmetmeyerek taraflar arasında genel bir işbirliği yükümlülüğüne vurgu yapmaktadır. Mahkeme, m. 290/5 uyarınca önüne gelen davalarda deniz çevresinin korunması ile ilgili kararlar vermiş bu yolla Uluslararası Çevre Hukukunun gelişmesini sağlamıştır⁷².

-MOX Tesisi Davası⁷³

Olaylar;

Birleşik Krallık ile İrlanda arasındaki uyuşmazlık, Kuzey Doğu İngiltere Sellafield'de bir katışık oksit (MOX) yakıtı tesisi kurulmasına ilişkindir. Sellafield, Birleşik Krallık'ın sivil amaçlar için kurulmuş en eski, büyük nükleer tesistir ve uzun zamandır İrlanda ve Kuzey ülkeleri tarafından İrlanda Denizi çevresinde kabul edilemeyecek derecede yüksek oranda radyoaktivite kirliliğine neden olabileceğinden endişe edilmektedir. Bu endişelerin dile getirildiği, temel platform ise OSPAR⁷⁴ Komisyonudur. Birleşik Krallık'taki tesislerde elektrik elde etmek için MOX yakıtı kullanılmadığı için MOX yakıtının İrlanda Denizi yoluyla ihraç edilmesi gerekmektedir. Bu konudaki kamuoyu yoklamaları ve fizibilite çalışmalarından sonra Birleşik Krallık, 20 Aralık 2001'de MOX yakıtı kullanacak tesisin faaliyetine izin vermiştir.

İrlanda,

Her iki devlet ortak bir usul seçmediği için (Birleşik Krallık, UAD'nı seçmiş; İrlanda ise usul seçimi yapmamıştır) Ek VII Tahkim Mahkemesine gitmiş ve 9.11.2001'de Mahkemedен, Birleşik Krallık'ın BMDHS'nin birçok hükmünü ihlâl ettiğini iddia ederek ve ihtiyati tedbir talep etmiştir,

71 Statement by Mr. L. Dolliver M. Nelson, 14.6.2004, www.itlos.org/start2_en.html.

72 Statement of the President of the Tribunal for the Law of the Sea, Judge Rüdiger Wolfrum, 18.9.2006, www.itlos.org/start2_en.html.

73 3 Aralık 2001 tarihli The MOX Plant Case, ITLOS/10, Bkz.: Forster M.J.C.: The Mox Plant Case- Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea, Leiden JIL, 16, 2003, s. 611-619; Churchill R., Scott J.: The Mox Plant Litigation, ICLQ Vol. 53, July, 2004, s.648; Churchill R., Lowe V.(2002), s. 477 vd.

74 1992 Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic

İrlanda, Mahkemenin, m. 290/5'e göre, Birleşik Krallık'ın

-MOX yakıtı tesisine verdiği açılış iznini veya işletmeye açılış askıya almasını;

-tesisle ilgili olarak İrlanda'nın egemenliği veya egemen hakları olan sularda radyoaktif maddelerin taşınmayacağına dair güvence vermesini;

-uyuşmazlığı ve çözümünü güçleştirecek hareketleri yapmamasını ve

-Ek VII Tahkim Mahkemesi kararını verinceye kadar İrlanda'nın haklarına halel getirici herhangi bir harekette bulunmamasını istemiştir⁷⁵.

Birleşik Krallık, Mahkemenin yetkisine iki bakımdan itiraz etmiştir:

-Birinci itiraz sebebi, Mahkemenin m. 290/5'e göre, geçici tedbire hükmedemeyeceği çünkü m. 282'e göre Ek VII Tahkim Mahkemesinin yetkisiz olmasıdır. Birleşik Krallık, İrlanda'nın uyuşmazlığı OSPAR Sözleşmesine göre kurulan Tahkim Mahkemesine götürmüştür ve uyuşmazlığın bazı yönleri bakımından da AT Andlaşması ve EURATOM Sözleşmeleri çerçevesinde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı münhasıran yetkilidir⁷⁶. M. 282'ye göre, 'uyuşmazlığa taraf olan devletler, böyle bir uyuşmazlığı taraflardan birinin istemi üzerine bağlayıcı kararlar veren bir usule götürme konusunda genel, bölgesel veya iki taraflı bir anlaşma yapmışlarsa bu usul, XV. Kısımda öngörülen usulün yerine uygulanacaktır'.

-İkinci itiraz sebebi ise, İrlanda'nın m. 283'e göre yerine getirmesi gereken 'uyuşmazlıkla ilgili görüş alışverişinde bulunma yükümlülüğünü' yerine getirmemesidir.

Mahkeme kararı;

-Mahkeme, Birinci iddiayı, OSPAR ve AT Andlaşmalarının öngördüğü uyuşmazlıkların çözüm usullerine yalnızca bu sayılan andlaşmalarının yorumu ve uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda gidilebileceği ancak BMDHS'nden doğan uyuşmazlıklarda gidilemeyeceği gerekçesiyle reddetmiştir⁷⁷.

-İkinci itiraz sebebine ilişkin olarak ise, Mahkeme, 'uyuşmazlığa taraf bir

75 The MOX Plant Judgement, paragraf 26-29.

76 Aynı karar, paragraf 38.

77 Aynı karar, paragraf 35,37, 50, 51, 52, 53.

devletin, anlaşma olanağının kalmadığına inanması halinde görüş alışverişinde bulunmaya devam etmek zorunda olmadığına' hükmetti. Buna göre, İrlanda ile Birleşik Krallık arasında uyuşmazlığın çözümlenmesine ilişkin olarak gerekli görüş alışverişi yapılmıştı⁷⁸.

-Daha sonra, İrlanda'nın ihtiyati tedbir talebi hakkında bir karar verebilmek için durumun aciliyetini değerlendirdi. Mahkemeye göre, durumun aciliyet gösterebilmesi için yapılacak hareketlerle taraflardan birinin hakları ihlâl edilmeli veya Ek VII Tahkim Mahkemesinin kuruluşundan evvel deniz çevresine ciddi zarara sebep olunmalıydı. İrlanda'ya göre, MOX yakıtı tesisinin faaliyete geçmesi, deniz çevresinde geri dönüşü mümkün olmayan kirliliğe yol açacaktı; tesisin açılması dahi neredeyse geri dönüşü olmayan bir adımdı.⁷⁹ Diğer yandan, Birleşik Krallık, MOX yakıtı tesisinin yol açabileceği kirliliğin son derece az olduğunu iddia diyordu⁸⁰. Sonuç olarak, İrlanda, Mahkemeye iddia ettiği zararı ve ihlâli kanıtlayamadı. Birleşik Krallık, Ekim 2002'den evvel MOX yakıtı tesisinden herhangi bir nükleer madde ihracatının olmayacağını belirtti. Bütün bunları dikkate alan Mahkeme, 'Davada bu şartlar altında, Ek VII Tahkim Mahkemesinin kurulmasından önce, ihtiyati tedbire hükmetmek için gereken aciliyet şartının bulunmadığına' hükmetti⁸¹.

-Bununla birlikte, Mahkeme, İrlanda ve Birleşik Krallık'ın işbirliği yapması gerektiğine; Uluslararası Hukuk ve Sözleşme XII. Kısımda yer alan 'deniz çevresinin korunması için devletler arasında işbirliğinin' temel bir ilke olduğuna ve m. 290 uyarınca korunması gerektiğine hükmetti. Mahkeme, ihtiyat ve özen yükümlülüğünün İrlanda ve Birleşik Krallık'ın MOX yakıtı tesisi faaliyetinden doğabilecek zarar ve riskler konusunda birbirlerine bilgi aktararak işbirliği yapmalarını gerektirdiğini belirtti⁸².

Bu dava Mahkemenin, m. 290/5 uyarınca ihtiyati tedbir kararı verme yetkisine ilişkindir. Davada, Mahkemenin m. 290 uyarınca ihtiyati tedbire karar verirken hangi hususları değerlendirdiğini görebiliriz. Kararda dikkat çeken bir özellik ise, Mahkeme'nin davacının talep ettiğiinden daha farklı bir ihtiyati tedbire, uyuşmazlığın tarafları arasında işbirliği ve bilgi aktarımı gereğine hükmetmesidir⁸³.

78 Aynı karar, paragraf 55-57, 60, 61.

79 Aynı karar, paragraf 67, 68, 69, 70.

80 Aynı karar, paragraf 72.

81 Aynı karar, paragraf 79, 81, 82.

82 Aynı karar, paragraf 81, 84, 85, 89.

83 Aynı karar, paragraf 83; M.K. m. 89/5'e göre, Mahkeme kendisinden talep edilenden farklı bir tedbire hükmedebilir.

b. Mahkemenin ‘Herhangi Diğer Bir Anlaşmadan Doğan’ Yetkisi

Mahkeme esas olarak, Kısım XV. Kısım uyarınca, BMDHS'nin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili uyuşmazlıklar bakımından yetkilidir⁸⁴. Bunun yanında, m. 288/2'ye göre, ‘Mahkeme, BMDHS'nin amaçları ile ilgili herhangi diğer bir anlaşmanın yorumlanması ve uygulanması ile ilgili uyuşmazlıklar için bu anlaşma ile yetkili kılınabilir.’ Hemen belirtelim ki, bu anlaşmada, anlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili bir uyuşmazlık için m. 287'de öngörülen usullerden birine veya tümüne gidilebileceği öngörülebilir. BMDHS, m. 288/2 ile Mahkemeye sözleşmesel bir yetki tanınmıştır; ‘herhangi diğer bir anlaşma’dan uluslararası anlaşmalar anlaşılmalıdır. BMDHS, Deniz Hukuku konularının tümünü ele alan çok kapsamlı bir sözleşme olması sebebiyle denize, denizin kullanımına ilişkin yapılacak diğer uluslararası anlaşmaların tümü ile Mahkeme yetkili kılınabilir⁸⁵. Örneğin, deniz alanlarının sınırlandırılması sorunu esas olarak devletlerin egemenliğine ilişkin olmakla beraber deniz alanlarının sınırlandırılması konusunda yapılacak bir anlaşma ile Mahkeme yetkilendirilebilir. Bu durumda Mahkemenin yetkisi, uyuşmazlığa taraf olan devletlerin tümü tarafından kabul edilmelidir⁸⁶.

Ayrıca, Mahkeme Statüsü m. 21’de, daha genel ifadelerle Sözleşmenin amaçlarıyla ilgili olsun olmasın, Mahkemeye diğer bir herhangi anlaşmayla yetki verilebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm, Mahkemenin yetkisini yalnızca Deniz Hukuku konularıyla sınırlamadığı için ilgi çekicidir⁸⁷.

BMDHS m.288/2 hükmüne uygun olarak, 5.12.1995 tarihli Birkaç Yerde Aynı Zamanda Bulunan ve Büyük Sürü Oluşturan Göçmen Balık Stoklarının Korunması ve İşletilmesi Sözleşmesi⁸⁸. (Göçmen Balık Stokları Sözleşmesi) m. 30/1’de ‘Taraflar arasında bu anlaşmanın uygulanmasından ve yorumlanmasından uyuşmazlıklarda, tarafların Sözleşmenin tarafı olup olmamasına bakılmaksızın, BMDHS'nin XV. Kısımında düzenlenmiş çözüm yolları uygulanacaktır.’ M. 30/2’de ise, ‘göçmen balık stokları veya büyük sürü oluşturan göçmen balık stoklarına ilişkin alt bölgesel, bölgesel veya evrensel balıkçılık anlaşmalarının yorumlanması ve uygulanmasına ve bu balık stoklarının işletilmesi ve korunmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, yine XV. Kısım 2. Bölüm hükümleri tarafların BMDHS'ne taraf olup olmadıklarına bakılmaksızın uy-

84 BMDHS m. 288/1.

85 Mensah T.A., s.30.

86 Yankov A.: The International Tribunal for the Law of the Sea and the Comprehensive Dispute Settlement System of the Law of the Sea, International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice, Rao P.C., Khan R. (eds.), s. 32-43.

87 Gautier P., s. 391.

88 34 ILM 1542 (1995).

gulanabilir.' hükmü vardır. Elbette, ilgili anlaşmaya konulacak bir hükümlerle uyuşmazlıkların çözümü için Mahkemeden farklı usuller de öngörülebilir. Ayrıca, m. 30/3'e göre, 'BMDHS'ne taraf olan devletlerin 287'ye göre yaptıkları bildirimler, bu anlaşmaya ilişkin olarak m. 287 uyarınca diğer bir usulü seçmemişler Anlaşma bakımından da geçerli olacaktır'. Bunun sonucu olarak, M. 287 uyarınca yapılan bildirimlerin BMDHS'ni aşan önemli bir etkileri olduğu söylenebilir. M. 30/4'e göre, 'Anlaşmanın BMDHS'ne taraf olmayan tarafları, yazılı bir bildirimle m.287'deki usulleri seçebilirler.' BMDHS'ne ve Sözleşmeye birlikte taraf olan devletlerden yalnızca Kanada, bu yönde bir bildirimde bulunarak Sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda tahkimi yetkili kılınmıştır⁸⁹.

Ayrıca, 7.12.1996 Atıkların ve Öteki Maddelerin Boşaltılmasından Kaynaklanan Kirlenmenin Önlenmesi Sözleşmesi Eki Protokol⁹⁰ m. 16'da "Protokol ile uyuşmazlıklar tarafların karşılıklı rızaları ile çözülemezse ve taraflar 287. maddede düzenlenen usullerden birine gitme konusunda anlaşamazlarsa, tahkim yoluna gidileceği" belirtilmiştir. M. 287'de düzenlenen usuller arasında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi de vardır⁹¹.

Günümüze kadar, m. 288/2 uyarınca Mahkemeyi yetkili kılan yedi çok-tarahlı anlaşma yapılmıştır⁹²; ancak bu anlaşmalardan yalnızca dördü yürürlüktedir⁹³.

Mahkemeyi yetkili kılan böyle bir anlaşmada Mahkemenin uygulayacağı maddi hukuk kuralları açıkça belirlenmelidir; çünkü Mahkemenin yetkisi bu anlaşma hükümlerine göre tespit edilecektir⁹⁴. Anlaşmada, özellikle, anlaşma hükümleriyle birlikte BMDHS'nin uygulanıp uygulanmayacağını

89 Gautier P., s. 390.

90 36 ILM 1 (1997).

91 Pazarıcı H.(2000), s. 65-66.

92 Bu anlaşmaların listesi, Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas, 24.11.1993; Agreement for the Implementation of the Provisions of the UNCLOS of 10.12.1982; relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, 4.8.1995; 1996 Protocol to the Convention on the Prevention of the Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter 1972, 7.11.1996; Framework Agreement for the Conservation of the Living Marine Resources on the High Seas of the South-East Pacific, 14.8.2000; Convention on the Conservation and Management of Highly Migratory Fish Stocks at the Western and Central Pacific Ocean, 5.9.2000; Convention on the Conservation and Management of Fishery Resources in the South-East Atlantic Ocean, 20.4.2001; Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage 2.11.2001; Convention on the Future Multilateral Cooperation in North-East Atlantic Fisheries, 18.11.1980 Bkz.: A Guide to Proceedings Before the Tribunal, www. itlos.org/start2_en.html.

93 Churchill R. (2006), s. 10.

94 Caminos H., s. 17.

da belirtmek gerekir. Yine yürürlükte olan bir anlaşmanın tarafları da daha sonra aralarında anlaşarak bu anlaşmadan doğan veya doğabilecek uyumsuzluklarını Mahkemeye götürebilirler⁹⁵.

Diğer anlaşmalara göre hangi birimlerin Mahkemede taraf olacağını söylemek güçtür; ancak burada sözü edilen anlaşmaların Uluslararası Hukuk anlaşmaları olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır⁹⁶. Acaba bu anlaşmalara taraf olan hükümet dışı örgütler, uluslararası örgütler, gerçek ve tüzel kişiler Mahkeme önüne gelebilirler mi?⁹⁷ Yapılan anlaşmanın tarafları olan devletlerin, uluslararası örgütlerin ve hatta BMDHS'ne taraf olmayan birimlerin dahi Mahkeme önünde uyumsuzluğa taraf olacakları anlaşılmaktadır⁹⁸.

-Mahkemenin herhangi bir anlaşmadan doğan danışma görüşü verme yetkisi

Mahkeme, yalnızca uyumsuzlukların çözümünde yetkili değildir; ayrıca, danışma görüşü verme yetkisi de vardır. BMDHS ve Mahkeme Statüsünde danışma görüşü verme yetkisinden söz edilmemiştir. Mahkeme Kuralları m. 138 ise, 'Sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili bir uluslararası anlaşmanın Mahkemeden görüş alınmasını öngörmesi halinde Mahkemenin danışma görüşü vereceği' belirtilmiştir.

BMDHS m. 288/2 hükmü, BMDHS ile ilgili olan ancak Sözleşmede ayrıntılı olarak düzenlenmeyen konularda yapılan anlaşmalarla Mahkemenin yetkili kılınmasını düzenler. Tarafların gereksinimlerine göre akdettikleri anlaşma hükümlerinin Mahkemece uygulanması, özellikle Mahkeme'nin yetkisini genişletmesi bakımından önem taşır. Kendisinde beklenen işlevi tam olarak yerine getirmediğini gördüğümüz Mahkemenin yetkisi, bu tür anlaşmalarla genişletilebilir.

3. Mahkemenin Tâbi Olacağı Hukuk ve Mahkeme Kararlarının Niteliği

a. Mahkemenin Tâbi Olacağı Hukuk

Sözleşme m. 293/1'e göre, 'Mahkeme, öncelikle BMDHS'ni ve Uluslararası Hukukun BMDHS ile çatışmayan diğer kurallarını uygulayacaktır.'

95 Rao P.C., s. 1-12.

96 Rao P.C., s. 7; Mensah T.A., s. 30.

97 Gudmundur E.: The Tribunal for the Law of the Sea, Brill, 2000, s. 20.

98 Treves T.(2001b), s. 67; Rao P.C., s. 7.

Burada, Uluslararası Deniz Hukukunun Uluslararası Hukukun bir bölümü olduğu tekrar vurgulanmalıdır. Uluslararası Hukukun bütün kaynakları, uyumsuzluk ile ilgili olmaları halinde Mahkeme tarafından dikkate alınmalıdır. BMDHS m. 293/1'e göre, Mahkeme, öncelikle uluslararası hukukun kaynaklarını uygulayacaktır. Andlaşmalar, örf ve âdet hukuku kuralları, hukukun genel ilkeleri Uluslararası Hukukun aslî kaynakları; yargı kararları ve doktrin ise yardımcı kaynaklarıdır. BM Andlaşmasında ve BMDHS'nde ifadesini bulan hukukun genel ilkeleri, devletlerin egemen eşitliği, yükümlülüklerin iyiniyetle yerine getirilmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağı, uyumsuzlukların barışçı yollarla çözümlenmesi, ülkesel bütünlüğe, siyasî bağımsızlığa karşı kuvvet kullanımının yasaklanması ve uluslararası işbirliği-dir⁹⁹.

Özellikle, Mahkeme, Deniz Hukukuna ilişkin diğer bir anlaşmayla yetkilendirilmişse bu anlaşma hükümleri ve uluslararası hukukun tüm diğer kurallarını göz önüne almalıdır. Uluslararası Hukuk kurallarından ilk aklımıza gelenler Andlaşmalar Hukuku kurallarıdır; bunun yanında dokunulmazlık ve ayrıcalıklar, diplomatik himaye, uluslararası sorumluluk gibi diğer konuları da belirtmemiz gerekir. BMDHS hükmüne ek olarak Statü m.21'de de, Mahkemeye yetki veren diğer bir anlaşma hükmüne göre Sözleşmenin uyumsuzlukların çözümüne ilişkin hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Göçmen Balık Stokları Anlaşması 30. maddesinde, "Taraflar arasında bu anlaşmanın uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin bir uyumsuzluk çıktığında, anlaşmanın taraflarına BMDHS'ne taraf olmasalar dahi Sözleşme XV. Kısım hükümlerinin mutadis mutandis uygulanacağı" düzenlenmiştir. Bu tür bir anlaşmaya ilişkin bir uyumsuzluk çıktığında bu uyumsuzluğun çözümü anlaşmanın maddi hükümlerine göre olacaktır¹⁰⁰.

Sözleşme m. 293/2'ye göre ise, taraflar anlaşılırsa Mahkeme, belli bir davada *'ex aequo et bono'* karar verilebilir. Bu takdirde Mahkeme, Uluslararası Hukukun diğer kurallarını değil yalnızca adalet ve eşitlik ilkelerini göz önüne alarak bir karar verecektir. Bu kural, esasen Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38/3'de düzenlenen kuralın tekrarıdır.

b. Mahkeme Kararlarının Niteliği

BMDHS m. 296'ya göre, Mahkeme kararları, taraflar için bağlayıcı ve nihaidir; ancak kararların ne şekilde yerine getirileceği Sözleşmede belirtilmemiştir. Mahkeme, herhangi bir icra mekanizmasına sahip değildir. Kararlar,

99 Yankov A., s. 44.

100 Yankov A., s. 44, 45.

Uluslararası Hukuk kuralları uyarınca uygulanmalıdır; kararların yerine getirilmemesi uluslararası sorumluluğu ortaya çıkarır¹⁰¹. Yine BMDHS, Ek VI, m. 39'a göre, 'Deniz Yatağı Uyuşmazlık Dairesi kararları, taraf Devletlerde en yüksek mahkeme kararları ile aynı şekilde icra edilecektir.'

Kararların bağlayıcı ve nihaî nitelikte olması Mahkemenin tüm diğer işlemleri için de geçerlidir. Mahkeme işlemleri, karar (decision), emir (order¹⁰²) ya da başka bir isimle anılabilir¹⁰³.

Kararlar, Mahkemede hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alınır ve gereklidir. Oyların eşit olması halinde Mahkeme başkanının oyu belirleyicidir. Karara katılmayan üyeler, karşıt görüşlerini belirtebilirler. Kararlar, önceden belirlenen bir tarihte, halka açık duruşmada okunur(Statü m.29-30). Kararlar, halka açık duruşmada okudukları günden itibaren bağlayıcıdır (M. K. 124/2).

Mahkeme kararlarında hukuki gerekçeler belirtilmelidir (Statü m. 30/1; M. K. 125/1/i). Kararın yalnızca hüküm fıkrası taraflar için bağlayıcıdır. Buna karşılık gerekçenin ayrıntılı olarak yazılması, özellikle içtihat yaratılması açısından Mahkemenin önemini artıracaktır. Mahkeme, fazla tartışmadan kararlarını kısa bir metin olarak kaleme alabilir; bu takdirde içtihatların Uluslararası Hukukun gelişmesine katkısı sınırlı olacaktır. Mahkeme, henüz sınırlı sayıda karar verdiği için kararlar hakkında bir değerlendirme yapmak güçtür¹⁰⁴.

Mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde ise, Uluslararası Adalet Divanı kararlarının yerine getirilmesi ile bir benzerlik kurulabilir¹⁰⁵. BM Andlaşmasının 94. maddesine göre, 'uyuşmazlığa taraf olan devletlerden biri Divanın verdiği hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmezse diğer taraf, Güvenlik Konseyine başvurabilir. Konsey, gerekli görürse hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ve alınacak tedbirleri kararlaştırabilir.' Birleşmiş Milletler, çeşitli olaylarda Uluslararası Adalet Divanı kararlarına uyulması gereğini vurgulamıştır. Yine, Genel Kurul'da 'Okyanus ve Deniz Hukuku' konuları ele alınırken tarafların BMDHS m. 287 gereği verilen kararları yerine getirme yükümlülüğü tekrarlanmıştır¹⁰⁶. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, m. 287'de hem Uluslararası Adalet

101 Akçapar B., s. 23.

102 Mahkemenin ihtiyati tedbir taleplerine ilişkin kararları 'order' olarak anılmaktadır.

103 Yankov A., s. 46.

104 Gudmundur E., s. 167.

105 Aksi görüş için bkz.: Boyle A.(2004), s. 45.

106 UN General Assembly Resolution 55/7 30 October 2000.

Divanı, hem de Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi yetkili mahkemeler olarak düzenlenmiştir.

Taraflar, kararları iyiniyet ilkesi çerçevesinde yerine getirmelidirler; karar lehine çıkan taraf, diplomatik yollardan yararlanarak kararın gereklerinin yerine getirilmesini sağlayabilir¹⁰⁷.

Kararın anlam ve kapsamına ilişkin bir sorun ortaya çıktığında taraflardan biri veya aralarında anlaşarak taraflar kararın yorumlanması için Mahkemeye başvurabilir (Statü, m. 32; M. K. 126 ve 129). Kararın gözden geçirilmesi, kararın verildiği sırada bilinmeyen ve davanın sonucunu etkileyebilecek bir durumun ortaya çıkması halinde söz konusu olabilir. Ayrıca, bu durumun daha evvel Mahkemece değerlendirilmemesinde tarafların bir kusuru da olmamalıdır. Kararın gözden geçirilmesi, yorumlanmasına nazaran daha önemli sonuçları olan bir yoldur¹⁰⁸.

4. Mahkemenin Daireleri

Mahkemede, Basit Usul Dairesi, Balıkçılık Uyuşmazlıkları Dairesi, Deniz Çevresi Uyuşmazlıkları Dairesi kurulmuştur¹⁰⁹. Yine Sözleşmeye göre, Mahkeme bünyesinde Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi kurulması zorunludur.

a. Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi

i. Çekişmeli Yargı

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin bir dairesi olan Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi (UDYD), Uluslararası Deniz Yatağı¹¹⁰ ile ilgili uyuşmazlıklarda zorunlu yargı yetkisine sahiptir. Daire, Sözleşmenin XI. Kısmının ve Uygulama Andlaşmasının hükümlerine uygun olarak Uluslararası Deniz Yatağı ile ilgili uyuşmazlıklar bakımından ayrıca bir yetki anlaşmasına ve-

107 Rao P.C., s. 11.

108 Yankov A., s. 46.

109 ITLOS Proceedings and Judgements-Competence www.itlos.org/start2_en.html

110 BM Genel Kurulu 28.7.1994'te BM DH Sözleşmesinin XI. Bölümünün Uygulanmasına İlişkin Anlaşmayı (Agreement relating to the implementation of Part XI of the Convention) kabul etmiş; Anlaşma, 28.7.1996'da yürürlüğe girmiştir. Anlaşma ile Uluslararası Deniz Yatağının işletilmesi için Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi kurulmuştur. Otoritenin organları, Genel Kurul, Konsey, Sekreteryası ve İşletmedir. Konsey'den izin alınmaksızın Deniz Yatağı işletilemez. Konsey'in kabulünden sonra İşletme, üye devletler, gerçek ve tüzel kişilerin hazırladıkları çalışma planları bir sözleşme olarak yürürlüğe girer. Bkz.: Pazarıcı H. (2006), s. 288-290.

ya tek taraflı bildirimle gerek kalmaksızın yetkilidir. 11 yargıçtan oluşan Dairede, tarafların talep etmesi halinde 3 yargıçtan oluşan *ad hoc* Daireler de kurulabilir.¹¹¹ Oturum yeter sayısı 7'dir. Daire üyeleri Mahkeme üyeleri arasından seçilirler; ikinci defa seçilme mümkündür.

Deniz Yatağı Uyuşmazlık Dairesinin bakabileceği uyuşmazlıklar, Sözleşmenin 187. maddesinin (a) ilâ (f) bendlerinde düzenlenmiştir. Daire, Sözleşme, XI. Kısım, 5. Bölüm ve Statü 14. madde hükümleri uyarınca faaliyet gösterir.¹¹²

M. 187'ye göre, DYUD, şu konularda yetkilidir:

-Sözleşmenin Deniz Yatağının düzenlendiği XI. Kısımının ve buna ilişkin eklerin uygulanması ve yorumlanması konusunda yetkilidir. Bunlara ilişkin bir uyuşmazlık çıktığında taraflar, aralarında anlaşarak uyuşmazlığı Mahkemenin diğer özel bir dairesine götürebilirler veya taraflardan biri uyuşmazlığı *ad hoc* Deniz Yatağı Dairesine götürebilir.¹¹³

-Sözleşmeye taraf devlet ile Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi arasında bunların fiilleri ve ihmalleri sonucu Sözleşmenin ve Uygulama Anlaşmasının ihlâli ortaya çıkıyorsa bunlara karşı, Otoritenin kural, usul ve düzenlemelerine uyulmaması halinde taraf devlete karşı, yetkisini kötüye kullanması veya aşması halinde Otoriteye karşı açılan davalar;

-taraf devletler, Otorite, İşletme, devlet teşebbüsleri, gerçek ve tüzel kişiler akdin yorumlanmasına, çalışma planına, ya da Alandaki faaliyetlere ilişkin olarak hukuksal çıkarları zedeleniyorsa bir diğerine karşı açılan davalar;

-m. 187/c/i'de düzenlenen, 'akdin' uygulanması ve yorumlanması konusunda başka türlü kararlaştırılmamışsa, Sözleşmenin taraflarından biri 'bağlayıcı tahkime' gidebilir; ancak, 'Ticari Tahkim Mahkemesinin' Sözleşme ile ilgili her konuda yargı yetkisi yoktur. Uyuşmazlık konusu aynı zamanda Uluslararası Deniz Yatağındaki faaliyetlere ilişkin olarak XI. Kısım ve eklerinin yorumlanmasını içeriyorsa bu uyuşmazlık 188/2 maddesi uyarınca Uluslararası Deniz Yatağı Dairesine gelmelidir.¹¹⁴

-taraf devletlerle Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi arasındaki bir akdin

111 BMDHS m. 188/1.

112 ITLOS Proceedings and Judgements-Competence www.itlos.org/start2_en.html

113 BMDHS m. 188/1.

114 ITLOS Proceedings and Judgements-Competence www.itlos.org/start2_en.html

uygulanabilir hükümlerine uygunluk veya yapılan bir akitten doğan uyumsuzluklarda yetkilidir.

-Taraflar arasında bir akit yapılamaması veya kusur ya da ihmal neticesinde doğan zararlar için Sözleşmenin ilgili hükümleri ve Ek III'e göre Daireye de gidilebilir.

-Otorite ve akdin tarafı olabilecek birimler, akdin yapılamaması veya akdin müzakereleri sırasında ortaya çıkan bir engel sebebiyle Daireye başvurulabilir.

Çeşitli yazarlara göre, Sözleşme m. 153/2/b uyarınca Sözleşmenin tarafı olan devletler, Otorite, İşletme, devlet kurumları, gerçek ve tüzel kişilerin Dairedeki davalarda taraf olabilir¹¹⁵. Belirtmek gerekir ki, Statü m.20/2'de, 'Mahkeme, Sözleşme XI. Kısımda açıkça belirlenen durumlarda, devletler dışındaki birimlere de açıktır.' hükmü vardır.

Statü m. 15/5'de, Daireler tarafından verilecek kararların Mahkeme kararı sayılacağı belirtilmiştir.

BMDHS m. 287/1'e göre usul seçimi, Dairenin yetkisi bakımından söz konusu değildir; bu bakımdan yukarıda saydığımız uyumsuzluklar bakımından Dairenin zorunlu yetkisi vardır.

Mahkemenin yetkisine bazı sınırlamalar getirildiği gibi Dairenin yetkilerine de bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalardan en önemlisi, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesinin kararlarından doğan uyumsuzluklara ilişkin sınırlamadır. 189. maddede Dairenin, Sözleşmenin XI. kısmına göre Otoritenin takdir yetkisini kullandığı konularda, yargı yetkisinin bulunmadığı düzenlenmiştir. "Daire, Otoritenin yerine geçerek kendi takdir yetkisini kullanamaz ve Otoritenin çıkarttığı kuralların, düzenlemelerin Sözleşmeye aykırı olduğuna, geçersiz olduğuna hükmedemez. Dairenin bu konudaki yetkisi, Otoritenin kural ve düzenlemelerinin tarafların akitten veya Sözleşmeden doğan haklarını zedelediğinin saptamaktan ibarettir. Ayrıca, Daire, Otoritenin yetkilerini kötüye kullanması, yetkisini aşması, akitten ve Sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmemesinden doğan zararlara ilişkin iddiaları da karara bağlar."

Dairenin yetkisinin bu şekilde sınırlanmasının amacı, Otoritenin bir yandan denetlenmesini sağlamak, bir yandan da önemli ve yenilik arz eden görevlerini tam olarak yerine getirebilmek için sahip olması gereken özerklik ve tak-

115 Treves T.(2001a), s. 84-90; Mensah T.A., s. 40; Rao P.C., s. 6.

dir yetkisini kendisine tanımaktır. Buna karşılık, Dairenin devletlerin ve Uluslararası Deniz Yatağında faaliyet gösteren diğer birimlerin haklarını ve çıkarlarını etkileyen Otorite kararlarını denetleme yetkisi vardır. Daire, akdin taraflarının hak ve yükümlülükleri belirler ve gerektiğinde tazminata hükmeder¹¹⁶.

ii. Danışma Görüşü Verme Yetkisi

Uluslararası Deniz Yatağı Dairesi, Genel Kurul ve Konsey'in faaliyetlerinden doğabilecek hukuki sorunlarla ilgili olarak danışma görüşü verebilir.¹¹⁷ Danışma görüşü, Genel Kurul ya da Konsey'in isteği üzerine verilir ve bu münhasıran Daireye ait olan bir yetkidir. Verilen danışma görüşü, organların, devletlerin ve Otoriteyle ilişki içindeki olan diğer birimlerin Uluslararası Deniz Yatağındaki faaliyetlerine ilişkin olarak Otorite tarafından kabul edilen yetki kurallarını ve takdirini etkileyebilir. Davalarda Dairenin yetkileri, Otoritenin yetkileri bakımından açıkça sınırlanmışken 191. maddeye göre, Konsey ve Genel Kurul, Otoritenin aldığı kararların yasallığı veya yerindeliliği konusunda Dairenden danışma görüşü isteyebilir. Bu yetki, Dairenin danışma görüşü verme yoluyla Dairenin işleyişini etkileyebileceğini göstermektedir¹¹⁸.

b. Basit Usul Dairesi

Mahkeme Statüsü m. 15/3-4'e göre, tarafların talep etmesi halinde, uyuşmazlık Mahkeme tarafından kurulan Basit Usul Dairesinde karara bağlanır. Buna ek olarak, Mahkemenin çalışma dönemleri dışında ve toplantı yeter sayısı oluşmadığı zaman ihtiyati tedbire hükmeder. Basit Usul Dairesi yıllık olarak seçilen beş asil ve iki yedek üyeden oluşur.

c. Balıkçılık Uyuşmazlığı Dairesi

Mahkeme Statüsü m. 15/1'e göre, tarafların anlaşmaları halinde deniz canlı kaynaklarının işletilmesi ve korunmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda yetkilidir. Dairede yedi üye görev alır.

d. Deniz Çevresi Uyuşmazlıkları Dairesi

Yine Mahkeme Statüsü m. 15/1'e göre, tarafların anlaşmaları halinde deniz çevresinin korunmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda yetkilidir.

116 Mensah T.A., s. 28-29.

117 BMDHS m. 159/10, 191.

118 Mensah T.A., s. 29.

e. Ad hoc Daire

Mahkeme Statüsü m. 15/2'ye göre, uyuşmazlığın tarafları kabul etmesi halinde, Mahkeme belli bir uyuşmazlık için Daire kurulmasına karar verebilir. *Ad hoc* Dairenin oluşumuna tarafların rızası ile Mahkeme karar verecektir. 18-19 Aralık 2000 tarihinde Şili ve Avrupa Topluluğu, Güneydoğu Pasifik'teki kılıçbalığı stoklarının sürdürülebilir işletilmesi ve korunmasına ilişkin uyuşmazlığın Mahkemece kurulacak bir Daireye götürülmesi konusunda anlaşmışlardır. Bunun üzerine Mahkeme, 20 Aralık 2000 tarihinde bu uyuşmazlık için bir Daire oluşturulmasına karar verdi¹¹⁹.

Caminos'a göre, *ad hoc* Daire, uyuşmazlığın tarafları bakımından tahkime nazaran daha fazla tercih edilmelidir; çünkü tahkim mahkemesi uyuşmazlık hakkında bir karar verdikten sonra ortadan kalkmaktadır; oysa ki daire kararları daimi görev yapan bir Mahkemedan çıkmış sayılır. Ayrıca taraflar, *ad hoc* Dairenin uygulayacağı kuralları kendileri belirleyerek tahkimin kendilerine sağlayacağı avantajı önemli bir harcama yapmadan *ad hoc* Dairelerden sağlayabilirler¹²⁰.

Statü tarafından kurulması öngörülen Daireler kurulmuş ancak Dairelere de Mahkemenin kaderini paylaşmış kendisinden beklenen işlevi yerine getirememiştir.

SONUÇ

BMDHS XV. Kısımın başlığı, uyuşmazlıkların çözümüdür. XV. Kısımda Sözleşmenin uygulanması ve yorumlanması sırasında doğan uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümleneceğine ilişkin temel ilke belirtildikten sonra kararları bağlayıcı olan zorunlu usuller arasında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi de sayılmıştır. Uyuşmazlıkların çözümü, Sözleşmede ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmakla birlikte Sözleşme ile getirilmiş olan kapsamlı istisnalar ve sınırlamalar, diğer zorunlu usullerle birlikte Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin yetkilerini de önemli ölçüde kısıtlamıştır. Günümüzde, 24 devlet m. 287 uyarınca Mahkemenin yetkisini kabul etmiş; ancak bunlardan 11'i kabul beyanlarına çeşitli istisnalar eklemiştir. Bunun dışında, devletler, m. 297 kapsamındaki sınırlamalara girdiği gerekçesiyle her zaman belli bir uyuşmazlık bakımından Mahkemenin yetkisini reddedebilirler.

Mahkemenin uluslararası toplumda saygınlık kazanması, önüne gelen dava sayısının artması ve Mahkemenin Uluslararası Deniz Hukukunu geliştiren ka-

119 ITLOS Proceedings and Judgements-Competence www.itlos.org/start2_en.html

120 Caminos H., s. 20.

rarları ile mümkün olacaktır; bunun sağlanması için daha fazla sayıda devlet tarafından ve değişik konulara ilişkin olarak yetkisinin tanınması gerekir. Bu da ancak, Sözleşmeye taraf devlet devletlerin gerekli bildirimde bulunmaları veya devletlerin BMDHS m. 288/2 uyarınca yapacakları diğer Uluslararası Deniz Hukuku anlaşmalarıyla Mahkemenin yetkisini tanımaları ile sağlanabilir.

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, denizlerin farklı kullanımlarından doğabilecek çok çeşitli uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuştur. Oysa ki, günümüzde Mahkemenin önüne gelen davalar, BMDHS m. 290/1-5 uyarınca ihtiyari tedbir kararları verilmesi ve m. 292 uyarınca gemi ve mürettebatın derhal serbest bırakılması ile sınırlıdır. Bu konular, Sözleşmeye taraf olan devletlerden birinin Mahkemeye başvurması halinde Mahkemenin zorunlu olarak yargı yetkisine sahip olduğu konulardır. Taraflar, Mahkemeye yalnızca acil, hemen karar alınması gereken bu iki durumda başvurmaktadır. Bu iki konu dışında özellikle, Mahkeme yetkisinin genel olarak tanınmasına olanak veren m. 287'ye dayanılarak açılan herhangi bir dava henüz mahkeme önüne gelmemiştir.

Mahkeme, 10 yıl önce faaliyete geçmesine karşın önüne gelen davaların iki konuyla sınırlı olması Mahkemenin kapasitesini kullanamamasına yol açmış ve Mahkeme kendisinde beklenen Uluslararası Deniz Hukukunun geliştirilmesi işlevini yerine getirmemiştir. Uluslararası Deniz Hukukuna ilişkin pek çok kavram Uluslararası Adalet Divanı kararlarıyla geliştirilmiştir; aynı şekilde Mahkemenin de içtihadını oluşturması beklenirdi; ancak önüne gelen davalar Mahkemeye bu şansı vermemiştir. Elbette, bunun en önemli nedenlerinden biri, Sözleşmenin doktrinde de eleştirilen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleridir. Bu hükümler, taraf devletlerin zorunlu yargı usullerini bertaraf etmelerine izin vermiştir. Sözleşmenin kabulünün sağlanması bakımından avantaj sağlayan, taraflara zorunlu yargı yerinden kurtulma olanağı veren istisna ve sınırlama hükümleri günümüzde Mahkemeyi işlevsiz hale getirmiştir. Diğer bir nedeni ise Uluslararası Deniz Hukuku uyuşmazlıklarının niteliğidir. Uyuşmazlıkların çoğu zaman çok kapsamlı olması, birçok farklı veri değerlendirilerek çözümlenebilir olması ve denizin çeşitli kullanımlarının kolayca birbirlerini etkilemesi uyuşmazlıkların uluslararası mahkemelere taşınmasını güçleştirmektedir. Mahkemenin önüne gelen sınırlı sayıda dava için vereceği kararlar ile uluslararası toplumda saygınlığını arttırması güçtür.

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi kuruluşundan bu yana 10 yılı aşkın bir zaman geçmiş olmasına karşın yargı yetkisi çok sayıda devlet tarafından tanınmadığı veya birçok sınırlama ve istisnalarla tanındığı için Uluslararası Deniz Hukuku uyuşmazlıklarının çözümü konusundaki kapasitesini tam olarak kullanamamış; Sözleşmede yer alan kuruluş amaçlarını ve kendisinden beklenen içtihat yaratma işlevleri yerine getirememiştir.

KAYNAKÇA

- Akçapar B.: 'Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi', AÜSBF Dergisi, c. 51, sy.1-4, 1996, s. 19-42.
- Boyle A.: 'Some Problems of Compulsory Jurisdiction before Specialised Tribunals The Law of the Sea', Asserting Jurisdiction- International and European Legal Perspectives, Capps P., Evans M., Konstadinis S.(eds.), Hart Publishing, 2003, s.243-247.
- Boyle A.E.: 'Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction', ICLQ, January 1997, s.37-54.
- Brown E. D.: 'Dispute Settlement and the Law of the Sea: the UN Convention Regime', Marine Policy, Vol.21, No. 1, 1997, s.7-43.
- Caminos H.: 'The International Tribunal for the Law of the Sea: An Overview of Its Jurisdictional Procedure', The Law and Practice of International Courts and Tribunals 5, 2006, s.13-27.
- Churchill R., Lowe V.: 'The International Tribunal for the Law of the Sea: Survey for 2002', IJMCL, Vol 18, No 4, 2003, s.447-456. (Churchill R., Lowe V.:2003)
- Churchill R., Lowe V.: 'The International Tribunal for the Law of the Sea: Survey for 2001', IJMCL, Vol 17, No 4, 2002, s.463-484. (Churchill R., Lowe V.:2002)
- Churchill R., Scott J.: 'The Mox Plant Litigation', ICLQ, vol.53, July, 2004, s.634-676.
- Churchill R.: 'The International Tribunal for the Law of the Sea: Survey for 2004', IJMCL, Vol 21, No 1, 2006, s.1-14.
- Churchill R.R., Lowe A.V.: The Law of the Sea, Second Edition, Manchester, 1988.
- Churchill R.R., Lowe A.V.: The Law of the Sea, Third Edition, Manchester, 1999.
- Evans M., Konstadinis S.(eds.), Hart Publishing, 2003, s.243-245.
- Forster M.J.C.: 'The Mox Plant Case- Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea', Leiden JIL, 16, 2003, s.611-619.
- Gamble J. K.: 'The 1983 UN Convention on the Law of the Sea: Binding Dispute Settlement', 9 B.U. Int.l L. 39, 1991, s.40vd.
- Gautier P.: The International Tribunal for The Law of the Sea: Activities in 2005, Chinese Journal of International Law, Vol.5, n.2, 2006, s.381-396.
- Gudmundur E.: The Tribunal for the Law of the Sea, Brill, 2000.
- Gündüz A.: Milletlerarası Hukuk -Temel Belgeler Örnek Kararlar, Beta, Gen. 3.baskı, İstanbul,1998, s.465-473.
- Keşkin F.: '1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesinden Sorunların Çözülmesinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi', AÜSBF Dergisi, c.53, sy.1-4, 1998, s.185-206.

- Khan R.: 'Introduction', International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice, Rao P.C., Khan R. (eds.), 2001, s.13-20.
- Mensah T. A.: 'The Place of the International Tribunal for the Law of the Sea in the International System for the Peaceful Settlement of Disputes', International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice, Rao P.C., Khan R. (eds.), 2001, s. 20-31.
- Nelson L. D. M.: 'The International Tribunal for the Law of the Sea: Some Issues', International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice, Rao P.C., Khan R. (eds.), 2001, s.48-60.
- Night G., Chiu H.: *The International Law of the Sea: cases, documents, and readings*, Elsevier, 1991, s.781-800.
- Oxman B. H.: Bantz V.: 'The M/V 'SAIGA' No.2 Saint Vincent and Granides v. Guinea, Judgement (ITLOS Case No.2)', *AJIL*, Jan 2000; 94, i.1, p.140 vd.
- Oxman B. H.: 'The M/V Saiga', *AJIL*, vol 98, Iss. 2, apr. 1998, s.278 vd.
- Pazarıcı H.: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, IV. Kitap, Ankara, 2000; s.62-67.
- Pazarıcı H.: *Uluslararası Hukuk*, Göz.Geç.4. Bası, Ankara, 2006, s.447-454.
- Rao P.C.: 'International Tribunal for the Law of the Sea: An Overview', International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice, Rao P.C., Khan R. (eds.), 2001, s.1-12.
- Statement by Mr. Rüdiger Wolfrum, President of the International Tribunal for the Law of the Sea, on the Report of the Tribunal at the sixteenth Meeting of States Parties to the Law of the Sea Convention, 19.6.2006, www.itlos.org/start2_en.html
- Statement by Mr. L. Dolliver M. Nelson, President of the International Tribunal for the Law of the Sea, on Agenda Item 49(a) at the Plenary of the fifty-ninth Session of the United Nations General Assembly, 17.11.2004, www.itlos.org/start2_en.html.
- Statement of the President of the Tribunal for the Law of the Sea, Judge Rüdiger Wolfrum, on the occasion of the Tenth Anniversary Ceremony at the Vertretung der Freien und Stansesstadt Hamburg, Berlin, 18.9.2006, www.itlos.org/start2_en.html.
- Sur M.: *Uluslararası Hukukun Esasları*, Gel. 2. baskı, Beta Yay., İstanbul, 2006, s. 285.
- Treves T.: 'The Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea', International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice, Rao P.C., Khan R. (eds.), 2001, s.82-98(Treves T. 2001a).
- Treves T.: 'The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea', International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice, Rao P.C., Khan R. (eds.), 2001, s.61-73(Treves T.2001b).
- Vukas B.: 'International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice, The International Tribunal For the Law of the Sea: Some Features of the New International Institution', Rao P.C., Khan R. (eds.), 2001, s.61-81.
- Wolfrum R.: 'Provisional Measures of the International Tribunal for the Law of the Sea', International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice, Rao P.C., Khan R. (eds.), 2001, s.173vd.

ITLOS Proceedings and Judgements-Competence www.itlos.org/start2_en.html

Yankov A.: 'The International Tribunal for the Law of the Sea and the Comprehensive Dispute Settlement System of the Law of the Sea', International Tribunal for the Law of the Sea, Law and Practice, Rao P.C., Khan R. (eds.), 2001, s.32-43.

BICAMERALISM, FEDERALISM AND DEMOCRACY: A COMPARATIVE PERSPECTIVE

*Ar. Gör. Dr. Peri URAN**

Summary

The number of the legislative chambers is one of the traditional discussions of the Constitutional Law and comprehensive studies have been carried out on this issue. In recent times, discussion regarding the system of bicameralism in Turkey has been put on the agenda again by the scientists and politicians. The debate stems from uncertainty and misinformation about what precisely is the function of a second chamber, as well as on questions of composition, role, powers and relationships with the first chamber. To further the debate, questions asking why second chambers exist, what is their use, what is the relation between second chambers and democracy, why is the role of bicameralism in federal systems is vital and what is the purpose of bicameralism in unitary states need to be answered. In order to gain a richer perspective, comparisons from other countries which adopted bicameralism are essential.

An Introduction of Bicameralism

Bicameralism is a system of legislature consisting of two houses, chambers or assemblies. The idea of bicameral system can be traced to ancient writings on the theory of mixed government. The theory of mixed government built upon the classical belief that there were three simple forms of government.

* Research Assistant in the field of Constitutional Law at Hacettepe University, Department of Political Science and Public Administration; Visiting Scholar at Columbia University Law School. The author would like to thank The Scientific & Technological Research Council Of Turkey, for supporting me on this research.

Monarchy, aristocracy and democracy. Each had its positive and negative attributes. Monarchies allowed government to act with power and dispatch, but if unchecked they turned to despotism. Aristocrats in England lent wisdom to government but, if unlimited, transformed government into an oligarchy ruling for its own benefit. A democratic government had virtue and honesty but, if not hindered, degenerated into anarchy, mob rule and licentiousness¹. This understanding of the mixed state attempted to combine three elements within the organization of the state: the monarchical through consuls, the democratic through committees and the aristocratic through a senate. The fact that today many second chambers are known as the Senate as in the United States, France, Spain, The Czech Republic, Poland and Italy refers back to this historical source, regardless of their differing forms and competences².

Parliamentary institutions had become stronger in England than elsewhere. It is arguable that bicameralism of the legislature played a fundamental role on this. It is the unique and largely accidental English route to bicameralism, which has proved to be the main model and inspiration for almost all the bicameral legislatures of today, either directly or indirectly. The Parliament of Westminster has been described as the “Mother of Parliaments”. Perhaps it is even truer that its bicameral system has been mother of present day bicameralism³.

The Origins of Second Chambers

The more immediate predecessors of today’s second chambers, which developed across Europe during medieval times, were built on a similar principle. The House of Lords itself, which emerged in the fourteenth century, is one of the earliest examples and was highly influential. The evolution of bicameralism in England resulted from a split in the Great Council, which met to advise the king and agree taxation. The Council had previously expanded its membership from feudal lords to include burgesses representing local communities. When this different “estates” began to meet separately this marked the emergence of an “upper” chamber comprising the aristocracy and bishops, sitting in their own right, and a “lower” chamber

-
- 1 Marc W. Kruman, “Power Should Be A Check To Power: Bicameralism and The Reinvention of Mixed Government”, *Between Authority and Liberty: State Constitution Making In Revolutionary America*, (London: The University of North Carolina Press, 1997), p. 132.
 - 2 Herbert Schambeck, “Reflections On The Significance Of The Bicameral Parliamentary System”, *Bicameralism, Democracy and The Role Of The Civic Society*, 3. Meeting of the Association of European Senates, 28 June 2002, p. 1.
 - 3 Alun A. Preece, “Bicameralism At The End Of The Second Millenium”, *University of Queensland Law Journal*, 21 Vol. Queensland L.J. (2000-2001), p. 84.

representing the people or commons. England's legislative practice of meeting in two separate decision making assemblies was then recast in terms of the ancient Greek theory of mixed government. The balance of power between the various societal interests guaranteed that the political system would not evolve into tyranny of one group over the others⁴.

Similar developments occurred elsewhere in Europe. The Irish and French Parliaments initially had three chambers, representing the aristocracy, the clergy and the people. In the fifteenth century the Swedish Riksdag represented four estates, the aristocracy, the clergy, the towns and the peasantry in four separate chambers.

Whilst the origins of many second chambers may be traced back to this class-based model, another later model has been equally influential. This is the system adopted in the United States' constitution at the time of federation in the late eighteenth century. The constitution brought together a collection of self-governing states but with very different populations. At the Philadelphia Convention in 1787, representatives of the states met to resolve the number of representatives per state in the new legislature. There was concern amongst smaller states that they would be outvoted in a parliament with representation based on population. The outcome was the "Great Compromise" between larger and smaller states using a bicameral legislature to represent their conflicting interests. The lower house represented the people on a population basis and the upper house, The Senate, represented the states. In order to protect the states each was given an equal number of representatives in the Senate. This, coupled with co-equal powers for the two chambers, meant that no measure could be agreed without the support of the majority of the people's representatives and the majority of the states' representatives⁵. Similar bicameral systems went on to be adopted in many federal countries in the years that followed.

The bicameral parliament continues to be the standard model in use by large democratic states. All contemporary bicameral legislatures slightly or substantially vary from country to country, reflecting specific political preferences, as well as different historical, social, cultural and economic conditions. However, despite its diversity, political analysts associate differences with two main aspects: the method of election of members of both houses and relative legislative power of both houses.

4 George Tsebelis, Money Jeannette, *Bicameralism*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), p. 21.

5 Meg Russell, *Reforming The House of Lords*, (New York: Oxford University Press, 2000), p. 20.

Features of Second Chambers

Second chambers take many forms, both in terms of their composition and their powers with respect to the first chamber. An important distinguishing feature of second chambers is that they are generally smaller than the first chambers. Before the 1999 reform of the House of Lords, Britain was one of only three countries in the world with a second chamber larger than the first. (The others being Kazakhstan and Burkina Faso). The smaller size of second chambers is often cited as a beneficial factor that, for example, makes debates and committees more manageable than those in the first chamber. This, along with other factors such as longer terms served by members of second chambers, fosters closer working relationships. These help create the more constructive and less adversarial atmosphere which is often hallmark of second chambers⁶.

First chambers in democracies are generally elected by the people on a broad franchise. However second chambers will tend to use a different form of composition, which may not involve direct election. The diverse range of methods by which members of second chambers are chosen may be broadly summarized as direct election, indirect election, appointment, heredity, vocational/corporate or mixed membership. In only 19 countries are all members of the second chamber directly elected⁷. Among these are Switzerland, Japan, Mexico, and some of the newer democracies of eastern Europe, such as Poland. Elsewhere selection may be a mixture of direct or indirect election or by the other methods alone. The opponents of bicameralism emphasize that “second chamber may appear as a drag on the way of democracy, especially when its members are elected indirectly or when they are not elected at all and instead are appointed”. That is the question of legitimacy of indirectly elected members of the parliament is raised.⁸ The election of the second chamber does not mean that membership is necessarily similar to that of the lower house. Difference between the chambers is generally achieved through employment of different electoral systems or means of distributing seats. Some of the countries the lower house is elected using a proportional system, whilst the upper house uses a majoritarian system. In the US both chambers use a majoritarian system, but the distribution of seats and the discrepancy between the size of constituencies and the length of parliamentary terms make these very different systems in practice.

6 Ibid. 25.

7 Samuel C. Patterson, Anthony Mughan, “Senates and The Theory of Bicameralism”, *Senates: Bicameralism In The Contemporary World*, (Columbus, OH: State University Press, 1999), p. 5.

8 Ivan Kristan, “Bicameralism and Democracy”, www.ds-rs.si/en/texts/research_senates.pdf.

Another distinguishing feature of upper houses is that members often serve longer terms of office than those in the lower chamber. Life membership of the House of Lords is obviously an extreme example of this. In other cases, where the upper house is indirectly elected, its membership may change gradually as elections take place in constituent territories. This applies in Germany and also in Austria and Russia. A system of rolling membership which often means that the constitution does not allow the chamber to be dissolved may add to the chamber's power. It may also help build continuity of work and relationships between members especially when coupled with long parliamentary terms⁹.

In many cases different membership qualifications apply to the upper and lower houses. In some countries these include property qualifications which are a hangover from a traditional class-based system. However another common feature is a higher age qualification for membership of the upper house. In principal a second chamber ought to provide for the mobilization into a legislature of people whose experience is different, decidedly different, from that which is normal for the first chamber. The argument here would be that if a second chamber is going to exist at all it ought to be so composed that its membership is dissimilar in important respects from that of the first chamber. If bicameralism entails mere lookalike chambers then the argument for unicameralism is strengthened. There is no point in mere duplication. A second chamber should be complementary to its first chamber¹⁰.

Lijphart attributes variation to the degree of congruence between two legislative houses and power asymmetries and defines "congruence" as similarity of political composition. Congruence does not necessarily imply identity of positions as it is impossible to have identical or even similar positions on several issues within a fraction and the more so within a house. At the same time, disparities in power range from full symmetry, where agreement of the two houses is necessary to enact a law, to total asymmetry, where one house is granted decision-making power. Using these categories, Lijphart identifies three types of bicameralism "strong", "weak" and "insignificant". "Strong" bicameralism implies incongruence of houses in political composition and symmetry or only moderate asymmetry with regard to their respective legislative powers. Australia, Germany, Switzerland and the United States are examples of "strong bicameralism".

9 Meg Russell, *Reforming The House of Lords*, (New York: Oxford University Press, 2000), p. 33.

10 Donald Shell, "The History of Bicameralism", *Second Chambers*, (London: Portland, Spring 2001), p. 17.

“Weak” bicameral legislatures are characterized either by asymmetrical power or by congruent chambers. They are represented in Canada, United Kingdom, Belgium, Italy and Japan. “Insignificant” bicameralism in its turn characterizes congruent and extremely asymmetrical systems. There are two of them that are in Austria and Ireland¹¹. This typology shows the main characteristics by which bicameral parliaments vary and it collects them in different groups. Although it does not show peculiarities and similarities of bicameral parliaments within the group, it is a good means of identification and classification of the legislative systems around the world. Lijphart concludes that a bicameral system is most effective if the two chambers are incongruent in their composition but have symmetrical or moderately asymmetrical powers which is called as strong bicameralism. However, dissimilar composition alone is not enough. The House of Lords has a distinct composition to the House of Commons and its powers to delay legislation are relatively great. But these powers have been infrequently used because of the perceived problem of an unelected house, including many hereditary members, challenging the will of a popularly elected house. This is recognized by Lijphart when he notes that: “The actual political significance of second chambers depends not only on their constitutional powers but also on their method of selection. Second chambers that are not directly elected lack the democratic legitimacy and hence the real political influence that popular election confers.

As well as having a distinct composition to the lower house, it is usual for an upper chamber to have different powers. In the majority of parliaments around the world the powers of the second chamber are less than those of the first. Generally, where government is subject to a confidence vote in the lower house, the same does not apply in the upper house however, Italy is an exemption. In general the upper house has the power to either amend, reject or delay legislation rather than veto and it has different powers over financial legislation and constitutional amendments. A key determinant of the power of an upper house is the way in which legislative disputes with the lower house are resolved. One common method is for the lower house to have the “last word” which is the right to override objections by the upper house. Another common option which is used in many countries, including India, France and Germany is to use a joint committee or joint session of both houses to adjudicate. The third common procedure is for bills to simply shuttle between the houses until agreement is reached. This is the case in the US, Canada and Italy. In many countries has a role in other significant appointments. For example, in Austria, Switzerland, the Czech Republic and

11 Arend Lijphart, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government of Twenty-One Countries*, (New Haven and London: Yale University Press, 1984), p. 99.

Italy the election of the President takes place in a joint parliamentary sitting. In many countries the members of the upper house are also involved in selecting or approving members of the highest courts¹². Creating and sustaining a legitimate constitutional order can be identified and both relate to upper houses' ability to influence policy. Upper houses can act as guarantors of institutional continuity and constitutional integrity. They often play a key role in constitutional revisions, for instance¹³.

Advantages and Disadvantages of Bicameralism

Advantages of Bicameralism:

1. The legislature is the most powerful arm of the government and its power needs to be checked by its division into two houses, elected by different methods and for different terms of office. The aim of establishing second chambers is to design a balance for the lower chambers and to temper the democratic aggressiveness of them, the "tyranny of the majority" with a representative body of a more "conservative" character¹⁴. Thus, an upper chamber can be a check and balance element of using the sovereignty.
2. A second chamber can perform several technical services which improve the legislative process. An upper house can act as a revising chamber, to carefully examine and revise bills passed by the lower chamber. A second appraisal is claimed to be beneficial in that it may enable more flaws in legislation to be detected. Technical errors in drafting could be searched for. The clarity and presentation of the law could be improved. A second appraisal would also act as a brake on the lower assembly, slowing down the passage of hasty legislation, checking any carelessness.
3. A second chamber could serve to limit government. This function of a second chamber is closely linked to the separation of powers doctrine, that the concentration of power in one institution may be dangerous. An upper house could provide some oversight and regular inspection of civil liberties and human rights within the country. Besides, during emergency situations, it could serve to limit a popular government

12 Meg Russell, *Reforming The House of Lords*, (New York: Oxford University Press, 2000), p. 40.

13 Samuel C. Patterson, Anthony Mughan, "Fundamentals of Institutional Design: The Functions and Powers of Parliamentary Second Chambers", *Second Chambers*, (London: Portland, Spring 2001), p. 52.

14 Inter-Parliamentary Union, *Parliaments Of The World: A Comparative Reference Compendium*, (New York: Facts on File Publications, 1986), p. 134.

which might seek to go too far too fast and threaten the rights of minorities or society as a whole.

4. Upper houses, which the government does not control, can operate as a very healthy check on executive excess by investigating government activities. Where the system is unicameral, the Government is almost invariably in a position to prevent such investigations. Where there is an executive independent of the legislature, this role operates in both houses¹⁵.
5. Bicameral parliaments with both chambers elected better accommodate various interest groups (social, economic, cultural) or geographic units through widening the basis of representation in the legislature. The introduction of bicameralism is the recognition that society is plural and that numerous interests exist within it.

Disadvantages of Bicameralism:

The opponents of bicameral system of parliaments cite the following reasons for having a simple-chamber legislature:

1. It is argued that a second chamber is either ineffective in checking government or it becomes overly zealous in checking the government. A second chamber, when nominated, is often said to become conservative and anti-democratic by its very nature, having to safeguard its members' positions and to check a democratically elected chamber. If the second chamber is elected, its members, believing that they also possess a mandate from the people, can become excessively obstructive towards the lower house. A struggle between two elective chambers can develop. If the same party controls both houses, the government's legislation will not be properly checked or limited at all; if a different party controls each house, a situation of obstruction and deadlock may often set in¹⁶. Therefore, if ineffective it serves no purpose and is a costly burden upon the state; if zealous or obstructive, it is dangerous and threatens to impede proper government.
2. Second chambers may initiate delays in the passage of important laws as hearing in two chambers takes more time, especially when

15 Alun A Preece, "Bicameralism At The End Of The Second Millennium", *Queensland Law Journal*, 21 Vol. Queensland L.J. (2000-2001), p. 81.

16 Erdal Onar, *The Political and Judicial Review of The Constitutionality of Laws and The Pioneers of Our Country On The Judicial Review Arena*, (Ankara: Ankara University Press, 2003), p. 42-43.

the second chamber work not on the constant base. According to the opponents of bicameral system, establishing a second chamber would slow down the legislation function and even might hamper it.

3. A democratic principle of representation is based on universal suffrage and is better realized in single-chamber parliaments. In this case, the aim of the legislation is the advancement of the general interest. If the second chamber also represents a general interest, it is redundant.

Bicameralism as a Democratic Institutional Arrangement

Democracy is itself a contested concept. Building of democracy is a task that never ends and that is impossible to create an ideal model of democracy for all places and all times. Discussions on democracy come down to conceptual disagreements about factors that comprise its essence. One can distinguish among two approaches. The first can be identified as minimal democracy which is understood as a procedurally defined regime, composed of a set of rules, procedures and institutions¹⁷. The second could be named substantive democracy, which is focused on processes of regulating power relations in such a way as to maximize the opportunities for individuals and societal groups to influence the conditions in which they live through broad participation in political decision-making¹⁸. To give an ultimate definition of democracy or get into the disputes about its meaning is difficult. However, to come up with a narrowly conceptualized background concept of democracy is possible. Therefore, I will define democracy in terms of civil rights observance, protection of minority rights via minority representation, separation of powers as the preservative of the principle of check and balances and the rule of law.

The bicameral system of parliament is one of democratic institutions, entitled to facilitate conflicts by means of representation of different groups on the political arena. Usually it is the second chamber which appears as a forum for discussion and facilitation of different interests. Moreover, as the key principle of modern democracy, a system of separation of powers, is expressed in bicameralism by strengthening democracy through the supervision of the two houses one over another. The system of bicameralism is described as a sub-system of a horizontal separation of powers, where the focus is on the mutual checks and balances between the two houses of

17 Arend Lijphart, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government of Twenty-One Countries*, (New Haven and London: Yale University Press, 1984), p. 21.

18 B.Holden In Jean Grugel, *Democratization: A Critical Introduction*, (New York, Palgrave, 2002), p. 6.

parliament. Guaranteeing the principle of the separation of powers, based on the mechanism of “checks and balances” is aimed at protecting a society from despotism. It assures that none of the branches of the power can abuse its power. The concentration of power in one institution may be potentially dangerous. The advocates of constitutionalism and democracy also highlight that the main idea here is to bring the executive under control and to place limits on the exercise of its power.

The bicameral system slows down the legislative process, renders abrupt change difficult, forces legislators to have second thoughts, thus the laws are negotiated better and more carefully, a mistake made by one of the chambers is corrected by the other and superiority of the constitution and the principle of law state are better realized. Thinking twice makes it more difficult to issue laws that would go against civil rights norms which are at the heart of democracy.

Representation means that people of a nation are present in the decision-making process, where political representatives are agents of those whom they represent¹⁹. The main idea of representation implies the preservative of the inclusiveness of all major ethnic class or regional segments of the society²⁰. The upper chamber could provide some oversight and regular inspection of civil liberties and human rights within the country. And during emergency situations, it could serve to limit a popular government which might seek to go too far too fast and threaten the rights of minorities or society as a whole. A second chamber can be seen as a necessary safeguard against a single assembly seizing excessive power and against the future danger of an ambitious politician, through his dominance over his party, virtually becoming a dictator.

Second chambers seek to prevent the government from acting in a manner which might abrogate democratic rights. In other words, an upper house acts not in opposition to but on behalf of, the people and the concept of popular sovereignty. It is argued that the growth of the bureaucracy, the advent of stringent party discipline, and the primacy of the executive over lower chamber in parliamentary systems, legitimate this role for an upper house. A second chamber, is justified in delaying legislation for which the government has no mandate and which threatens the constitution or individual liberties. By delay, the second house can thus allow time for the

19 T.C Pocklington, *Representative Democracy: An Introduction To Politics and Government*, (Canada; Harcourt Brace, 1994), p. 17.

20 Vernon Bogdanor, *Representatives Of The People? Parliamentarians and Constituents In Western Democracies*, (Cambridge: Policy Studies Institute, 1985), p. 287.

opposition, the media and the public to fully consider the proposed legislation and bring pressure to bear on the government. Kunz argues that once a stumbling block to democratic progress, second chambers may well become one of the institutional pillars of constitutional democracy²¹.

As one of the political institutions, bicameralism hugely contribute to democracy and conflict management via democratic tools. In a country that may suffer from conflicts between interests which ensue from differences between regions, or social and cultural diversity, bicameralism, on the other hand, may prove a useful mechanism for securing access of regional, minority or other interests to the parliamentary arena. To make the minority represented in the second chamber would guarantee the principle of inclusiveness and strengthen the representative democracy.

Bicameralism in Federal Systems

The role of bicameralism in federations is vital. The historical roots and theoretical justifications of bicameralism in federations are distinct from those of unitary states. Historically, federal parliamentary structures have their roots in the formation of the constitution of the United States. The Philadelphia Convention in 1786 was a response to disagreements (between the founding large and small states) over the number of representatives each state should have in a single chamber. The eventual solution, the “Great Compromise”, involved the creation of two chambers, a national one and a separate entity to represent the various states²². The Connecticut Compromise dictated that each State would enjoy equal representation irrespective of its population, in the upper chamber and representation in the lower chamber proportional to its population. Since the Connecticut Compromise, this particular bicameral agreement can be found in the federal systems of Australia, Brazil and Switzerland. Other federal states, notably Germany, India and Spain have modified this principle such that the various units of federation are all guaranteed some, but not equal, representation in one of the chambers, depending on their status and population.

Federalism was thought to require such an upper house to prevent the legislature from being dominated by the larger states. The underlying assumption was that such domination could not be overcome by making

21 F. A. Kunz, *The Modern Senate of Canada 1925-1963*, (University of Toronto Press, Toronto, 1965), p. 5.

22 Paul Carmichael, Andrew Baker, “Second Chambers- A Comparative Perspective”, *The House of Lords Its Parliamentary and Judicial Roles*, (Oxford, UK, 1999), p. 73.

compensating changes elsewhere in the constitutional structure, for instance, by reconsidering the distribution of legislative powers between the Commonwealth and the States, or by giving the High Court a greater role in policing this distribution. This raises, the familiar issue of the compatibility of federalism and democracy²³.

Bicameralism in federal system is a means of accommodating both the territorial and ideological dimensions of the nation's polity. In this system, equal or at least more balanced representation of regions in a second chamber would give so-called peripheral "remote areas" a greater share in the government of the state than is possible under strict proportional representation or even under a territorial system, in which seats are apportioned strictly according to population²⁴.

In a federal system a second chamber generally has the function of providing representation for the constituent states which comprise the federation. Each state has two representatives in the United States Senate irrespective of the size of its population. The second chamber is seen as providing a means for the individual states to ensure that their interests are heeded and protected. The lower chamber, representing the populace as a whole, might otherwise ignore the interests of states possessing only small populations, and thus minor electoral significance.

In federal states, there are two main tendencies in the election mechanism of the members of the second chambers. According to the first tendency, since the members of the second chamber represent the federal states not the people they should be elected by the federal state's bodies. For instance, in Germany, members of the second chamber are elected by the governments of each federal state. In Austria, representatives of the federal states are elected by the own legislative chambers of each federal state. The second tendency is that the representatives of the federal states are directly elected by the people. While the Senate members in United States in the past were elected by the legislative body of each federal state, now senators are directly elected by the federal state electors with Annex 17 (1923) introduced into the constitution.

Bicameralism allows the representation of the nation in a different form. That is, "the obvious rationale is that the component units of the federation

23 David Wood, "The Senate, Federalism and Democracy", *Melbourne University Law Review*, **17 Vol. Melb. U. L. Rev. (1989-1990)**, p. 293.

24 Sumit Pokhrel, "Designing Democracy: What Works For Nepal?", http://www.nepaldevelopment.com/Viewpoint_SPokhrel.htm, 10.30.2005, p. 3.

shall be represented as such, in contradistinction to the population at large²⁵. Generally, this involves having a chamber directly elected by the people as a whole, and another regionally-based chamber composed of representatives from each of the constituent elements of the federation. Such a parliamentary structure reflects the power relationship between centre and periphery that is integral to any notion of federalism, namely a division of powers between the central and local governance structures. To that extend: “because this representative responsibility of a federal second chamber is so important, it is perhaps more accurate to describe the role of such chambers in relation to first chambers as complementary rather than compensatory. Indeed, ‘complementation’ is regarded by most commentators as the key feature of an effective bicameral system whether federal or not²⁶”.

Bicameralism is not solely a by-product of federalism. It can and does exist in unitary systems.

Bicameralism in Unitary States

When communal groups are geographically concentrated within the nation-state, some types of federalism or decentralization are often promoted as the key to reassuring minorities that they will have some political influence. Federalism enables religious, national and ethnic groups that are a minority at the national level to have significant input or even to govern at the local or State level. For this reason federalism has advantages in terms of democracy in divided societies. Federalism is a very important means of enabling a heterogeneous population to live together in harmony. However, non-federal system better fits smaller and homogeneous countries in terms of culture, ethnicity and other factors. It would be argued that some of the advantages can be reproduced through decentralization of power in unitary states as well. As Ghai emphasizes, there are three important constitutional mechanisms for the inclusion of minority voices which are autonomy, inclusive representation and power sharing in their asymmetry²⁷. These factors can also be presented in the unitary states. Bicameral system of parliament which can guarantee inclusive representation and clear separation of powers between branches of power as constitutional arrangement and the guarantee of power-sharing is a crucial example.

25 S.E. Finer, V. Bogdanor and B. Rudden, *Comparing Constitutions*, (Oxford, Oxford University Press, 1995), p. 58.

26 Commonwealth Parliamentary Conference on Members from Small Countries Summary Report, *The Parliamentarian* (January 1992), cited in Constitution Unit, *Reform of the House of Lords* (London, The Constitution Unit, 1996), p. 22.

27 Yash Ghai In Andrew Reynolds, *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management and Democracy*, (New York: Oxford University Press, 2002), p. 7.

The second chambers in unitary states are categorized in three types in terms of their organization and structure which are called aristocratic, socio-economic and democratic ones.

The aristocratic second chamber is the one which is not constituted directly or indirectly by election mechanism. From this point, it does not agree with the principle of democracy. However The House of Lords which is the aristocratic second chamber in Britain which is today a liberal democratic country maintains its existence also as a memory for the respect towards the institutions and traditions in the past. The powers of The House of Lords in Britain decreased in the course of time. As Wheare²⁸ argued, parliamentary government encourages if indeed it does not require, the supremacy or at least the superiority of one chamber over another. Britain is an example. The House of Commons is the dominant partner. Ministers and governments emerge from the lower chamber and remain accountable to it. With the "Parliament Act" adopted in 1949, if a bill which is opposed by The House of Lords is voted for two times in a year and adopted by The House of Commons, it can be enacted. Therefore in the legislation activities for either financial laws or the other laws, The House of Lords is not equal with The House of Commons in legal terms, however the reflection of the discussions in House of Lords as the public opinion can somehow create an effective political supervisory environment.

The aim of the second type of second chamber, The socio-economic second chamber is to ensure the representation of the different professions and social categories within the society. However, there is no widespread application of the socio-economic second chambers. It was foreseen in Romania (Constitution of 1923) and Greece (Constitution of 1926) prior to the World War II. It is still existent in Ireland with the Irish Constitution of 1937. Second chamber of Ireland which is composed of 60 members is a chamber of corporative structure representing the workers, civil servants, art communities and the universities in particular²⁹.

Democratic chambers are those whose members are totally or mostly composed by means of elections. A mistake made by one of the chambers is corrected by the other and the principle of law state and the superiority of the constitution are better realized. The effective democratic second chamber is needed to act as a constitutional check³⁰. In this case, election and being

28 K. Wheare, *Legislatures*, (Oxford: Oxford University Press, 1968), p. 129.

29 Erdogan Teziç, *Constitutional Law*, (Istanbul: Beta Press, 2004), p. 372.

30 Scott Gordon, *Controlling The State: Constitutionalism From Ancient Athens To Today*, (Harvard University Press, Boston, 1999), p. 98.

elected for obtaining a membership in the second chambers are based on different conditions than the first chambers. In compliance with the balance which is wished to be created for the members of the second chambers, a higher age limit for their members is imposed than for the members of the first chamber.

The Practicability of a Second Chamber in Turkey

In recent times, discussion regarding the system of bicameralism in Turkey has been put on the agenda again by the scientists and politicians. While some think that re-activation of the system of bicameralism in Turkey will be extremely favorable for contributing to democracy, some contend that the system of bicameralism will slow down the legislation function and even might hamper it and for this reason the current system of unicameralism should be preserved.

The Constitution of 1961 adopted the system of bicameralism. The Constituent Assembly was composed of two chambers; one of them was the National Assembly consisting of 450 deputies elected by universal suffrage and the other was the Republican Senate³¹, composed of 150 Senators, elected by universal suffrage, as well as fifteen Senators who were appointed by the President, in addition to the members of the National Unity Committee and former Presidents of the Republic who were lifetime Senators. The Republican Senate was not given coequal powers with its lower chamber because of having many nominated chambers as well as the elected ones. Both the chambers had the equal powers only for the Constitutional Amendments³². In the functioning of the legislative process, the National Assembly had final say over the two houses. The Republican Senate can be said to have had limited powers.

The legitimacy of a second chamber can be questioned when its members are elected indirectly or when they are not elected at all and instead are appointed. As members of a nominated chamber, legislators are likely to lack confidence in their function or mandate to oppose the popularly elected house. Appointment by political leaders would render senators dependent upon the party nominating them. Party discipline stifles the impartiality of judgement and independence of the second chamber, party politics tends to be reflected in the appointment of members and this can reduce the second chamber's usefulness. Indeed, The Republican Senate have signally failed in performing its functions. It rejected only ten percent of all bills which had

31 The Constitution of 1961, Article 70, <http://www.anayasa.gen.tr/1961constitution-text.pdf>.

32 Ergun Özbudun, *Turkish Constitutional Law*, (Ankara: Yetkin Press, 2000), p. 259.

passed by the National Assembly, but ratified ninety percent of them in the period 1961 to 1976³³. It was also ineffective in limiting government in any way. The power of interpellation was vested exclusively in the National Assembly³⁴. The Republican Senate's function in the process of adoption of the budget was also restricted. The 1982 Constitution replaced the Constitution of 1961 and abolished the system of bicameralism.

The Republican Senate experience of Turkey points to difficulties which can occur in a nominated second chamber where members lack confidence in their function. The Republican Senate was admittedly ineffective and failed. However, the question is: "Would a new, directly elected, independent and self-confident second chamber succeed to design a balance for the lower chamber, to act as a brake on the lower chamber by slowing down the passage of hasty legislation, to serve to limit government, to provide some oversight and regular inspection of civil liberties and human rights within the country?"

Bicameralism is said to perform both a technical function of revising legislation and a substantive function of limiting the government. The first question to be asked is whether either of these functions is already being adequately performed in Turkey today. Is legislation being adequately revised? Is government adequately checked? If so, there would seem to exist no need for bicameralism. It can, however, be strongly argued that there does exist a need to better perform these functions. The president of the Constitutional Court, Tülay Tuğcu emphasizes that too much law being passed too quickly in Turkey recently especially in order to meet the criterias for EU membership³⁵. The deputy floor leader of the main opposition party, Republican People's Party (CHP) Mustafa Özyürek also mentions that quite often legislation is badly drafted and presented, quite often serious flaws necessitate subsequent amending legislation³⁶. A second chamber can slow down the legislative process, thus the laws are negotiated better and more carefully, a mistake made by one of the chambers can be corrected by the other and superiority of the constitution and the principle of law state are better realized.

The Turkish Constitution of 1961 established a system of judicial control of the constitutionality of laws. This system was maintained, with certain

33 Cem Eroğul, *The Role of the Republican Senate in Turkish Constitutional System*, (Ankara: Ankara University Press, 1977), p. 53.

34 The Constitution of 1961, Article 89, <http://www.anayasa.gen.tr/1961constitution-text.pdf>.

35 Tülay Tuğcu, "The 44 th Anniversary Of The Constitutional Court's Establishment", <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/ydonum/Kur44.htm>, 2006.

36 Zaman Daily Newspaper, <http://www.arsiv.zaman.com.tr/2003/05/16/politika/butun.htm#zaman>, 05/16/2003.

modifications, by the 1982 Constitution. The new constitution opted for a special court designed to exercise judicial control over the constitutionality of laws, rather than granting such power to the general courts as in the United States. The Constitutional Court is accorded complete independence from legislative and executive branch. Access to the Constitutional Court can be secured in two ways. Principal proceedings and incidental proceedings. Principal proceedings are instituted by a government organ as the President of the Republic, parliamentary groups of the government party and the main opposition party or at least one-fifth of the full membership of the Assembly (Art. 150). In contrast to principal proceedings, incidental proceedings can be initiated by any individual and are not subject to any time limitation. In other words, an individual may, during proceedings in a regular court, secure judicial review of legislation which is applicable to the case and allegedly infringes upon his rights. The jurisdiction of the Constitutional Court encompasses the constitutionality of laws, law-amending ordinances and the standing orders of the Turkish Grand National Assembly³⁷.

The old president of the Constitutional Court, Mustafa Bumin has complained that the Constitutional Court has been performing as a second chamber³⁸. Revising a second chamber could serve to alleviate workload of the Constitutional Court which also performs different functions than reviewing the constitutionality of laws, such as trying impeachment cases and deciding on the unconstitutional activities of political parties.

The Turkish Constitution has adopted a parliamentary system of government, where the cabinet or the Council of Ministers, can stay in office only so long as it enjoys the confidence of the legislature. In other words, the legislature can force a cabinet to resign by withholding such confidence. This is called the “political responsibility” of the cabinet. Questions, oral questions with debate, parliamentary investigations, parliamentary inquiries and interpellations are the means of parliamentary oversight³⁹. When there is a majority of the governing party in the parliament, party politics reduce the legislator’s independence of thought when seeking to limit the government. The majority party at Turkish Grand National Assembly today is the governing party, The Justice and Development Party (AKP) which holds 354 seats in the 550 -seat assembly⁴⁰. It can be accepted that

37 Tugrul Ansay, Don Wallace Jr.(eds.), *Introduction to Turkish Law*,(Kluwer Law International 4th ed. 1996), p. 44.

38 Zaman Daily Newspaper, <http://www.arsiv.zaman.com.tr/2003/05/16/politika/butun.htm#zaman>, 05/16/2003.

39 Tugrul Ansay, Don Wallace Jr.(eds.), *Introduction to Turkish Law*, (Kluwer Law International 4th ed. 1996), p. 36.

40 Turkish Grand National Assembly, <http://www.tbmm.gov.tr/index1.htm>.

there is a need for the government to be better checked than it is at present. A second chamber which is elected directly by a different method than the lower chamber for different terms of office would meet this need.

The bicameral system of parliament is one of the democratic institutions, entitled to facilitate conflicts by means of representation of different groups on the political arena⁴¹. Usually it is the second chamber which appears as a forum for discussion and facilitation of different interests. Bicameralism would make the interests of minorities be better represented. One of the main principles of modern democracy, a system of separation of powers, is expressed in bicameralism by strengthening democracy through the supervision of the two houses one over another.

To achieve improvements in the democratic process in Turkey, the Turkish Political Parties Law and the electoral law including the 10 percent threshold need to be reformed. Especially 10 percent threshold which requires political parties to gather at least 10 percent of the vote in order to be represented in the Parliament, is a barrier to further democratization in Turkey.

Election thresholds are often implemented with the intention of bringing stability to the political system. However, they can sometimes seriously affect the relation between the percentage of the popular vote and seat distribution. A striking example is Turkey. The 10% threshold in Turkey was established mainly to prevent multi-party coalitions and put a stop to the endless fragmentation of political parties seen in '60s and '70s. However, coalitions ruled between 1991 and 2002, mainstream parties continued to be fragmented and as a serious side effect, the 2002 elections caused 45% of votes (cast for below-threshold parties) to be unrepresented in the parliament⁴². The veteran politician and the former president of Turkey, Süleyman Demirel, emphasizes that elections should bring not only stability but also fair representation⁴³. Demirel adds that Turkish Parliament currently represents only 40 percent of the people, with a total of 16 million voters out of 40 million going to the ballot boxes in the last elections⁴⁴ which

41 Andrew Reynolds, *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management and Democracy*, (New York, Oxford University Press, 2002), p. 3.

42 Wikipedia, "Election Threshold", http://en.wikipedia.org/wiki/Election_threshold

43 Yusuf Kanlı, Fatma Demirelli, "Demirel: Time to Reform State, Turkish Democracy", <http://www.turkishdailynews.com.tr/article.php?newsid=36748>, 2006.

44 The last legislative elections in Turkey took place on 3 November 2002. The Justice and Development Party (AKP) has a majority with 354 seats in the 550-seat parliament and the only party, The Republican People's Party (CHP) which exceeded the %10 percent vote threshold has 178 seats in the parliament, currently.

means 60 percent of the people are not represented as a consequence of the election threshold.

Besides reforming the Turkish Political Parties Law and the electoral law, establishing a second chamber which is elected directly by different methods than the lower chamber for different terms of office would bring Turkey closer to its goal of becoming a fully democratic nation.

Parliament is not an obsolete memorial of the past, but rather a dynamic and democratic institution that ensures progress for the future. The manner in which parliaments operate will change. A growing number of countries are turning to bicameral parliamentary systems. In spite of the challenges posed by the growing power of the executive, media, globalization, the information revolution and direct democracy, Parliaments will continue to be the main national forum for political debate. As a democratic institution, Parliament is the best instrument for ascertaining and reflecting and expressing all currents of public union. Parliament has the sovereign and uncontrolled authority in making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving and expounding the law, as well as overseeing government⁴⁵.

For parliament to be perceived as legitimate, it must have a reasonable capacity to represent the will of the people and a reasonable and appropriate role in decision making. A directly elected, independent and self-confident second chamber could possibly serve as an important means of designing a balance for the lower chamber, serving to limit government, providing some oversight and regular inspection of civil liberties and human rights within the country and contributing to democracy, thus the legitimacy of the parliament is appreciably strengthened.

45 Nicholas Hopkinson, *Parliamentary Democracy: Is There A Perfect Model?*, (England: London, Ashgate Publishing Company, 2001), p. 63.

BIBLIOGRAPHY

- Ansary, Tuğrul, Wallace Jr. Don, eds. *Introduction to Turkish Law*. Ankara, 1996.
- Bogdanor, Vernon. *Representatives of the People? Parliamentarians and Constituents in Western Democracies*. Cambridge, 1985.
- Carmichael, Paul, Andrew Baker. *The House of Lords Its Parliamentary and Judicial Roles*. Oxford, 1999.
- Eroğul, Cem. *The Role of the Republican Senate in Turkish Constitutional System*. Ankara, 1977.
- Finer, S.E, V. Bogdanor and B. Rudden, eds. *Comparing Constitutions*. Oxford, 1995.
- Ghai Yash In Andrew Reynolds. *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management and Democracy*. New York, 2002.
- Gordon, Scott. *Controlling The State: Constitutionalism From Ancient Athens to Today*. Boston, 1999.
- Holden, B In Jean Grugel. *Democratization: A Critical Introduction*. New York, 2002.
- Hopkinson, Nickholas. *Parliamentary Democracy: Is There A Perfect Model?* London, 2001.
- Inter-Parliamentary Union. *Parliaments of the World: A Comparative Reference Compendium*. New York, 1986. Kanlı, Yusuf, Fatma Demirelli. <http://www.turkishdailynews.com.tr/article.php?enewsid=36748>. 2006.
- Kristan, Ivan. www.ds-rs.si/en/texts/research_senates.pdf. 2005.
- Kruman, Marc W. *Between Authority and Liberty: State Constitution Making in Revolutionary America*. London, 1997.
- Kunz, F.A. *The Modern Senate of Canada 1925-1963*, Toronto, 1965.
- Lijphart, Arend. *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government of Twenty-One Countries*, New Haven and London, 1984.
- Onar, Erdal. *The Political and Judicial Review of the Constitutionality of Laws and The Pioneers of Our Country on the Judicial Review Arena*. Ankara, 2003.
- Özbudun, Ergun. *Turkish Constitutional Law*. Ankara, 2000.
- Patterson, Samuel C., Anthony Mughan. *Senates: Bicameralism in the Contemporary World*, Columbus, 1999.
- Pocklington, T.C. *Representative Democracy: An Introduction to Politics and Government*, Canada, 1994.

- Pokhrel, Sumit. <http://www.nepaldevelopment.com/>. 2005.
- Preece, Alun A. *University of Queensland Law Journal*. 21 Vol. Queensland, 2000-2001.
- Reynolds, Andrew. *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management and Democracy*. New York, 2002.
- Russell, Meg. *Reforming The House of Lords*. New York, 2000.
- Schambeck, Herbert. *Bicameralism, Democracy and The Role Of The Civic Society*. 3. Meeting of the Association of European Senates, 28 June 2002.
- Shell, Donald. *Second Chambers*. London, 2001.
- Teziç, Erdogan. *Constitutional Law*. Istanbul, 2004.
- Tsebelis, George, Money Jeannette. *Bicameralism*. Cambridge, 1997.
- Tuğcu, Tülay. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/ydonum/Kur44.htm>. 2006.
- Wheare, K. *Legislatures*. Oxford, 1968.
- Wikipedia. http://en.wikipedia.org/wiki/Election_threshold,2006.
- Wood, David. *Melbourne University Law Review*. 17 Vol. Melb. U. L. Rev. 1989-1990.
- Turkish Grand National Assembly, <http://www.tbmm.gov.tr/index1.htm>. 2006.
- Zaman Daily Newspaper, <http://www.arsiv.zaman.com.tr/2003/05/16/politika/butun.htm#zaman>. 05/16/2003.

TÜRK SPOR HUKUKU'NUN TARİHSEL GELİŞİMİ

*Ar. Gör. Bahadır APAYDIN**

1- ULUSLARARASI SPOR MEVZUATININ OLUŞUMU

Spor mevzuatının oluşumu ilk devirlerde, oyun kurallarının standartlaşması sürecini ifade etmektedir. Yani oyun kuralları ile spor mevzuatının oluşumu iç içe geçmiş bir tarihselliğe dayanır. Bu nedenle oyun kurallarının standartlaştırılması süreci ve spor mevzuatının oluşumu uzun bir dönem birbirinden ibaret olgular olarak kalmıştır.

Uluslararası spor mevzuatının tarihi, kabaca ancak uluslararası hukukun ortaya çıkış tarihine kadar geri götürülebilir. Uluslararası hukuk ya da uluslararası ilişkiler kavramı ise ilk kez, 30 Yıl Savaşları olarak adlandırılan ve Avrupa tarihinde bir kırılma noktası oluşturan 1648 tarihli Vestfalya Barış Antlaşması ile ortaya çıkmıştır¹. Bu anlaşma sonrasında uluslararası hukuk sistemi denen olgu, artık mutlak bir gerçeklik halini almıştır. 17. yüzyıl Avrupası'nda ortaya çıkmaya başlayan yeni ekonomik sistem ve onun siyasal örgütlenmesi, hukuksal nitelikteki belgelere bu dönemden itibaren ister istemez uluslararası bir nitelik kazandırmaya başlamıştır. Zira dünya artık coğrafi bir ifadeden çok, ekonomik ve siyasal sistemlerin kesintisiz bir şekilde evrensel nitelik kazandığı yeni bir gerçekliğe dönüşmüştür.

Bu süreç spor mevzuatı bakımından ilk olarak 1857 tarihinde özgün bir gelişmeye sahne olmuştur. Nitekim sözü geçen tarihte New York Atletizm Kulübü ile Londra Atletizm Kulübü arasında ilk uluslararası spor müsabakası düzenlenmiştir. 1870 yılında ise İskoçya-İngiltere arasında tarihin ilk uluslararası futbol maçı yapılmıştır. Uluslararası nitelikteki ilk federasyon ise 1870 yılında örgütlenmiş olan Yelken Federasyonu'dur. Ardından 1878'de at

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

1 Bekir Sıtkı BAYKAL, **Yeni Zamanda Avrupa Tarihi**, c.II, I. Kitap, TTK yay., Ankara, 1998, s.70-72.

yarışçılığı, 1881’de jimnastik, 1892’de kürek ve buz pateni federasyonları kurulmuştur². Bu gelişmelerden de görüldüğü üzere spor mevzuatının ilk oluşum evresinde belirgin bir İngiliz hakimiyeti vardır. Fakat bu şaşırtıcı bir durum değildir. Çünkü sözü geçen yüzyılın her alandaki hegomonik gücü sanayi devrimini çoktan yapmış ve bilinen dünyanın yaklaşık 3/5’ine sahip olan İngiltere’dir. Dolayısıyla siyasi, ekonomik, kültürel ve örgütsel açıdan evrensel ölçekte düzenleme gücüne sahip olan İngiltere, spor kurallarının, kavramlarının ve örgütlerinin gelişiminde de söz sahibi olmuştur.

İncelenmesi gereken öncelikli mesele sporun İngiltere’de böylesine yaygın bir etkinlik kazanmasının sebebi nedir? Spor etkinliklerinin ve buna bağlı olarak spor örgütlenmelerinin bu dönemde yoğunlaşmasındaki en büyük etken, yoğun bir şekilde açığa çıkmış olan **“boş zaman”**dır. Nitekim boş zaman yoksa spor yapılamayacağı gündelik hayattaki tecrübelerden bilinen bir olgudur. Sanayi kapitalizminin İngiltere’de yarattığı sosyal yapının yeni aktörlerinden olan burjuvazi ise bu tür etkinlikleri yapabilme olanağına sahip, yani boş zaman ayrıcalığı bulunan yegane kesimdir. Zira aynı dönemde toplumsal yapının alt kesimleri günlük çalışma süresinin 15 saatten 12 saate indirilmesi amacıyla sendikal faaliyetler yürüterek, iş hukuku alanında çeşitli düzenlemeler peşinde koşmakla meşgul idiler. Bu nedenle, ilk kurulan spor örgütlenmeleri daha ziyade belirli bir çevreye hitap eden yüksek zümre sporları olarak adlandırılabilirimiz alanlarda teşkilatlanmıştır.

19. yüzyılda spor mevzuatı bakımından çok önemli bir dönüm noktası, 1894 yılında Paris’te toplanan kurultay tarafından Olimpiyat oyunlarının yeniden canlandırılması kararı ve bu yönde çalışmalar yürütmek üzere Uluslararası Olimpiyat Komitesi’nin kurulmasıdır. Bu gelişme spor mevzuatının teknik ve yönetsel kural ayrışmasının kristalleşmesi sonucunu doğurmuştur. Buna göre artık uluslararası spor mevzuatı denilen sistem, Uluslararası Olimpiyat Komitesi’nin (UOK) Ana Kuruluş Belgesi, Tüzük ve Düzenleyici Kurallar dizilişine giren hukuk kuralları hiyerarşisi **“yönetsel alt sistemi”**, UOK’un kendilerine verdiği yetki dahilinde yönettikleri spor dalının teknik denetiminden sorumlu Uluslararası Spor Federasyonları’nın Düzenleyici Kural ve Yönetmelikleri de **“teknik alt sistemi”** meydana getirmektedir³. Böylece spor oyun kuralları ile spor mevzuatı ayrışması belirgin bir biçim almış olmaktadır. Bu gelişmenin, spor hukukunun ileri tarihlerde bağımsız bir hukuk disiplini olarak ortaya çıkma iddiasına temel teşkil ettiğini söylemek de pek tabii mümkündür.

Son olarak burada Uluslararası Spor Mevzuatının uluslararası hukukun ge-

2 Kurthan FİŞEK, **Spor Yönetimi**, AÜSBF yay., Ankara, 1980, s.157.

3 Kurthan FİŞEK, age, s.158-159.

nel karakterinden genel hatları itibariyle ayrıık olan bir özelliğine de vurgu yapmak icap eder. Belirtmek gerekir ki ulus devletler, uluslararası nitelikteki spor mevzuatına ilişkin kuralları ve düzenlemeleri benimsemekte diğer uluslararası belgelere göre daha istekli davranmaktadırlar⁴. Yani ulusal egemenlik alanı bu noktada kolayca daraltılabilmektedir. Halbuki devletler, kendilerini uluslararası sisteme dahil edecek anlaşma, sözleşme ve diğer hukuki belgelere egemenliğin devri noktasından hareketle daha çekingen bir tutum sergilemektedirler. Bu açıdan bakıldığında uluslararası spor mevzuatları, uluslararası hukukun ileri/öncül bir kolunu teşkil etmektedir. Vele ki devletleri uluslararası boyutta böylesine kolay bir şekilde birbirine yaklaştıran bu etkinlik alanına dair daha fazla düşünmek de icap etmektedir. Acaba ne tür bir hukuksal yapı/örgütlenme modeli ile karşı karşıyayız ve devletler hangi zaruretlerden dolayı bu yapının içinde ısrarla yer almak istiyorlar? Spor hukukuna dair kurallar nasıl bu kadar kısa süre içinde evrensel ölçekte standardize olabiliyor? Bu sorular spor hukukuna özgü yanların tespiti ve spor mevzuatını oluşturan hukuksal metinlerin niteliğinin anlaşılması bakımından daha da arttırılabilir.

2- TÜRK SPOR MEVZUATININ OLUŞUMU

2.1- Cumhuriyet Dönemi Öncesi

2.1.1- Genel Olarak

Özellikle Anadolu'da yapılmış olan antik devirlere ait arkeolojik kazılar sonucunda gün ışığına çıkartılan bulgular ve eserlerin üzerindeki figürlerden, çeşitli spor etkinliklerinin binlerce yıldır bu topraklarda yapılageldiğinin, herhangi bir il müzesini gezerken kolayca saptanması mümkündür. Fakat spor etkinliklerinin o dönemlerde bugünkü gibi bir algılamayla yapıldığını söylemek pek olası değildir. Yani spor etkinliklerinin daha çok savaş becerilerini geliştirmeye yönelik hareketlerin türevleri olduğu bilinen bir durumdur. Yakın dövüş sayılabilecek güreş ve kılıç, okçuluk, atçılık, polo, cirit, mızrak gibi sporların tarihsel temelleri bu nedenle antik devirlere kadar dayanmaktadır. Velhasıl savaşta ve barışta her daim önem arzeden sporun bu tür bir toplumsal algılamayla Hititler'den 19. yüzyıl Osmanlıları'na kadar uzandığını söylemek yerinde olur⁵.

Osmanlı toplumunda günümüz spor örgütlerine en benzer topluşma "**spor tekkesi**" olarak adlandırılabilcek "**Güreş tekkeleri**" dir. Nitekim güreş sporu, insanlık tarihinin de en eski spor dallarından birisidir. M.Ö. 708'de Yunanlılar, M.Ö. 2. yüzyılda Türkler, M.Ö. 22' de Japonlar, M.Ö. 260'da Sü-

4 Kurthan FİŞEK, age, s.154.

5 H. Baki KUNTER, **Eski Türk Sporları Üzerine Araştırmalar**, İstanbul, 1938, s.6-7.

merler, M.Ö. 2000'li yıllarda Mısırlılar tarafından bu sporun yapıldığına dair belgeler bulunmuştur. Osmanlı devletinde ise yaygın bir şekilde gençlerin pehlivan olarak yetiştirilmek üzere bir araya getirildiği ve bu yönde teşvikte bulunulması amacıyla yöresel tekkeler kurulduğu yapılan araştırmalarda dile getirilmiştir. Öyle ki imparatorluğun genişleme döneminde yeni alınan bölgelerde hemen böyle tekkelerin kurulması da dikkat çekicidir. İmparatorluğun başkentinde de elbette ki çok sayıda güreş tekkeleri vardır. Bunlardan en büyüğü ise Fatih'te yer alan Zeyrek yokuşunda bulunuyordu. Bunlar için Kasımpaşa'da ayrı bir hamam dahi tesis edilmiştir⁶.

Tekke oluşturmamaya kadar küçük yerlerde Ahilik kurumunun spor işlerini yönettiği ve gençlerin yetişmelerinde çeşitli iç disiplin kurallarının uygulandığı bilinmektedir. Kapsam olarak tekkeleri aşan, çok sporlu teşkilatlanmalar ise vakıf bünyesi içinde örgütlenmektedir. Bu çaptaki tekkelerin çoğunun babadan oğula geçme mütevellilik esasına dayalı vakıfları mevcuttur. Bunlardan en önemlisi ve yüzyılın başına kadar varlığını devam ettirmiş olanı "**Güleşçiler Tekkesi**"dir. Bu tekke, Orhan Bey zamanında eşi Nilüfer Hatun tarafından Bursa'nın güneyinde, Pınarbaşı denilen yerde pehlivanların güreş ve halkın da eğlence, mesire yeri olarak kullanması için tesis edilen vakfın bünyesi dahilindedir⁷.

Güreş tekkelerinin yanında diğer bir yaygın etkinlik alanını okçuluk oluşturur. Öyle ki okçuluk etkinliklerinin yapıldığı başlıca yer olan bugünkü Okmeydanı, adeta dönemin bir spor kompleksi işlevini görürdü. Topkapı Sarayı arşivlerindeki kayıtlardan anlaşıldığına göre İstanbul'un fethi anısına tesis edilen bu alanda, okçuluk yanında başka spor müsabakaları ve yarışmaları da düzenlenirdi. Burada **Okçular Tekkesi**'nin yanısıra; idman salonları, kütüphane, müze, antrenör odaları, aşevi ve devlet erkanının ve yabancı protokolün müsabakaları seyredebilmeleri için Mimar Sinan tarafından yapılmış bir de kasr bulunurdu. Klasik devirde imparatorluk sınırları dahilinde 40'a yakın okçuluk tekkesi mevcuttur⁸.

Bu devirlerde okçuların özel komisyonlarca hazırlanmış ve dönemin padişahları tarafından tasdik edilmiş **kanunname**'leri ve sporcu sicilleri vardır. En bilineni 19 fasıldan mürekkep **Kanunnamei Rimal**'dir. Osmanlı kanunname geleneğinin özelliklerini taşıyan bu düzenlemeler müsabakaların düzenlenmesi, disiplin işleri ve hakemler hakkında çeşitli hükümler ihtiva ederlerdi. Hakemler hakkında **Atıcılar Kanunnamesi**'ndeki ifadeler ol-

6 Nail TAN, "**Tarihi Türk Güreşi Hakkında Notlar**", Geleneksel Türk Sporları Semineri, Konya Turizm Derneği yay., Ankara, 1976, s.56-58.

7 Doğan YILDIZ, **Türk Spor Tarihi**, Eko Mtb., İstanbul, 1979, s.198-200.

8 H. Baki KUNTER, age, s.8.

dukça dikkat çekicidir: *Sakimi (bozuk, yanlış) müstakimden (doğru), müstakimi sakimden ayırarak, Bigarez olalar.Umuru meydanı, kanunu meydanı, davayı meydanı, kanunu remyi meydanı icra ettireler*⁹. Kanunnamede en çok hassasiyetle üzerinde durulan nokta spor nezaketi ve sporcuların mümkün olduğunca hırslarından arınmış olmalarıdır. Müsabaka meydanı ve kurumla ilgili bütün protokol kaideleri, sofrada adabına kadar usuller, müsabakaların teknik kuralları, hakemlerde ve sporcularda aranacak şartlar bu kanunnamede teferruatıyla belirtilmiştir. Söz konusu atıcılık sporcu sicillerine kaydolabilmek için **Kabza** almak gerekirdi. Kabza alabilmek için ise en az 900 geze¹⁰ ok atabilmek şartı aranırdı. Kabza alma merasimi bu yeterliliğe sahip sporcunun antrenöründen ve kurum başkanından lisans almasından ibarettir.

19. yüzyılın ikinci yarısından 20. yüzyılın başlarına kadar Osmanlı-Türk spor mevzuatında yukarıda bahsettiğimiz hususlar ve beden eğitimi olarak adlandırabileceğimiz faaliyet dışında bağımsız bir gelişmeden bahsetmek pek mümkün değildir. Bu dönemde sporun, istisnai sayılabilecek kişisel ya da yabancılarla sınırlı bir uğraş alanı olduğu söylenebilir. Fakat bu durum pek de şaşırtıcı değildir. Zira aynı dönemde Osmanlı hukuk sistemi yeni yeni pozitif düzenlemeler ile tanışmakta ve çok temel adli ve idari reformlar henüz hayata geçirilmekte idi.

Beden eğitimi ile sporun uzunca bir süre aynı anlama geldiğini anlamak için Osmanlı Devletinde kurulan ilk spor kulüplerinin isimlerine bakmak yeterlidir. Beşiktaş Jimnastik Kulübü, Osmanlı Beşiktaş Terbiye-i Beden Mektebi ya da okul uzantılı Galatasaray, Vefa, İstanbulspor kulüpleri sporun beden eğitiminden ibaret bir uğraş alanı olarak algılandığının göstergeleridir. Dünyadaki gelişime paralel olarak Türkiye'de de sporun beden eğitiminden ayrı, bağımsız bir gelişim sürecine girmesi, federe örgütlerin, yani gönüllü birlikler sayabileceğimiz kulüplerin aracılığı ile mümkün olmuştur. Bu gelişim dünyada 1850'ler, Türkiye'de ise 1890'larda meydana gelmiştir¹¹.

Türk Spor hukukunun tarihsel gelişimi bakımından II. Meşrutiyet önemli bir dönüm noktasıdır. 1908 sonrası ülkenin genel siyasi havası sporun örgütlenmesi ile belirli bir paralellik arz eder. Nitekim her türlü örgütlenme ve bir araya gelişin iktidarın toplumsal kontrol mekanizması tarafından kuşkuyla karşılandığı II. Abdülhamit döneminde kurulmuş olan yerli ve yabancı kulüplerin hukuki bir statüye sahip olması söz konusu değildir. Çünkü bu alanı düzenleyen ilk yasa II. Meşrutiyet'in hemen ardından çıkarılmış olan

9 H. Baki KUNTER, age, s.16.

10 1 gez, 66 santimdir.

11 Kurthan FİŞEK, age, s.26.

1909 tarihli Cemiyetler Yasası'dır. Dolayısıyla bu tarihten önce kurulmuş olan kulüpleri yasal dayanağı olan bir statüde değil daha ziyade takım yönleri öne çıkan doğal örgütlenmeler/toplaşmalar olarak görmek gerekir. Kimi yazarlara göre ise bu dönemde kurulmuş kulüpler Mecelle'nin ilgili hükümleri bağlamında "adi ortaklık" sayılabilir¹². Fakat biz, bu değerlendirmelere, duruma ille de tarihsellik katma çabası olmaları nedeniyle iştirak etmemekteyiz. Çünkü ne arşivlerde ne de diğer kaynaklarda bu tür kulüplerin kuruluşuna, yürütümüne ve idaresine dair standart bir uygulamadan bahsedilmektedir. Nitekim bu yöndeki ilk düzenleme açık bir şekilde ilk kez Cemiyetler Kanununun 15. maddesinde kendisine yer bulmuştur. Buna göre:

"...kulüpleri dahi işbu fasılda münderiç cemiyetler kabilinden..."¹³

ibaresi kullanılarak İstanbul Futbol Ligi ve Kulüpler böylece ilk kez dernekler hukukuna dahil olmuştur.

2.1.2- İlk Spor Örgütü: İstanbul Futbol Birliği (İFB, 1903-1910)

İstanbul'da bulunan mevcut dört kulübün (Moda, Kadıköy, Elpis ve Imogene elçilik Gemisi takımı) vekilleri tarafından 1903 yılında, İngiltere'de mevcut lig statüsü ve uygulanmakta olan futbol kaideleri bir yönetmelik tanzim edilerek İstanbul Futbol Birliği (İFB) tesis edilmiştir. İFB'nin önemi 1908 sözleşmesinde getirdiği kavram, kurum, usul ve esasların 1922 kuruluşlu ilk biçimsel spor yönetim örgütü Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı'nın (TİCİ) öncülü konumunda olmasından ileri gelir¹⁴.

2.1.3- İstanbul Futbol Kulüpleri Ligi (İFKL, 1910-1914)

İstanbul Futbol Kulüpleri Ligi (İFKL) 12 Kasım 1910'da İFB'nin yeniden örgütlenmesinden ortaya çıkmıştır. İFKL'nin başkanı Horace Armitage, 2. başkanı Ali Sami Yen'dir. Tek sporlu federatif örgütlenmelerden yani kulüplerden oluşan ve dikey kurulmuş bir lig sistemidir. Yasal statü bakımından kulüpler, cemiyetler yasasına göre dernek sayılırken, Ligin kendisinin bir tüzel kişiliği yoktur. İFKL'nin de önemi İFB gibi ileride kurulacak olan 1922 tarihli TİCİ'ye bıraktığı mirastan gelir.

İFKL'nin kuruluş amacı İstanbul kulüpleri arasındaki ilişkiyi koordine etmektir. Bu amaçla sezonun başlangıcı ve bitimi, müsabakaların gün, saat ve hakemlerinin belirlenmesi İngiliz Futbol Birliği'nin teknik kurallarını uygu-

12 Kurthan FİŞEK, age, s.275; Mecelle md. 1329-1403.

13 Cemiyetler Kanunu, md. 2.

14 Kurthan FİŞEK, age, s.275-27.

lama, kulüplerin denetimi futbolcuların durumları gibi konulara kuruluş ni-zamnamesinde yer vermiştir¹⁵.

Bu dönemde Pazar Ligi olarak anılan İFKL'ne alınmayan bazı kulüpler, ken-di aralarında "**Cuma Ligi**" ni tesis etmişlerdir. Bu lig varlığını ancak 1922'ye kadar devam ettirebilmiştir. Konumuz açısından fazla bir özellik arz etmediğinden dolayı ligin yapısına ve işleyişine burada yer vermeyi gerekli görmüyoruz. Asıl olarak dikkat edilmesi gereken husus, Cuma Ligi'ni orta-ya çıkaran siyasi ve sosyal ortamın nasıl olduğudur. Şimdi meseleyi bu açı-dan ele alalım.

Savaş yıllarının karmaşık sosyal ve siyasal ortamı ve kulüpler arasındaki aşırı rekabet düzeni İFKL'nin 1914 yılında dağılmasına neden olmuştur. Ay-rıca bu dönemde spor ve siyaset arasındaki güçlü bağın iyice belirginleştiği-ni söylemek de pek yanlış olmaz. Bu duruma en güzel örnek Karşıyaka ve Altay kulüpleri arasındaki rekabetin siyasal uzantıdır. Gençliğin politik kitleler içindeki önemi, özellikle siyasi yaşamın hareketlendiği II. Meşrutiyet döneminden sonra daha iyi anlaşılabilir. Bu nedenle siyasi partiler genç-liğin ilgi gösterdiği alanları olabildiğince kontrollerine almaya çalışmışlar-dır. İzmir'de kurulan ilk Türk spor kulübü Karşıyaka Terbiye-i Bedeniy-ye'dir. 1912 tarihli bu kulüp, Hürriyet ve İtilaf Fırkası'nın desteğini arkası-na almıştır. Buna karşı İttihat ve Terakki Fırkası da Celal Bayar ve İzmir'in önde gelen bazı idareci ve sporcuları ile Altay kulübünü kurmuştur. Kulübün binası dahi İttihat ve Terakki Fırkası'nın bulunduğu bina içindedir¹⁶. Görül-düğü üzere dönemin rakip iki partisi arasındaki siyasal rekabet, sosyal alan-da da açığa çıkmış ve spor kulüplerinin teşekkülüne kadar etkilerini doğru-dan göstermiştir. Kısaca özetleyecek olursak, bu dönemin temel özelliklerin-den biri, Türk sporunda siyasal iktidar ile spor kurumları arasındaki ilişki-nin sıkılaşması ve pandoranın kutusunun bir daha kapanmamak üzere açıl-mış olmasıdır.

2.1.4- Osmanlı Milli Olimpiyat Cemiyeti (OMOC)

Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi'nin kökeni sayılan bu cemiyet, olimpiyat oyunları ve uluslararası spor mevzuatına dahil olunmasında önemli bir adımı teşkil eder. Kuruluş tarihi üzerinde her ne kadar tartışma varsa da Selim Sır-rı Tarcan'ın kişiselinde, 1907 tarihinde ortaya çıktığı söylenmektedir. Esa-sen bu husus önemi bakımından bağımsız bir çalışmanın konusunu oluştura-bilecek nitelikte olduğu için burada fazlaca üzerinde durmuyoruz. Fakat şunu

15 Kurthan FİŞEK, age, s.284-287.

16 A.Rıza ERTUĞ, *Türkiye Futbol Tarihi 1890-1923*, BTGM Ankara Bölge Müdürlüğü yay., Ankara, 1977, s.33-37.

belirtmek gerekir ki, kuruluş tarihi üzerindeki tartışmanın asıl sebebi, Uluslararası Olimpiyat Komitesi'nin çalışma usulünün yeterince anlaşılmamasından ileri gelmektedir. Sayın Kısmet Erkiner'in bu hususta yaptığı değerlendirmeye göre, UOK'nin ulusal ölçekte kendisini temsil etmesi için seçtiği kişi ile devleti UOK nezninde temsil edecek ve devlet tarafından atanacak kişilerin statüleri birbirine karıştırılmaktadır. Bu itibarla Selim Sırrı, esasen UOK'ni temsil etme konumundadır. Netice itibariyle Milli Olimpiyat Komitesi'nin kuruluş tarihini bu ayrımı göz önüne alarak hesap etmek gerekir.

2.2- Cumhuriyet Dönemi

2.2.1- Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı (TİCİ, 1922-1936)

Türkiye'de spor hukuku mevzuatında dolaylı veya doğrudan özel yasalar arasında ilk olma özelliği taşıyan en önemli düzenleme 1938 tarihli Beden Terbiyesi Kanunudur. Fakat bunun öncesinde önemli bir aşama bu alanı 1922-1936 yılları arasında düzenleyen TİCİ dönemidir.

22.5.1922'de tescil edilerek kurulan TİCİ nizamnamesinde örgütün statü, amaç ve görevleri şöyle sıralanmıştır¹⁷. **Statü;** Daha önce dernekler hukukuna göre tüzel kişilik kazanmış mevcut kulüpler Cemiyetler Kanunu'na göre 1921 yılında tescil talebinde bulunmuş ve 1922 tarihinde TİCİ adıyla tüzel kişilik kazanmış, federasyon tipi bir örgütlenmedir. **Amaç;** Türkiye'deki spor ve beden terbiyesi ve idman cemiyetlerinin mesaisine yardım, aralarındaki ilişkiyi düzenleme iştiğal konularını idare, teşvik, himaye, Türkiye idmancılığını içte ve dışta temsil ve yeni spor kulüplerinin kuruluşuna müzaheret etmek. **Görev;** Spor müsabakaları düzenlemek, hatıra, berat, diploma, madalya ve sair ödül vererek sporcuları teşvik, beden terbiyesi ve idmancılığın yayılması için konferans ve kongre düzenlemek, spor hakkında yayım yapmak, ilgili konularda girişimlerde bulunmak, üyelerin müşterek menfaatlerini idare ve müdafaa etmek.

TİCİ, 1922-1936 yılları arasında 8 genel kurul yapmıştır. 1936 tarihli Genel Kongrede kendisini feshederek yerini Türk Spor Kurumu'na bırakmıştır.

2.2.2- Türk Spor Kurumu (TSK) (1936-1938)

1936'da kurulan TSK, aynı kuruluş kongresinde kendisini organik olarak CHP örgütüne bağlamış bir tüzel kişiliğe çevirmiştir. Kuruluştaki **amaç;** temiz, ahlaklı yüksek karakterli, sağlam bünyeli daima canlı ve şevkli ...Türk devrimini, cumhuriyeti ve bütün erginlik şartıyla yurdu korumayı en üstün amaç bilen ve bu uğurda bütün varlığını vermeye hazır olan bir spor gençliği

17 TİCİ Nizamname-i Esasisi, İstanbul, 1922.

yetiştirmek, Türkiye'de sporun milli ve fenni esaslara göre yayılmasına ve yükselmesine çalışmak, Türk sporculuğunu içte ve dışta temsil etmek¹⁸.

Türk spor mevzuatının gelişiminin hız kazandığı bu yıllardaki hakim anlayışı ve devletin spora olan bakışını yansıtmaması bakımından, dönemin Beden Terbiyesi Başmüfettişi olan Selim Sırrı Tarcan'ın hazırladığı bir çalışmaya başvurmak yerinde olur. Tarcan, Köy mekteplerinde okutulmak üzere hazırladığı "Beden Terbiyesi" isimli kitabının önsözünde köy muallimlerine şöyle seslenmiştir:¹⁹

"...(R)ençber hayatı süren köylü tabiatın güneş ve hava gibi iki büyük nimetinden az çok istifade ediyor... halbuki tabiatın iki büyük nimeti daha vardır: Su ve Hareket! Köylerimizin çoğunun ya içinden, ya kenarından billur gibi sular aktığı halde layığı ile yıkanıp temizlenmesini, vücudunu sık sık sudan geçirmesini bilen köylüler pek azdır... durmadan dinlenmeden saatlerce iş gören rençber yorulur, terler ve toz topraktan vücudu kirlenir...köylü ekseriye yatarken elbisesini çıkarmayı akıl etmez, yere serili bir eski kilime, nadiren de tahta bir ke-revete olduğu gibi uzanıp yatar. Çoğu çoraplarını bile çıkarmaz. Ta-bii vücutlarının temizliğini ihmal eden bu zavallılar, türlü cilt hastalıklarına maruz oluyor, yüzlerinde, ellerinde çibanlar çıkarıyorlar.

Harekete gelince...sabahtan akşama kadar kazma, kürek, bel bıçkı elinden düşmez... fakat bu hareketler bir usul ve nizam tahtında yapılmadığından köylünün vücudu biçimli, yürüyüşü düzgün olmuyor. Bu gelişigüzel faaliyet onu çevik, atik bir hale koymuyor, vücudunun bazı kısımlarını fazla kalınlaştırıyor ve bazı kısımlarını zayıf bırakıyor. Ekserisinin sırtını genç yaşında kamburlaştırıyor... Kendi haline bırakılan bu insanların mizaçlarında ve vücutlarının teşekkülünde bir takım kusurlar göze çarpar..."

Ortaya konan bakış açısı aslında çok da şaşırtıcı değildir, olmamalıdır. Dikkatle bakıldığında tüm "**kuruluş**"a egemen olan zihniyetin spora yansımalarından başka bir şey değildir. Nitekim kuruluşun öznesi olan bireylerin yurttaşlık algılaması içindeki konumlarıyla uyumludur. Bu bağlamda yurttaşlık, yeni benimsenen yönetsel anlayışın gerek gördüğü değerlerle yüklenmesi gereken "obje"den başka bir şey değildir.²⁰

18 TSK Nizamnamesi, Askeri Fabrikalar Mtb., Ankara, 1937.

19 Selim SİRRI, *Köy Mekteplerinde Beden Terbiyesi*, Devlet mtb., İstanbul, 1933.

20 Benimsenen yeni yönetim anlayışı içinde kuruluş döneminin birey ve yurttaşlık algılaması hakkında geniş bilgi için bkz. Cevat OKUTAN, *Cumhuriyetçi Paradiigma Paradigmatik Cumhuriyet*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 210-219.

Bu dönemsel değerlendirmeden sonra kısaca ifade edecek olursak, TSK'nın kuruluş ilkelerinde Cumhuriyet'in kuruluş dönemindeki güçlü devletçilik ideolojisi hakimdir. Öyle ki TSK, kuruluş kongresinde kendisini CHP'nin **“öz bir çocuğu”** olarak ilan etmiştir. CHP büyük kurultayına delege göndermesi dahi hükme bağlanmıştır. Tüm bu gelişmeler sonucunda TSK Türk sporunu istenilen düzeyde yaygın ve merkezi bir örgütlülüğe taşıyamamıştır. İşte bu ihtiyaçtan yola çıkılarak Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü teşkilatı oluşturulmuştur.

2.2.3- Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü (BTGM, 1938-1986)

Bakanlıklar üstü bir konumla doğrudan Başbakanlığa bağlı kurulan BTGM, sporda devletçilik ilkesinin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesine hizmet etmiştir. 1938 tarih/3530 sayılı yasa ile kurulan teşkilatın ilgili yasa hükmünde (md.1) kuruluş amacı şöyle dile getirilmiştir²¹:

“Yurttaşların fizik ve moral kabiliyetlerinin ulusal ve inkılapçı amaçlara göre gelişimini sağlayan oyun jimnastik ve spor faaliyetlerini sevk ve idare etmek”

3530 sayılı kanuna göre kurumun görevleri ve bazı konulardaki düzenlemeleri ise şöyledir:

“Kulüplerin ve spor gruplarının kurulması, birleştirilmesi ve feshi genel direktörlüğün göstereceği lüzum üzerine bakalar kurulunca (md 13/II); BTGM'nin “spor temas ve münasebetlerinde” resmi temsilci olması; kulüplerin mali ve idari denetimi ((md 20/II); belirli kotayı aşan kamu kurumlarına spor alanı, yüzme havuzu gibi tesisler yapma, antrenör ve beden eğitimsi tutma mükellefiyeti (md 21); gerekli sağlık ahlak ve teknik kuralları belirlemek ve sporcuların sağlık kontrolleri işini düzenlemek üzere bir Beden Terbiyesi Yüksek Enstitüsü kurulması (md 24)...”

3530 sayılı kanununun 4. maddesi ile ***“gençler için kulüplere girmek ve boş zamanlarında beden terbiyesine devam etmek mecburidir”*** ifadesiyle zorunlu spor mükellefiyeti getirilmiştir. Ne var ki Anayasa Mahkemesi 03.11.1964 tarihli kararı ile kanunun bu maddesini ve hükmün uygulamasına ait olan 13. maddesini iptal etmiştir. Mahkemenin iptal gerekçesindeki bazı hükümler şöyledir:²²

21 1938 tarih /3530 sayılı BTGM Kuruluş Yasası.

22 03.11.1964 Karar, 1963/152 E.

“...3530 sayılı kanunun iptali istenen 4. ve 13. maddelerindeki hükümleri, önce Anayasanın teminatı altında bulunan kişi hürriyeti ilkeleriyle ve sonra da Anayasanın 21. maddesi ve özellikle bu maddenin ikinci fıkrası açısından inceleyerek bir sonuca varmak yerinde olur.

Sonuç: 3530 sayılı kanunun 4. maddesinde yer alan “gençler için kulüplere girmek ve boş zamanlarında beden terbiyesine devam etmek mecburidir” şeklindeki hükmün Anayasanın 21. maddesinin ikinci fıkrasına ve Anayasanın teminatı altında bulunan kişi hürriyeti ilkesine aykırı olduğundan iptaline ...oybirliği ile ...karar verilmiştir”

Anayasa Mahkemesi verdiği kararda ilgili yasanın tasarısına atıf yaparak yasanın kabul gerekçesindeki hükümlerin ne olursa olsun bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamayacağına dikkat çekmiştir. Söz konusu yasanın gerekçesi şöyledir:

“Garp memleketlerinin, kuşakların iyileştirilmesini ve yurttaşların üstün nitelikte yetiştirilmesini, yurt savunmasının ve ekonomik kalkınmanın en önemli etkeni saydıklarından spor ve beden eğitime çok önem verdikleri ve spor işlerinin yürütülmesini yalnız devlet hizmetleri arasına almakla yetinmeyip, ona devlet mekanizması içinde milli eğitim ve sağlık işleri gibi yer verdikleri ve spordaki geriliğimizi kısa bir zamanda gidermek için bu alanda kuvvetli otorite ve disiplin kurmak ihtiyacında olduğumuz...”

Ancak Anayasa Mahkemesi, yasa hükmünün kabul gerekçesi hakkında, ne Anayasanın 42. maddesinde yazılı memleket ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliğini alan beden veya fikir çalışmaları ve ne de Anayasanın 60. maddesinde yer alan vatandaşın yurt savunmasına katılması şeklindeki bir askerlik yükümü olarak nitelendirmenin yerinde olacağı kanaatine varmıştır. Kararın devamında ise beden eğitimi ve sporu ancak Anayasanın 21. maddesinde yer alan bir eğitim ve öğretim niteliğini taşıyan bir faaliyet olarak kabul etmek gereği vurgulanmıştır. Fakat diğer yandan eğitim öğrenim zorunluluğunun, ancak ilk öğrenim için söz konusu olduğundan bahisle bunun dışında kalan eğitim ve öğrenimi kişilerin yapıp yapmamakta serbest oldukları esasını bozan sınırlayıcı bir hükmün kanunlarda yer almasının anayasaya aykırı olacağını belirtmiş ve yasanın ilgili maddesini iptal etmiştir.

BTGM'nün statüsü dönem dönem değişmiştir. Önce doğrudan Başbakanlığa, ardından 1942'de Milli Eğitim Bakanlığı'na (MEB) ve 1960'da yeniden Baş-

bakanlığa bağlanmıştır. 1970 yılında ise yeni kurulan Gençlik ve Spor Bakanlığı'na bağlanmıştır. 1983 yılında bu bakanlığın MEB ile birleşmesi üzerine Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı bünyesine dahil olmuştur. Böylece Türk spor teşkilatının temel organının, idari teşkilat içinde nerede yer alması gerektiği hakkındaki aidiyet sorunu giderek karmaşık bir hal almıştır.

2.2.4- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü (GSGM, 1986)

Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü 1986 yılında yeni şartlara uyum sağlamak üzere ismi değiştirilerek daha ayrıntılı düzenlemeler yapan 3289 sayılı kanunla yeni bir yapıya bürünmüştür. İlgili kanuna göre kurumun yeni adı Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğü olmuştur. Aynı yasa üzerinde 1991 değişiklikleri yapılmış ve nihayet bugünkü "**Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü**" adını alarak doğrudan başbakanlığa bağlı bir hizmet yerinden yönetim kuruluşu olarak Türk idari teşkilatı içindeki yerini almıştır.²³

Bugünlerde "**Spor Kurumu Kanunu Tasarısı Taslağı**" neşredilmekle teşkilat yeni bir kurumsal ve hukuki yapılanmaya gitmektedir. Günümüz Türk spor hukuku mevzuatı dolaylı veya doğrudan olarak biri temel kanun olmak üzere iki kanun, yaklaşık 180 uygulama ve federasyon yönetmeliği ve çok sayıda talimat ve yönergeye sahiptir. Tüm bu yasal düzenlemeler sporun yaygınlaşması, spor örgütlerinin kurumsallaşması ve standart kuralların yerleşmesi bakımından önemli, fakat yetersizdir. Sporda şiddet, özerkleşme sorunu, spor ve ekonomik yönü gibi bir çok önemli konuda mevcut yasal düzenlemeler ihtiyaçları karşılamaktan ve sorunlara çözüm getirmekten uzaktır. Bu önemli sorunlardan biri de spor ve siyaset ilişkisidir. Güncel gelişmelerden kolayca görüleceği üzere Türk sporunda, spor ve siyaset ilişkisi had safhadadır. Siyasi örgütlenmelerin, kitleler üzerinde kolayca etkili olabilen bu popüler alanı boş bırakması ise ihtimal dışı gözükmektedir. Bu itibarla spor ve siyaset ilişkisini asgari seviyeye indirecek yegane çare, standart uygulama ve kuralların yerleşmesini sağlayacak hukuki düzenlemelerdir. Ancak bu sayede siyasal iktidarların dönemsel uygulamalarından bağımsız bir spor yönetimi tesis edilebilir.

2.2.5- Anayasalarımızda Spora İlişkin Hükümler

1921 ve 1924 Anayasalarında spora ilişkin bir hükme rastlanılmamaktadır. 1961 Anayasasında da bu konuya değinilmemiştir. Fakat Milli Birlik Komitesinin 1961 Anayasası hazırlık sürecinde memleket meseleleri hakkındaki

23 1986 tarih/3289 sayılı Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, md. 1.

görüşlerini belirttiği metnin Milli Eğitim İşleri başlıklı 3. maddesinin (n) bendinde şöyle bir hükme yer verilmiştir²⁴:

“Memleket gençliğinin fikren, ahlaken ve bedenen gelişmesinde mühim rol oynayacak olan her çeşit spor teşkilat ve müesseselerini kifayyetli bir seviyeye ulaştıracak ıslahı ve takviyesi ve bu meyanda milli sporlarımızın dikkatle göz önünde bulundurulması hususlarına önem verilmelidir.”

Kullanılan dilin üslubunu ve anlamını göz önüne alırsak burada ilgili konuda devlete bir yükümlülük getirilmek istenmiştir.

1982 Anayasasında ise spora ilişkin daha açık bir hükme yer verilmiştir. Anayasanın **“Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler”** başlıklı bölümünde ele alınmış olan mesele **“sporun geliştirilmesi”** madde başlığı ile 59. maddede düzenlenmiştir. Buna göre²⁵:

md 59: “Devlet her yaştaki Türk vatandaşının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder.

Devlet başarılı sporcuyla korur”

İlgili madde gerekçesinde sporun geliştirilmesi sadece fiilen spor yapanlara değil, seyircileri için de eğitici ve sağlık kurallarına uygun bir ortamda yaşamaya sevk edici etkileri sebebiyle devletçe ele alınması gereğine dikkat çekilmiştir. Fakat hemen şu değerlendirmeyi yapmak gerekir; devlet, spor alanındaki misyoner kimliğinden sıyrılmakta oldukça zorlanmaktadır. Bu yaklaşımın temel nedeni ise devletin **“spor yönetimi”** ile **“sporu yönetme”** arasında bir fark görmemesinden kaynaklanır. Halbuki son 20 yılda devletin ekonomik, siyasi ve idari yapısında piyasa ekonomisinin doğrudan sonuçları olarak değerlendirebileceğimiz önemli liberal değişimler/gelişmeler olmuştur. Fakat bu liberal gelişmelerin, spor yönetimine olan devletçi bakışı değiştirdiğini söylemek mümkün değildir. Yani piyasadaki liberalizasyonun hızına yönetimsel açıdan ayak uyduramayan bir devlet anlayışı söz konusudur.

3- HUKUKUN KAYNAKLARI BAKIMINDAN TÜRK SPOR MEVZUATI

Türk spor hukukunun tarihsel gelişimine ilişkin bu genel değerlendirmelerden sonra meseleyi hukukun kaynakları bakımından da ele almakta fayda var.

24 Server FERİDUN, *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, Aydın Güler Kitabevi., İstanbul, 1962, s. 86.

25 1982 Anayasası, md 59.

Hukukun kaynakları, yapılan klasik tasnife göre 4 grupta incelenir:

- 1) Yazılı Kaynaklar (Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ vs.)
- 2) Yazısız Kaynaklar (örf adet hukuku)
- 3) Mahkeme İçtihatları
- 4) Bilimsel İçtihatlar

Bu tasnif ışığında spor hukukunun kaynakları bakımından da benzeri bir tasnife gitmek mümkündür. Fakat burada dikkat çekici olan husus, spor hukuku mevzuatının oluşumunda hangi hukuk kaynağının daha etkili olduğu meselesidir. Nitekim spor hukuku mevzuatının tarihsel gelişimine ve halen devam eden oluşumuna bakıldığında bazı kendine özgü özellikler söz konusudur. Bunların başında spor mevzuatının oluşumuna ön ayak olan kurum, kuruluş ve kuralların temelinde gelenek hukukunun, diğer bir deyişle spor dünyasına ait yerleşik uygulama ve inanışların bulunması gelmektedir. Bundan dolayı spor hukukunun giderek bağımsız bir disiplin alanına dönüşmesi üzerine düşünürken, meselenin öncelikle spor mevzuatının beslendiği kaynaklar bakımından ele alınması gerekir.

SONUÇ

Bu çalışmada çok derinlemesine bir incelemeye girmesek de kabaca bir yorumla şu söylenebilir. Spor hukuku mevzuatının oluşumunda diğer hukuk disiplinlerine göre ayrık bir özellik olarak yazılı kaynaklardan çok yazısız, yani örf adet hukuku kaynakları başat bir öncüllüğe sahiptir. Spor oyun kurallarını genel olarak geleneğin, yani örfi kuralların inşa ettiği söylenebilir. Ayrıca bugün geçerli olan bir çok uluslararası spor teşkilatının koyduğu statülerin kökenine indiğimizde buralarda yine geleneğin yatmakta olduğunu görmekteyiz. Örneğin spor etkinliklerindeki bedensel eylemin ölümcül olması, kural olarak bir tarafın müsabakadan galip çıkması, futbolun her yerde doksan dakika oynanması ve daha binlerce ilke ve kural bu çerçevede değerlendirilebilir. Fakat söz konusu bu gelenekler alelade bir gelenek olmaktan çıkmış, mutlak hükümler içeren mevzuatlar haline dönüşmüştür. Yüzyıllardır devam edegelen uygulamalar ve bu uygulamalardan doğan kuralların genel inanışla desteklenmesi ise spor hukuku kurallarının kolayca evrensel ölçekte standartlaşmasını sağlayıcı sebeplerden belki de en önemlisi olmuştur.

Türk spor hukukunun tarihsel serüvenine ve bugün bulunduğu yere baktığımızda mevcut yasal düzenlemeler; sporun yaygınlaşması, spor örgütlerinin kurumsallaşması ve spor yönetiminde standart kuralların yerleşmesi

bakımından günün ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Bu durumun başlıca nedeni devletin spor yönetimine olan muhafazakar yaklaşımı ve bu yaklaşımın uzantıları sayabileceğimiz spor ve siyaset arasındaki dikkat çekici yakın ilişkidir. Bu ilişkiyi asgari seviyeye indirmek ise ancak standart uygulama ve kuralların yerleşmesini sağlayacak hukuki düzenlemeler ile mümkün olabilir.

MESKUN MAHÂLDE MUHAREBE VE İNSANCIL HUKUK: İSRAİL-HİZBULLAH ÇATIŞMASI KAPSAMINDA KISA BİR DEĞERLENDİRME

“Savaş planlandığı gibi gidebilecek en son şeydir.”

Thucydides

Ar. Gör. Bleda R. KURTDARCAN*

12 Temmuz 2006 günü Hizbullah terör örgütünün 2 İsraili askeri kaçırmaması neticesi bu askerlerin kurtarılması ve Hizbullah'ı İsrail'i saldırıları ile tehdit eden bir örgüt olmaktan çıkarmak amacıyla yönelik Tsahal (İsrail Savunma Kuvvetleri) tarafından girişilen Yaz Yağmuru Operasyonu'nun 4. haftasına girildiği bu satırların yazıldığı günlerde, bu çatışmanın bölge için siyasi ve jeopolitik etkileri dışında kamuoyunda en çok tartışılan tarafı herhalde çatışmanın siviller üzerindeki etkisi olmaktadır. Medyanın sıcağı sıcağına dünya kamuoyuna yansıttığı çatışmanın sivil kurbanlarının görüntüleri ve fotoğrafları dehşet verici, insanlık dışı ve kabul edilemez olarak değerlendirilmektedir. Bütün bu kabul edilemez sonuçların sebebi ise Tsahal'ın 'oranlı güç' kullanması olarak açıklanmaktadır.

Kısa makalemizin amacı işte bu çatışma vesilesi ile bir örneğine daha tanık olduğumuz Meskun Mahalde Muharebe'de (MOUT- Military Ops. on Urban Terrain) hangi davranışların Uluslararası hukuk tarafından kabul edilebilir olduğunu Yaz Yağmuru Operasyonu'nu özneline değerlendirmeye çalışmaktır.

Tartışmanın temelinde silahlı çatışmanın yürütülmesi esnasında geçerli olan kurallara aykırılık konusundaki farklı düşünceler olduğu cihetle sorunlarımızın bulacağımız cevaplar *jus in bello* yani silahlı çatışmaların yürütülmesine dair kurallar dahilinde olacaktır. *Jus ad bellum*, konusunda yani

* Galatasaray Üniversitesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dah.

kuvvete başvurulmasının hukuken caiz olup olmadığı konusunda bir tartışmaya girmek amacımız değildir. Ancak kısaca belirtmek gerekirse bu satırların yazarının görüşü odur ki Hizbullah'ın saldırıları İsrail için Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın 51. maddesinde (ya da teamüli hukukta da doğal bir hak olarak varlığı kabul edilmiş bulunan¹) meşru müdafaa hakkının kullanılmasına olanak vermiştir. Güncel uluslararası hukukun temel kurallarından olan kuvvet kullanma yasağının birincil istisnasını oluşturan BM Şart'ında belirtildiği şekliyle klasik meşru müdafaa hakkının icrası olduğu cihetle İsrail'in 12 temmuzdan beri Hizbullah terör örgütünü çökertmek, silahlı gücünü etkisiz hale getirmek amacıyla giriştiği operasyon *jus ad bellum*'a aykırılık yoktur.

Öncelikle fiili bir geçiğin hukuki bir konsepte ne kadar uyduğunu belirlemeye çalışalım: Bu çatışma silahlı bir çatışma mıdır? Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin belirttiği gibi "Devletler arasındaki ilişkilerde silahlı güce başvurulduğu ya da bir Devletin bünyesinde hükümet güçleri ve organize olmuş silahlı gruplar arasında ya da sadece böyle gruplar arasında uzun süreli bir silahlı çatışmanın var olduğu her durumda silahlı çatışma mevcuttur."²

Fiili durumun hukuki bir kavrama (silahlı çatışma) uyduğunu bu tanımdan çıkarabiliyoruz. Peki uluslararası hukukta bu silahlı çatışma durumunda uygulanacak kuralları nerede bulunmaktadır?

Bunu saptamak için çatışmanın uluslararası bir silahlı çatışma mı yoksa uluslararası olmayan bir silahlı çatışma mı olduğunun saptanması gerekmektedir.

Yukarıda çatışmanın temelini İsrail'in sahip olduğu BM Şartı'nda yazılı bulunduğu şekliyle klasik meşru müdafaa hakkına dayandırınca aslında büyük oranda bu soruya cevap vermiş oluyoruz: Söz konusu olan uluslararası bir silahlı çatışmadır. Şart'ın devletlerarası mantığıdır ki bize böyle bir sonuca ulaşmakta yardımcı olmaktadır³. Ayrıca, Lübnan hükümeti'nin kendi topraklarında yaklaşık 3000 aktif silahlı militandan oluşan Hizbullah'ın silahlı gücünü barındırması ve bunun operasyonları için **gereklilik** arz eden askeri, lojistik ve siyasi örgütlenmesini, bilmesine rağmen göz yumması ve örgütün silahlı gücünün konuşlandığı Bekaa vadisi ve ülkenin güneyinden

1 27 haziran 1986 tarihli *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı askeri ve yarı askeri faaliyetler* kararı C.I.J. *Recueil*,1986 p.94 s.174

2 YPIY App. Aff. IT-94-1-AR72, 2 Ekim 1995, Tadic, p.70

3 Stern, B. "le contexte juridique de l'après 11 septembre 2001" in *Le droit international face au terrorisme*, Karine Bannelier, Théodore Christakis, Olivier Corten, Barbara Délécourt (dir.), Pédone, Paris, 2002, s 19.

çıkarmak için hiçbir faaliyet göstermemesi ve bu örgütün Lübnan devleti'nin yasama ve yürütme organında temsil kuvvetine sahip olması ile⁴ artık Hizbullah'ın silahlı gücü Lübnan devletinin fiili organları haline gelmiştir⁵. Nitekim, operasyonun Tsahal tarafında ağırlıklı Güney Lübnan'da olmak üzere Lübnan'ın her kesiminde sürdürülmesi bir çatışmayı uluslararası hale getiren en temel özelliğin yani sınır ötesi hareketler ile yürütülmesinin tezahürü olduğu cihetle bu çatışma kuşkusuz uluslararası bir silahlı çatışmadır⁶.

Bir kez çatışmanın niteliğini saptadıktan sonra şimdi bu nitelikteki çatışmalarda taraflarca uygulanacak kuralların neler olduğunu tespit edelim.

Öncelikle Hizbullah, Lübnan Devleti'nin fiili bir organı olup Lübnan Hükümeti'nce onaylanan tüm insancıl hukuk antlaşmaları ve teamüli hukuk kurallarıyla bağlıdır. Tsahal da İsrail Devleti'nce onaylanmış bulunan bu konudaki antlaşmalar ve teamüli hukuk kurallarıyla bağlıdır. Uluslararası silahlı çatışmaları detaylı şekilde düzenleyen 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin 1977 tarihli I no'lu ek protokolü⁷ İsrail tarafından imzalanmamış olsa da Lübnan tarafından imzalanıp onaylanmıştır. Binnetice I no'lu ek protokolün düzenlemelerinin İsrail tarafından uygulanması ancak bu kuralların (hepsinin yahut bir kısmının) teamüli hukuku yansıtması halinde mümkün olacaktır.

Söz konusu olayın ana hatlarını belirledikten sonra öncelikle hangi uluslararası hukuk kuralların bu somut olayda uygulanabilir olduğunu tespit edip bunların düzenlemelerine kısaca göz atacağız, sonra somut olayda bu kural-

4 Binnetice Lübnan Devleti'nin Hizbullah'ın askeri yapısı üzerinde, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletlerin Sorumluluğu'na Dair Maddeler Raporu'nun 2001 yılı düzenlemesinin 8. maddesinde öngörülen, ilgili devlet tarafından fiili organlar üzerinde "doğrudan bir kontrolün" varlığı kriteri de yerine getirilmiş olmaktadır. Devlet ve örgüt arasındaki bağ açıktır. Metin ve yorumu için bkz. Crawford J., *les articles de la C.D.I sur la responsabilité de l'Etat*, Pédone, Paris, 2003, s. 130-135.

Nitekim Lübnan Savunma Bakanı Elias Murr LBC televizyonuna verdiği demeçte Hizbullah'ı silahsızlandırma niyetleri olmadığını ve Hizbullah'ın bir direniş örgütü olduğunu; Litani nehri'nin güneyinde konuşlanacak Lübnan Ordusu'nun hem direnişçileri hem de sivil halkı koruyacağını belirterek Hizbullah'a hükümetçe tanınan ve varlığına izin verilen bir yapılanma olduğunu bir kez daha açıkça göstermiştir.

<http://archives.seattletimes.nwsourc.com/cgi-bin/texis.cgi/web/vortex/display?slug=lebanon16&date=20060816>.

5 Aynı şekilde El-Kaide ve Afganistan'daki Taliban Rejimi arasındaki ilişkilerin değerlendirilmesi için bkz. Eisemann P.M., "attaques du 11 septembre et exercice d'un droit naturel de légitime défense" in. *Le droit international face au terrorisme*, Karine Bannelier, Théodore Christakis, Olivier Corten, Barbara Délcourt (dir.), Pédone, Paris, 2002 s.244, ve David E., *Principes de droit des conflits armés*, 3ème éd. Bruylant, Bruxelles, 2002 s.111.

6 Bettati M., *Droit Humanitaire*, Editions du Seuil, 2000, s.37.

7 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek ve Uluslararası Silahlı Çatışmaların Kurbanlarına İlişkin Protokol.

lara ne kadar uyulup uyulmadığını yani operasyonun orantılı olup olmadığını askeri ve stratejik yanlarına da değinip tartışacağız.

D) Silahlı Çatışmalar Hukuku'nun Temel Kuralları, Askeri Gereklik, Siviller, İkincil Zararlar ve Orantılık Üzerine:

Silahlı çatışmalar hukukun iki temel ilkesini vardır: insancılık ve askeri gereklik. Bu iki ilkenin birlikteliği şu şekilde açıklanabilir:

“Bir silahlı çatışmanın amacı karşı tarafı yenmektir. Silahlı çatışmalar hukuku sadece bu amaç için **mutlaka** gerekli olan hareketlere izin verir ve bu amacı aşmakla beraber bu amaca ulaşmak için **gerekli olmayan mallara ve kişilere zarar verme** eylemlerine cevaz vermez.”⁸ Profesör Green'in de haklı bir şekilde tespit ettiği gibi aslında bu mantık Sun Tzu'nun “düşmanı ele geçirmek onu yok etmekten daha iyidir” ve “düşmanı savaşmadan yenmek yeteneklerin en büyüğüdür”⁹ gibi öngörülerinin modern versiyonundan başka bir şey değildir. Aynı şekilde von Clausewitz'in de 2000 yıl kadar sonra belirttiği gibi “[gücün] amac[ı] irademizi düşmana empoze etmektir¹⁰....[Düşmanın] muharip gücünü *yok etmek* gerekir: *bu da demektir ki öyle bir duruma sokulmalıdırlar ki savaşa devam edemesinler*.”¹¹ Bu yaklaşımın, yani, sadece rakibi yenmek için mutlaka gereken fiillerin silahlı çatışmalarda kabul edilebilir olduğunun 1868 tarihli St. Petersburg bildirisindeki (bu bildirinin teamüli hukuka dönüştüğü kabul edilmektedir)¹² düzenlenmesi şu şekildedir: “Devletlerin savaş sırasında takip edebilecekleri meşru tek amaç düşmanın askeri güçlerinin zayıflatılmasıdır. Bu amaca ulaşmak için gereken ise olabildiğince çok kişinin savaş dışı kılınmasıdır. İşbu amaç savaş dışı kılınan kişilerin acısını gereksiz yere arttıran ya da kaçınılmaz şekilde ölümlerine yol açacak silahların kullanılmasıyla aşılacaktır.” Böylece öngörülen ve uluslararası hukukta da kabul edilen bu düşman kuvvetlerinin kelimenin tam anlamıyla yok edilmesi zorunluluğu değil onların silahsızlandırılması, güçsüz hale getirilip direnişi sürdürmesinin imkansız olduğu bir duruma sokulmasıdır.¹³

8 Green L. C., *The Contemporary Law of Armed Conflict 2nd ed.*, Manchester University Press, 2000 s.122. “Silahlı kuvvet kullanılması ancak belirli bir askeri hedefe ulaşma amacı taşırsa meşru sayılır” Bouchet-Saulnier F., *İnsancıl Hukuk Sözlüğü*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s.31

9 En basit şekilde böyle özetlenen bu düşünceler için genel olarak “de ce qu'il faut avoir prévu avant le combat” (Muharebeyi Planlarken) adlı bölüme bakılmalıdır. Sun Tse, *L'art de la guerre*, Presses Pocket, 1993, p 23-26

10 von Clausewitz C., *On War*, M. Howard and P. Paret (ed), Princeton University Press, Princeton New Jersey, 1989, s. 75

11 von Clausewitz C., *op.cit.* s.77 ve s.90

12 David. E., *op.cit.* s. 51

13 Green L. C., *op. cit.* s.126 aynı şekilde bkz. Bettati M., *op. cit.* s. 52

Askeri gereklilik olarak açıklanan ve silahlı çatışmalar hukukunun insancılık ile birlikte temelini teşkil eden prensibe gelince bunun açıklamasının Birleşik Devletler Ordusu 27-10 sayılı Kara Muharebeleri Hukuku adlı sahra talimatnamesi'nde şu şekilde yapıldığı görülmektedir: Düşmanın en kısa sürede teslim olmasını sağlamak için mutlak olarak gereken ve savaş hukuku tarafından yasaklanmamış hareketlerin yapılmasını öngören temel ilkedir.¹⁴ Birleşik Devletler Savunma Bakanlığı'nın verdiği tanıma göre ise işbu ilke savaştan tarafa bir askeri operasyonu başarılı şekilde sona erdirmesi için gerekli olan ve savaş hukuku kurallarıyla yasaklanmamış tedbirleri uygulayan olanak sağlayan ilkedir.¹⁵

Görünen odur ki silahlı çatışmalar hukukun temelini oluşturan askeri ve insancıl ilkeler yüzyıllardır hiç değişime uğramadan kabul edilmektedirler.

Silahlı çatışmalar hukukunu öznünü başka kelimelerle ifade etmek gerekirse Profesör Green'e atıfta bulunmak isabetli olacaktır: "Silahlı çatışmalar hukuku, kaynağını hem teamüli hem de ahdi hukukta bulur. Teamüli hukuk ve ahdi hukuk askeri ihtiyaçlar ışığında gelişmiştir ve genel olarak konuşmak gerekirse sadece, belli bir kural askeri gereklilik istisnasını açıkça öngörüyorsa, böyle bir gereklilik hasıl olduğu takdirde işbu kurala uymamak mümkün olabilir¹⁶".

* * *

Silahlı çatışmalar hukukunun kara muharebeleri için teamüli hukuk kurallarını oluşturduğu kabul edilen¹⁷ 1907 4. Lahey Sözleşmesine ek olan Düzenlemeleri, yukarıda belirtilen silahlı çatışmanın amaçlarının ve araçlarının sınırlılığı ilkesini 22. maddedeki "Savaşan tarafların düşmana zarar vermek için kullanabileceği araçlar konusundaki hakkı sınırlıdır" ifadesi ve 25. maddesinde düzenlendiği şekliyle "ne araçla olursa olsun **savunulmayan** şehir, kasaba, yerleşim yeri ve binalara saldırmak ya da bombalamak yasaktır" düzenlemesi ile saptamıştır. Böylece 20. yy'ın başında yavaş yavaş netleşmeye başlayan teamüli savaş hukuku kuralları (bir yandan 1868 tarihli St. Petersbourg Bildirgesi, diğer yandan yukarıdaki Lahey Düzenlemeleri'nin sayılan hükümleri) silahlı çatışmalar hukukunun en temel ku-

14 *US Army Field Manual FM 27-10 Law of land warfare* s.3-4. Askeri gerekliliğin aynı yönde tanımı için bnz. Green L.C. *op. cit.* P.122

15 www.dtic.mil/doctrine/jel/doddict/data/m/03372.html. Aynı yönde bir tanım için Cario J. (Lt. Col), *le droit des conflits armés*, centre de recherches des écoles de Saint-Cyr,2002 s-79-80

16 Green L.C., *op.cit* s.122 aynı şekilde bkz. Bettati *op cit.* s.52-53

17 David E., *op.cit.* s.53

rallarından olan sivillerin ve sivil araç ve yapıların bir saldırının **doğrudan** hedefi olamayacakları ilkesinin de belirginleşmesini beraberinde getirmiştir.¹⁸

Buraya kadar ortaya koyduğumuz silahlı çatışmalar hukuku kurallarının gösterdiği, bu hukukun üzerinde inşa edildiği temel kavramları şu şekilde özetleyebiliriz: Sivil- asker ayırımı, silahlı çatışmanın hedefinin yalnızca askerler olduğu, çatışmayı kazanmak için sınırsız bir yöntem ve araç hakkına sahip olunmadığı bunların insancıl kaygılarla sınırlanmış olduğu ve binnetice kullanılacak araçların ve yöntemlerin silahlı çatışmanın amacıyla yani düşmanı etkisiz hale getirmekle orantılılığı ve gereksiz acı verme yasağı. Dolayısıyla görünen o ki askeri operasyonların siviller üzerindeki yıkıcı etkilerini doğrudan ve açık bir şekilde düzenleyen bir kurala rastlamıyoruz. Bununla beraber yukarıda özetlenen temel ilkelerden dolayı ve zımnî bir şekilde bu konu hakkında bazı çıkarımlara erişmek mümkün.

Ancak 2. Dünya Savaşı ve onu izleyen yıllarda silahlı çatışmalarda kullanılan yöntem ve araçların değişmesi; dönemin politik, ideolojik, teknolojik ve stratejik gelişmeleri neticesinde değişime uğraması 20. yüzyılın başından beri değişikliğe uğramamış savaş yöntem ve araçlarına ait kuralların revizyonunun gerekli kılmasıdır.¹⁹ Böylece 1974-1977 yılları arasında toplanan konferans neticesi 1949 Cenevre Sözleşmelerine ek iki Protokol hazırlanmış ve imzaya açılmıştır. Bizim konumuzu uluslararası bir silahlı çatışma oluşturduğu cihetle 1 no'lu ek protokolde²⁰ meskun mahalde muharebe sırasında teamüli hukuku yansıması halinde bu protokole taraf olmayan devletleri de bağlayacak olan ve böylece somut olayımızda da uygulanması gereken yeni kuralları inceleyeceğiz.

Yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız teamüli hukukun temel prensipleri üzerine bina edilen ahdi hukukun düzenlemelerinin taranması neticesi bizim konumuzla ilgili şu detaylı düzenlemeler ortaya çıkıyor:

I No'lu Ek Protokol'ün Sivil Halkın Korunması başlığını taşıyan 51. maddesi'nin 5. paragrafının a) bendinin yorumunda Uluslararası Kızıl Haç Komitesi (UKHK) madde 51 ve 52'deki düzenlemelerin özellikle şehir muharebeleri yürütülmesinde için büyük önem taşıdığına değinmiştir.²¹ Bu yorumdan

18 Aynı yönde David E., *op.cit.* s. 242

19 Aynı yönde bir yorum için bkz. Blix H., "Moyen et methodes de combat" in. *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Pédone-UNESCO,1986 s.164

20 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek ve Uluslararası Silahlı Çatışmaların Kurbanlarına İlişkin Protokol

21 Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin (UKHK) 1 no'lu Ek Protokol'ün yorumu md.51 § 1953 <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebList?ReadForm&id=470&t=com>

da destek alarak konu hakkındaki ahdi hukuk düzenlemelerini incelediğimizde 51. maddenin 2. fıkrası:

“Ne sivil halk genel olarak ne de sivil kişiler saldırıların hedefi olamazlar. Asıl amacı sivil halk arasında terör yaratmak olan eylem ve tehditler yasaktır.” Şeklinde düzenleme yapmıştır. 4. fıkra ise:

“Ayrım gözetmeyen saldırılar yasaktır. Ayrım gözetmeyen saldırı deyiminden

- a) belli bir askeri hedefe yönelmeyen saldırılar;
- b) icrası sırasında belli bir askeri hedefe yöneltilemeyen muharebe yöntemleri ya da araçlarının kullanıldığı saldırılar; ya da
- c) icrası sırasında, etkileri Protokol tarafından belirtildiği şekilde sınırlandırılmayan ve binnetice askeri hedefleri sivil kişi ve objelerden ayırmadan vurmaya uygun muharebe yöntem ya da araçlarının kullanıldığı saldırılar

anlaşılmaktadır.” Düzenlemesinde bulunmuştur.

5. fıkra:

“Diğerleriyle beraber, aşağıdaki saldırılar da ayrım gözetmeden icra edilmiş sayılacaktır:

- a) Bir şehir, kasaba ya da benzer şekilde sivil kişilerin ya da sivil karakterli objelerin yoğun bulunduğu bir alanda bulunan ancak, birbirlerinden net bir şekilde ayrı bulunan ve bağımsız bir miktar askeri hedefi tek bir askeri hedef gibi kabul eden, yöntem ya da kullanılan araç fark etmeksizin bombardıman şeklinde yapılan saldırılar;
- b) Elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilecek miktarda sivil halkta insan hayatının kaybına, insanların yaralanmasına, sivil karakterdeki objelere zarar verilmesine ya da bu kayıp ve zararların bir kombinasyonuna arzi (ikincil) şekilde sebep olması beklenen saldırılar.

7. fıkra ise, eğer bu zamana kadar belirttiğimiz kurallar sadece saldırıda bulunduğunu farz ettiğimiz bir tarafa yükümlülükler getiriyorsa, şimdi de bu saldırılara maruz kalan ve sadece savunma pozisyonunda bulunduğunu farz

ettiğimiz tarafa işbu yükümlülüklerin muadili olacak şekilde bir yükümlülük getirmektedir. Şöyle ki:

“Sivil halkın ya da sivil kişilerin mevcudiyeti ya da hareketleri, bazı nokta ya da alanları askeri operasyonlardan korumak için, özellikle askeri hedefleri saldırılardan korumak ya da askeri operasyonları kolaylaştırmaya, örtmeye ya da zorlaştırmaya çalışmak amacıyla kullanılamaz. Çatışmanın tarafları sivil halkın ya da sivil kişilerin hareketlerini askeri hareketleri örtmek ya da askeri hedefleri saldırılara karşı korumak amacıyla yönlendiremez.”

Aynı Protokol’ün 57. maddesi Saldırı sırasında alınacak tedbirler başlığı taşımaktadır ve 2.fikrasının a) paragrafının ii) cümlesi:

“sivil halktan ölümlerin, sivillerde yaralanmaların ve sivil karakterdeki objelerde hasarların vuku bulmasının engellenmesi ya da her halükarda en aza indirilmesi için saldırı yöntem ve araçlarıyla ilgili olarak alınması fiili olarak mümkün tüm tedbirlerin alınması;”

iii) cümlesi:

“Elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilecek miktarda sivil halkta insan hayatının kaybına, insanların yaralanmasına, sivil karakterdeki objelere zarar verilmesine ya da bu kayıp ve zararların bir kombinasyonuna arızı (ikincil) şekilde sebep olması beklenen saldırılardan kaçınmayı;”

c) paragrafi ise:

“Eğer şartlar bunu engellemiyorsa, saldırılar sivil halkı etkilemesi söz konusuysa yeterli bir zaman önce ve etkili araçlarla sivil halka bir uyarının yapılmasını.”

Düzenlemektedir.

Bizce **bu yukarıda belirtilen detaylı kurallar**, kendisinden önceki temel kuralların açıkça söylemediği ve fakat özünde bulundurduğu askeri gereklilik-insancılık ikiliğini ve bunların arasında bir orantılılık gerekliliğini günümüz silahlı çatışma koşul, yöntem ve araçlarına en iyi şekilde adapte ettiği ve devletler tarafından da kabul edildiği²² cihetle günümüzde geçer-

22 Doktrinin büyük bir kısmı 1977 tarihli I no’lu ek protokolün *en azından tüm hükümlerinin* 166 katılımcı devlete rağmen teamüle dönüşmediği konusunda fikir bilginindedir. Ör. Bkz. Dailler P., Pellet A., *Le droit international public*, L.G.D.J., Paris, 2002 s.970. Casse-se A., *International law*, Oxford University Press,2003, s.339.

li olan teamüli silahlı çatışma hukuku kurallarını oluşturmaktadır. Nitekim Profesör Green de günümüz silahlı çatışmalar hukukunun en temel kuralını tanımlarken “sivillerin ve sivil araç ve yapıların bir saldırının doğrudan hedefi olamayacakları; bununla beraber bunlarda, meşru bir saldırı sırasında sebep olunacak arızı zararlar (ikincil zararlar), bu saldırının amacıyla orantılı olmalıdır”²³ şeklinde belirtmiştir. Yukarıda belirtilen kurallar ve ilkeler saldırıda orantılılık genel başlığı altında kabul edilip UKHK’ince da teamüli bir silahlı çatışma hukuku kuralı olarak değerlendirilmektedir.²⁴

Bu şekilde düzenlendiği haliyle konumuzla ilgili olan ve bu konuda teamülü yansıttığı kabul edilen temel hukuk normunun kendisinin açıkça bir istisna getirdiğini, bunu da arızı (ikincil) zararların elde edilecek askeri avantajla orantılı olması kaydıyla kabul edilebilir addedilmesi şeklinde olduğunu görüyoruz. Yani muharebeyi kazanmak için icra edilmesi mutlak gereklilik arz eden askeri bir operasyon/saldırı sivillerde arızı kayıplara sebep olabilir.

* * *

Bu noktada bazı kavramların üzerinde yoğunlaşmamız bu düzenlemelerin kapsamını ve amacını anlamamızda yardımcı olacaktır.

Bunlardan ilki “saldırı ve ondan elde edilecek askeri avantaj” kavramıdır. Profesör Green’e göre burada atıfta bulunulan saldırı ve elde edilecek avantaj, saldırının bir parçasını oluşturduğu spesifik bir askeri operasyondan elde edilecek avantajı belirtecek şekilde anlaşılmalıdır.²⁵ Zira saldırı aynı anda birçok noktada yapılan taktik hareketlerin toplamından da oluşabilir.

Elde edilecek askeri avantaj kavramı ise oldukça muğlak bir kavramdır. Bu konuda da Uluslararası Kızıl Haç Komitesi’nin (UKHK) yorumlarına yönelmek en mantıklı tutum olacaktır. Buna göre, I no’lu Ek Protokol’ün 52. maddesinin 2. fıkrasında askeri her hedefe saldırının mutlaka **belirli** bir askeri avantaj içermesi gerekmektedir.²⁶ Aynı protokolün 57. maddesinin 2. paragrafının a) fıkrasının iii bendinde ve b) fıkrasında belirtildiği şekliyle “beklenen **somut ve doğrudan** askeri avantajı” yorumlarken UKHK,

23 Green. L.C., *op. cit.* s.124. Aynı yönde bkz. Penna L. R., *Cutomary international law and protocol I: An analysis of some provisions, in Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la croix rouge en l’honneur de J. Pictet*, Christophe Swinarski (éd.) CICR, Cenevre,1984 S.220.

24 Henckaerts J-M. Et Doswald-Beck l., *Customary International Humanitarian Law Volume 1: Rules*, ICRC,Cambridge,2005, s.46-50.

25 UKHK 1no’lu Ek Protokol’ün yorumu 57. madde § 2218.

26 UKHK 1no’lu Ek Protokol’ün yorumu 52. madde § 2028.

belirli bir askeri avantajın mutlaka bulunması gerektiğini ve buna ilave-ten somut ve doğrudan kelimeleriyle bu belirli avantajın operasyon geneli için esaslı ve göreceli olarak yakın askeri avantajlar gerektiğini belirtmiştir²⁷.

İnceleyeceğimiz son kavram ise şu ana kadar doğrudan ele almadığımız “askeri hedef” olacaktır. I no’lu Ek Protokol’ün Sivil Objeler başlığını taşıyan 3. bölümünün ilk maddesi (protokolün 52. maddesi) Sivil objelerin korunması başlığını taşımaktadır ve 1. paragrafı, “2. paragrafta belirtildiği şekliyle askeri hedef olmayan her obje sivildir.” demektedir.

2. paragraf ise: “Saldırıları sadece askeri hedeflere sınırlıdır. Askeri hedef sayılabilecek objeler, doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımı itibariyle askeri harekate etkili bir katkıda bulunan ve tamamen ya da kısmen yok edilmesi, ele geçirilmesi ya da etkisiz hale getirilmesi, operasyon sırasında geçerli olan şartlara göre kesin bir askeri avantaj sunan objelerdir.” şeklindedir. Burada bir objenin askeri hedef arzemesi için taşınması gereken nitelikleri bir miktar daha açığa kavuşturulması gerekecektir. Bu konuda da UKHK’nin yorumlarından yararlanmak mantıklı olacaktır. Burada geçen doğası itibariyle askeri hedef doğrudan silahlı kuvvetlerce kullanılan objelerdir²⁸. Yeri itibariyle askeri hedef ise bulunduğu konum itibariyle askeri harekate etkin bir katkısı olabilecek olan objelerdir ki UKHK bunları köprü ya da bunun gibi yapılar ya da rakibin oraya yerleşmesinin engellenmesinin ya da oradan çıkarılmasının askeri operasyonlar için önem arzeden alanlar olarak değerlendirmektedir²⁹. Amacı itibariyle askeri hedef doğası gereği sivil yapı olmakla beraber askeri operasyonlar sırasında askeri amaçlarla kullanım için ‘dönüştürülebilen’ objelerdir³⁰.

Ortaya konan kriterler açık. En azından açık gibi görünüyor. Aslında hiç de öyle değil. Zira “elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilecek miktarda sivil halkta ikincil kayıp ve zarar” kavramı da askeri ve sivil obje kavramı da her olayın şartlarına göre dolayısıyla her askeri operasyonu amaçları ve şartlarına göre her durum için farklı farklı tespit edilecek ve içeriği doldurulacak kavramlar.

27 *idem* ve CICR 1no’lu Ek Protokol’ün yorumu 57. madde § 2209. Bizim görüşümüz o dur ki belirli askeri avantaj, askeri hareketin başarıya ulaşması için mutlak gereklilik arz eden bir hareket olması şeklinde yorumlanmalıdır.

28 UKHK 1no’lu Ek Protokol’ün yorumu 52. madde §2020.

29 UKHK 1no’lu Ek Protokol’ün yorumu 52. madde §2023.

30 UKHK 1no’lu Ek Protokol’ün yorumu 52. madde §2022.

Şimdi somut olayda bu kavramların içini biraz askeri biraz da stratejik açıdan Yaz Yağmuru operasyonuna yaklaşılarak doldurmaya çalışacağız.

II) Bir Meskun Mahalde Muharebe Örneği: Yaz Yağmuru Operasyonu ve İkincil Zararın Orantılılığı Üzerine:

Konumuz Tsahal'ın operasyonlarının insancıl hukuka uygunluğu, bunu göz önünden hiç kaybetmemek gerekiyor. Ancak Tsahal'ın hareket stratejisini-böylece hedef seçimini ve kullandığı taktikleri- anlamak ve yargılamak için öncelikle Hizbullah'ın stratejisini saptamak gerekiyor.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bizce operasyon bir meşru müdafaa hakkının kullanımı. Dolayısıyla bir saldırıya karşı yapılıyor. Yani operasyonu tetikleyen Hizbullah'ın saldırıları. Bu hukuki analizin stratejik sonucu şudur ki Tsahal, Hizbullah'ın istediği zaman, istediği yerde ve istediği şekilde savaşmak mecburiyetinde kalmıştır. Hizbullah'ın stratejisi açık: İsrail'e sürekli füze saldırılarında bulunarak onun kara kuvvetlerini Lübnan içlerinde hazırladığı müstahkem mevkilere çekip Tsahal'ın (ve dünyadaki her ordunun) süresi, maliyeti ve sivil ve asker arasında sebep olduğu kayıp oranının yüksekliği sebebiyle hiç de sevmediği sokak savaşlarına çekmek istiyor. Bu stratejisinin sadece ilk ayağı. Tsahal, Hizbullah'ın askeri etkinliğini yok etmek için git gide Lübnan'ın kuzeyine ve kuzey batısına ilerlemek zorunda kalacak ve kuvvetlerinin ikmal hatları uzayacak binnetice ani saldırılara açık hale gelecek; ayrıca işgalin uzaması Tsahal'ı Irak tipi bir ayaklanma/direniş ile de mücadele etme zorunda bırakabilecek³¹.

Tsahal'ın böyle bir strateji karşısında takındığı tutum stratejik açıdan (yani askeri gereklilikler açısından) oldukça mantıklı ve tutarlıdır. Kara birliklerinin hareketinin gerekli ve zorunlu olduğunun farkındadır ancak bunu yapmadan önce rakibin şehir muharebelerinde elinde bulunduracağı stratejik avantajlarını olabildiğince azaltmaya çalışması askeri hareketlerin en temel prensiplerinden biridir³².

Peki nedir bu stratejik avantajlar? Üzerinde alanında uzman askerlerin ve değerli stratejistlerin bol miktarda mürekkep akıttığı konuda ahkam kesecek değiliz. Amacımıza hizmet ettiği ölçüde basite indirgeyip ortaya koyacağız.

31 Aynı yönde Dr. George Friedman'ın analizleri için www.stratfor.com

32 Şehir savaşlarında tempo ve zamanlamanın kullanımı önemlidir. Harekatı hızlandıracak tedbirlerin alınması askeri gerekliliktir. Ayrıca düşmanın sıklet merkezlerine (ki olayda Hizbullah müstahkem mevkiileri, bunker'ları ve depoları) dolaylı saldırı yapılması da gereklidir. Aynı yönde, şehir savaşlarında hareketin hızının askeri gereklilik arz ettiği hakkında bkz. US Joint Chiefs Of Staff Doctrine For Joint Urban Operations (JUO) Joint Publication 3-06 p. 25-26

Meskun mahalde muharebe -şehir savaşları ya da Military Ops. on Urban Terrain (MOUT)- her zaman kaçınılması gereken ancak çok az halde kaçınılabilen en zor askeri operasyon şeklidir. Özellikle somut olayımızda olduğu gibi asimetrik çatışmalarda rakip, muharebeyi olabildiğince meskun mahalle çekmeye çalışır ki düşmanın sahip olduğu askeri-teknolojik üstünlük olabildiğince etkisiz kılınsın³³. Bu ortamda rakip sivillere ağır zarar verilmeyen etkisiz hale getirilmesinin imkansız hale gelmesi ve yerinin tespit edilmesini engellemek için olabildiğince halka karışacaktır. Rakip ayrıca, sivilleri saldıran taraf için çok ağır bir lojistik yük, saldıran taraf üzerinde ciddi bir güvensizlik hissi yaratacak potansiyel bir tehdit ve en önemlisi istihbarat kaynağı haline getirecektir. Bunlar kadar önemli olan husus asimetrik savaşın doğasına özgü olan psikolojik harekatta kendini gösterecektir³⁴. Böylece rakip dünya kamuoyunu kendi tarafına çevirmek için bölgede bulunan medyadan ve çatışmalar sırasında sivil halkta meydana gelen kayıp ve sivil objelerde vuku bulan hasar /yıkımların görüntülerinde yararlanacaktır³⁵. Ayrıca meskun mahali askeri açıdan da kendi avantajına kullanabilecektir: Her sokak bir pusu noktası olacaktır. Kanalizasyon sistemi korunaklı bir hareket ve ikmal yolu olarak kullanılabilir gibi depo olarak da hizmet verecektir. Harekat tam anlamıyla 3 boyutlu hale gelecek yer altı, çok katlı binaların her penceresi ve çatısı bir atış ve muharebe konumu teşkil edecektir. Böyle bir ortamda saldıran tarafın elindeki ateş gücü avantajını kullanılmaz hale getirmek ya da çok kısıtlamak mümkün olacaktır. Zira yakın muharebe (Close Quarter Battles –CQB) neticesi taraflar arasındaki mesafe 100 m’yi ancak bulacak, doğrudan ya da dolaylı ateş desteği dost birliklere ve bölgede bulunan sivillere zarar verir bir hale gelecektir³⁶. Binnetice operasyonlarda uygulanacak angajman kuralları³⁷ mümkün olduğunca katı olacak ve çoğu silahın kullanılmasına izin verilmeyecek ya da çok az miktarda kullanılacaktır. Ayrıca binaların ve genel olarak yapılanmanın askeri birlikler arasındaki görsel ve radyo dalgalı iletişimde ve bunu neticesi harekatin koordinasyonunda yaratacağı sorunlarda çok büyüktür.

Tüm bu dezavantajların üstünde, arazinin askeri birliklerin manevra yete-

33 JUO Joint Publication 3-06 s.18-20.

34 Asimetrik savaşta psikolojik hareketin önemi hakkında bkz. Baud J. La guerre asymetrique, Editions du Rocher, 2003 s.84-93.

35 Hue şehri muharebeleri için aynı yönde değerlendirme için bkz. JUO Joint Publication s.25

36 Wiest A., Barbier M. K., *Infantry Warfare: Theory and Practice of Infantry Combat in 20th century* p. 132, aynı şekilde bkz, Steed B. (capt.), *Armed Conflict, the lessons of modern warfare*, Ballantine Books, New York, 2002 p.50-54.

37 Angajman kurallarının tanımını Dr. David Jordan şu şekilde vermektedir: “Hükümetler ve komuta etmeye yetkili makamlar tarafından belirlenen, silahlı kuvvetlerin hangi durumlarda ve ne derecede kuvvet kullanabileceğini belirleyen kurallar.” “Rules of engagement” in *The Oxford Companion to Military History*, Richard Holmes (ed.), Oxford University Press, 2001, s. 789.

neklerini kısıtlar yapısı³⁸, savunan tarafın araziye tanınmasının ve savunmaya hazırlanmış olmasının neticesi sahip olduğu taktik üstünlük tartışmasıdır.

Hep bir manevra savaşına alışık olan ve hareket konseptini muharebe/baskın ve lojistik/baskın³⁹ şeması üzerine inşa eden ve tarihinde Lübnan'ı işgal deneyimi olan Tsahal'ın tabii ki de bu şartlar altında Hizbullah tarafından kendisine empoze edilmeye çalışılan ve temel özellikleri yukarıda belirtilen, uzun süreli ve baskın yerine işgal prensibine dayalı bir şehir savaşını kabullemeyeceği askeri ve politik açıdan açıktır.

Bu şartlar dahilinde Tsahal'ın başvurduğu, tespit ettiği hedeflere havadan bombardıman ve topçu atışı⁴⁰ ile saldırma ve bazı hallerde bunların akabinde küçük özel birlik hareketlarına ya da kombine zırhlı/piyade taarruzlarına başvurması stratejik açıdan oldukça makuldür⁴¹. Böylece düşman, şehir alanındaki muharebelerde elinde tutmak isteyeceği stratejik avantajlardan olabildiğince yoksun bırakılmaktadır. **Dolayısıyla İsrail'in meşru bir şekilde takip ettiği askeri strateji ile uyum içinde olduğu cihetle bu tip hareketlerin icrası genel askeri hareketin başarısı için mutlak gerekli olan, yani askeri gereklilik olarak değerlendirilebilecektir.** Peki bu stratejinin uygulanmasında yani operasyonlara konu olan hedefler uluslararası hukuk kurallarının belirttiği ve yukarıda detaylı olarak incelediğimiz düzenlemelerle ne kadar uyumaktadır?

Öncelikle bir şeyi açık olarak kavramamız gerekiyor: Şehir savaşları doğası gereği oldukça yıkıcı ve özellikle sivil halktan alışılmışın dışında ağır kayıpların verildiği bir muharebe şeklidir. Saldırıların şekli yani bunların ne gelişmiş güdümlü mermiler kullanılarak yapılan nokta operasyonu olması ne de piyade birlikleriyle kapsamlı bir kara operasyonu olarak tezahür etmesi bu sonucu değiştirmeyecektir. Bunda şaşırılacak bir şey yoktur. Şehirler sivilin yaşamaları için kurulan yapılar ve boşaltılmadıkları sürece her zaman ikincil zarar olarak uğranılan kayıp başka herhangi bir mekanda yapılan muharebelerde karşılaşılan ikincil kayıptan yüksek olacaktır⁴². Stratjist Edward Luttwak bu konuda çok doğru bir tespitte bulunmuştur: "Bir şehri savunmak onu yok etmektir." Dolayısıyla bu alanda hareket ya-

38 JUO Joint Publication s. 52.

39 Jones A., *Elements of Military Strategy, an historical approach*, Praeger Publishers, Westport Connecticut, 1996 s.14-15.

40 JUO Joint Publication s.57.

41 Şehir muharebelerinde ağır zırhlı araçların (tank, piyade muharebe aracı vb.) rolü için bkz. Luttwak E. ve Koehl S.L., *Dictionary of Modern War*, Gramercy publishings. 1998 s.642-643.

42 JUO Joint Publication s.92.

pan askeri birlikler hiçbir zaman olmadığı kadar fazla bir şekilde yukarıda askeri gereklilik olarak basitçe tarif edilen istisnai hükme sığınacaktır. Artan sivil zayıflığın ahlaki ve hukuki sorumluluğu sadece saldıran tarafa değil, aynı zamanda saldırıyı sivilleri tahliye etmeden ya da gerekli tedbirleri almadan şehirlere yönelen savunmadaki tarafa da aittir.

* * *

Yaz Yağmuru Operasyonu'nda sivil alt yapının vurulması büyük tepki uyandırıyor. Ancak Hizbullah'a silah ve militan desteğinin akışının temel yolu olan Şam-Beyrut otoyolunun vurulması ya da kara operasyonlarının sürdüğü güney Lübnan'da yolların tahrip edilmesi bunların Hizbullah'a lojistik açıdan önem arz eden askeri hedef olarak değerlendirilmesi neticesinde kabul edilebilir gözüküyor⁴³. Aynı şekilde enerji santrallerinin de askeri hedef olarak değerlendirilebileceği I no'lu ek protokol'ün 52. maddesinin 2. fıkrasının düzenlemesi göz önünde tutulduğunda kabul edilebilir gibi duruyor. En azından hemen ilk bakışta orantısızdır damgası vurmak zor hale geliyor. Zira şehir savaşlarında muharip unsurların şehrin alt yapısından bir kuvvet çarpanı olarak yararlanmak istemeleri normalde sivil ihtiyacı karşılamaya yönelik hizmetlerin (enerji, ulaşım, kanalizasyon vb.) askeri hedef olarak nitelendirilebilir hale gelmesine sebep olabilecektir⁴⁴.

Son olarak kamuoyunda haklı olarak en infial yaratan sivil (özellikle de çocuk) can kayıplarına değinmek gerekiyor. Bu noktada da akılda mutlaka tutulması gereken bir hususu hatırlatmak gerekiyor: Şehir savaşlarının ve asimetrik savaşın en önemli unsurlarından birinin şehri savunan tarafa rakibin ve dünya kamuoyuna karşı, medyanın da kullanılmasıyla yapılan operasyonlar neticesi askeri hedef tanımlamasına girişmeksizin **doğrudan** sivil objelerin vurulduğu ve sivil kayıpların ağırlığının ileri sürülmesi ile oldukça etkili bir psikolojik savaş yürütme imkanı tanıdığına değinmiştik⁴⁵. Dolayısıyla somut olayda da kayıplara ilişkin verilere biraz temkinli yaklaşmak gerekmekte ve bu kayıpların yukarıda da değinilen **ikincil kayıp/zarar kategorisine girip girmediğinin eğer giriyorsa da orantılı olup olmadığının sorgulanması gerekecektir**. Böyle bir değerlendirmede bulunmak içinse öncelikle yapılması gereken Tsahal'ın neleri hedef aldığına incelenmesidir. Resmi verilere dayanarak Tsahal'ın operasyonlarının kamuoyuna yıkılmış ya da ağır hasar görmüş binaların görüntüleri olarak yansı-

43 Şehir muharebelerinde muharebe alanının (şehrin) izolasyonun başarı için temel gereklilik olduğu yönünde bkz. JUO Joint Publication s.54.

44 JUO Joint Publication s.33 bu objeler askeri açıdan **bir sıklet merkezi** olabilir deniyor. Yani bunlara saldırının belirli bir askeri avantaj taşıdığı ve mutlak bir gereklilik arz ettiği açıktır.

45 *supra* s.10.

yan neticelerinin çoğu bu binaların yakınında ya da altında bulunan Hizbullah sığınak, depo, cephanelik, komuta kontrol, vb. gibi askeri hedef niteliği taşıyan yapılarının hedef alınması neticesinde oluşan ikincil zararlar olduğu görülecektir⁴⁶. Dolayısıyla burada eğer Tsahal'a düşen hukuki sorumluluk bu alanlara saldırarak oluşabilecek sivil zararların askeri amaçla orantılı olmasını gözetmekse, Hizbullah'a düşen de bu tüp askeri hedeflerin sivil yapılanmaların ya da sivil halkın yakınına onlara karşı askeri hareket girilmesi engelleyen ya da zorlaştırmak amacıyla konuşlandırılmasını engellemek ya da operasyonlardan önce halkın bölgeyi tahliye etmesine yardımcı olmak şeklinde tezahür edecektir⁴⁷.

Şurası tartışmasız bir gerçektir ki ne rakibin stratejisi ne de şehir savaşının doğası insancıl hukukun temel kuralı olan sivil ve asker obje ayrımını dikkatli bir şekilde yerine getirme yükümlülüğünden Tsahal'ı bağışık tutmaktadır⁴⁸. Aksine Tsahal, İsrail devletinin yüksek kapasiteli ve dünya çapında saygın silahlı kuvveti olarak silahlı çatışmalar hukukuna uymaya azami özeni göstermek zorundadır. Şehir savaşının konvansiyonel askeri hareketi zorlayan doğası ancak Tsahal'ı insancıl hukuk kurallarına daha da özen göstermek zorunda olmaya zorlamaktadır. Aksi takdirde rakip stratejik amaçlarından biri gerçekleştirmiş olacak ve çatışmanın psikolojik harp boyutunu en azından kendi ve dünya kamuoyu nezdinde kazanmış olacaktır.

Binnetice Tsahal'a düşen topçu ve hava bombardımanı şeklinde yaptığı operasyonlarda seçtiği hedeflerin gerçekten askeri hedef olup olmadığının çok iyi bir şekilde saptamak ve saldırı sırasında oluşabilecek ikincil zararları en aza indirecek yöntem ve araçlar kullanarak operasyonları icra etmesidir⁴⁹. Bu konuda bugüne kadar helikopterlerden atılan güdümlü füzeler ile uçaklardan atılan güdümlü bombalara başvuran Tsahal'ın özellikle operasyonların başında sivil halkı tahliye konusunda uyarıyı da yapmasını⁵⁰ göz önünde tutarak olabildiğince orantılı davrandığı kanaatine ulaşmak çok da imkansız değildir. Yine mutlaka göz önünde tutulması gereken Hizbullah'ın

46 Tsahal'ın muharebe zarar değerlendirmeleri (Battle Damage Assessments) ve vurulan hedeflerin askeri niteliği üzerine bakınız <http://www1.idf.il/DOVER/site/mainpage.asp?sl=EN&id=7&clr=1&docid=52737.EN>, <http://www1.idf.il/DOVER/site/mainpage.asp?sl=EN&id=7&clr=1&docid=52694.EN>, <http://www1.idf.il/DOVER/site/mainpage.asp?sl=EN&id=7&docid=56054&Pos=5&last=1&bScope=True>

47 1 no'lu ek protokol 57 7) madde.

48 Askeri gerekliliğin hiçbir şekilde silahlı çatışmalar hukukunun genel kurallarından sapmaya izin vermeyeceği yönünde bkz. FM 27-10 s.4 ve Green L. C. *Op.cit.* s.122-124.

49 Topçu atışı ya da hava saldırısının gerekli olduğu durumlarda kullanılacak mühimmatın cinsi konusunda getirilebilecek sınırlamalar için bkz. JUO joint publication s. 57.

50 <http://www1.idf.il/DOVER/site/mainpage.asp?sl=EN&id=7&docid=56091&Pos=1&last=1&bScope=True>.

harekat yöntemi ve stratejisidir. Eğer ki sivillerin de yaşadığı bölgelerde aniden ortaya çıkıp Katyüşa Rampalarını güneye (İsrail'e doğru çevirip) ateşliyorsa bunu atışların koordinatlarını belirleyen Tsahal topçu tespit radarlarının hedeflere topçu atışlarını / hava saldırılarını hemen yönlendirmesi Hizbullah milislerinin kaçışına ya da yeniden konuşlanmasına olanak vermeyecek şekilde bu noktalara angaje olması ve sivilleri uyarmaması askeri gereklilik olarak değerlendirilebilecektir⁵¹. Gerçek anlamda şehir muharebelerinin sürdürüldüğü ve yakın muharebenin vuku bulduğu İsrail-Lübnan sınırındaki kasabalardaki yıkımın da askeri açıdan mutlak bir gereklilikten kaynaklanması, yani sivil binaların yukarıda belirtildiği şekliyle konumları, kullanımları ve amaçları sebebiyle askeri hedefe dönüşmüş olması neticesi vücut bulmuş olması mantıklı ve kabuledilebilir gözüküyor.

Ancak sorun yine seçilen hedeflerin niteliği konusuna geri gelmekte ve burada düğümlemektedir. Tahrip edilen sivil görünümlü objelerin ne kadarının askeri bir hedefi örttüğü ya da çok yakınında bulunduğu ne bu satırların yazarı ne de bu konuda bilgi sahibi olmadan fikir sahibi olan kişilerin takdir edebileceği bir husustur.

Bu konuda son olarak şu noktaya değinmek gerekiyor. Eğer ki Tsahal operasyonlarının daha orantılı şekilde gerçekleşebileceğini düşünen çevrelerin aklından ağır silahların kullanılmadığı sadece piyade ve bunlara destek olan hafif zırhlı birliklerin icra edeceği sokak çatışmaları geliyorsa bunun stratejik açıdan kabul edilemez olduğu kadar, sivil kaybını büyük oranda azaltmayacağına da akılda bulunması gerekir. Örnek arayanların çok detaylı ve bu kouyla ilgilenmeyen kişilerin anlamasının zor olacağı askeri yayınları ve değerlendirmeleri okumalarına gerek yoktur. 3 Ekim 1993 günü Mogadişu sokaklarında amerikan birlikleri ve Somali halkı arasında geçen ve hiçbir ağır silahın (ne uçak ne topçu) kullanılmadığı çatışmanın sivil bilançosunun ağırlığı dikkat çekicidir⁵².

Yaz Yağmuru operasyonu'nun orantılılığı ile ilgili olarak nihai olarak söyleyeceğimiz şudur: uluslararası hukuk sivil kayıpların ikincil olması ve ulaşılabilecek askeri hedeflerle orantılı olması halinde kabul edilebilir olduğunu düzenlemektedir. Ulaşılabilecek askeri hedefler tek tek saldırılar için değil, o saldırıların parçasını oluşturduğu büyük operasyonun askeri amacı olarak değerlendirilmelidir. İsrail'in operasyonu sırasında bu orantılılığın aşıldığı ya da daha en başta askeri hedef - sivil obje ayrımı gözetilmeksizin operasyon-

51 UKHK 1no'lu Ek Protokol'ün yorumu 57. madde § 2223. Ayrıca bkz. "Roketler evlerin yanından ateşlenirken imha edildi" <http://www.milliyet.com.tr/2006/08/08/dunya/ax-dun02.html>

52 Bowden M., *Black Hawk Down*, Corgi Books,2000, 571 s.

ların yapıldığı kanaatine ulaşmak şehir savaşlarının ve somut olaydaki operasyonun operasyonel ve stratejik hedefleri anlaşılmağı mümkün değildir. Bu durumda İsrail'in olduğu kadar Lübnan ve Hizbullah'ın verilerine de güvenilmemesi gerektiği açıktır. İsrail'e düşen hedef seçiminde sağlam bir istihbarata dayandığını, yeterli güç kullandığına, sivil halktan kaybı azaltmak için gerekli tedbirleri aldığını kapsamlı bir muharebe zarar değerlendirmesi - BDA (battle damage assesment) açıklamak suretiyle uygulamak zorunda olduğu hukuk karalarına saygılı olduğunu kanıtlamak ve dünya kamuoyunu ikna etmektir. Bunu yapmaması hem rakibinin amaçlarına ulaşmasını sağlayacak hem de İsrail Devleti'ni uluslararası hukuku ihlal eden bir devlet statüsüne sokacaktır.

KAYNAKÇA

- Bettati M., *Droit Humanitaire*, Editions du Seuil, 2000, 282 s
- Blix H., "Moyens et methodes de combat" in. *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Pédone-UNESCO,1986 s.163-182
- Bouchet-Saulnier F., *İnsancıl Hukuk Sözlüğü*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002
- Bowden M., *Black Hawk Down*, Corgi Books, 000, 571 s.
- Cario J. (Lt. Col.), le droit des conflits armés, centre de recherches des écoles de Saint-Cyr, 2002 130 s.
- Cassese A., *International law*, Oxford University Press,2003, 540 s.
- Crawford J., *les articles de la C.D.I sur la responsabilité de l'Etat*, Pédone,Paris, 2003, 462 s.
- David E., *Principes de droit des conflits armés*, 3ème éd. Bruylant, Bruxelles, 2002 890s
- Eisemann P.M., "attaques du 11 septembre et exercice d'un droit naturel de légitime défense" in. *Le droit international face au terrorisme*, Karine Bannelier, Théodore Christakis, Olivier Corten, Barbara Délcourt (dir.), Pédone, Paris, 2002 s.239-248
- Green L. C., *The Contemporary Law of Armed Conflict* 2nd ed., Manchester University Pres, 2000, 393 s.
- Hencjkaerts J-M. et Doswald-Beck l., *Customary International Humanitarian Law Volume 1: Rules*, ICRC,Cambridge,2005
- Holmes, R., (ed.) *The Oxford Companion To Military History*, Oxford University Press, 2001, 1048 s.
- Jones A., *Elements of military strategy, an historical approach*, Praeger Publishers, Westport Connecticut,1996, 240 s.

- Luttwak E., Koehl S.L., *Dictionary of Modern War*, Gramercy publishings, 1998, 672 s.
- Penna L. R., "Cutomary international law and protocol I: An analysis of some provisions", in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la croix rouge en l'honneur de J. Pictet*, Christophe Swinarski (éd.) CICR, Cenevre, 1984 S.201-226
- Steed B. (capt.), *Armed Conflict, the lessons of modern warfare*, Ballantine Books, New York, 2002, 270 s.
- Stern, B. "le contexte juridique de l'après 11 septembre 2001" in *Le droit international face au terrorisme*, Karine Bannelier, Théodore Christakis, Olivier Corten, Barbara Dêlcourt (dir.), Pêdone, Paris, 2002 s.3-32
- Sun Tse, *L'art de la guerre*, Presses Pocket, 1993, 150.s
- US Joint Chiefs Of Staff Doctrine For Joint Urban Operations (JUO) Joint Publication 3-06 150 s.
- Wiest A., Barbier M. K., *Infantry Warfare: theory and practice of infantry combat in 20th century*, Spellmount publishers, 2002, 176 s.

İnternet kaynakları:

Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin 1977 tarihli I no'lu ek protokol yorumları içim bkz.

<http://www.icrc.org/dih.nsf/WebList?ReadForm&id=470&t=com>

US Army Field Manual FM 27-10 Law of land warfare https://atiam.train.army.mil/soldierPortal/atia/adlsc/view/public/9421-1/fm/27-10/toc.htm;jsessionid=GtyfryMDw3r4wQkDvMTCzj_YDqvlytbGfvFNKGDGV398wrkDy57lb!-1297381507

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE ADİL YARGILANMA HAKKI ve CEZA SORUMLULUĞUNUN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ*

*Osman Serkan GÜLFİDAN***

GİRİŞ

Hak ve insan kavramları hümanist bir bakış açısıyla incelendiğinde, insanın sadece insan olmaktan kaynaklanan haklara sahip olduğu görülür. Bu yaklaşım çerçevesinde, hukukun, yasa koyucunun iradesinin yazılı metinler halinde tezahüründen ibaret bir normlar topluluğu olmadığı söylenebilir. Yasa koyucu, sadece sosyal gerçekliği tespit etme görevini görmektedir; oysa hukuk sadece olanın gösterilmesi demek olmayıp, olması gerekeni, adil olanı arayan, nihai amacı adalet olan sosyoloji temelli bir bilim sahasıdır.

İnsanın sadece insan olmaktan dolayı haiz olduğu haklar insan hakları olarak adlandırılmakta olup, modern yaklaşıma göre birey, kendisine tanınan bu hakların objesi olmaktan çıkmış ve bunlara zaten sahip olduğu kabul olunarak, hem haklarının devlete karşı korunmasını hem de kişiliğinin geliştirilmesini içeren insan haklarının sujesi haline gelmiştir. Devletin görevi bu hakları korumak olup, siyasal iktidar insan haklarının ve özgürlüklerin etkin bir biçimde kullanılabilmesini sağlamakla yükümlüdür. Anılan sebeplerle, insan hak ve özgürlüklerinin pozitif hukukta yer almaları suretiyle korunmalarını temin etmek için, ulusal düzeyde anayasal düzenlemeler yapılmakta ve uluslararası alanda da sözleşmeler imzalanmaktadır.

* Bu çalışma, 2006 yılında Kapani-Savcı İnsan Hakları İnceleme Yarışması'nda 3.lük ödülü kazanmıştır.

** Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

Doktrinimizde “adil yargılanma hakkı¹”, “adil yargılama hakkı²”, “dürüst yargılama hakkı³”, “dürüst yargılanma hakkı⁴” ve “doğru yargılama⁵” gibi çeşitli isimlerle tanımlanmış olan ve tarafımızca da, hakkın bireye ait olduğunu vurgulaması ve kanuna uygunluğun ötesine geçerek olması gerekene uygunluğu işaret etmesi sebebiyle adil yargılanma hakkı olarak anılması daha uygun görülen hak, günümüzde, bireyin temel haklarını korumanın ve hukuk devleti kavramının temel ve vazgeçilmez unsuru olarak kabul edilmektedir.

Bu çalışmada, şu aşamada “yargılamanın hakkaniyete uygun, adil bir biçimde yerine getirilmesi güvencesinden yararlanma hakkı” şeklinde tanımlayabileceğimiz adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde, genel hatlarıyla incelenecek ve özellikle, çağdaş insan haklarının ceza hukukuna etkilerini yansıtan bir üst kavram saydığımız hakkın, bireyin ancak kendi kusurlu eyleminden sorumlu olması anlamına gelen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile ilişkisi irdelenecektir.

A. Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı

1. Adil Yargılanma Hakkı Kavramının Gelişimi

Adil yargılanma hakkının bünyesinde bulunan ve bu hakkı oluşturan unsurların hükümler halinde düzenlenmesine ilk olarak 1215 tarihli Magna Carta Libertatum’da rastlanılmaktadır⁶. Hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti prensiplerinin gelişmesi bakımından etkin bir yere sahip bulunan bu berat, kralın otoritesini bir ölçüde sınırlamakta ve kişi özgürlüğünü mahdut bir mahiyette de olsa yargı güvencesine bağlamaktadır⁷.

- 1 TEZCAN D./ERDEM M.R./SANCAKDAR O., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 2. bası, s.311; ÖZEK Çetin, Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu, İÜHF Mecmuası, Prof. Dr. Türkan Rado’ya Armağan, 1997, s.29; İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2.Bası, s.1, KUNTER N./YENİSEY F./NUHOĞLU A., Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. bası, 2006, No: 2.6, s.27; SCHROEDER F.C., Ceza Mahkemesinde “Fair Trial” İlkesi, İGUL, Yayın No:4, Adil Yargılanma Hakkı, s.145.
- 2 GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma, AÜSBF Dergisi, Ocak-Haziran 1994, C.49, s.200; GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, No: 492, s.266.
- 3 DÖNMEZER Sulhi, Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, s.252.
- 4 KUNTER N./YENİSEY F./NUHOĞLU A., a.g.e., No: 64.1, s.1031; SCHROEDER F.C./YENİSEY F., Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial), Alkım yayınları, İstanbul 1997.
- 5 AKILLIOĞLU Tekin, İnsan Hakları-I, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri AÜSBF İnsan Hakları Merkezi yayınları, Ankara 1995, s.215.
- 6 İLAL Ersan, Magna Carta, İÜHF Mecmuası, C: XXXIV, S: 1-4, s.210.
- 7 İLAL Ersan, a.g.m., S: 1-4, s.233; Magna Carta 24. maddesi hükmü ile kraliyet hakimlerinin bakması gereken konulara başka memurların bakamayacağını öngörmüş, 39. maddesi hükmü ile de kanuni dayanak ve yargıç kararı olmaksızın mahkumiyete hükmedilemeyeceğini ve tutuklama yapılamayacağını belirtmiştir.

Genel itibarıyla aydınlanma çağı felsefesinin bir ürünü olan 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi ise insan haklarının sistematik olarak tanzim olunmasını sağlayan ilk yazılı metin olması itibarıyla ve insanın sadece insan olmaktan kaynaklanan haklara sahip olduğu yönündeki doğal hukukçu yaklaşımı nedeniyle incelemekte olduğumuz adil yargılanma hakkının tarihsel gelişiminde önemli bir yere sahiptir. Zaman ve tabiiyet ayırdetmeksizin bütün insanları gözönünde tutmak suretiyle evrensel bir tutum sergileyen⁸ 1789 Bildirisi'nin 6. maddesinde insanların eşit olduğu, 7. maddesinde tutuklamanın ve tutukluluğa devamın ancak yasanın öngördüğü şekil ve şartlarda mümkün olduğu, 8. maddesinde kanunsuz suç ve ceza olmayacağı (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege), dokuzuncu maddesinde ise masumiyet karinesi düzenlenmiştir.

Bireyin temel haklarını muhafaza etmenin ve hukuk devletinin olmazsa olmaz şartı olarak telakki olunması gereken adil yargılanma hakkının unsurlarına yukarıda anılan belgelerde rastlanmakla beraber, bu hak ilk olarak Amerikan Anayasası'nın 1791 tarihli 5. değişiklikle eklenen haklar bildirisinde "due process of law"⁹ biçiminde ve unsurları toplayıcı şekilde ifade olunmuştur¹⁰; ilke daha sonra, taraf devletler açısından zorlayıcı bir bağlayıcılığa sahip olmamasına rağmen¹¹ tarihi bakımdan büyük önem taşımakta olan 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel Bildirisi'nin 10. maddesinde "right to a fair trial" biçiminde yer almıştır. BM Evrensel Bildirisi 10. maddesi uyarınca "herkes, hakları ve yükümlülüklerinin ve haklarındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, adil ve aleni olarak, tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir".

Adil yargılanma hakkı, 4.11.1950 tarihinde aralarında Türkiye'nin de bulunduğu on beş devlet tarafından imzalanan, 3.9.1953 tarihinde yürürlüğe gi-

8 AKIN İlhan, *Kamu Hukuku*, İstanbul 1990, s.294.

9 Anılan kavram, 17. yüzyılda Hakim Edward Coke tarafından ele alınmış ve geliştirilmiştir.

10 ABD Anayasası "right to fair trial" gibi sarahaten adil yargılanmayı niteleyen bir kavram kullanmamışsa da, Ek 5 ve 14. md'lerindeki "due process of law" terimi Yüksek Mahkeme tarafından temel bir ilke olarak bu şekilde ele alınmıştır; Amerikan Hukununun temel ilkesi olan "due process" iki açıdan ele alınır: "substantive due process" (maddi hukuk anlamında dürüstlük) ve "procedural due process" (usul hukuku anlamındaki dürüstlük); Amerikan Hukukunda usul hukuku alanındaki dürüstlük için bkz. KUNTER N./YENİSEY F./NUHOĞLU A., a.g.e., No. 2.6, s. 27-30.

11 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., No:6, s.6; Hukuki olarak olmasa da ahlaki olarak devletlerin imzalamış buldukları normlara ve teşkilatın aldığı kararlara uymaları gerektiği yönündeki görüş için bkz. KAPANİ Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 1981, s.62; BM Bildirisi'nin, imzacı devletlere uluslararası örf ve adetten kaynaklanan yükümlülükler yüklediği hakkındaki görüş için bkz. SOYASLAN Doğan, *Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Ceza Yargılaması*, IGUL, Yayın No:4, Adil Yargılanma Hakkı, s.291.

ren ve Türkiye tarafından 18.5.1954 tarihinde onaylanmış bulunan “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi¹²’nde”, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sine benzer şekilde, fakat daha kapsamlı olarak 6. madde ile¹³; daha sonra 1966 tarihli “Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nde” 14. madde ile, 1969 tarihli “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nde” 8. madde ile, 1981 tarihli “İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı’nda” 7. madde ile ve 2000 tarihli “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda” da 47. madde ile öngörülmüştür.

2. 1982 Anayasası’nda Adil Yargılanma Hakkı

Türk Anayasası’nda adil yargılanma hakkına ilişkin birtakım kurallar öteden beri var olmakla beraber¹⁴, adil yargılanma hakkı kavramı anayasal bir ilke olma gücünü 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” ile kazanmıştır; Anayasa’mıza 2001 değişiklikleriyle eklenen 36. maddenin birinci fıkrası hükmü uyarınca “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

Anayasal düzenimiz bakımından dikkat edilmesi gereken husus, adil yargılanma hakkının, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğunu ve bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağını belirten Anayasa’nın 90/5 maddesi uyarınca, 2001 değişikliğinden evvel de pozitif hukukumuzda yer almakta olduğudur; zira Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olup, Sözleşmenin onay işlemine ilişkin 10.3.1954 gün ve 6366 sayılı yasa TBMM tarafından kabul olunmuş ve Sözleşme 18.05.1954 tarihinde ülkemiz açısından yürürlüğe girmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki uluslararası sözleşmelerin ve konumuz itibarıyla AİHS’nin iç hukukumuzda doğrudan uygulanabilirliği hususunda doktrinde bir fikir birliği mevcut olsa da, bunların normlar basamağındaki yeri husu-

12 Esas adı “Convention De Sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés Fondamentales” olan bu sözleşmeye kısaca “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” denilmektedir, bkz. BATUM Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, s.2, dipnot 4.

13 22.11.1984 tarihinde imzalanan ve 1.11.1988 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan “Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol” de AİHS md.6 hükmü ile öngörülmüş bulunan düzenlemeyi tamamlar mahiyettedir.

14 Anayasa’mızın tabii yargıç güvencesini düzenleyen 37., suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38., mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138., hakimlik ve savcılık teminatını düzenleyen 139., hakimlik ve savcılık mesleği kenar başlıklı 140., duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olmasını düzenleyen 141. ve mahkemelerin kuruluşu ile ilgili 142. maddeleri esas itibarıyla adil yargılanma hakkının unsurlarını içermektedir.

sunda bir mutabakattan söz edilemez; genelde uluslararası andlaşmaların ve özelde AİHS'nin normlar basamağındaki yeri konusundaki tartışmalar birçok fikri beraberinde getirmiştir. Bir kısım müellif AİHS'nin yasa düzeyinde olduğunu ileri sürerken¹⁵, diğer bir kısım yazara göre AİHS yasaların üstünde bir basamakta yer almaktadır¹⁶. Öğretideki bir diğer görüş uluslararası sözleşmelerin yasa düzeyinde olduğunu fakat AİHS'nin sui generis bir nitelik taşıması nedeniyle ne anayasal ne de yasal düzeyde yapılacak değişikliklerin Sözleşme hükümlerini değiştiremeyeceğini savunmaktadır¹⁷. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise teorik olarak AİHS'nin Anayasa'dan da üstün olduğunu kabul etmektedir¹⁸.

Uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerinin tayin edilmesi konusu AİHS temel alınarak incelendiğinde, 1.md.'si ile sözleşmeci devletleri iç hukuklarını Sözleşmeye uydurmak yükümlülüğü altında bırakan AİHS'de Sözleşme hükümlerinin ülkelerde nasıl uygulanacağına yönelik bir açıklık bulunmadığından, her taraf devletin Sözleşmeyi kendi Anayasası'na göre değerlendireceği sonucuna varılır¹⁹; şu halde 7.5.2004 tarihinde yapılan Anayasa değişikliğiyle Anayasa'mızın 90/5 md.'si hükmüne eklenen "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" cümlesi, kanunlar ile uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri ve birbirlerine olan üstünlükleri hususundaki tartışmaları temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası andlaşmalar ve özellikle konumuz itibarıyla dikkate alındığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından sonlandıracak mahiyettedir²⁰.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma Hakkı

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Önemi

AİHS'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesi incelendiğinde, buradaki düzenlemenin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi md.10 hükmü pa-

15 PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, 1. Kitap, Ankara 1992, s.33 vd.; ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 8. bası, Ankara 2005, s.212.

16 TANILLI Server, Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul 1988, s.645.

17 SOYSAL Mümtaz, Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı, Anayasa Yargısı-14, Ankara 1997, s.172.

18 AKILLIOĞLU Tekin, a.g.m., s.67-72; YÜZBAŞIOĞLU Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasalılık Bloku, İstanbul 1993, s.58; TANÖR B./YÜZBAŞIOĞLU N., 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, s.485-493.

19 AYBAY Rona, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku, İnsan Hakları Armağanı, İstanbul 1978, s.122.

20 ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.213.

raleinde ve fakat daha ayrıntılı olduğu görülür, belirtmek icab eder ki AİHS'nin önemi temel hak ve özgürlükleri daha geniş olarak ele almış olmasından kaynaklanmaz, bu sözleşmenin kendisinden önce gelen uluslararası sözleşmelerden en önemli farkı, barındırdığı hakların güvencesini de beraberinde getirmiş, sözleşmenin ihlali halinde bir başvuru yolu ve makamı ve hatta müeyyideler öngörmüş olmasıdır²¹. Hem uluslararası hem de ulusal hukukları kapsamakta olup ulusal hukukları etkileyen ve hukuki bağlayıcılığı haiz olan kural koyucu sözleşme²² ile insan haklarının uluslararası alanda korunmasını sağlamak amacıyla yargısal bir organ olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi²³ kurulmuştur. Burada altı çizilmesi lazım gelen husus, karşılıklılık ilkesine dayanmayan ve devletlere nesnel mahiyette bir yükümlülük atfeden Sözleşmenin, kolektif güvence olarak da adlandırılan devlet başvurusu mekanizması yanında, bireylere de tamamlayıcı²⁴ (ikincil) korumayı sağlayacak kişisel başvuru hakkını tanımak suretiyle bireyi uluslararası hukukun süjesi haline getirmiş olduğudur²⁵. Sözleşmenin içerdiği denetim mekanizmasının en önemli parçası sayılan²⁶ bireysel başvuru hakkı 1.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11. Protokol ile, devlet başvurusu gibi, zorunlu yetki haline getirilmiş, bireye başvuru hakkının tanınması sözleşmecî devletlerin takdirinden bağımsızlaştırılmıştır²⁷(AİHS md.34).

AİHS'nin denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının sadece Sözleşme ihlallerini tespit eder mahiyeti bulmakta olup, Mahkeme, Sözleşmeyi ihlal eden işlemi doğrudan ortadan kaldırmaya, değiştirmeye veya iptal etmeye yetkili olmamakla beraber, AİHS'nin 46. maddesinde açıkça öngörüldüğü üzere, AİHM kararları, taraf oldukları davalar-

21 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., s.13-18.

22 TEZCAN D./ERDEM M.R./SANCAKDAR O., a.g.e., s.68; bkz. İrlande c. Royaume-Uni kararı, 18.1.1978, Sér.A, No.25, para.239.

23 Fransızca metinde 'Cour' olarak tanımlandığından, işlevsel yönden tam bir mahkeme olarak görev yapmakta olan AİHM için 'Avrupa İnsan Hakları Divanı' tanımı da kullanılmaktaydı; 11. Protokol ile Komisyon ve "Divan" birleştirilmiş, denetim mekanizması tek organlı hale getirilmiş ve bu terminoloji sorunu aşılmış olup, AİHS'nin yeni 19.md.'sinde AİHM'nin bundan böyle 'Mahkeme' olarak anılacağı belirtilmiştir.

24 AİHS 35. maddesi mucibince, kural olarak, bireysel başvuru, iç hukuk yollarının tüketilmesi ile ve kesin karardan sonra kabul edilebilirlik kazanır. İç hukuk yollarının tüketilmesi salt bir biçim kuralı olmayıp, sözleşen devletlere iç hukuklarını AİHS'ye göre düzenleme yükümlülüğü yükleyen AİHS md.1'in doğal sonucudur.

25 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., s.13-18; belirtmek icab eder ki 11 no'lu Ek Protokol ile bireysel başvuru kapsamı genişletilmiş, sözleşmeye taraf bir devletin yargı yetkisi içinde bulunan hükümet dışı tüm kuruluş ve kişi grupları da yeni AİHS 34. md. çerçevesinde sistem kapsamına alınmışlardır.

26 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., No:24, s.14; KUNTER N./YENİSEY F./NUHOĞLU A., a.g.e., No:91.2.

27 AİHS'yi 18.5.1954 tarihinde onaylamış bulunan Türkiye bireysel başvuru yetkisini 28.1.1987 tarihinde tanımıştır, 11. Protokol yürürlüğe girdiğinden beri sözleşmecî devletler bireysel başvuru yolunu kabul etmeye mecburdurlar.

da, sözleşen devletler için bağlayıcıdır, şu halde, aleyhine benzer kararlara hükümlenmesini istemeyen taraf devlet için, ihlal tespiti, ihlalin ortadan kaldırılması, sonuçlarının telafi edilmesi ve bir daha tekrarlanmaması yükümlülüklerini doğurmaktadır. Mahkeme kararlarının yerine getirilip getirilmediği Sözleşmenin 46. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Bakanlar Komitesi'nce denetlenmektedir.

Mahkeme, kesinleşmiş kararlarının bağlayıcılığı ile sözleşen devletlerin Sözleşme'ye uygun davranmasını sağlaması yanında, Sözleşme hükümlerini geniş yorumlayan, Sözleşmede mündemiç hak ve özgürlüklerin sınırlarını tayin eden içtihatlarıyla da insan haklarının korunmasını sağlamak hususunda önemli bir rol oynamaktadır. Sözleşmenin içeriği daha sonra çıkarılan ek Protokoller ve Mahkeme içtihatlarıyla zaman içinde genişlemiş olup²⁸ adil yargılanma hakkına ilişkin Mahkeme içtihatları ilgili bölümde ele alınacaktır.

Belirtmek gerekir ki, içerdiği uluslararası koruma ve güvence sistemi sayesinde Avrupa liberal demokrasilerinin Anayasal belgesi addolunmakta olan²⁹ AİHS, sözleşen devletlerin, iç hukuk düzenlerinde adil yargılanma hakkının içerdiği tüm hakları tanımalarının ve bu hakları fiili olarak sağlamalarının en önemli güvencesidir, zira AİHM'nin içtihatları uyarınca, AİHS'nin amacı, hakları teorik biçimde muhafaza etmek olmayıp, onları fiilen ve etkin biçimde kullanılabilir hale getirmektir³⁰.

AİHM'nin 1960'tan 1995'e dek vermiş bulunduğu 554 karardan 335'inin³¹, 2000 yılında verdiği 695 karardan 591'inin³² AİHS md. 6 ile ilgili olması adil yargılanma hakkının AİHS sisteminde haiz olduğu değeri ve Mahkemenin bu hakkının muhafazası hususunda sahip olduğu rolün ehemmiyetini belirtmesi açısından önemlidir. AİHM'nin 2004 yılında verdiği 718 karardan 508'i³³, 2005 yılında verdiği 1105 karardan ise 729'u 6. madde ile ilintili olup, Mahkeme 2005 yılında verdiği 663 kararında da 6. maddenin ihlal edilmesine hükmetmiştir³⁴.

28 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., No:17, s.11.

29 BATUM Süheyl, a.g.e., s.34; ÖZDEK Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, s.28.

30 Bkz. AİHM'nin Geouffre de la Pradelle c. France kararı, 16.12.1992, Sér. A, No. 253-B, para. 34-35 ve Artico c. İtalya kararı, 13.5.1980, Ser. A, No. 37, para. 33.

31 RENZİKOWSKI Joachim, Adil Yargılanma ve Anonim Tanık, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004, s.282, dipnot 92.

32 TEZCAN D./ERDEM M.R./SANCAKDAR O., a.g.e., s.303.

33 www.echr.coe.int, objet des arrêts rendus par la Cour en 2004 vasıtasıyla derlenmiştir.

34 www.echr.coe.int, objet des arrêts rendus par la Cour en 2005 vasıtasıyla derlenmiştir.

2. AİHS ve AİHM Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı

AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi şöyledir:

“1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, ya-sayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının ma-kul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda açıklanır; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdi-ğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, du-ruşmalar davanın tamamı süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere ka-palı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya ka-dar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımın-dan yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın yardımından para ödemeksizin yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sırguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir ter-cümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.”

UYGULAMA ALANI:

AİHS'nin 6. maddesinin birinci fıkraya hükmü uyarınca adil yargılanma hak-kının uygulama alanı “medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin nizalar” ve “ce-

zai alanda yöneltilmiş bulunan suçlamalar” ile sınırlandırılmıştır. Her ne kadar idari davalar ya da disiplin hukuku veya anayasaya aykırılık iddiaları kural olarak bu madde kapsamının dışında bırakılmışsa da AİHM, AİHS'nin maksadının teorik ve kağıt üzerinde kalacak haklar yaratmak değil içerdiği hak ve özgürlüklerin etkin biçimde kullanımını sağlamak olduğuna hükmetmiş, sözleşen devletlerin, esasen 6.md. kapsamına girmesi gereken bir yargılamayı idari saymak ya da disiplin hukuku alanına sokmak suretiyle bunları 6. md. kapsamı dışında bırakmalarını engellemek istemiş, bu sebeple “medeni hak” ve “suçlama” deyimlerini iç hukuklardan bağımsız, otonom kavramlar olarak algılamış ve adil yargılanma hakkının tatbikat sahasını genişletmiştir.

AİHM'ye göre 6.md. demokratik toplum yapısının gereklerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesini içermekte olduğundan, adil yargılanma kavramının pratik düşüncelere feda edilmesi ve genel kuralı içeren 1. fıkranın dar yorumlanması mümkün değildir. AİHM anılan sebeplerle 6. md.'yi geniş yorumlama eğilimindedir³⁵.

AİHM “medeni hak” kavramını yorumlarken dava konusu hakkın niteliğini incelemekte, kamu hukuku alanına dahil görülen davaların özel hukuk niteliğinin ağır basıp basmadığını tetkik etmektedir. AİHS'nin Fransızca metninde “medeni hak ve yükümlülükler” deyimini değil “medeni nitelikte hak ve yükümlülükler” (droits et obligations de caractère civil) tanımı kullanılmış olduğundan, AİHM, “medeni hak” kavramı ile “özel hukuk hakkı kavramını” eş tutmamakta³⁶, bu nedenle kavramın kapsamı önceden tayin edilememekte³⁷, her somut olay kendi koşulları içerisinde değerlendirilmekte³⁸ ve doktrinde AİHM'nin bu konudaki genişletici yorumunun çelişkili neticeler doğurduğu yolunda düşünceler ileri sürülmektedir³⁹.

“Suç isnadı kavramı” da AİHM tarafından özerk olarak yorumlanmakta ve kavram incelenirken bunun zamanı, şekli ya da suçlamayı yapan makam de-

35 6.md.'nin 2. fıkrasının, masumiyet karinesinin, bu uygulamanın bir istisnasını teşkil ettiği yönündeki görüş için bkz. GOMIEN D./HARRIS D./ZWAACK L., *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Germany 1966, s.158.

36 van DÍJK P./van HOOF G.J.H., *Theory and the Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International press, Hague, London, Boston 1998, s.403.

37 AİHM'nin içtihatları vasıtasıyla, “medeni hak” kavramının çerçevesini genel hatlarıyla çizmek mümkündür, bkz. van DÍJK P./van HOOF G.J.H., a.g.e., s.399-400.

38 AİHM'nin “medeni hak” kavramı içerisine soktuğu durumlar ve bunlara dair Mahkeme kararları için bkz. TEZCAN D./ERDEM M.R./SANCAKDAR O., a.g.e., s.317-322.

39 HARRIS D.J./O'BOYLE M./WARBRICK C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh 1995, s.272; AİHM'nin karmaşık içtihadına karşı geliştirilen çeşitli öneriler için bkz. van DÍJK P./van HOOF G.J.H., a.g.e., s.406.

ğil, isnadın içeriği itibariyle suçlama sayılıp sayılmayacağı gözönüne alınmakta, sözleşmecî devletin suçlamaya dair sınıflandırması belirleyici sayılmamaktadır⁴⁰. Mahkeme, atfolunan bir fiilin suç isnadı teşkil edip etmediğini, 6.md.'den yararlandırılması gereken, suç isnadına ilişkin bir yargılama yapıp yapılmadığını "Engel ve diğerleri" kararında belirginleştirdiği üç kriteri gözeterek tespit etmektedir⁴¹:

Suçun İç Hukuktaki Tasnifi: Sadece bir çıkış noktası olarak addedilen bu kriter uyarınca iç hukukta ceza hukuku çerçevesinde öngörülmüş bir suç herhalükarda 6. madde kapsamına girmektedir.Öte yandan bir suç iç hukukta ceza hukuku alanının dışında düzenlenmiş ise aynı anda sağlanması aranmayan diğer iki kriter önem kazanır, bu iki kriterden sadece birinin mevcudiyeti somut durumu 6. maddenin uygulama sahasına sokmak için yeterli olmakla beraber⁴² bunların ayrı ayrı incelenmesi kesin bir sonuç vermiyor ise beraber değerlendirilmeleri de mümkündür.

Suçun Niteliği: Mahkeme, suçun niteliğini gözeterek dava konusunun 6. madde kapsamına girip girmediğini tayin ederken, söz konusu müeyyidenin diğer sözleşmecî devletlerce nasıl kabul edilmiş olduğuna, ilgili yaptırımın davalı devletin ve diğer sözleşmecî devletlerin iç hukuklarında yer alan suçlara benzerliğine, uygulanan usulün ceza yargılaması usulleriyle olan bağlantısına, yaptırımın sadece özel bir rejim altındaki kişiler için mi (disiplin suçu) yoksa herkes için mi öngörülmüş olduğuna⁴³, suç için vazolunan cezanın cezai bir maksat (caydırıcılık ve cezalandırma) taşıyıp taşımadığına bakmaktadır⁴⁴.

Cezanın Niteliği ve Ağırlığı: Ağır ceza, isnadı cezai kılar⁴⁵. AİHM'ne göre, öngörülen ceza, normal olarak ceza hukuku müeyyidelerinde bulunan ağır bir niteliği haizse, mesela bir disiplin soruşturması neticesinde hapis cezasına hükmolunması olasılığı varsa, ya da dolaylı olarak dahi olsa ciddi bir özgürlük kaybı mevzu bahisse⁴⁶, isnad olunan fiil ceza hukuku anlamında bir suç teşkil etmektedir⁴⁷. Belirtmek gerekir ki, her disiplin yaptırımı ya da

40 Sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin taraf devletlerin takdirine bırakılması mümkün değildir; bkz. HARRIS D.J./O'BOYLE M./WARBRICK C., a.g.e., s.166.

41 Bkz. Engel et autres c. Pays-Bas kararı, 8.06.1976, Sér. A, No. 22, para.82-83; Öztürk c. Allemagne kararı, 21.2.1984, Sér. A, No. 73, para.48-50; Kyprianou c. Chypre kararı, 27.1.2004, Requête n° 73797/01, para.31.

42 Bkz. Lutz c. Allemagne kararı, 25.8.1987, Sér. A, No. 123, para. 55.

43 AİHM'nin bu kriteri uygularken verdiği çelişkili kararları için bkz. van DİJK P./van HOOFF G.J.H., a.g.e., s.411.

44 Bahsi geçen faktörlere değinen Mahkeme kararları için bkz. İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s. 86-94.

45 van DİJK P./van HOOFF G.J.H., a.g.e., s.418.

46 Bkz. Campbell et Fell c. Royaume-Uni kararı, 28.6.1984, Sér. A, No. 80, para.72.

47 van DİJK P./van HOOFF G.J.H., a.g.e., s.412, ayrıca bkz. Morris c. Royaume-Uni kararı, 26.2.2002, Requête n° 38784/97, para.38; Engel et autres c. Pays-Bas, a.g.k., para.85.

idari uyumsuzluk 6.md. kapsamında değerlendirilmemektedir, Mahkemenin her somut olayı kendi özellikleri içinde değerlendirerek 6.md. kapsamına girip girmediğini tayin etmesi ve bunun için “cezanın ağırlığı” gibi subjektif kriterlerden yararlanması doktrinde sakıncalı bulunmaktadır⁴⁸.

AIHS’NİN 6. MADDESİNİN İÇERDİĞİ HAKLAR:

A) 1. FIKRA: AIHS’nin 6. maddesinin 1. fıkrası, adil yargılanma hakkının unsurlarından bazılarını açıkça saymış bulunan, genel kuralı koyan hükümdür ve hem medeni hak yargılamasında hem de ceza yargılamasında uygulama alanı bulur. AIHS md.6/1’in saraheten öngörmüş bulunduğu asal ve kurumsal gerekler şunlardır: yasayla kurulmuş, bağımsız⁴⁹ ve tarafsız⁵⁰ bir mahkemede yargılanma hakkı; makul bir süre içinde yargılanma hakkı⁵¹; hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ve yargılanmanın aleniliğini isteme hakkı⁵². Anılan fıkranın ikinci cümlesi uyarınca “genel ahlak, kamu düzeni, ulusal güvenlik, küçüklerin korunması, özel hayatın gizliliği, adaletin selameti” gerektirdiği takdirde ve ölçüde açık duruşma hükmüne istisnalar öngörülebilir.

B) ZIMNEN 6. MADDEYE DAHİL BULUNAN HAKLAR: AIHM, sayılmış bulunan bu hakların yanında, 6. maddenin zımni olarak “mahkemeye başvurma hakkını” da içerdiğini ve davanın hakkaniyete uygun olarak görülmesini isteme hakkının doğal ve zorunlu neticeleri olan bazı hakların da madde kapsamında olduğunu belirtmiştir.

*Mahkemeye Başvurma Hakkı*⁵³: Mahkemenin adil yargılanma hakkını geniş yorumlamasının en mühim örneklerinden biri olan⁵⁴ “mahkemeye başvurma hakkı” açıkça 6. madde metninde ifade edilmiş değildir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin vazgeçilmezliği nedeniyle AIHS md.6/1’in dar yorumlanamayacağı gerekçesine dayanan AIHM, “herkes (...) bir mahkeme tarafından davasının (...) görülmesini istemek hakkına sahiptir” cümlesinin zımnen hak

48 ÖZDEK Yasemin, a.g.e.,s.201; van DĪJK P./G.J.H. van HOOF, a.g.e., s.411, 415.

49 Bkz. Brudnicka et autres c. Pologne kararı, 3.3.2005, Requête n° 54723/00, para.38.

50 Bkz. Pullar c. Royaume-Uni kararı, 10.6.1996, Recueil 1996-III, s.792, para.30; Brudnicka et autres c. Pologne, a.g.k., para.39.

51 Standart bir makul sürenin öngörülmesi olanaksız olduğundan, AIHM, makul sürenin tespitinde pragmatik davranmakta ve her somut olayı kendi koşulları içerisinde, dava konusunun niteliği, yargılama sırasında şikayetçinin ve yargılama makamlarının tutumu kriterlerini gözeterek incelemektedir; bkz. Erkner et Hofauer c. Australie, 23.4.1987, Sér. A, No.117, para.66.

52 DONAY Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, s.57.

53 Bu hakka dair AIHM pratiği için bkz. İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s.120-158.

54 HARRİS D.J./O’BOYLE M./WARBRİCK C., a.g.e., s.196.

arama hakkını da içerdiği görüşündedir, zira hakkaniyete uygun yargılanma yapılmasının istenebilmesi için bireye evleviyetle mahkemeye başvurma hakkını ya da başka bir deyimle, adaletten faydalanma hakkını⁵⁵ tanımak icab eder. AİHM'nin ilk olarak Golder kararıyla⁵⁶ tanıdığı bu hak, hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olsa da mutlak bir hak değildir⁵⁷. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlılarda ve suç işlediğine dair bir mahkemece karar verilmesi⁵⁸ ve yargıtaya başvuru hakkının engellenmesi konularında suç isnadına ilişkin davalarda uygulama alanı bulan hakkın sınırlandırılması, hakkın özüne zarar gelmemek kaydıyla, sınırlandırmanın meşru bir amaca hizmet etmesi halinde ve varılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul bir orantı kurulabilmesi durumunda mümkündür⁵⁹.

Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İçeriği: 1. fıkrada yer alan “hakkaniyete uygun yargılanma” tabiri 6. maddenin temelini oluşturmaktadır⁶⁰. Ulusal mahkeme kararının adil olup olmadığının tetkikini değil fakat yargılanmanın bir bütün olarak adil olup olmadığının incelenmesini içeren⁶¹ bu hakka dair nesnel bir tanım vermiş olmayan AİHM, önüne gelen somut olaylarda adil yargılanmanın sağlanıp sağlanmadığını her olayın kendi şartlarını çerçevesinde değerlendirmiş ve böylelikle hakkaniyete uygun olarak yargılanmanın zımni gerekleri içtihatlarla vücut bulmuştur. AİHM'ye göre, “silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama⁶² ilkeleri⁶³”, “duruşmada hazır bulunma⁶⁴, susma ve kendini suçlamama hakkı⁶⁵”, “kararların gerekçeli olması ilkesi⁶⁶” ve “hukuka uygun delillerden yararlanma yükümlülüğü⁶⁷” “hak-

55 ÇAĞLAR Bakır, Anayasa Bilimi, BFS yayınları, İstanbul 1989, s.172.

56 Golder c. Royaume-Uni kararı, 21.2.1975, Sér. A, No. 18, para.34.

57 Golder c. Royaume-Uni kararı, 21.2.1975, Sér. A, No. 18, para.38.

58 GÖLCÜKLÜ Feyyaz, a.g.m, s.209.

59 Ashingdane c. Royaume-Uni kararı, 28.5.1985, Sér. A, No.93, para.57.

60 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., No:528, s.290.

61 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., No:529, s.291.

62 “Çelişmeli yargılama” ifadesinin tanımı için bkz. KUNTER N./YENİSEY F./NUHOĞLU A., a.g.e., No: 3.5, s.40.

63 Bkz. Delcourt c. Belgique kararı, 17.1.1970, Sér a, No:11, para.28; Ben Naceur c. France kararı, 3.10.2006, Requête n° 63879/00, para.31.

64 “Duruşmada hazır bulunma hakkı”, dolaylı olarak AİHS md.6/3'ün c, d ve e bentleri hükümlerinde de bulunmaktadır.

65 Bkz. Funke c. France kararı, 25.2.1993, Sér A, No: 256-A; van DİJK P./G.J.H. van HOOFF, a.g.e., s.436.

66 Bkz. Hadjianastassiou c. Grèce kararı, 16.12.1992, Sér A, No.252-A, para.33 ve H. c. Belgique kararı, 30.11.1987, Sér A, No.127-B, para.53.

67 Delillerin kabulü ve değerlendirilmesi ulusal mahkemelerin takdirinde olmakla beraber, AİHM, adil yargılanma hakkının muhafazasını sağlamak için bazı temel delil kuralları öngörmüştür; bu kaideler için bkz. HARRİS D.J./O'BOYLE M./WARBRİCK C., a.g.e., s.210-213.

kaniyete uygun olarak yargılanma” kavramının içerisinde yer almaktadır. Doktrinde, “non bis in idem” ilkesinin de adil yargılanma hakkının bir parçası olduğu görüşü savunulmaktadır⁶⁸; bu fikre karşı çıkan müelliflerse⁶⁹, 7.Protokolün “non bis in idem” kavramını ayrı olarak düzenlemiş bulunduğunu belirtmekte ve adil yargılanma kavramının içeriğinin bu şekilde geliştirilmesinin onun muğlaklaştırılması neticesini doğuracağını ileri sürmektedir.

C) 2. FIKRA: AİHS'nin 6. maddesinin 2. fıkrası ceza yargılamasının temel prensiplerinden masumiyet karinesini düzenlemektedir⁷⁰. Belirtmek gerekir ki, aksi, kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü ile sabit oluncaya kadar, bir suç ile itham edilen herkesin suçsuz sayılması kuralını ihtiva eden karine, yargılama faaliyetinin sadece son soruşturma kısmında değil, her aşamasında uygulama alanı bulur⁷¹. Karine mucibince, sanığın suçsuzluğunu ispat etme yükümlülüğü bulunmamakta, aksine suçluluğu ispat etme vazifesi iddia makamına düşmekte ve şüphe hali sanık lehine sonuç doğurmaktadır (in dubio pro reo). Masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkının, hakkaniyete uygun yargılanma, isnattan etraflıca haberdar edilme, susma, silahların eşitliği gibi diğer unsurlarıyla ve savunma hakkı ile yakından ilgilidir⁷². İleride inceleneceği üzere AİHM ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini de 2. fıkra kapsamında değerlendirmektedir.

D) 3. FIKRA: AİHS md.6/3 ise “her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir” demek ve sınırlayıcı olmayan bir biçimde⁷³ kimi haklar zikretmek suretiyle 1. fıkroda düzenlenmiş bulunan hakkın bazı özel uygulama şekillerini hükme bağlamıştır; zikrolunan bu haklar, esas itibarıyla adil yargılanma hakkının sanık lehine doğurduğu başlıca güvencelerdir.

Belirtmek gerekir ki, 1. fıkroda düzenlenen adil yargılanma hakkının doğal sonuçları olarak addolunan ve bu nedenle genel olarak 1. fıkra hükmüyle beraber değerlendirilen⁷⁴ 2. ve 3. fıkra hükümleri, bu sebeple şartlar gerektir-

68 Bkz. HARRİS D.J./O'BOYLE M./WARBRİCK C., a.g.e., s.217; Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun konuyla ilgili kabul edilebilirlik kararları için bkz. İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s.338, dipnot 475.

69 SCHROEDER F.C., a.g.m., s.167.

70 Masumiyet karinesinin içeriği hususunda AİHM'nin tutumu için bkz., Minelli c. Suisse kararı, 25.3.1983, Sér. A, No.62.

71 Bkz. Minelli c. Suisse, a.g.k., para.27, 30, 37; Pandy c. Belgique kararı, 21.9.2006, Requête n° 13583/02, para.41.

72 GÖZLÜGÖL Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi, Ankara 1999, s.124.

73 Bkz. Hadjianastassiou c. Grèce, a.g.k., para.16.

74 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., No:495, s.268.

diğinde ve uygun düştüğü ölçüde medeni hak yargılamasında da uygulama alanı bulur⁷⁵.

C. Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi

1. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi

Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi, bireyin ancak kendi eyleminden ötürü ve sadece kusuru bulunduğu halde cezalandırılabilmesi ilkelerini içermektedir. Çağdaş ceza hukukuna hakim bu ilke uyarınca başkasının eyleminden dolayı ceza sorumluluğu taşımak mümkün olamayacağı⁷⁶ gibi kişi kendi fiilinden ötürü de kusuru bulunmadıkça cezalandırılmayacaktır⁷⁷. Ceza hukuku sahasında, belirlenen sorumluluk ilkeleri ve ihdas edilen suçlar aracılığıyla kişinin hak ve özgürlükleri olabilecek en üst düzeyde sınırlandırılabilenekte olduğundan anılan prensibin insan hakları konusunda taşımakta olduğu önem aşikardır.

İlkel ceza hukuku döneminde rastlanan kollektif ceza sorumluluğu⁷⁸ anlayışından ve otoriter rejimlerin temelini oluşturan bireyin sadece iradesi sebebiyle cezalandırılması⁷⁹ eğiliminden uzaklaşmanın temel şartı⁸⁰ ve sadece insan olmaktan kaynaklanan hakları muhafaza etmenin önemli bir güvencesi olan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi mucibince, kişinin cezalandırılması için hareketi ile meydana gelen netice arasında basit bir nedensellik bağının bulunması da yeterli değildir⁸¹; fail bilerek ve isteyerek hareket etmeli ve dış dünyada meydana gelen değişikliği ifade eden neticeye de psikolojik bir rabıta (kast ya da taksir cinsinden bir kusur) ile bağlı bulunmalıdır. Ceza hukukunun bugün varmış bulunduğu noktada, ceza sorumluluğunun, “suç ve cezaların yasallığı” kuralına, “iradi bir hareketle dış dünyada değişiklik yaratılması şartına” ve “kusurluluk esasına” (nullum crimen sine cul-

75 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., No:528/a, s.291; bkz. Albert et Le Compte c. Belgique kararı, 10.2.1983, Sér. A, No.58, para.30.

76 MERLE R./VİTU A., *Traité de Droit Criminelle*, Paris 1967, No:500, s.507,508; BOUZAT P./PİNATEL J., *Traité de Droit Pénale et de Criminologie*, I, Paris 1970, No:329, s.395 vd.

77 EVİK Vesile Sonay, Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Ankara 2004, s.287; EREM Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, Genel Hükümler, 12. bası, 1984 Ankara, No.114, s.488.

78 Bkz. DÖNMEZER S./ERMAN S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, No:60, s.42.

79 Bkz. DÖNMEZER S./ERMAN S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, No:906, s.199.

80 ÖZEK Çetin, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı’na İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, s.652.

81 Objektif sorumluluk hallerinde hareket ile netice arasındaki maddi bir nedensellik bağı cezai mesuliyet için yeterli görülmektedir; bkz. ALACAKAPTAN Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1970, s.148, 149; Doktrinde objektif sorumluluk hakkında öne sürülmüş olan görüşler için bkz. DÖNMEZER S./ERMAN S., a.g.e., C.II, s.285-292.

pa) dayandığı kabul edildiğinden⁸², kusurdan sıyrılmış, failin kastına ya da taksirine dayanmayan objektif ceza sorumluluğu hallerinin öngörülmesi ya da bireyin üçüncü kişinin fiilinden dolayı sorumlu tutulması, demokratik toplumun gerekleriyle ve bireyin temel hak ve özgürlüklerini sınırlamanın vasıtası olmayıp bilakis bu hak ve özgürlükleri korumanın aracı⁸³ olan çağdaş ceza hukuku ilkeleriyle örtüşür mahiyette değildir⁸⁴.

2. Uluslararası Belgelerde ve Mevzuatımızda Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ya da ek Protokollerde açıkça düzenlenmiş değildir; öte yandan bir suçun cezasının ancak suçluya verilebileceği öngörüsüyle kollektif ceza sorumluluğunu yasaklamış bulunan uluslararası belgeler de mevcuttur; örneğin "İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı'nın" 7/2. maddesine göre "cezalar kişiseldir ve ancak suçlulara verilebilir."; "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin" 5/3. maddesi uyarınca "ceza suçludan başkasına verilemez."; "Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin" 75/4. maddesinin b bendi ve "Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin" 6/2. maddesinin b bendi mucibince "hiç kimse cezaların kişiselliği ilkesi dışında bir suçtan mahkum edilemez."

Anayasa'mızın 38. maddesinin 6. fıkrasında vücut bulmuş olan prensip 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinde de "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz." şeklinde ifade olunmuştur.

3. Üst Kavram Olarak Adil Yargılanma Hakkının Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği Prensibini İçermesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin düzenlemesi çerçevesinde adil yargılanma hakkının içeriği tayin olunurken, bazı müellifler, AİHM'nin bu yöndeki kararlarından⁸⁵ hareketle, Sözleşmenin, varılan sonucun adilliyini değil yargılama sürecini sorguladığını, varılan kararın adil olup olmadığından zi-

82 ÖZEK Çetin, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, s.645.

83 EREM Faruk, a.g.e., No.18, s.54; ÖZEK Çetin, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, s.663.

84 ARTUK M. E./GÖKCEN A./YENİDÜNYA A. C., Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. bası, Ankara 2006, s.612; DÖNMEZER S./ERMAN S., a.g.e., C.II, No:1012.

85 Bkz. Piersack c. Belgique kararı, (md.50), 26.10.1984, Sér. A., No.85-b, para.11.

yade adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların oluşturulup oluşturulmadığını incelediğini⁸⁶ ve bu sebeple 6. maddenin maddi değil usuli hukuka uygunlukla ilgili olduğunu ileri sürmektedir. Konuya aynı bakış açısıyla yaklaşan ve özel olarak “non bis in idem” ilkesinin AİHS md.6 kapsamında değerlendirilmesini eleştiren Schroeder⁸⁷, genel olarak, adil yargılanma hakkına yüklenilecek anlamın genişlemesinin bu hakkı anlaşılabilir hale getireceğini belirtmektedir, müellife göre ilkenin bir üst kavram olarak algılanması muhtevasının netliğinin kaybolması sonucunu doğuracağından sakıncalıdır⁸⁸.

Doktrinde bir diğer görüş ise, genel itibariyle yargılanma güvencesi olarak anlaşılan ve bunun dışında telakki olunması eleştirilere maruz kalan adil yargılanma hakkının, salt yargılanma sürecine ilişkin olarak yorumlanmasının, hakkın içerdiği güvencelerin etkin biçimde kullanımını sağlayamayacağını öne sürmekte ve mahkemedeki yargılama sürecinin adilliğine tesir edebilecek yargılama öncesi durumların da 6. madde kapsamına dahil olduğunu savunmaktadır⁸⁹.

Belirtmek gerekir ki, adil yargılanma hakkının geniş yorumlanmasının AİHS. md.6'nın içeriğini muğlaklaştıracağı yönündeki eleştiriler tamamen yersiz değildir, adil yargılanma hakkı bir üst kavram olarak anlaşılırken, onun, sadece yargılamayı ve Sözleşme metni ya da ek Protokollerde ayrıca yer almayan ve yargılamanın adililiğine tesir edebilecek nitelikteki yargılama öncesine dair prensipleri kapsadığı kabul olunmalıdır. Gerçekten bazı yazarlar⁹⁰, adil yargılanma hakkını geniş yorumlarken, bu hakkın, bütün yargılama süreciyle ilişkili olmasından⁹¹ hareketle, yargılamadan daha geniş bir kavram olarak gördükleri “ceza yargısı” kavramına da bütünsel olarak sirayet ettiğini; “ceza yargısı” faaliyeti, normun koruduğu hukuksal değerlerin tayinini de içerdiğinden ve suç yaratma aşaması ile başladığından, AİHS md.6'nın doğrudan doğruya bunları da kapsamakta olduğunu ileri sürmüşlerdir⁹². Ceza ve ceza usul hukuklarının bütünsel olarak adil olması esasına dayanan bu görüş özünde isabetli sayılabilirse de, kavramların birbirine ka-

86 REİD Karen, A Practitioner's Guide to The European Convention on Human Rights, Sweet & Maxwell, London 1998, s.50.

87 SCHROEDER F.C., a.g.m., s.167.

88 SCHROEDER F.C., a.g.m., s.174.

89 LEİGH Leonard H., Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004, s.356.

90 ÖZEK Çetin, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, s.663; ERMAN Sahir/ÖZEK Çetin, Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2000, s.257.

91 Yargılama sürecinin bir bütün olarak ele alınması konusunda bkz. İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s.6-8.

92 EVİK Vesile Sonay, a.g.m., s.286.

rışması neticesini doğuracağından⁹³ adil yargılanma hakkının etkin bir biçimde kullanılmasına engel teşkil eder; kaldı ki bahsi geçen yaklaşımın varmaya çalıştığı koruma alanına, “yargılama” kavramını genişletmek yerine, Sözleşmede yer alan diğer hakların korunmasında kilit bir rol oynayan⁹⁴ adil yargılanma hakkının kendi güvencelerini de içinde barındırdığı kabul olunmak suretiyle ulaşılabilir.

İfade etmek gerekir ki, katıldığımız görüş uyarınca yargılama faaliyetinin pozitif hukuka uygunluğu adil yargılanma hakkını sağlamak için yeterli olmadığı gibi, insan hak ve özgürlüklerine uygun yargılama normlarının yaratılması ve yargılama sürecinde bunlara riayet edilmesi de adil yargılanma hakkının mevcudiyetini tek başına sağlayamaz. İnsan haklarının medeni hukuka ve ceza hukukuna etkilerini yansıtan bir üst kavram olarak adil yargılanma hakkı, barındırdığı güvencelerin somutlaşmasını sağlayan ilkeleri de kapsamına almaktadır. Adil yargılanma hakkının varlığından bahsedebilmek için hukukun genel ilkelerine uygun ve insan hakları temelinde yasal düzenlemeler yapılmalı, suçlar bu çerçevede ve ceza sorumluluğunun temel ilkeleri gözetilmek suretiyle ihdas edilmelidir⁹⁵.

Bahsettiğimiz yaklaşım uyarınca, adil yargılanma hakkı, yasama, yürütme, yargı organlarını ve diğer kişi ve kuruluşları sınırlayan, normların oluşumundan uygulanmasına kadar etkili olan bir ilkedir⁹⁶. Şu halde, AİHS'nin bağlayıcılığı ve insan haklarının korunması hususunda getirmiş bulunduğu denetim sistemi sebebiyle haiz olduğu özel önem gözönünde bulundurulduğunda ve AİHM'nin AİHS'de mündemiç hakların sadece teorik değer taşımadığı, pratiğe geçirilmeleri gerektiği yönündeki içtihatları⁹⁷ dikkate alındığında, adil yargılanma hakkının teminatlarından biri sayılan⁹⁸ ve hukuk devletinin önemli unsurlarından biri olarak addedilen⁹⁹ ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin Sözleşmenin koruma sahasının dışında bırakılması düşünülemez; zira başkasının fiilinden dolayı ya da kusuru aranmaksızın cezalandırılan kişinin, hakkaniyete uygun yargılanmış olduğundan bahsolunması mümkün değildir.

93 “Yargılama” ve “yargı” kavramlarının ilişkisi için bkz. KUNTER N./YENİSEY F./NUHOĞLU A., a.g.e., No.1.2, s.7, dipnot 9.

94 İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s.4.

95 ÜNVER Yener, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu, 26-27 Mart 1997, İstanbul 1998, s.119.

96 EVİK Vesile Sonay, a.g.m., s.286.

97 Bkz. Golder c. Royaume-Uni, a.g.k., para.35; Marckx c. Belgique kararı, 13.6.1979, Sér. A, No.31, para.31.

98 TANÖR B./YÜZBAŞIOĞLU N., a.g.e., s.199, 456.

99 ÖZBUDUN Ergun, a.g.e., s.119.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkının genel ve geniş bir kavram olduğunu belirten "Ektabani" kararı¹⁰⁰; bu hakkın, hukukun üstünlüğünün¹⁰¹ ve demokratik toplumun¹⁰² temelini oluşturduğu ve pratik mülhazalara feda edilemeyeceği¹⁰³ yönündeki içtihatları kavramı geniş yorumlama temayülümüzü doğrular niteliktedir.

4. AİHM'nin Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesine Yaklaşımı

Genel olarak AİHS'yi amaca ve içinde bulunulan zamanın koşullarına¹⁰⁴ uygun biçimde geniş yorumlamakta olan¹⁰⁵ AİHM, evvelki fasıllarda görmüş bulunduğumuz gibi 6. madde hükmünü de geniş tefsir etme eğilimindedir. Belirtildiği üzere 6. maddenin uygulama alanını belirleyen kavramların ulusal hukukların anlayışlarından bağımsız olduğunu söylemiş olan Mahkeme, madde metninde açıkça vazedilmiş olmayan "silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama", "gerekçeli karar" ilkeleriyle, "mahkemeye başvurma", "duruşmada hazır bulunma", "susma, kendini suçlamama" haklarını ve "hukuka uygun delillerden yararlanma" yükümlülüğünü koruma kapsamına dahil görmüş ve bu hususlarda derin bir içtihat birikimi oluşturmuştur¹⁰⁶; bununla beraber Mahkeme'nin "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesine doğrudan temas eden az sayıda kararı mevcuttur, bu durumun "kusur" ilkesinin sözleşen devletlerce farklı şekillerde anlaşılmasından¹⁰⁷ kaynaklandığı söylenebilir.

AİHM nezdinde durum böyle olmakla birlikte, Mahkemenin içtihatları vasıtasıyla, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi ile ilişkili bazı genel kaidelere varmak mümkündür. Ezcümle "Eckle" kararında, AİHM, 6.md. metninde yer alan "kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda" tabirinin, suçlamasının maddi ve hukuki yönden esası yanında ceza sorumluluğunun saptanmasını ve cezanın tayinini de içerdiğine hükmetmiştir¹⁰⁸. Mahkemeye göre, ce-

100 Bkz. Ektabani c. Suède kararı, 26.5.1988, Sér. A, No.134, para.30.

101 Bkz. Sunday Times c. Royaume-Uni kararı, 26.4.1979, Sér. A., No.30, para.50; Colozza et Rubinat c. Italie kararı, 12.2.1983, Sér. A., No.89, para.32.

102 Bkz. Delcourt c. Belgique, a.g.k., para.25.

103 Bkz. Kostovski c. Pays-Bas kararı, 20.11.1989, Sér. A., No.166, para.44.

104 Bkz. Tyrer c. Royaume-Uni kararı, 25.4.1978, Sér. A, No.26, para.31; van Dijk P./G.J.H. van HOOFF, a.g.e., s.77-80.

105 AİHM'nin geniş yorumunun AİHS'ye yorum yoluyla yeni hüküm ekleme neticesi doğurabileceği yönünde bir eleştiri için bkz. GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., No.414/d, s.142.

106 İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s.5.

107 Anılan anlayış farklılıklarının Avrupa Birliği nezdindeki yansımaları hakkında bir değerlendirme için bkz. KOCASAKAL Ümit, Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s.160; "kusur" ilkesinin ele alınışındaki farklılıklar hakkında geniş bilgi için bkz. PRADEL Jean, Droit Pénal Comparé, 2. bası, s.291-312.

108 Bkz. Eckle c. Allemagne, 15.7.1982, Sér. A, No.51, para.77.

za sorumluluğunun belirlenmesini de içine alacak şekilde, suç isnadının hükme bağlanmasına ilişkin yargılamanın bütünü 6. madde kapsamındadır¹⁰⁹.

Dolaylı olarak ceza sorumluluğunun şahsiliği ile ilişkilendirilebilecek bir başka yaklaşımında bir devletin ihmali ya da icrai bir fiili suç olarak tanımlamakta serbest olduğunu belirten AİHM, bu takdir yetkisinin sınırının, ihdas olunan suçun AİHS'nin koruduğu bir hakkın ya da özgürlüğün olağan kullanımına mani teşkil etmemesi olduğunu belirtmiştir¹¹⁰; devletler Sözleşmede yer alan hakların ve özgürlüklerin tatbikinden müteşekkil eylemleri suç haline getiremezler¹¹¹; şu halde, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibini adil yargılanma hakkının mevcudiyeti için olmazsa olmaz bir önşart saydığımızdan, kanımızca, bu ilkeye riayet edilmemesinin sınırın aşılması sonucunu doğuracağını kabul etmek yerinde olacaktır.

AİHM, bazı durumlarda yasa ile fiili ya da hukuki sorumluluk karinesi¹¹² yaratılmasının makul sınırlar içinde kalmak ve sanığın savunma hakkını ihlal etmemek kaydıyla AİHS md.6/2'ye aykırı olmayacağına hükmettiği Salabiaku kararında¹¹³, sanığa kusursuz olduğunu kanıtlama imkanı verilmesini aramış¹¹⁴, mevzu bahis olayda karinenin aksinin ispatının mümkün olduğu gerekçesiyle Sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermiş¹¹⁵, dolayısıyla, çürütülemeyecek kusur karinesi halleri yaratmanın adil yargılanma hakkı ile çelişeceğini belirtmiş¹¹⁶ ve böylelikle kusursuz ceza olamayacağını söylemiştir¹¹⁷.

İncelemekte olduğumuz ilke ile doğrudan ilişkili bulunan "A.P, M.P. ve T.P." kararında¹¹⁸ ise AİHM, usulsüz vergi veren kişinin ölmesi üzerine kalan mirastan vergi borcunu ödeyen mirasçılara para cezası verilmesini AİHS

109 İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s.102, dipnot 409.

110 Bkz. Engel et autres c. Pays-Bas, a.g.k., para.81.

111 GÖLCÜKLÜ Feyyaz, a.g.m., s.207; İNCEOĞLU Sibel, a.g.e., s.84.

112 Mukayeseli hukukta sorumluluk karinesi halleri için bkz. PRADEL Jean, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, İSİSC Kollokyumlarının Sentez Raporu, İstanbul 2000, s.153-156.

113 Bkz. Salabiaku c. France kararı, 7.10.1988, Sér. A., No.141-A, para.28.

114 Bkz. Salabiaku c. France, a.g.k., para.26; Salabiaku c. France, 16.7.1987 tarihli Komisyon Raporu, Requête No 10519/83, para.68, 74.

115 Olayda AİHS md.6'nın ihlal edilmiş olduğu yönünde bir görüş için bkz. Salabiaku c. France, 16.7.1987 tarihli Komisyon Raporu, Requête No 10519/83, Yargıç TENEKİDES M.'nin karşı oy yazısı.

116 PETERS Anne, Adil Yargılanma, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004, s.128.

117 KOCASAKAL Ümit, a.g.e., s.162.

118 Bkz. A.P., M.P. et T.P. c. Suisse, kararı, 29.8.1997, Recueil 1997-V, fascicule 45.

md.6/2'ye aykırı bulmuş, masumiyet karinesinin ceza sorumluluğunun suçu işleyenin dışına yaygınlaştırılmamasını da kapsadığını vazedmiştir¹¹⁹. Benzer bir kararında, ceza sorumluluğunun suçun failinin ölümüyle sona ermesinin ceza hukukunun temel bir ilkesi olduğunu belirten Mahkeme, ölenin suçluluğunun yakınlarına sirayet etmesinin hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı bir toplum düzeniyle bağdaşmayacağını söylemiş ve ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibini AİHS md.6/2 hükmü ile düzenlenmiş bulunan masumiyet karinesi içinde görmüştür¹²⁰. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, motorlu aracı ile bir başka kişinin suç işlemesi halinde, bu üçüncü kişinin aracı kullanmasını önleyemeyeceği haller ayrık olmak üzere, araç sahibinin de cezai mesuliyeti olduğunu düzenleyen bir kurala dair yapılan itirazı inceleyen, araç sahibinin üçüncü kişinin fiili nedeniyle değil en azından taksire dayanan kendi eylemi sebebiyle cezalandırılmakta olduğu gerekçesiyle AİHS m.6/2'nin ihlal olunmadığı kanaatine varmış¹²¹ ve Mahkemenin yukarıda anılan kararlarında olduğu gibi başkasının fiilinden ötürü ceza sorumluluğu taşınamayacağını belirtmiştir.

Görüldüğü üzere, Mahkemenin tutumu kusursuz ceza olamayacağı ve üçüncü kişinin fiilinden sorumlu olunamayacağı yönündedir; bununla birlikte, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibini adil yargılanma hakkı içerisinde kabul etmiş görünen AİHM'nin, ceza hukukunda bir geriye dönüşü işaret eden¹²² objektif sorumluluk hallerine dair izlemekte olduğu yaklaşımının yerinde olduğu ve somut olaylarda kusurluluğu tayin ederken modern ceza hukukuna uygun bir anlayış gözettiği söylenemez¹²³. Örneğin, "Sürek 1" davasında, "Haberde Yorumda Gerçek" dergisinin sahibi olan başvurunun dergide yayınlanan iki okuyucu mektubu nedeniyle mahkum edilmesini¹²⁴ ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırı bulmayan Mahkeme, suç teşkil eden mektupların yazarı olmayan başvurunun, mektuplarda zikredilen görüşleri paylaşmasa dahi derginin sahibi olma sıfatıyla suçun faille-

119 Bkz. A.P., M.P. et T.P., a.g.k., para.48.

120 Bkz., E.L., R.L. ET J.O.-L. c. Suisse kararı, 29.8.1997, Recueil 1997-V, fascicule 45, para.53.

121 Anılan karar için bkz. SCHROEDER F.C., a.g.m., s.154.

122 EREM Faruk, a.g.e., No.114, s.488.

123 Bkz. Salabiaku c. France, 16.7.1987 tarihli Komisyon Raporu, Requête No 10519/83, Yargıç TENEKİDES M.'nin karşı oy yazısı.

124 Belirtmek gerekir ki başvurunun mahkum edildiği Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesi 15.7.2003 ve 4928 sayılı kanunun 19. maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmış olmakla beraber 29.6.2006 tarih ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. ve 6. maddeleri "basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları" hakkında da ceza sorumluluğu öngörmek suretiyle ceza hukukunda kabul olunmaması gereken bir kusursuz objektif sorumluluk halini daha açık bir biçimde düzenlemiş bulunmaktadır; dikkat çekici olan husus, 5532 sayılı kanunla değişik TMK md.6 ve md.7'nin suçun işlenişine iştiraki dahi aramakta olmasıdır; bu haliyle anılan maddelerin Anayasanın 38/6 maddesine aykırı olduğu açıktır.

rine şiddeti canlandırmak için destek sağlamış olduğunu ve dolaylı olarak faillerin cezai mesuliyetini paylaştığını söylemiştir¹²⁵. Bir eylemden dolayı kişinin sorumlu tutulabilmesi için bunun bilerek ve istenerek gerçekleştirilmiş olması gerekeceğinden, suç konusu olan yazıları yazmış olmadığı gibi, yazılışlarına müdahale etmiş veya bunları öne çıkaracak (birinci sayfada yayınlatma, koyu harflerle yazdırma, vs) herhangi bir eylemde bulunmuş olmayan ve sadece ticari bir faaliyet yürüttüğü için derginin içeriğinden de sorumlu tutulamaması gereken başvurucunun cezai sorumluluğu hakkında “Sürek 2”¹²⁶, “Sürek 3”¹²⁷ ve “Halis Doğan”¹²⁸ kararlarında da aynı tutumu sergileyen AIHM’nin bu görüşüne iştirak etmek mümkün değildir¹²⁹.

Bu noktada AIHM’nin tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusuna yaklaşımını incelemekte fayda vardır. Çağımızda tüzel kişilerin ekonomik hayatta belirleyici güç haline gelmeleri ve giderek artan organize ekonomik suçlulukla mücadele edilmesi zorunluluğu son yıllarda bir çok ulusal hukuk düzeninde tüzel kişilerin cezai mesuliyetinin kabulüne yol açmış bulunmaktadır¹³⁰. Tüzel kişilerin¹³¹ de gerçek kişiler gibi doğrudan doğruya cezalandırılacaklarını savunan hukuk sistemleri arasında Fransa (CK.md.121-2), Belçika (CK. Md.5), Hollanda (CK. md.51), Danimarka (CK. md.25-27) sayılabilir; İtalya (AY md.27/1), İspanya (CK. md.129), Federal Almanya (CK. § 14) ve Türkiye (AY. Md. 38/6, CK. md.20/2) tüzel kişilerin cezai mesuliyetini kabul etmeyen sistemlerin bazılarıdır.

Kanımızca, Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararlarında¹³² belirttiğinin aksine, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin hem gerçek hem de tüzel kişileri kapsadığını iddia etmek isabetli değildir; zira tüzel kişinin ceza hukuku anlamında hareket etme kabiliyeti veya üyelerinden bağımsız bir iradesi bulunmadığından kusurluluğundan da söz edilemez¹³³, bu itibarla tüzel kişi-

125 Bkz. Sürek c. Turquie (N° 1) kararı, 8.7.1999, Requête n° 26682/95, para.63.

126 Bkz. Sürek c. Turquie (N° 2) kararı, 8.7.1999, Requête n° 24122/94, para.36.

127 Bkz. Sürek c. Turquie (N° 3) kararı, 8.7.1999, Requête n° 24735/94, para.41.

128 Bkz. Halis Doğan c. Turquie kararı, 7.2.2006, Requête n° 75946/01, para.39.

129 Bkz. Sürek c. Turquie (N° 1), a.g.k., Yargıçlar TULKENS F.,CASADEVALL J., GREVE H.S.’nin ortak karşı oy yazısı ve Sürek c. Turquie (N° 3), a.g.k., Yargıç MARUSTE R.’nin karşı oy yazısı.

130 Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusunun tarihi gelişimi için bkz. YARSUVAT Duygun, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, s.889-892.

131 Tüzel kişiliğin esasına dair görüşler için bkz. DÖNMEZER S./ERMAN S., a.g.e., C.II, s.405-409.

132 Bkz. AYM’nin 16.6.1964 tarih ve E.1963/101, K. 1965/49 (R.G. 26.9.1964/11817) sayılı kararı ile 14.2.1989 tarih ve E.1988/15, K.1989/9 sayılı kararı (R.G. 4.2.1991/20776, s.13-24) ve bu kararların eleştirisi için bkz. ÖZGENÇ İzzet, Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s.319-344; YARSUVAT Duygun, a.g.m.

133 KUNTER N./YENİSEY F./NUHOĞLU A., a.g.e., No.29.3, s.458-459; ARTUK M. E./GÖK-CEN A./YENİDÜNYA A. C., a.g.e., s.466.

nin ceza sorumluluğu objektif sorumluluk olup, eylem esas olarak bir gerçek kişi tarafından gerçekleştirildiğinden üçüncü şahsın eyleminden sorumluluk niteliğindedir¹³⁴. Netice itibariyle tüzel kişiye verilecek ceza suçu oluşturan eylemle hiç ilgisi olmayan ve hatta bu işlem için olumsuz oy kullanmış olan azalara da sirayet edeceğinden bu tür bir sorumluluğun ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile bağdaştığını savunmak güçtür¹³⁵. Belirtmek gerekir ki, tüzel kişinin ceza sorumluluğunu kabul eden görüşler, bunu pratik bir ihtiyacın zuhur etmiş olması sebebine dayandırmaktadır¹³⁶, şu halde, önüne gelen ilgili davalarda¹³⁷ tüzel kişinin cezai sorumluluğunun ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile ilişkisini tartışmamayı tercih eden Mahkeme, bu tutumuyla adil yargılanma hakkının pratik mülahalalara feda edilemeyeceği yönündeki yerleşik içtihadına¹³⁸ aykırı davranmaktadır.

SONUÇ

Sahip olduğu denetim mekanizması ve bağlayıcı özelliği sayesinde insan haklarının korunması hususunda ayrıcalıklı bir yere sahip olan AİHS sisteminin merkezinde yer almakta olan adil yargılanma hakkı, demokratik bir toplumun ve hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurudur. Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi ise bireyin özgürlüğünü esas alan hümanist ceza hukuku anlayışının kazanımlarından biri olarak adil bir yargılamının mevcudiyetinin önşartıdır.

AİHS md.6'yı genel olarak geniş yorumlamakta olan AİHM, ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesinin 6. md. kapsamında olduğunu kabul etmekle beraber, önüne gelen ilgili başvurularda sorumluluğu belirlerken çağdaş ceza hukuku ilkelerince hareket etmemekte, anılan ilkenin etkin bir biçimde uygulanmasını sağlayacak net bir tutum sergilememektedir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibinden verilecek her taviz adil yargılanma hakkını da olumsuz etkileyeceğinden, Mahkemenin bu prensibe doğrudan temas eden, çağdaş ceza sorumluluğu kabulüne uygun içtihatlarda bulunması, AİHS'nin "insan haklarını koruma ve bu alanda ortak bir anlayışa ulaşma" hedefine varılabilmesi için zaruridir.

134 ÖZEK Çetin, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, s.653.

135 CONTE P./MAÎSTRE du CHAMBON P., Droit pénal général, A. Colin, 4e éd., 1999, No.368-372, s.195-196; Aksi görüş için bkz. DÖNMEZER S./ERMAN S., a.g.e., C.II, s.412-413; ŞEN Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, İstanbul 2006, s.59, 178, 192.

136 EREM Faruk, a.g.e., s.503, DÖNMEZER S./ERMAN S., a.g.e., C.II, No.1157/a, s.412.

137 Bkz. Eurofinacom c. France, 7.9.2004, Requête No 58753/00.

138 Bkz. Kostovski c. Pays-Bas, a.g.k., para.44.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU Tekin:** İnsan Hakları-I, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri AÜSBF İHM yay, Ankara, 1995
- AKIN İlhan:** Kamu Hukuku, İstanbul 1990
- ALACAKAPTAN Uğur:** Suçun Unsurları, Ankara 1970
- ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA Ahmet Caner:** Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. bası, Ankara 2006
- AYBAY Rona:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku, İnsan Hakları Armağanı, İstanbul 1978
- BATUM Süheyl:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993
- BOUZAT Pierre/PİNATEL Jean:** Traité de Droit Pénale et de Criminologie, I, Droit Pénale Générale par Pierre Bouzat, Paris 1970
- ÇAĞLAR Bakır:** Anayasa Bilimi, BFS yayınları, İstanbul 1989
- CONTE P./MAÏSTRE du CHAMBON P.:** Droit pénal général, A. Colin, 4e éd., 1999
- DONAY Süheyl:** İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982
- DÖNMEZER Sulhi:** Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999
- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 14. bası, 1997 İstanbul
- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 12. bası, 1999 İstanbul
- EREM Faruk:** Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, Genel Hükümler, 12. bası, 1984 Ankara
- ERMAN Sahir/ÖZEK Çetin:** Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2000
- EVİK Vesile Sonay:** Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara 2004
- GOMIEN D./HARRİS D./ZWAACK L.:** Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing, Germany 1966
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma, AÜSBF Dergisi, İlhan Öztrak'a Armağan, Ocak-Haziran 1994, C.49

- GÖLCÜKLÜ Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK Şeref:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 6. Bası, Ankara 2005
- GÖZLÜGÖL Said Vakkas:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi, Ankara 1999
- HARRİS D.J./O'BOYLE M./WARBRİCK C.:** Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh 1995
- İLAL Ersan:** MAGNA CARTA, İHFM, C:XXXIV, S:1-4
- İNCEOĞLU Sibel:** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2.Bası, İstanbul 2005
- KAPANİ Münci:** Kamu Hürriyetleri, 1981
- KOCASAKAL Ümit:** Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları, İstanbul 2004
- KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. bası, İstanbul 2006
- LEİGH Leonard H.:** Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004
- MERLE Roger/VİTU André:** Traité de Droit Criminelle, Paris 1967
- ÖZBUDUN Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, 8. bası, Ankara 2005
- ÖZDEK Yasemin:** Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara 2004
- ÖZEK Çetin:** Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, 1997
- ÖZEK Çetin:** 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999
- ÖZGENÇ İzzet:** Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti, Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995
- PAZARCI Hüseyin:** Uluslararası Hukuk Dersleri, 1. Kitap, Ankara 1992
- PRADEL Jean:** Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, İSİSC Kollokyumlarının Sentez Raporu, İstanbul 2000
- PRADEL Jean:** Droit Pénal Comparé, 2. édition, Paris 2002
- REİD Karen:** A Practitioner's Guide to The European Convention on Human Rights, Sweet & Maxwell, London 1998
- SCHROEDER Friedrich-Christian:** Ceza Mahkemesinde "Fair Trial" İlkesi, IGUL, Yayın No:4, Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2004
- SCHROEDER Friedrich-Christian/YENİSEY Feridun:** Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial), Alkım yayınları, İstanbul 1997
- SOYASLAN Doğan:** Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Ceza Yargılaması, IGUL, Yayın No:4, Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2004
- SOYSAL Mümtaz:** Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı, Anayasa Yargısı-14, Ankara 1997
- ŞEN Ersan:** Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, İstanbul 2006
- TANİLLİ Server:** Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul 1988

TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. bası, Anlara 2004

ÜNVER Yener: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu, 26-27 Mart 1997, İstanbul 1998

van Dijk P./van Hoof G.J.H.: Theory and the Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International press, Hague, London, Boston 1998

YARSUVAT Duygun: Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999

YÜZBAŞIOĞLU Necmi: Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993

Yararlanılan İnternet Adresleri

<http://www.echr.coe.int>

(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Veri Tabanı-Arama Motoru)

<http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Case-law+information/Subject+matter+of+judgments/>

(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dava Konuları Listesi)

<http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Case-law+information/Lists+of+judgments/>

(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Listesi)

ÖZEL HUKUK

MAKALELER

YATIRIM ANLAŞMALARI VE SÖZLEŞMEDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM

*Prof. Dr. Ziya AKINCI**

Genel Olarak

Uluslararası ticaretin gelişmesi, yabancı ülkedeki yatırımların korunmasını gittikçe daha önemli bir konu hâline getirmektedir. Kendi ülkelerinde yatırımcılara daha güvenilir hukuksal koruma sağlayan ülkeler, aynı ekonomik koşullara sahip ülkeler arasında öne çıkarak, yabancı yatırımcılar açısından daha çekici ülke konumuna gelmektedir. Diğer taraftan, söz konusu ülkelere yatırım yapan firmalar, haklarını korumak için, kendilerine sağlanan bu hukukî yollara başvurma olanağına sahip olmaktadır.

Uluslararası ticarî ilişkilerde, özellikle büyük projelerde, sözleşmenin tarafını bir devlet veya devlet kurumu oluşturmaktadır. Taraflar, bu projelerin gerçekleştirilmesi için sözleşmeler yapmakta ve sıklıkla sözleşmelerde, uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim kararlaştırılmaktadır.

Yabancı yatırımların millî hukuklar tarafından korunması, ülkelerin yabancı sermaye ve yabancı yatırımlarla ilgili kanunlar çıkarması yoluyla sağlanmıştır. Milletlerarası alanda yabancı yatırımcıların korunması ise ikili yatırım anlaşmaları ve çok taraflı milletlerarası anlaşmalarla sağlanmaktadır. 1961-1965 yılları arasında Dünya Bankası inisiyatifiyle Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme hazırlanmış, 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme milletlerarası alanda kabul görerek, yatırımların korunması alanında günümüzün en önemli düzenlemelerinden bir tanesi hâline gelmiştir¹.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Bu konuda geniş bilgi için bkz.: SCHREUER, C. H.: *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001, s. 1 vd.

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme, uygulamada kısaca ICSID veya Dünya Bankası Sözleşmesi olarak anılmaktadır. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme ile yatırım anlaşmazlıklarının çözümü için merkezi Washington'da olan uluslararası bir Merkez oluşturulmuştur. ICSID ile Merkez bünyesinde, bir devletle başka bir devletin vatandaşı arasındaki yatırım uyuşmazlıklarında, uyuşmazlığın çözüm yolu olarak uzlaştırma ve tahkim düzenlenmektedir.

ICSID'in amacı, yabancı yatırımcının haklarını, yatırım yaptığı devlet ile uyuşmazlığa düşmesi durumunda dahi güvence altına almaktır.

ICSID'e taraf olmakta devletlerin menfaati bulunmaktadır. Zira yabancı yatırımcıyı ülkesinde yatırım yapmak için cezbetmek isteyen devletler, ICSID'e taraf olmakla, ülkelerinde yabancı yatırımcının haklarının korunduğunu ve sözleşme kapsama giren hukukî uyuşmazlıklarda etkili bir çözüm yolunun var olduğunu kanıtlamış olmaktadır. Çünkü ICSID'e taraf olan bütün devletler -söz konusu yatırım ihtilâfına taraf olsun veya olmasın- Sözleşme'ye uygun olarak verilen hakem kararının bağlayıcılığını kabul etmek ve karar verilen para borçlarının icra edilmesini sağlamak borcu altındadır².

Böylece, yabancı sermayenin, Sözleşme kapsamına giren konularda, söz konusu ülkede karşılaşılabileceği hukukî uyuşmazlıklarla ilgili kaygısı, en az düzeye inebilecektir. Bu da yabancı sermayenin ülkeye gelişini kolaylaştıracağı gibi ülkeye gelen yabancı sermaye, risk maliyetini düşük tutarak yatırım yapacaktır. Bu yaklaşımlar dikkate alınarak, ICSID'e Türkiye de taraf olmuştur³.

Diğer taraftan, kendi vatandaşları yabancı ülkelerde yatırım yapan devletler de, ICSID'e taraf olmak suretiyle, kendi vatandaşlarının yabancı ülkelerdeki yatırımlarının korunmasını sağlamış olmaktadır.

Bir uluslararası yatırımla ilgili haklar, söz konusu yatırımla ilgili sözleşmede düzenlenebilir. Bu çalışmada yatırıma ilişkin sözleşmelere, sözleşme denilecektir. Sözleşmelerde, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözüm yolu düzenlenmiş olabilir. Bu çerçevede yetkili mahkeme ya da tahkim kaydı sözleşmede yer alabilir.

Sözleşmelerden başka, yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine iliş-

2 Nomer, E /Ekşi, N/ Gelgel, G: *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul 2000, s. 54.

3 RG. 2.6.1988-19830. Konvansiyon, Türkiye tarafından 1987 yılında imzalanmış ve 1989 yılında ülkemizde yürürlüğe girmiştir.

kin ikili veya çok taraflı milletlerarası yatırım anlaşmalarında da yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların çözüm yolu öngörülmüş olabilir.

Bu şekilde hem sözleşmede hem de yatırımcının mensubu olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasındaki yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşmada uyuşmazlıkların çözüm yöntemine ilişkin düzenlemeler bulunuyorsa yatırımcının hangi yola başvurabileceğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Başka bir deyişle, hangi uyuşmazlıklar için sözleşmede öngörülen hukukî yollara, hangileri için yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşmanın öngördüğü hukukî yollara başvurulacağıın belirlenmesi gerekmektedir.

Yatırım Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak ICSID Tahkiminin Özellikleri

Yukarıdaki başlıkta da ifade edildiği gibi, ICSID, yatırım uyuşmazlıkları için çözüm yolu olarak tahkimi öngörmekte ve Merkez bünyesinde bir tahkim sistemi oluşturmaktadır.

Yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından ICSID tahkimi, diğer uluslararası ticarî tahkimlerle kıyaslandığında bazı farklılıklar göstermektedir. Yatırımcı, ev sahibi devlete karşı ICSID tahkimine başvurma olanağına sahipse⁴, uyuşmazlığın çözümü için ICSID tahkimine başvurmayı tercih etmektedir. ICSID tahkimi, diğer tahkimlerden farklı kılan en önemli özellikler şunlardır:

Uyuşmazlığın Tarafları

Yabancı bir ülkede yatırımla ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tarafları, diğer ticarî uyuşmazlıklara nazaran daha kısıtlı olarak belirlenmiştir. Bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda taraflardan biri (ve genellikle davacı taraf) sözleşmeye taraf olan devletin vatandaşı olan bir yatırımcıdır. Uyuşmazlığın diğer tarafı (ve genellikle davalı taraf) ise söz konusu sözleşmenin tarafı olan ve yatırım yapılan (ev sahibi) devlettir.

Tahkim İradesi

Sözleşme uyarınca uyuşmazlığın ICSID tahkiminde çözümlenebilmesi için tarafların, yatırımcının ve yatırımın yapıldığı devletin, ICSID tahkimine başvurma hususunda rızaları gerekmektedir (ICSID.m.25).

4 Hangi hallerde ICSID tahkimine (Merkeze) başvurulabileceği, ICSID'in 25. maddesinde düzenlenmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Yılmaz, İ.:** *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, İstanbul 2004, s. 45 vd.

Tarafların uyuşmazlığın çözüm yolu olarak tahkime başvurabilmeleri için bu yönde karşılıklı iradelerinin bulunması gerekir. Diğer kurumsal ya da *ad hoc* tahkimlerde, prensip olarak tarafların tahkim yoluna başvurma konusundaki iradeleri sözleşmedeki bir tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi yoluyla gerçekleşir.

ICSID tahkiminde ise tarafların tahkim iradelerinin varlığından bahsedebilmek için diğer tahkimlerden farklı olarak yatırımcı ile devlet arasında uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce ya da sonra yazılı bir tahkim anlaşması yapılması zorunlu değildir. Zira Sözleşme'nin 25. maddesi, sadece, tarafların Merkez'e yazılı iradelerini bildirmelerini aramakta, bu yazılı iradenin ne şekilde oluşacağını tanımlamamaktadır. Buna göre, tarafların ICSID tahkimine başvurma iradelerinin, açık, karşılıklı ve yazılı olması Merkez'in yargılama yetkisinin doğması için yeterlidir⁵.

ICSID'e taraf olan devlet, yabancı yatırımla ilgili milli mevzuatında veya yatırımcının devletiyle yapmış olduğu ikili⁶ veya çok taraflı yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin bir anlaşmada veya hem yatırımcının vatandaşı olduğu devletin hem ev sahibi devletin taraf olduğu çok taraflı bir milletlerarası sözleşmede uyuşmazlığın ICSID tahkiminde çözümlenmesini kabul etmişse ICSID tahkimi konusunda rızasını açıklamış olur⁷.

Nitekim Türkiye, bazı devletlerle yaptığı ikili yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşmalarda, uyuşmazlığın ICSID tahkimi ile çözümlenmesi konusundaki iradesini beyan etmiştir⁸.

5 **Bernardini, P:** "Investment Arbitration under the ICSID Convention and BIT's", Global Reflection on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner, Paris 2005, s. 93.

6 ICSID'in yürürlüğe girmesinden sonra ikili yatırım anlaşmalarında ICSID tahkimi gittikçe daha çok kabul görmektedir. Yatırım anlaşmalarında ICSID tek başına ya da başka uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle (örneğin, UNCITRAL tahkim kurallarına tâbi olarak ad hoc tahkim, MTO bünyesinde tahkim) bir arada bulunabilmektedir. Bkz.: **Bernardini**, s. 94.

7 **Bernardini**, s. 94, 96.

8 Örneğin; Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Antlaşma'nın VI.3.a maddesi:

"a) İlgili vatandaş veya şirket, aşağıdaki şartlara uymak koşulu ile, anlaşmazlığın vukuundan itibaren bir yıl geçtikten sonra herhangi bir zamanda, anlaşmazlığın hakemin hakem marifetiyle çözümlenmesi için Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (Merkez)'ne başvurmayı seçtiğini yazılı olarak bildirebilir:

(i) anlaşmazlık, herhangi bir nedenle, önceden kararlaştırılmış, tatbiki kabil anlaşmazlık çözümleme kurallarına göre çözümlenmek üzere vatandaş veya şirket tarafından herhangi bir mercie tevdi edilmemiş olmalıdır; ve

(ii) ilgili vatandaş veya şirket, anlaşmazlığı, anlaşmazlığa taraf olan Tarafın adli veya idari mahkemelerine veya yetkili başka bir kazaî organları huzuruna getirmemiş olmalıdır.

ICSID'in 26. maddesi uyarınca âkit devlet, ICSID tahkimine başvurulmasının ön koşulu olarak yerel idarî ve adlî tüm çarelerin tüketilmiş olmasını isteyebilir. Bununla birlikte, yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşmalarda bu yönde hükümlere nadiren rastlanmaktadır. Daha ziyade, yatırımcının millî mahkemelere başvurmasından itibaren belirli bir sürenin geçmesine rağmen çözüm elde edilememesi hâlinde ICSID tahkimine başvurabileceği öngörülmektedir⁹. Türkiye'nin taraf olduğu bazı yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşmalarda bu yönde hükümlere rastlanmaktadır¹⁰.

b) Bu şekilde, Taraflardan herbiri, yatırım anlaşmazlığının, hakem marifetiyle çözülmesi için Merkeze başvurulmasına muvafakat etmektedir.

c) Bu gibi anlaşmazlıkların çözümlenmesi, Devletler ile Başka Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümlemesine İlişkin Konvansiyon hükümleri ve Merkezin "Tahkim Kuralları" çerçevesinde yapılacaktır."

Bu yöndeki örnek başka iki taraflı yatırım anlaşmazlıkları için bkz.:

Türkiye Cumhuriyeti ve Hollanda Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma (RG 8.9.1989-20276)

Türkiye Cumhuriyeti ve Bangladeş Halk Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma (RG 13.9.1989-20281)

Türkiye Cumhuriyeti ile İsviçre Konfederasyonu Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG 6.10.1989-20304)

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Belçika Lüksemburg Ekonomik Birliği Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma (RG 8.10.1989-20306)

9 Bkz.: **Bernardini**, s. 96.

10 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Romanya Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma (RG 16.7.1994-21992)'nin 6. maddesi:

"(2) Bir Akit Taraf ve diğer Akit Taraf yatırımcısı arasındaki, önceki Akit Tarafın ülkesindeki o yatırımcının yatırımı ile ilgili herhangi bir uyuşmazlık, uyuşmazlığın tarafları arasında mümkün olduğunca, dostça, danışma ve görüşmelerle çözümlenecektir.

(3) Eğer uyuşmazlık; çözümlenmesinin talep edildiği tarihten itibaren üç ay içinde danışma ve görüşmelerle çözümlenemezse, bir Akit taraf ile diğer Akit Tarafın yatırımcısının karşılıklı olarak üzerinde mutabık kalmış oldukları özel uyuşmazlık çözüm usulleri uyarınca çözümlenmesi için sunulabilecektir.

(4) Eğer uyuşmazlık yukarıda belirtilen yöntemlerle çözümlenemezse, ilgili yatırımcı uyuşmazlığı sulh ya da hakemlik için iç çarelerin tükenmesinden sonra ya da uyuşmazlık ilgili yatırımcı tarafından uyuşmazlığa taraf olan Akit Tarafın mahkemelerine sunulmuş olup da bir yıl dolduğu halde nihai karar alınmamışsa bu tarihten sonra herhangi bir zamanda Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezine götürme hakkına sahiptir.

Yine Türkiye Cumhuriyeti ile Türkmenistan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG 15.1.1995-22172)'nin VII. maddesi:

"2. Bu ihtilafların, yukarıda 1. paragrafta belirtilen yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde çözüme kavuşturulamaması hâlinde, yatırımcının ihtilaf konusunu ev sahibi Tarafın usul ve yasalarına göre adli mahkemesine götürmüş olması ve bir yıl içinde karar verilmemiş olması kaydıyla, söz konusu ihtilaf, yatırımcının kararına göre aşağıda belirtilen Uluslararası Yargı Makamlarına sunulabilir:

a) "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme" uyarınca kurulmuş Uluslararası Yatırım İhtilafları Çözüm Merkezi (ICSID) (her iki Taraf da bu Sözleşmeyi imzalamış ise);

Uyuşmazlığın diğer tarafı olan ICSID'e taraf devlet vatandaşı yatırımcının rızası ise ICSID tahkimine başvurmayı kabul ettiğini ev sahibi devlete yazılı olarak bildirmesiyle veya davacı olarak ICSID tahkimine başvurmasıyla gerçekleşmiş olacaktır. Yatırımcının, ev sahibi devletin ICSID tahkimine rıza gösterdiği sözleşmenin ya da yasal düzenlemenin yürürlüğe girdiği sırada söz konusu ev sahibi devlette yatırımcı olması gerekmez¹¹.

ICSID'in 36 (2) maddesi uyarınca "istem, anlaşmazlık konularını, tarafların tanıtımını, tarafların hakemlik ve arabuluculuk davasının açılma kurallarına uygun olarak hakemlik konusundaki rızalarını içeren belgeleri ihtiva edecektir."

Tenfiz

ICSID tahkiminde verilecek karar taraflar için bağlayıcıdır. ICSID, verilen hakem kararlarının icrası konusunda çok önemli ve etkin hükümler içermektedir. Sözleşme'nin 54. maddesi uyarınca, her üye ülke bu Sözleşme'ye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir. Sözleşme'ye taraf olan bir ülkenin sınırları içerisinde bu kararın tanınmasını ve yürütülmesini isteyen taraf, âkit devletin bu amaçla atayacağı mahkeme veya otoriteye Genel Sekreterce onaylanmış kararını verecektir.

Görüldüğü gibi, ICSID hakem kararına karşı tanıma veya tenfiz sırasında kararın niteliği veya taraflar arasındaki esas ilişki ile ilgili itirazlar ileri sürülemez. Yine Konvansiyon'un 54 (3) maddesi uyarınca, kararın icrası, icranın talep edildiği ülke hukukuna göre yapılacaktır.

Buna karşılık ICSID tahkimi dışındaki Ad hoc ve diğer kurumsal tahkim kararlarının, ev sahibi devlet ülkesinde icra edilebilmesi için ev sahibi devlet mahkemelerinin tenfiz kararı vermesi gerekir. Ev sahibi devlet mahkemeleri, tenfiz şartlarının mevcut olmadığı gerekçesine dayanarak hakem kararının tenfizini reddedebilir.

Aynı yönde bkz.: Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG 11.2.1995-22199)'nın VII. maddesi.
Türkiye Cumhuriyeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG 12.2.1995-22200)'nın VII. maddesi
Türkiye Cumhuriyeti ile Kırgızistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (RG 12.2.1995-22200)'nın VII. maddesi.

11 **Bernardini**, s. 94, 97.

Uygulanacak Hukuk

Yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların bir başka farklılığı, uygulanacak hukuk açısından ortaya çıkmaktadır. Konvansiyon'un 42. maddesine göre hakem heyeti, anlaşmazlığı, taraflarca üzerinde anlaşılan hukuk kurallarını çerçevesinde çözecektir. Anlaşma sağlanamıyorsa, bu durumda uyuşmazlığa taraf olan devletin hukuku uygulanacaktır. Uyuşmazlığın tarafı olan devletin hukuku uygulanırken, bu hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları da dikkate alınacaktır. Ayrıca, uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları da dikkate alınacaktır. Bununla beraber, taraflar kabul ederlerse uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına gidilmeden hakkaniyet kuralları çerçevesinde uyuşmazlık çözülebilir.

Devletler Arasındaki Yatırımların Korunması ve Teşviki Anlaşmaları Kapsamındaki Uyuşmazlıklar ve Yatırımla İlgili Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklar

Yukarıda da ifade edildiği gibi, taraflar sözleşmelerinde, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözüm yolunu belirleyebilir. Aynı anda yatırımcının mensubu olduğu devletle ev sahibi devlet arasında yürürlükte olan yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin bir anlaşmada da yatırım uyuşmazlıklarının ne şekilde çözümleneceğine ilişkin bir düzenleme olabilir.

Bu hâlde, sözleşmede ICSID tahkimi kararlaştırılmamış olmasına rağmen yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşmada ICSID tahkimi kararlaştırılmış olabilir.

Böyle bir durumda, sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm yöntemi kaydına rağmen yabancı yatırımcının ICSID tahkimine başvurmasının mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Yatırımla ilgili sözleşmede ICSID tahkimi dışında uyuşmazlıklarının çözüm yöntemi öngörülmüş olmasına rağmen yabancı yatırımcının yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşmada yer alan ICSID tahkim kaydına dayanarak ICSID tahkimine başvurabilmesi için uyuşmazlığın yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşma kapsamında bir uyuşmazlık olması gerekir.

Bir uyuşmazlığın yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşma kapsamındaki uyuşmazlık mı, yoksa sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık mı olduğunun belirlenmesinde en önemli ölçütlerden bir tanesi, uyuşmazlığın konusunu oluşturan talebin dayandığı haktır. Söz konusu ta-

lep, sözleşmeden doğan bir hakka dayanıyorsa, burada yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşma kapsamında bir uyuşmazlık değil, sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık olacaktır. Örneğin, iş sahibi tarafının devlet olduğu bir inşaat ilişkisinde yükleniciye ücretinin ödenmemesi veya fazladan yaptırılan işler için ek ücret ödenmesinin reddedilmesi gibi uyuşmazlıklar, yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşmaların kapsamına girmeyen ve sözleşmeden doğan uyuşmazlıklardır. Aynı şekilde, bir devlet veya devlet kurumunun taraf olduğu bir sözleşmede, yüklenicinin gecikmesi veya işi projeye uygun yapmaması sebebiyle sözleşmenin feshedilmesi durumunda da uyuşmazlık tamamen sözleşme ilişkisinden kaynaklandığı için, yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşmaların öngördüğü hukukî yollardan yararlanmak mümkün olmayacaktır.

Bununla beraber, aynı sözleşmenin tarafı olan yüklenicinin çalışma iznin iptal edilmesi, yatırma bedelsiz olarak ve gerçek değeri verilmeksizin el konulması veya şantiyenin silahlı kişilerce basılarak yüklenicinin ülke dışına çıkarılması gibi uyuşmazlıklar, yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşma kapsamında çözümlenecek uyuşmazlıklardır.

Yatırımların Korunmasına ve Karşılıklı Teşvikine İlişkin Anlaşmalara Dayanan ve Sözleşmeye Dayanan Hakların Yarışması

Yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşmalarda korunan haklar, içerikleri bakımından sözleşmelerde düzenlenen haklardan farklıdır.

Çok taraflı veya iki taraflı yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşmalarda, yabancı yatırımcıya, eşit işlem yapılması, yabancı yatırımcının ayırık işleme tabi tutulmayacağı; en çok gözetilen ulus olarak diğer devlet vatandaşlarına verilen haklardan yararlanacağı; ana sermaye ve kâr transferinde herhangi bir kısıtlamaya tâbi tutulmayacağı; âdil bir tazminat ödenmeksizin kamulaştırma veya el koyma gibi işlemlere maruz kalınmayacağı gibi haklar tanınmaktadır. Görüldüğü gibi bu haklar, genel olarak bütün yatırımcıların korunmasını amaçlayan, sadece belirli bir sözleşme için düzenlenmeyen ve genellikle tipik bir imtiyaz veya inşaat sözleşmesinde yer alan haklardan farklı haklardır.

Bununla beraber, yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşmalarda yer alan bu gibi haklardan bazılarının, taraflar arasındaki sözleşmede de yer verilmesi mümkündür. Örneğin, taraflar arasındaki bir imtiyaz veya inşaat sözleşmesinde de âdil bir tazminat olmaksızın kamulaştır-

ma veya el koyma yasağı öngören bir hüküm konulabilir. Böyle bir durumda, yatırımcı ister sözleşmeye, ister yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşmaya dayanarak dava açabilir. Bu durumda, talebin dayanağı âdil bir tazminat verilmeksizin yatırıma el konulması olsa da, yatırımcının tercihine göre, söz konusu talebin kaynağı sözleşme veya yatırımların korunmasına ve karşılıklı teşvikine ilişkin anlaşma olmak üzere farklı olacaktır¹².

Bazı uyuşmazlıklarda yatırımcı öncelikle, aynı uyuşmazlık için ICSID tahkimine mi yoksa diğer hukukî yollara mı başvurma konusunda değerlendirme yapmak zorunda kalabilir. Bu gibi durumlarda, uyuşmazlığın ICSID tahkimi kapsamında olup olmadığını belirlenmesi özel bir öneme sahiptir.

Bu problem uygulamada birçok ICSID tahkiminde ortaya çıkmış ve farklı hakem kararlarına konu olmuştur.

Bir İsviçre firması olan SGS firması ile Pakistan arasındaki uyuşmazlıkta, SGS, mallar yüklenmeden önce, Pakistan'dan yapılacak ihracatlar için gözetim hizmeti vermeyi üstlenmiştir. Söz konusu anlaşma, malların sınıflandırmasını daha doğru ve hızlı yapmayı ve böylece gümrük gelirlerini arttırmayı amaçlamıştır. Sözleşmenin 11.1 maddesinde sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların Pakistan Tahkim Kanunu uyarınca tahkim yolu ile Islamabad'da çözümlenmesi kararlaştırılmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmenin feshedilmesi üzerine SGS firması feshin haksız olduğunu belirterek, uğradığı zararı talep etmek üzere 12 Ocak 1998 tarihinde İsviçre (Cenevre) mahkemelerinde dava açmıştır. İsviçre mahkemelerinde 22 ay süren yargılamadan sonra, davalının tahkim itirazı kabul edilerek, İsviçre mahkemelerinin uyuşmazlıkta yetkili olmadığına karar verilmiştir.

2000 yılının Eylül ayında, Pakistan Hükümeti, Sözleşme'nin 11.1 maddesine dayanarak Pakistan'da SGS'ye karşı tahkim yolunu başlatmış ve hakem tayin etmesi için Pakistan Tahkim Kanunu'na uygun olarak Islamabad mahkemelerine müracaat etmiştir. Bundan yaklaşık 11 ay sonra, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak SGS, Pakistan aleyhine ICSID tahkim prosedürünü başlatmıştır.

ICSID tahkiminde Hakem Heyeti, uyuşmazlıkla ilgili olarak verdiği kararda, İsviçre firması SGS'nin taleplerinin taraflar arasındaki sözleşme uyarın-

12 **Cremades, B.M/Cairns, D.J.A:** "Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes", *Paralel State an Arbitral Procedures in International Arbitration*, Edited by Bernondo M. Cremdes and Julian D.M.Lew., Paris 2005, s. 13-77, s.15.

ca feshin haklı olup olmadığıyla ilgili olduğunu, başka bir deyişle uyuşmazlığın ve taleplerin tamamen taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanıp, İsviçre ve Pakistan arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunmasına ve Teşvikine İlişkin Anlaşma'ya dayanan bir uyuşmazlık olmadığını belirterek, yetkisiz olduğuna karar vermiştir¹³.

SGS firmasının aynı şekilde sözleşme yaptığı Filipinler ile olan başka bir uyuşmazlıkta ise Hakem Heyeti, SGS'nin Pakistan'a karşı açtığı davada görev alan Hakem Heyeti'nden daha farklı bir yaklaşım göstermiştir.

İsviçre ile Filipinler arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunmasına ve Teşvikine İlişkin Anlaşma'nın VIII. maddesi yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıklar için taraf devlet mahkemesine veya milletlerarası tahkime başvurulabileceğini düzenlemektedir. Ayrıca, SGS firmasının Filipin Hükümeti ile aynı içerikteki sözleşmesinin 12. maddesinde, uyuşmazlığın esasına Filipinler hukukunun uygulanacağı ve sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların münhasıran Makati veya Manila (Filipinler) Bölge Mahkemelelerinde çözümleneceği kararlaştırılmıştır.

Sözleşmeden doğan alacağının ödenmediğini ileri süren SGS firması, Yatırımların Karşılıklı Korunmasına ve Teşvikine İlişkin Anlaşma'daki ICSID tahkim kaydının, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan yetkili mahkeme kaydına rağmen uygulanacağını ve bu konuda yatırımcının seçim hakkının bulunduğunu ileri sürerek ICSID tahkimine başvurmuştur.

Davalı Filipinler, uyuşmazlığın sözleşmesel nitelikte olduğunu ve Yatırımların Karşılıklı Korunmasına ve Teşvikine İlişkin Anlaşma'dan kaynaklanan bir uyuşmazlık olmadığını belirterek, Hakem Heyeti'nin yetkisine itiraz etmiştir. Gerçekten Filipinler ve İsviçre arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunmasına ve Teşvikine İlişkin Anlaşma'nın VIII maddesinde "yatırımlar hakkındaki uyuşmazlıklar" düzenlenmiştir.

Hakem Heyeti konu ile ilgili olarak verdiği (çoğunluk) kararda, yatırımlar hakkındaki uyuşmazlıkların sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsadığını ifade etmiştir. Hakem Heyeti, SGS'nin sözleşme kapsamında icra ettiği işten doğan alacağının sözleşmeden kaynaklanan bir hak olduğunu ancak bu ödemenin yapılmamasının aynı zamanda Yatırımların Karşılıklı Korunmasına ve Teşvikine İlişkin Anlaşma'nın IV. maddesindeki âdil ve eşit işlem yapma borcunu da ihlal ettiğini ifade etmiştir.

13 www.worldbank.org/icsid/cases

Hakem Heyeti, Salini¹⁴ davasına atıf yaparak dava konusunu oluşturan talebin taraflar arasındaki sözleşmeye mi yoksa Yatırımların Karşılıklı Korunmasına ve Teşvikine İlişkin Anlaşma'nın VIII (2) maddesine dayanarak mı ileri sürüleceğinin davacının tercihi olduğunu vurgulamıştır.

Hakem Heyeti, kararında ICSID tahkiminde geçerli bir sözleşme olmaksızın ve sözleşme öncesi sorumluluğa dayanarak açılan davalarda, genellikle yetkisizliğe karar verildiğine dikkat çekmiştir. Hakem Heyeti'ne göre, taraflar arasında bir sözleşme bulunması ICSID tahkimine başvurulamayacağı anlamına gelmez. Bu sebeple, Filipinler ile İsviçre arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunmasına ve Teşvikine İlişkin Anlaşma'nın VII. maddesinde yer alan "yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklar" ifadesinin, ICSID tahkiminde gözetim sözleşmesiyle bağlantılı taleplerin ileri sürülmesine engel olmadığını belirtmiştir.

Hakemler, bu konuda olumlu bir sonuca vardıldıktan sonra, SGS ve Filipin Hükümeti arasındaki sözleşmenin 12. maddesinde yer alan yetkili mahkeme kaydının, uyuşmazlıkların çözümü açısından münhasır nitelik taşıdığı ve yetki kaydından feragat söz konusu olmadığı için, uyuşmazlık için ICSID tahkimine başvurulamayacağını ifade etmiştir. Bu sebeple, SGS firmasının ödeme miktarı veya sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri ile ilgili talepleri için, sözleşmenin 12. maddesi uyarınca münhasıran yetkili olan mahkemelere başvurması gerektiğine karar verilmiştir.

Sözleşmeye dayanan talepler ile yatırımların korunmasına ve teşvikine ilişkin anlaşmalardan kaynaklanan talepler arasındaki ilişkiyi gösteren bir başka ilginç dava Wena Otelleri davasıdır¹⁵. Söz konusu davada, merkezi İngiltere'de olan Wena Otelleri, Kahire ve Luxor şehirlerinde iki otelin kiralanması ile ilgili olarak, devlete ait olan EHC şirketi ile bir sözleşme yapmıştır. Tarafların karşılıklı olarak kira sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediğini iddia etmeleri üzerine uyuşmazlığın çözümlenmesi için Mısır'da (iç) tahkim yoluna başvurulmuştur. Yatırımcı, aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak, ancak tamamen farklı bir gerekçeyle, ICSID tahkimine de başvurulmuş ve Mısır Hükümeti'nin İngiltere ile yapmış olduğu Yatırımların Karşılıklı Korunmasına ve Teşvikine İlişkin Anlaşma'yı ihlal ederek, Wena'ya eşit davranma ve yatırımların koruması borcunu yerine getirmediğini ileri sürmüştür. Ayrıca, Mısır Hükümeti'nin haksız bir şekilde yatırımı kamulaştırdığını iddia etmiştir. Yapılan yargılama sonunda Hakem

14 Salini costruttori SpA v. Kingdom of Morocco. Bkz. www.worldbank.org/icsid/cases

15 Wena davasının değerlendirilmesi için bkz. **El-Kosheri, A:** *Contractual Claims and Treaty Claims within the ICSID Arbitration System*, Paralel State an Arbitral Procedures in International Arbitration, Edited by Bernondo M. Cremdes and Julian D.M.Lew., s.58 vd.

Heyeti, Mısır'ın Yatırımların Karşılıklı Korunmasına ve Teşvikine İlişkin Anlaşma'ya aykırı davrandığına karar vermiştir. Mısır Hükümeti'nin, karara karşı, ICSID'in 52. maddesi uyarınca kararın Komite tarafından iptal edilmesi talebiyle Genel Sekterliğe başvurması üzerine, Komite, kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID tahkiminde ele alınan uyuşmazlıktan farklı olduğu hususunu açıklığa kavuşturmuştur. Komite, tarafların kira sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçlarının ICSID tahkimi ile ilgisinin olmadığını belirtmiştir. Hakemler, kira sözleşmesinden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerle bir ilgisi olmaksızın, Wena'nın kamulaştırma sebebiyle yatırımını kaybettiğini ifade etmişlerdir. Hakem kararında, kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar hariç tutularak, yatırımın korunması ile ilgili konular hakkında karar verilmiştir.

Bu tartışmanın en yoğun olarak yaşandığı uyuşmazlıklardan birisi, *Vivendi Davası* olarak anılan ICSID hakem kararıdır¹⁶. Söz konusu uyuşmazlıkta Fransız yatırımcı, Arjantin'deki yatırımı ile ilgili uyuşmazlığı için Fransa ile Arjantin arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunmasına ve Teşvikine İlişkin Anlaşma'nın ihlâli sebebine dayanarak ICSID tahkimine müracaat etmiştir. Davacı Fransız yatırımcı, Arjantin'in, Fransa ve Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen eşit ve hakkaniyetli işlem yapma ve yatırımların güvenliğinin korunması yükümlülüğünü ihlâl ettiğini iddia etmiştir. Davacı Fransız şirketi Arjantin'in Tucuman bölgesinde otuz yıl süreli bir imtiyaz sözleşmesi yapmış ve bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların Tucuman İdare Mahkemeleri'nde çözümlenmesi kararlaştırılmıştır. Fransa ve Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşması ise yatırımcıya ICSID tahkimine başvurma hakkı vermektedir.

Davacı yatırımcı, davasını, idarenin yatırımcıya karşı olan davranışlarına dayandırmıştır. Davacının iddiaları, özetle, idarenin imtiyaz sözleşmesine müdahale etmesi, fiyat tarifelerini indirmesi, idarî yetkilerini kötüye kullanarak yatırımcı aleyhine düzenlemeler yapması vakıalarına dayanmıştır. Hakem kararında, taraflar arasındaki imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların münhasıran Tucuman İdare Mahkemeleri'nde çözümlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Hakem Heyeti kararında, uyuşmazlıkla ilgili sorumluluğun ve bütün taleplerin, imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan borçların ifa edilip edilmemesiyle ilgili olduğunu belirterek, tarafların imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için Tucuman İdare Mahkemelerinin yetkili olduğunu kararlaştırdıklarını ifade etmiştir.

Karara karşı, ICSID'in 52. maddesi uyarınca kararın Komite tarafından ip-

16 *Compania de Aguas del Aconquija S.A and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (ICSID No. Arb/97/3)

tal edilmesi talebiyle Genel Sekterliğe başvurulmuş ve başvuru kabul edilerek söz konusu hakem kararı Komite tarafından iptal edilmiştir.

İptal kararında, ikili yatırım anlaşması uyarınca, yatırımcıya eşit-hakkaniyetli işlem yapma borcunun ihlâl edilip edilmediğinin belirlenebilmesi için imtiyaz sözleşmesinin ilgili hükümlerinin dikkate alınmasının, uyuşmazlığın imtiyaz sözleşmesinden doğduğu anlamına gelmediği ve bu sebeple, söz konusu uyuşmazlık için Tucuman İdare Mahkemeleri'nin yetkili olduğuna karar verilmesinin doğru olmadığına karar verilmiştir.

Karara göre, ikili yatırım anlaşmasından kaynaklanan yükümlülükler ve taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlâl edilip edilmediği birbirinden farklı sorunlardır ve bu konulardan her biri, kendi tabii olduğu hukuka göre çözümlenecektir. Somut olayda Komite, söz konusu uyuşmazlığın sadece sözleşme ve idare hukukundan kaynaklanan taleplere ilişkin olmadığı ve davacının taleplerinin Fransa ile Arjantin arasındaki Yatırımların Karşılıklı Korunmasına ve Teşvikine İlişkin Anlaşma'nın 3 ve 5. maddelerinin ihlaline dayandığını belirterek, ICSID tahkimine başvurulabileceğini belirtmiştir¹⁷.

Enron Corporation & Ponderosa Assets, L.P'nin Arjantin'e karşı açtığı bir başka ICSID davasında, Hakem Heyeti, taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı davranılması sebebiyle yerel mahkemeye başvurulması imkânı bulunmasının, yatırımların karşılıklı korunmasına ve teşvikine ilişkin anlaşmaya aykırılık dolayısıyla ICSID tahkimine başvurma hakkının ortadan kaldırmadığına karar vermiştir¹⁸.

Bir İngiliz firması olan Joy Mining Machinery Limited tarafından Mısır'a karşı açılan bir başka ICSID tahkimi davasında¹⁹ da, uyuşmazlıkların sözleşmesel nitelikli mi yoksa yatırımdan kaynaklanan bir uyuşmazlık mı olduğu tartışılmıştır. Davalı Mısır Arap Cumhuriyeti, talep konusunun, teminat mektuplarının ve ilgili diğer garantilerin iadesi olduğunu belirterek, taraflar arasındaki sözleşmeye dayandığını ileri sürmüştü ve Hakemlerin yetkisine itiraz etmiştir. Hakem kararında, her sözleşme ve yatırım anlaşmasının ayrı ayrı ele alınmasının gerektiği vurgulandıktan sonra, genel prensip olarak ticarî nitelikli uyuşmazlıklar ile devletin müdahalesinin söz konusu olduğu yatırım uyuşmazlıkları arasında ayırım yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Hakem Heyeti, banka teminat mektuplarının iade edilmemesinin ticarî ni-

17 İptal kararı için bkz. 3.7.2002, 41 ILM 1135.

18 Enron Corporation & Ponderosa Assets, L.P v. The Argentina Republic, 14.1.2004, ICSID No. ARB/01/3.

19 Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt, ICSID No. ARB/03/11.

telikli bir uyuşmazlık olup, yatırım anlaşmasına aykırı bir davranış olarak nitelendirilmesinin çok zor olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak, Hakem Heyeti, uyuşmazlığın yatırım anlaşmasına aykırılıktan değil, taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılıktan kaynaklandığı sonucuna vararak yetkisiz olduğuna karar vermiştir.

Sonuç

ICSID tahkiminde çözümlenecek uyuşmazlıkların yatırımdan kaynaklanması gerekmektedir. Sözleşmenin diğer tarafının devlet olduğu durumlarda, yatırımcının ev sahibi devlete karşı ileri süreceği taleplerin sözleşmeye mi yoksa yatırımların korunmasına ve teşvikine ilişkin anlaşmaya mı dayandığı sorunu, ICSID tahkimine başvurabilmek açısından oldukça önemlidir. Zira yatırımcının ev sahibi devletle yaptığı sözleşmeden kaynaklanan talepleri, söz konusu sözleşmede belirtilen yöntemle çözülecektir. Buna karşılık, sözleşmesel olmayan ve yatırımların korunmasına ve teşvikine ilişkin anlaşmalara dayanan talepler için ICSID tahkimine başvurmak mümkündür.

Bazı durumlarda ev sahibi devlete karşı ileri sürülebilecek talepler yatırımların korunmasına ve teşvikine ilişkin anlaşmaya dayanmakla birlikte, ev sahibi devletle yapılan sözleşmenin de kapsamına girebilir. Örneğin, yatırımcıya yerli firmalara nazaran daha fazla gümrük veya vergi yükü getirilmeyeceği yatırım anlaşmalarının yanı sıra, taraflar arasındaki imtiyaz sözleşmesinde de belirtilebilir. Yatırımların korunmasına ve teşvikine ilişkin anlaşmalar çerçevesinde korunan bir hakkın, aynı zamanda taraflar arasındaki sözleşmede da garanti edilmesi, uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanıyor olması niteliğine zarar vermez ve böyle bir durumda yatırımcının ICSID tahkimine başvurabilmesi gerekmektedir.

Yatırımcının ICSID tahkimine başvurabilmesi için, milletlerarası hukuk kurallarına bir aykırılığın olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, davacının talebinin sözleşmeye değil, fakat ev sahibi devlet ile yatırımcının devleti arasındaki yatırımların korunmasına ve teşvikine ilişkin anlaşmaya aykırılığa dayanması gerekmektedir. Davacının talebinin yatırımların korunmasına ve teşvikine ilişkin anlaşmaya aykırılığa dayanmakla birlikte, söz konusu talep aynı zamanda sözleşme kapsamındaki bir borca aykırılık olarak da değerlendirilmesi, ICSID tahkimine başvurma hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Eğer yatırımcı, yatırımların korunmasına ve teşvikine ilişkin anlaşmaya aykırılık gerekçesine dayanarak ICSID tahkimine başvurursa, sözleşmenin de aynı hakkı koruyor olması, uyuşmazlık için ICSID tahkimine başvurmayı engellemeyecektir.

MEDENÎ USÛL HUKUKU'NDA GÖREV KURALLARININ ZAMAN İTİBARIYLA UYGULANMASI

*Prof.Dr.Hakan PEKCANITEZ**

I. Problemin Sunuluşu

Usûl hükümlerinin zaman itibariyle uygulanmasının, medenî usûl hukukunda oldukça önemli olmasına karşılık, bu konuya doktrinde gereken önem bugüne kadar gösterilmemiştir. Nitekim, bu konuda hukukumuzda herhangi bir makale veya monografi çalışması yoktur. Alman Hukuku'nda da yakın zamana kadar, birkaç çalışma dışında, bu konu aktüel ve etraflıca incelenmiş değildir¹. Ancak, usûl hükümlerinin sıkça değiştirilmesi, bu hükümlerin zaman itibariyle uygulanmasında tereddütlerin doğmasına, tartışma yapılmasına ve hatta anayasaya aykırılık iddialarının ileri sürülmesine yol açmıştır. Son yıllarda, Alman Hukuku'nda Anayasa Mahkemesi'nin kararlarıyla bu konu aktüel hale gelmiş ve çeşitli makale ve hatta monografiler yazılmaya başlanmıştır².

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 **Pieroth**, Rückwirkung und Übergangsrecht, Berlin 1981; s.226 dn.75; Pollinger, A., Intertemporale Zivilprozessrecht, München 1988, s.2.

2 **Bauer**, H., Neue Tendenzen in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Rückwirkungsverbot, NVwZ 1984 Heft 4 4, s.220 vd.; **Putzo**, Aktuelle Aenderungen des Zivilprozessrechts zum 1.1.1975, NJW 1975 Heft 5 s.185 vd.; **Bettermann**, Die Einwirkung der Waehrungsreform auf schwebende Prozess, insbesondere auf die Zulaessigkeit von Rechtsmitteln, NJW 1947/48, Heft 12, S.447 vd.; **Fiedler**, J., Neuorientierung der Verfassungsrechtsprechung zum Rückwirkungsverbot und zum Vertrauensschutz? NJW 1988 Heft 27, s.1624 vd.; **Habscheid**, Urteilswirkungen und Gesetzesänderungen, Eine rechtsvergleichende Studie, ZfP 78 Band, Heft 6, s.4001 vd.; **Muckel**, S. Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, Berlin; **Sieg**, K. Die Einwirkung von Aenderungen zivilprozessualer Normen auf schwebende Verfahren, ZfP 65, 249; **Schoch**, S., Das intertemporale Zivilprozessrecht, Diss, Zürich 1959. Bu konu ders kitapları ve şerhlerde de oldukça kısa biçimde incelenmişti. Örneğin bu görüşte, **Pollinger**, A., Intertemporales Zivilprozessrecht, München 1988, s.3).

Usûl hükümlerinin zaman itibariyle uygulanması hakkında, hukukumuzda bugüne kadar tartışma yapılmamasının bir nedeni, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz'un pek çok kez değiştirilmesine rağmen, her değişiklikte yeni hükümlerin yürürlüğü hakkında açık düzenlemelerin yer almasıdır. Zira, yeni değiştirilen hükümlerin ne zaman yürürlüğe gireceği hakkında açık bir hüküm yer alıyorsa, uygulamada bu konuda önemli sorun yaşanmamaktadır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ile ilgili yapılan bazı değişikliklerde, yürürlük maddelerinin yer almaması üzerine uygulamada tereddütler oluşmuşsa da, bu tereddütler bugüne kadar Yargıtay'ın belli kararlarıyla doldurulmaya çalışılmıştır. Yargıtay'ın bu kararları da doktrinde değerlendirilmemiştir.

Medeni usûl hükümlerinin zaman itibariyle uygulanması hakkında, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz'un 578. maddesinde genel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hükme göre,

“İşbu kanun müktesep hakları ihlal etmemek şartıyla makabline şamildir.”

Bu hükümde, müktesep hak ile neyin kastedildiği ve yeni usûl hükümlerinin geçmişe etkisinden ne anlaşılacağı son derece önemlidir. Bununla beraber, medeni usûl hukukunda usûl hükümlerinin zaman itibariyle uygulanması konusunda genel bir değerlendirme yapmak yerine, her kurumla ilgili değişiklik hükmünün ayrı olarak ele alınması gerekir³. Çünkü, zaman itibariyle uygulama denildiğinde, deliller hakkındaki zaman itibariyle uygulama ile kanun yoluna ilişkin değişiklikler hakkında varılacak sonuçlar farklı olabilecektir⁴. Bu incelememizde özellikle, görev kurallarıyla ilgili getirilen yeni usûl hükümlerinin zaman itibariyle uygulanmasıyla ilgili Yargıtay kararlarını ve doktrini değerlendirmeye çalışacağız.

Yeni kanun hükümleriyle görev konusunda getirilen yeni hüküm, iki yönde olabilir: Birinci olarak, görevli mahkemelerin miktar veya değerindeki değişikliklerin, genellikle artışların, görülmekte olan davalara etkisinin ne olacağıdır. Bu yönde, sulh hukuk mahkemelerinin görevine ilişkin olarak değişiklikler yapılmış ve enflasyon nedeniyle sulh hukuk mahkemesinin görevine giren davalarda görev sınırı zaman zaman arttırılmıştır. Diğer bir değişiklik ise, yeni bir özel mahkemenin kurulması halinde, görülmekte olan davalara bu düzenlemenin etkisinin nasıl olacağıdır. Örneğin, tüketici mahke-

Bir taraftan, kanun hükümlerinin zaman içinde değişmesi zorunluluğu diğer taraftan, anayasada güvence altına alınmış olan güven ilkesi, karşılıklı olarak çözümü gereken sorunu ortaya çıkarmaktadır.

3 Bu yönde **Pollinger**, s. 14 vd.

4 Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. **Pollinger**, s.32 vd.

meleri, aile mahkemeleri veya deniz ihtisas mahkemeleri kurulduğunda, bu özel mahkemelerle ilgili görev konusundaki yeni hükümlerin zaman itibariyle uygulanması nasıl olacaktır? Bu mahkemelerin kurulmasıyla ilgili kanunda açık bir yürürlük maddesi konulmuşsa, bu konuda bir tereddüt yaşanmayacaktır. Bu yürürlük maddesine göre, bu davalara açıldığı zaman görevli olan mahkemelerde devam edilecek veya görevsizlik kararı verilerek, yeni kurulan mahkemelere bu davalar gönderilecektir. Buna karşılık, özel mahkemelerin kurulmasına ilişkin kanunlarda yürürlük maddesi bulunmuyorsa, yeni hükümlerinin zaman itibariyle uygulanması nasıl olacaktır?

II. Miktar veya Değer Bakımından Görev Sınırını Genişleten Yeni Hükümün Görülmekte Olan Davalara Uygulanması

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun görev sınırını değiştiren yeni kanun hükümlerinin zaman itibariyle uygulanması konusunda gerek doktrinde, gerekse Yargıtay kararlarında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır⁵. Bu konuda, yeni hükümlerin kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanması kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile, yürürlükte bulunan kanun hükmüne göre doğru olarak görevli mahkemede dava açılması halinde, daha sonra yürürlüğe giren ve görev sınırını değiştiren hüküm etkili olmayacaktır. Bu durumda, yeni kanun hükümlerinin geçmişe etkili olmayacağını, zaman itibariyle, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalara uygulanacağını söyleyebiliriz.

Yargıtay 2494 sayılı Kanun'la mahkemelerin görev sınırının değiştirilmesine ilişkin hükümün, yürürlük tarihinden itibaren uygulanacağını, görülmekte olan davalara bir etkisinin olmayacağını açıklamıştır. Yürürlükte bulunan hükme göre görevli mahkemede dava açılmışsa, daha sonra görevle ilgili yeni kanun hükmünün görülmekte olan davalara etkisinin olmayacağını ifade etmiştir. Böylelikle, Yargıtay'ın görev sınırının değiştirilmesi halinde yeni kanun hükümlerinin geçmişe etkili olmadığını, sadece kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda geçerli olduğunu kabul ettiğini söyleyebiliriz. Örneğin:

“2494 sayılı Yasanın geçici maddesiyle bu Yasanın yürürlüğünden, diğer deyişle 18.8.1981'den sonra açılacak davalarda uygulanacağı kuralı benimsenmiş ve izleyen fıkralarda elde bulunan davalara uygulanacak maddeler tek tek açıklanmıştır. Onlar arasında HUMK'nun 8. maddesi yoktur. Gerçi e bendinde 7. maddeden söz edilmiştir. Ne var ki, o maddedeki değişiklik davanın her aşamasında görevsizliğe karar verileceği ve görevsizlik kararının duruş-

5 **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 1, İstanbul 1997, s. 311 ; **Pekcanitez/Atalay/Özeker**, Medenî Usûl Hukuku, 5. Bası, Ankara 2006, s. 47 vd.

masız da verilebileceği yolundaki ilkelerin yasal açıklığa kavuşturulmasına ilişkindir. **Bu yoldaki bir değişikliğin, asliye mahkemesinde zamanında yürürlükte bulunan 8. maddeye uygun olarak açılmış bir davanın sulh mahkemesine gönderilmesi gerektiği biçiminde anlaşılmasına olanak yoktur.** Değişiklik öneri, tasarı ve gerekçesinde de anılan yoldaki yoruma elverişlilik biçiminde belirti bulunmamaktadır. Öyleyse dava yürütülüp sonuçlandırılmalıdır.”⁶.

“HUMK’nun 2494 sayılı Kanunla değişik 8. maddesi hükmü, bu kanunun geçici maddesinin birinci fıkrası gereğince kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanabilir. O halde belirtilen açıklık karşısında 2494 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce doğru olarak görevli asliye hukuk mahkemesinde açılan dava dosyasının, sonradan miktar veya değer bakımından görev sınırı genişletilen sulh hukuk mahkemesine devrine olanak yoktur. **Görevle ilgili hiçbir maddenin yürürlük tarihi sözü edilen geçici madde ile belirlenmediğinden görev sorununun kamu düzenine ilişkin bulunduğu ve geriye doğru yürüyeceği kuralı uygulanmaz.**”⁷.

“HUMK’nun bazı maddelerini değiştiren ve kanuna yeni maddeler eklenmesini öngören 2494 sayılı Kanun, 18 Temmuz 1981 tarihinde yayınlanmış ve yürürlüğü geçici maddede açıklanmıştır. Bu geçici maddenin birinci fıkrasında HUMK’nun bu kanunla değiştirilen hükümlerin kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına değinilip istisnaları müteakip fıkralarda belirlenmiştir. İstisnaya ilişkin fıkralarda 8. maddeye yer verilmemiş ve maddenin e bendinde 8. madde gösterilmemiştir. Bu itibarla **dava tarihinden sonra vaki değişikliğin iş bu davadaki göreve etki yaratmayacağı nazara alınmak, işin esası incelenip karar verilmek gerekirken** mahkemece bundan zuhul ve aksine düşüncelerle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.”⁸.

Görüldüğü gibi, yürürlük maddeleri içinde açıkça bir düzenleme yer almakla beraber, Yargıtay yeni kanun ile bir mahkemenin görevine ilişkin miktar ve değerle ilgili değişikliklerin, bu kanun hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra uygulanmasını kabul etmiştir.

Yargıtay, görevsiz mahkemede bir davanın açılmasından sonra yürürlüğe giren yeni bir kanun ile mahkemenin görevli hale gelmesi halinde ise, görevsiz mahkemenin görevli hale gelmesi nedeniyle, bundan sonra görevsizlik kararı verilemeyeceği görüşündedir.

6 4. HD. 20.10.1982, 8399/9142(YKD 1983/3, s.348-349).

7 4. HD. 20.5.1982, 5071/5154(YKD 1982/9, s.1254).

8 8. HD. 11.11.1981, 11278/11005(YKD 1982/1, s.53-54).

“Dava dilekçesinde gösterilen miktara, iddiaya göre satış sırasında ödenmesi gereken tapu harcının da eklenmesi durumunda bulunacak dava değeri nazara alındığında davaya bakmada asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Özel dairenin bu yöne değinen bozma kararı yerindedir. Ancak HUMK'na 5156 sayılı Yasa ile eklenmiş olan Ek Madde 2 uyarınca sulh mahkemelerinin dava değeri itibariyle görevi, bozma karardan sonra, 1.1.1990 gününde dört kat yükseltilmiştir. Bu durumda olayda tapu harcının ilavesi suretiyle de olsa davaya bakmanın miktar olarak sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği aşikârdır. O halde göreve ilişkin direnme kararı bu nedenle doğru olup, işin esasının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.”⁹.

14.07.2004 tarih ve 5219 sayılı Kanun'un 2, A, a hükmü ile, 21.07.2004 tarihinden itibaren bu parasal sınır beş milyar liraya yükseltilmiştir; Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na 26.09.2004 tarih ve 5236 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile eklenen Ek 4 uyarınca, her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığı'nca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılması gerekmektedir. Nitekim, görevle ilgili bu parasal sınır 2006 yılı için 5490 liraya, 2007 için 5910 liraya yükselmiştir. Görevle ilgili bu parasal artışlar, o yıl başından sonra açılacak davalar için geçerli olacaktır. Buna karşılık, açılmış ve görülmekte olan davalar için bu değişiklikler etkili olmayacaktır.

Alman Hukuku'nda da bir mahkemenin göreviyle ilgili miktar veya değer değiştirilmesi halinde, yeni hükmün açılmış ve görülmekte olan davalara bir etkisinin olmadığı kabul edilmektedir. Böyle bir durumda, görevle ilgili yeni hüküm yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacaktır¹⁰. Avusturya Hukuku'nda da yeni kanun hükümlerinin yürürlüğü hakkında bir düzenleme bulunmaması halinde, yeni hükümlerin kanunun yürürlüğe girmesinden sonra uygulanacağı kabul edilmektedir¹¹.

III. Yeni Kurulan Özel Mahkemelerle İlgili Hükümlerin Zaman İtibariyle Uygulanması

Mahkemelerin göreviyle ilgili yeni kanun hükümlerinin zaman itibariyle uygulanması, özel mahkemelerin kurulmasıyla da söz konusu olabilmektedir.

9 6. HD. 5.10.1989, 12529/14367; Aynı yönde HGK 7.3.1990, 6-103-168(İKİD 1999/466, s.14430/14431).

10 Pollinger, s.41 vd.

11 Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 1. Band, Wien 2000, Einleitung, Rz.112.

Genel mahkemede açılmış ve görülmekte olan bir dava sırasında, bir özel mahkeme kurulursa, görülmekte olan davada kanun hükümlerinin zaman itibariyle uygulanması nasıl olacaktır? Bu soru, hukukumuzda, özellikle Yargıtay kararlarında, farklı şekilde değerlendirilmektedir. Yargıtay kararlarına geçmeden önce ilk olarak, son yıllarda kurulan özel mahkemelerle ilgili uygulamayı değerlendirmek istiyoruz.

A) Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemeleri Bakımından Zaman itibariyle Uygulama

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (m.146), 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (m.58), 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (m.30), 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (m.71) ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (m.76), bu Kanun ve Kanun Hükmünde Kararname'lerde düzenlenen hukukî ilişkilerden doğan davalarda görevli mahkemenin Adalet Bakanlığı tarafından kurulacak ihtisas mahkemeleri olduğu kabul edilmiştir. İhtisas mahkemeleri kurulup yargılama faaliyetlerine başlayıncaya kadar ise, asliye hukuk mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevrelerinin neresi olacağı, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirleneceği öngörülmüştür. Söz konusu kanun ve kanun hükmünde kararnamelerden hiçbirisi, yeni kurulacak ihtisas mahkemesinin görülmekte olan davalara da bakıp bakmayacağı hususunda bir açıklık içermemektedir.

Neticede, İstanbul'da fikrî ve sınaî haklar mahkemesi kurulmuş ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, 25.1.2001 tarih ve 59 sayılı kararıyla (RG 1.2.2001), fikrî ve sınaî haklarla ilgili ihtilaflara bakmak üzere kurulan ve faaliyete geçirilen İstanbul Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesi'nin yargı alanı, İstanbul ili mülkî hudutları olarak tespit edilmiş ve bu tarihten sonra açılan davalar da bu mahkemede görülmeye başlanmıştır. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 25.1.2001 tarih ve 59 sayılı kararıyla fikrî ve sınaî haklar mahkemesi kurulduktan sonra da, asliye ticaret mahkemelerinin görevsizlik kararı vermek yerine görülmekte olan davaları karara bağladıkları tespit edilmektedir. Bundan daha da önemli olan husus ise, asliye ticaret mahkemeleri tarafından görülen ve fikrî ve sınaî haklar mahkemesi kurulduktan sonra karara bağlanan bu davalar hakkında, Yargıtay'ın bazı kararlarında görevsizlik kararı vermemesidir. Örneğin, İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde görülen (1413 E./ 1471 K.) ve konusu "haksız şekilde kullanılan markanın terkinini" olan (556 sayılı KHK.m. 8/3.a.b ve 42/7-1) dava, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından incelenmiş ve neticede, "görev" dışındaki

sebeplerden dolayı 28.6.2001 tarihinde bozulmuştur¹². Bir başka olayda ise, İstanbul Asliye 6. Ticaret Mahkemesi'nin "davalı şirketin dava konusu marka ve logoyu 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 8/3.a.b ve 42/7-1 ile TTK'nın 57. maddelerine aykırı olarak tescil ettirdiği gerekçesiyle, davalı adına tescilli marka ve logosunun sicilden terkinin ile muarazanın önlenmesi" davası hakkında verdiği karar (E. 2337/K.1048), "görev" meselesinden hiç söz edilmeksizin başka nedenlerle bozulmuş ve yine, İstanbul Asliye 6. Ticaret Mahkemesi'ne gönderilmiştir¹³. Dikkat edilirse, her iki bozma kararının verildiği tarihte de fikrî ve sınai haklar mahkemesi faaliyettedir. Somut olayda bozma kararı veren Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, sözü geçen davalarda kararı "görev yönünden bozmamış" ve dava dosyasını kararı veren asliye ticaret mahkemesine gönderme yolunu tercih etmiştir.

Buna karşılık, Yargıtay diğer kararlarında yeni kurulan fikrî ve sınai haklar mahkemesinin görevine giren davalar hakkında görevsizlik kararı verilmesine karar vermiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bu görüşüne gerekçe olarak, görevin kamu düzenine ilişkin olmasını göstermiştir. Örneğin:

"1-Dava, Fikir ve Sanat eserleri Kanunu'na dayanılarak telif haklarının ihlali nedeniyle açılan maddi tazminatın tahsili istemine ilişkindir.

4.4.2001 gün ve 24363 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 26.3.2001 tarih ve 335 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararı uyarınca 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4630 sayılı Kanun'la değişik 76ncı maddesi gereğince bu kanun'un düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davalarda dava konusunun miktarına bakılmaksızın görevli ve yetkili mahkeme olarak, İstanbul ilinde Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi bu kanundan kaynaklanan hukuk davaları için ihtisas mahkemesi olarak belirlenmesi ve yargı çevresinin İstanbul ili mülki hudutları olarak tespit edilmesine karar verilmiştir.

Anılan karar uyarınca mahkeme bu davaya bakmaya görevli olmaktan çıkarılmıştır. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında re'sen gözönüne alınması gereken hususlardandır. Şu halde, mahkeme davaya bakmaya görevli bulunmadığından kararın sırf bu nedenle bozulması gerekmiştir.

*2-Bozma neden ve kapsamına göre, davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir."*¹⁴.

12 Bkz. Yargıtay 11. HD, E.4176/K.5876, www.yargitay.gov.tr/emsalarama.

13 Yargıtay 11. HD'nin 9.10.2001 tarihli kararı, E. 5673/K.7613, bkz. www.yargitay.gov.tr/emsalarama

14 11. H.D. 9.4.2002, 584/3326(Kazancı İçtihat Bankası).

Görüldüğü gibi, Yargıtay zaman itibariyle uygulama bakımından bazı kararlarında, görülmekte olan davalarda yeni kurulan fikrî ve sınaî haklar mahkemesinin görevli olmasına karar vermemiş; bazı kararlarında ise, görülmekte olan davalar bakımından görevsizlik kararı verilerek, dosyanın fikrî ve sınaî haklar mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

B) Aile Mahkemeleri Bakımından Zaman itibariyle Uygulama

Yeni kurulan bir ihtisas mahkemesinin derdest davalara bakıp bakmayacağı hususunda, kanunda açık bir düzenlemeye yer verip vermemek kanun koyucunun tercihidir. Fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesi bakımından, bu konuyla ilgili herhangi bir düzenleme getirilmemiş ve çözüm uygulamaya bırakılmıştır. Buna karşılık, aile mahkemeleri açısından durum farklıdır.

4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 2/2. maddesinde: “.. *Aile mahkemesi kurulamayan yerlerde bu Kanun kapsamına giren dâva ve işlere, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemelerinde bakılacağı...*” kabul edilmiştir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ise, 8.7.2003 tarihli 331 sayılı kararı ile, aile mahkemesi kurulmayan yerlerde aile mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere hâlen bu davalara bakmakta olan asliye hukuk mahkemelerinde bakılmaya devam olunacağına karar vermiştir. Aile mahkemelerinin görev alanına girmekle birlikte, hâlihazırda asliye hukuk mahkemelerinde görülmekte olan davaların durumunun ne olacağı ise, aynı Kanun'un geçici 1. maddesinde, “*Aile mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemeler faaliyete geçtiğinde, yargı çevresi içerisinde ve görev alanına giren sonuçlanmamış dâva ve işler, yetkili ve görevli aile mahkemesine devredilir.*” hükmüne yer verilerek açıklığa kavuşturulmuştur.

Görüldüğü gibi, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'a geçici bir madde konularak, asliye hukuk mahkemelerinde görülmekte olan davaların yetkili ve görevli aile mahkemelerine devredileceği açıkça düzenlenmiştir. Kanun koyucu böylece, bu konudaki iradesini açıkça ortaya koymuştur. Yargıtay da sözü geçen geçici maddeye uygun şekilde, asliye mahkemelerinde görülmekte olan ve aile mahkemelerinin görevine giren davaların, ihtisas mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

Yargıtay'ın bu konudaki bir kararı şöyledir: “*4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 4/1 maddesi; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere (MK. md. 118-395, 5133 S.K.md.2-3) kaynaklanan bütün davaların Aile Mah-*

kemesinde bakılacağını, geçici l. maddesi de; sonuçlanmamış davaların yetkili ve görevli aile mahkemesine devredileceğini hükme bağlamıştır.

4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 4/1 maddesi; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabından (MK. md. 118-494) kaynaklanan bütün davaların Aile Mahkemesinde bakılacağını, geçici l. maddesi de; sonuçlanmamış davaların yetkili ve görevli aile mahkemesine devredileceğini hükme bağlamıştır. Dava boşanmaya ilişkindir. (MK. md. 166) Medeni Kanununun ikinci kitabında yer almaktadır. 8.7.2003 tarihinde A da aile mahkemesi kurulmuş ve faaliyete geçmiştir. Karar ise daha sonra 16.09.2003'te verilmiştir. Bu açıklama karşısında davanın aile mahkemesine devredilmesi gerekirken işin esası hakkında hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”¹⁵.

Bütün bunlardan anlaşılacağı üzere, aile mahkemelerinin görev alanına girip de, hâlihazırda asliye hukuk mahkemelerinde görülmekte olan davaların durumunun ne olacağı, kanun koyucunun açık düzenlemesiyle çözüme kavuşturulmuştur.

C) Bölge Adliye Mahkemeleri Bakımından Zaman itibariyle Uygulama

Bilindiği gibi, 5235 sayılı Kanun'la bölgelerin coğrafi konumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun onayıyla Adalet Bakanlığı tarafından bölge adliye mahkemelerinin kurulması kabul edilmiştir. Bu mahkemeler, 1.4.2007 tarihinde kurulmaları öngörülmemişse de, henüz faaliyete geçmemişlerdir. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasıyla birlikte akla gelecek sorulardan birisi de, Yargıtay'da incelenmekte olan davaların durumunun ne olacağıdır. Bu soru, 5235 sayılı Kanun'a konulan geçici bir maddeyle cevaplandırılmıştır. 5236 sayılı Kanun'un geçici 1.maddesinin 1. fıkrasında: “*Yargıtay'da incelenmekte bulunan ve henüz karara bağlanmamış olan davalar Bölge Adliye Mahkemelerine gönderilir.*” denilirken, aynı maddenin 2. fıkrasında ise, “*Yargıtay hukuk daireleri ve Hukuk Genel Kurulu tarafından karara bağlanmış dava dosyaları bakımından bu Kanunun istinaf yoluna ilişkin hükümleri uygulanmaz.*” ifadesine yer verilmiştir. Bu hükümle, bölge adliye mahkemelerinin derdest davalarından, sadece Yargıtay tarafından karara bağlanmamış olanlar hakkında yargılama yapabileceği kabul edilmiş; karara bağlanan dava dosyalarının ise, incelenmek üzere bölge adliye mahkemesine gönderilmeyeceği öngörülmüştür. Kanun koyucu bu hükümle, bölge adliye mahkemelerine sadece “Yargıtay'da incelenmemiş davalar” hakkında yargılama yetkisi vermiş ve usûl

15 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2003/15315 E. ; 2003/16652 K., www.yargitay.gov.tr/emsal arama.

ekonomisi ilkesine uygun hareket etmiştir. Çünkü, Yargıtay'ın ilgili Dairesi tarafından hükme bağlanan bir davanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesi zaman ve emek kaybına yol açacağı gibi, yargılama masraflarını da arttıracaktır.

5311 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesinde ise, "*Bölge adliye mahkemelerinin, 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun geçici 2 nci maddesi uyarınca göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar İcra ve İflas Kanununun bu Kanunla yapılan değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanır.*" denilmiştir. Burada da hükümlerin, kesinleşinceye kadar önceki kanuna göre kanun yoluna tâbi olacağı açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, yıllardır benzer nitelikte binlerce davaya bakan Yargıtay'ın ilgili Dairesi'nin kararını bir kenara bırakarak, başa dönülmesinin ve mahkeme usûl işlemleri tekrarlanarak yeniden yargılama yapılmasının, gerçeğe ulaşmada ilave bir katkı sağlayacağını ileri sürmek güçtür.

D) Denizcilik İhtisas Mahkemeleri Bakımından Zaman İtibariyle Uygulama

Denizcilik İhtisas Mahkemeleri, 5136 sayılı Türk Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'la kurulmuştur. Bu mahkemelerin kuruluşunu ve görev alanını düzenleyen 5136 sayılı Kanun'un 1. maddesi şu şekildedir: "*İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığınca, bu Kanunun Dördüncü Kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin ihtilaflara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere Denizcilik İhtisas Mahkemeleri kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir*". Kanun'un kabulünü takip eden süreçte, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 20.07.2004 gün ve 370 sayılı Kararı ile, Denizcilik İhtisas Mahkemesi sadece İstanbul'da kurulmuş ve yine aynı kararlar mahkemenin yargı alanı, İstanbul ili mülki sınırları olarak belirlenmiştir.

Kanun koyucu, 5136 sayılı Türk Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'u sevk ederken, denizcilik ihtisas mahkemelerinin Türk Ticaret Kanunu'nun 4. kitabından kaynaklanan davalardan, sadece yeni açılacak olanlara mı yoksa daha önce ikame edilen ve hatta karara bağlananlara da mı bakacağı meselesini açıklığa kavuşturmamıştır. Bu nedenle de, denizcilik ihtisas mahkemeleri (ki, şu anda sadece İstanbul'da mevcuttur) kurulmadan önce ikame edilen davalara bakan asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemelerinin bu davalar hakkında görevsizlik kararı verip vermeyecekleri, muğlak kalmıştır. 5136 sayılı Kanun'da, denizcilik ihtisas

mahkemelerinin önceden karara bağlanan davalara bakıp bakmayacağı, açıkça belirtilmemiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bu konuda verdiği kararlarda, yeni kurulan denizcilik ihtisas mahkemesinde görev kuralının, görülmekte olan davalara da uygulanacağına karar vermiştir.

“1- 28.04.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5136 Sayılı Kanun ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesine eklenen fıkra uyarınca “iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığı'nca, bu kanunun dördüncü kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin ihtilaflara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere denizcilik ihtisas mahkemeleri kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir” değinilen yasa ile ihdas edilen bu düzenleme doğrultusunda 19.07.2004 tarihli Olur'la İstanbul'da kurulan denizcilik ihtisas mahkemesi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 20.07.2004 gün ve 370 sayılı kararı ile faaliyete geçirilmiş olup, yargı alanı İstanbul ili mülki sınırları olarak belirlenmiştir.

Somut uyuşmazlıkta davacılar taleplerinin 6762 sayılı TTK'nun “Deniz Ticareti” başlıklı 4'üncü kitabındaki hükümler göz önüne alınarak değerlendirilmesi denizcilik ihtisas mahkemesinin görevine girmektedir. Görev hususu yargılamanın her aşamasında kendiliğinden göz önünde tutulacağından mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekmektedir.

2- Bozma neden ve şekline göre, taraf vekillerinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.”¹⁶

“1- Dava, kasko sigortasına dayalı rücuen tazminat istemine ilişkindir. Davacı vekili, TTK'nun 1301'inci maddesi uyarınca açmış olduğu davasında davalının sorumlu olduğu “...” adlı geminin karaya çıkarak müvekkiline sigortalı aracı hasara uğrattığını ileri sürmüştür. Davalı vekili, husumet itirazında bulunmuştur. 28.04.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5136 Sayılı Yasa ile 6762 sayılı Türk Ticaret Yasası'nın 4'üncü maddesine eklenen fıkrada iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığı'nca, bu yasanın dördüncü kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin ihtilaflara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere Denizcilik İhtisas Mahkemeleri kurulacağı, anılan mahkemelerin yargı çevresinin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Bahse konu yasal düzenleme doğrultusunda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 20.07.2004 gün ve 370 sayılı kararıyla da bu tür

16 11. H.D., 11.7.2005, 14403/7414(Kazancı İçtihat Bankası).

davalara bakmak üzere İstanbul'da Denizcilik İhtisas Mahkemesi kurulup, faaliyete geçirilmiştir. Denizcilik İhtisas Mahkemesi ile diğer mahkemeler arasındaki ilişki, görev ilişkisidir.

*Somut olayda taraflar arasındaki uyuşmazlık, özellikle davalının sıfatının tayininde, kaptanın kusurunun ve gemi dolayısıyla sorumlu olanların belirlenmesinde 6762 sayılı TTK'nun "Deniz Ticareti" başlıklı 4'üncü kitabındaki 893 ve onu izleyen maddelerde düzenlenen hükümler dikkate alınarak çözümlenecektir. **Dolayısıyla görevli mahkeme Denizcilik İhtisas Mahkemesi'dir. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olup, mahkemece her aşamada kendiliğinden gözetilmelidir. Bu durum karşısında, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde işin esasına ilişkin hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.***

2- Bozma sebep ve şekline göre, davalı vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.”¹⁷.

“28.04.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5136 Sayılı Kanun ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesine eklenen fıkra uyarınca “iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek kurulunun olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığı'nca, bu kanunun dördüncü kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin ihtilaflara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere Denizcilik İhtisas Mahkemeleri kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir.” Değinen yasa ile ihdas edilen bu düzenleme doğrultusunda 19.07.2004 tarihli Olur'la İstanbul'da kurulan Denizcilik İhtisas Mahkemesi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 20.07.2004 gün ve 370 sayılı kararı ile faaliyete geçirilmiş olup, yargı alan İstanbul ili mülki sınırları olarak belirlenmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın yukarıda açıklanan yorumu ve icrasının tabi kılındığı ülkemiz maddi hukuk normlarının varlık kazandığı yasal düzenlemeler, 6762 sayılı TTK'nun “Deniz Ticareti” başlıklı dördüncü kitap kapsamındaki 893 ve onu izleyen maddelerinde yer almaktadır. O halde, böyle bir uyuşmazlığın çözümüne dönük davanın görülüp sonuçlandırılacağı yargı mercii, hükmün verildiği 02.03.2005 tarihinden önce kurularak faaliyete geçen İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi olmalıdır. Bu nedenle, davalı taraf vekillerinin temyiz itirazlarının öncelikle bu yön bakımından kabulü ile kararın, yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gereken görev noktasından bozulması gerekmiştir.”¹⁸.

17 11. HD., 6.3.2006, 2511/2269(Kazancı İçtihat Bankası).

18 11. HD., 13.3.2006, 7074/2516(Kazancı İçtihat Bankası).

Bu içtihatlardan sonra ise, bir direnme kararı üzerine karar veren Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin aksine, yeni kurulan denizcilik ihtisas mahkemelerine ilişkin hükmün, görülmekte olan davalara etkili olmadığı, aksine yeni açılacak davalarda uygulanacağına karar vermiştir.

“Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyumsuzluk; davanın. Asliye Ticaret Mahkemesinde mi yoksa dava tarihinden sonra kurulup faaliyete geçirilen İstanbul /Denizcilik İhtisas Mahkemesinde mi görülüp sonuçlandırılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere, Türkiye ile Avrupa Birliği arasında düzenlenen Katılım Ortaklığı Belgesi çerçevesinde hazırlanan ulusal programın “Siyasi Kriterler” başlığı altında. “yargı” alanında “Deniz İhtisas Mahkemeleri”nin kurulmasına yer verilmiş ve bu doğrultuda söz konusu mahkemelerin kurulması için 5136 sayılı Kanun ile 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 4. maddesinde; “İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hakimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığınca, bu Kanunun Dördüncü Kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin ihtilaflara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere Denizcilik İhtisas Mahkemeleri kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir,” hükmü, son fıkra olarak eklenmiş ve bu yasa değişikliği 28.04.2004 günü resmî gazette yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan yasa uyarınca 19.07.2004 tarihli Olur'la İstanbul'da kurulan Denizcilik İhtisas Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 20.07.2004 gün ve 370 sayılı kararı ile faaliyete geçirilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 142. maddesine göre; mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Anayasanın kanuni hakim güvencesi başlığını taşıyan 37. maddesi; “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılmaz.” hükmünü öngörmektedir.

Bilimsel çevrelerde ve uygulamada, kanuni hakim güvencesi, uyumsuzluğu yargılayacak ve çözecek olan mahkemenin o uyumsuzluğun doğmasından önce kanunen belli olması olarak kabul edilmektedir. 1982 Anayasasını kabul eden Danışma Meclisinin Anayasa Komisyonunun gerekçesinde; “bu suretle davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla yaratılan bir mahkeme önüne getirilmesi yasaklanmakta, yani kişiye yahut olaya göre kişiyi yahut olayı göz önünde tutarak mahkeme kurma imkanı ortadan kaldırılmaktadır. Bu ise tarafsız yargı merciinin ilke gereğidir. “denilmektedir. (Prof. Dr. Ergun Özbudun. Türk Anayasa Hukuku Ankara 2005 Gözden Geçirilmiş 8. Baskı. s: 118119). Dikkat edilecek olursa Anayasadaki bu düzenleme hukuk ya da ceza davaları yönünden herhangi bir ayırım gözetmemiştir ve uyumsuzluğun

doğduğu tarihte bu uyuşmazlığı çözecek olan mahkemenin belli olması durumunda yargılama yapacak veya yargulamaya devam edecek mahkemeyi gösteren yasal bir düzenleme yapılmadığı takdirde davanın, mutlaka bu mahkeme tarafından çözüme kavuşturulması Anayasa buyruğudur.

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 1. maddesi; bu kanunu, Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir cüzü (parçası) olarak kabul etmiştir. 4722 Sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1. maddesinde de; “Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukuki sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. “denilmekte ve aynı yasanın 3. maddesiyle de yasa ile öngörülen farklı düzenlemeler ayrı tutulmaktadır.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; uyuşmazlık konusunu teşkil eden her hukuki olay, meydana geldiği tarihteki yasal düzenlemelere tabidir ve olayın meydana geldiği zamanda mevcut olan mahkemeler tarafından çözümlenmelidir. Yasa koyucu. Deniz İhtisas Mahkemelerinin kuruluşunu sağlayan 5136 sayılı Yasada, bu mahkemelerin faaliyete geçmesinden önce meydana gelen hadiseler (olaylara), Deniz İhtisas Mahkemelerinin bakacağına dair bir düzenlemeye yer vermemiştir.

O halde yeni bir mahkeme kurulurken o mahkemenin kuruluş yasasında zaman bakımından faaliyete geçme gününden önceki uyuşmazlık, meydana geldiği tarihte bu işe bakacak olan mahkemece çözümlenecektir.

Başka bir anlatımla her dava, açıldığı koşullara göre görülüp sonuçlandırılacaktır.

Dava konusu edilen hukuki uyuşmazlığı meydana geldiği tarihte yürürlükte olan yasalara göre kurulmuş bulunan mahkemelerin uyuşmazlığı çözmesi ana kural olmakla birlikte bazen yasal düzenlemelerle böyle bir uyuşmazlığı çözümü yeni kurulan mahkemelere de verilebilmektedir. Bu noktada 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun geçici 1. maddesi; “Aile Mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemeler faaliyete geçtiğinde, yargı çevresinde ve görev alanına giren sonuçlanmamış dava ve işler, yetkili ve görevli aile mahkemelerine devredilir. “hükümünü içermektedir. Anılan yasal düzenlemeye istinaden diğer mahkemeler, Aile Mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işleri bu mahkemelere devretmiştir. Halbuki Denizcilik İhtisas Mahkemelerinin kurulmasını öngören 5136 sayılı Yasada, görülmekte olan davaların Denizcilik İhtisas Mahkemesine devri ya da görevsizlikle gönderilmesi yönünde bir düzenleme mevcut değildir.

O halde, Denizcilik İhtisas Mahkemesinin faaliyete geçirildiği tarihten önceki olaylarla ilgili olarak Asliye Ticaret Mahkemesinde açılmış olup derdest bulunan davaların, istek üzerine veya doğrudan doğruya, görevsizlik ya da gönderme kararı ile Denizcilik İhtisas Mahkemesine gönderilmesine olanak bulunmamaktadır.

Somut olayda; asıl ve birleşen davalar 15.09.2003 ve 03.05.2004 tarihlerinde Asliye Ticaret Mahkemesinde açılmış; dava görülmekte iken, 5136 sayılı Kanun ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 4. maddesine eklenen fıkra uyarınca İstanbul /Denizcilik İhtisas Mahkemesi kurularak, 20.07.2004 tarihinde faaliyete geçirilmiştir. Az yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığı yargılanacak ve çözecek olan mahkeme, uyuşmazlığı doğmasından önce kanunen belli olan Asliye Ticaret Mahkemesi olup, dava tarihinden sonra kurulan ve faaliyete geçirilen İstanbul /Denizcilik İhtisas Mahkemesinde davaya bakılması olanaklı değildir.

Hal böyle olunca; temyize konu davanın Asliye Ticaret Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerektiğine ilişkin Yerel Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerektiğine ilişkin Yerel Mahkemece verilen direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, esasa ilişkin temyiz itirazları Özel Daire'ce incelenmediğinden, bu konuda inceleme yapılmak üzere dosya Özel Daire'ye gönderilmelidir.”¹⁹.

Görüldüğü gibi, Yargıtay'ın özel bir mahkeme kurulması ile görevle ilgili yeni kanun hükmünün uygulanma zamanı hakkındaki kararları istikrarlı değildir. Yargıtay, daha çok görevle ilgili yeni kanun hükmünün görülmekte olan davalarda da etkili olabileceğine, karar vermekte ise de, zaman zaman bu görüşünden ayrılmakta ve göreve ilişkin yeni kanun hükmünün, sadece yeni açılacak davalar bakımından uygulanabileceğine karar vermektedir. Yargıtay, özel mahkeme kurulmasına ilişkin yeni kanun hükmünün görülmekte olan davalara uygulanmasına ilişkin görüşünü, görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olması ve görevin usûlî müktesep hakkın bir istisnasını oluşturmasına dayandırmıştır. Ancak, önemli bir nokta, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun son kararında, görev kurallarının zaman itibariyle geçmişe etkili olmasının Anayasa'ya aykırı olacağını ifade etmesidir. Böylelikle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu usûl hükümlerinin, zaman itibariyle uygulanması bakımından geçmişe etkili olmadığını, aksine uygulamanın Anayasa'ya aykırı olduğunu vurgulamıştır.

19 HGK. 19.4.2006, E. 2006/11-58, K. 2005/228 (Kazancı İçtihat Bankası). Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurulmuşsa da karar düzeltme talebi reddedilmiştir.

Yargıtay'ın bu görüşünü doktrindeki görüşleri de ele alarak değerlendirmek istiyoruz.

IV. Görevli Mahkeme, Davanın Açıldığı Ana Göre Belirlenir.

Yetkili ve görevli mahkemede dava açıldıktan daha sonra, yetki veya görevin dayandığı vakıaların değişikliği, görülmekte olan davadaki mahkemenin görev ve yetkisini etkilemeyecektir. Bu kurala Alman Hukuku'nda "**perpetuatio fori**" denilmektedir. Perpetuatio fori, davanın açılmasından sonra, görevle ilgili miktar veya değişiklik halinde de geçerli olarak kabul edilmektedir²⁰. Henüz dava açılmadan önce, perpetuatio fori geçerli değildir. Buna karşılık, bir dava usûlüne uygun olarak görevli mahkemede açılmışsa, daha sonra yürürlüğe giren yeni kanun ile görev konusunda yapılan değişiklikler, görülmekte olan davayı etkilemeyecektir²¹. Bu kuralın amacı, usûl hukukunun rasyonelleştirilmesi ve gereksiz yere davanın gecikmesinin önlenmesi, kısaca usûl ekonomisidir.

Hukukumuzda da bir mahkemenin görevli olup olmadığı, davanın ikamesi anı esas tutularak tayin olunur. Davanın açılmasından sonra meydana gelen değişiklikler, mahkemenin görevini etkilemez. Bu değişiklik, yeni bir kanunla olsa da, bu sonuç değişmez. Başka bir ifade ile, dava görevli mahkemede açıldıktan sonra, daha sonra çıkan bir kanunla bu mahkeme görevsiz hale gelse bile, dava başlangıçta doğru olarak, görevli mahkemede açıldığı için, görevsizlik kararı verilemez. Bu görüş, doktrinde de pek çok yazar tarafından savunulmuştur. Nitekim Üstündağ'a göre, davanın açıldığı anda görevli olan bir mahkeme muhakemenin seyri esnasında görevsiz hale gelmiş olsa bile, o yine görevli olmaya devam eder²².

Doktrinde, Postacıoğlu da bu görüştedir. Postacıoğlu'na göre, asliye mahkemesinde bir dava açıldıktan sonra, kısmi feragat nedeniyle dava konusunun değeri asliye hukuk mahkemesinin görev sınırının altına inerse, asliye mahkemesini görevsiz saymak mümkün değildir. Çünkü, dava başlangıçta görevli mahkemede açılmıştır. Dava açıldığı sırada asliye hukuk mahkemesi görevli olduğuna göre, uyuşmazlığın bir an önce çözülmesinde usûl hukuku bakımından, zaman tasarrufu nedeniyle, önemli yarar vardır²³. Yazara göre,

20 **Zöller(Reinhard)**, Zivilprozessordnung, 25. Auflage, Köln 2005, § 261 Rz.12; **Baumbach Lauterbach/Hartmann**, § 261 Anm. 6 a; **Sieg**, s. ZZP 65, s.262; **Pollinger**, s.46. Alman Federal Mahkemesi de bu kuralın görevle ilgili değişikliklerde de uygulanacağına karar vermiştir. Örneğin: BGH NJW 1978, s.887; DtZ 1992, s.387.

21 **Lüke**, Tempus regit actum, Anmerkung zur zeitlichen Geltung von Verfahrensrecht, Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Lüke zum 70 Geburtstag, München 1997, s.391 vd. ; **Piekenbrock, A.**, Abkehr des BGH von der "perpetuatio fori" bei gesetzlicher Aenderung der Zuständigkeit, NJW 2000 Heft 47, s.3476 vd.

22 **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000,s.171.

23 **Postacıoğlu**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, İstanbul 1975, s.130-131).

dava görevli mahkemede açıldıktan sonra, daha sonra mahkeme görevsiz olsa bile, davaya devam edip karar vermelidir; görevsizlik kararı vermemelidir. Çünkü, böyle bir halde davalı yönünden, işin bu hali ile sulh hukuk mahkemesinde görülmesini gerektiren hiçbir ciddi menfaat tasavvur olunamaz.

Görevle ilgili kanun değişikliklerinin, mümkün olduğu kadar, hukukî işlemleri sıhate kavuşturacak tarzda yorumlanması gerekir. Medeni Kanununun Tatbiki Hakkında Kanun'un 17. maddesi de buna benzer bir düşünce ile, yeni kanunun derpiş ettiği şekle uygun olarak eski hukuk zamanında yapılmış tasarrufların sıhate kavuşacağı esasını benimsemiştir²⁴.

Pekcanitez/Atalay/Özekes'e göre de, dava usûlüne uygun olarak görevli mahkemede açıldıktan sonra yeni bir kanun yürürlüğe girer ve o uyumsuzluk için yeni bir mahkeme görevli kılınırsa, bu yeni değişiklik geçmişe etkili olmayacaktır. Başka bir ifade ile, açıldığı sırada görevli olan mahkemede dava açıldıktan sonra yeni bir mahkemenin kurulması halinde, bu mahkeme yeni açılacak davalar bakımından görevli olacaktır. Görevle ilgili yeni kanun hükmü, görevli mahkemede doğru olarak açılmış davalara etkili olmayacaktır. Hukukî güven ve hukuk devleti ilkesi, görevli mahkemede doğru şekilde davaların açılmasından sonra yapılan değişikliklerin mevcut davalara uygulanmamasını gerektir²⁵.

Yeni Medeni Kanunumuzun Yürürlüğü ve Tatbik Şekli Hakkındaki Kanun'un 1. maddesi de, geçmişe etkili olmama kuralını benimsemiştir. Bunun sebebi, yargıya güven ve hukukî istikrardır.

Kuru'ya göre ise, görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev kuralları taraflar için bir müktesep hak doğurmaz. Bu nedenle, yeni bir kanunla kabul edilen görev kuralları geçmişe de etkilidir. Davanın açıldığı anda görevli olan bir mahkeme yeni kanunla görevsiz hale gelmiş ise, mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekir²⁶. Yargıtay da kararlarında, bu yönde görüş açıklamıştır. Örneğin:

“Görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olmasının bir başka sonucu da görev konusunda taraflar için bir müktesep hakkın doğmayacağı ilkesidir. Nitekim 4.2.1959 tarihli ve 13/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararlarında bu ilke çok açık ve kesin biçimde vurgulanmıştır. Bu nedenlerle dir ki, sonradan çıkan bir kanunla kabul edilen görev kuralı geçmişe etkili biçimde uygulanır ve davanın açıldığı andaki kurallara göre gö-

24 Postacıoğlu, s.131.

25 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.48-49.

26 Kuru, C.I, s.310.

revli olan mahkeme yeni bir kanunla görevsiz hale gelmiş ise görevsizlik kararı verilmesi zorunlu olur²⁷.

*“Bu düzenlemeye uygun olarak, mahkemenin kararından önce, Hakimler ve savcılar Yüksek kurulunun 16.09.2004 tarih ve 396 sayılı kararı ve daha sonra alınan ve halen yürürlükte olan 24.3.2005 tarih ve 188 sayılı kararı ile anılan Kanun Hükmünde Kararnamelere ilişkin dalar bakımından, Fikri ve Sinai Haklar Hukuk Mahkemesi kurulmayan yerlerde asliye ticaret mahkemesi kurulmuş olmamasına bakılmaksızın, bir ya da iki asliye hukuk mahkemesi olan yerlerde bir numaralı asliye hukuk mahkemesi, ikiden fazla asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde 3 numaralı asliye hukuk mahkemesi görevlendirilmiş, bu mahkemeleri yargı çevresinin adli yargı adalet komisyonlarının merkez ve mülhakatları olan ilçeleri de kapsadığı belirtilmiştir. Mahkemelerin görevi kanunla düzenlenmiş olup, **görev kuralları kamu düzenine ilişkindir ve temyiz dahil yargılamanın her aşamasında re’sen dikkate alınır. İhtisas mahkemeleri ile diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisidir. Bu durumda, karardan önce yürürlüğe giren göreve ilişkin açıklanan son düzenleme gereğince, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, esasa girilmesi doğru olmamıştır.**”²⁸.*

Görüldüğü gibi, Yargıtay yeni kanunla özel bir mahkeme kurulması halinde, yeni hükmün görülmekte olan davalar hakkında da etkili olacağı görüşündedir. Daha açık söyleyişle, Yargıtay görevle ilgili yeni kanun hükmünün geçmişe etkili uygulanacağı görüşündedir. Halbuki yine Yargıtay, yukarıda incelediğimiz gibi, miktar veya değere ilişkin yeni kanun hükmünün, görülmekte olan davalara etkili olmadığını, yani yeni kanun hükümlerinin geçmişe etkili olmadığını açıklamıştır²⁹.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz, yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar birçok kez değiştirilmiştir. Bu değişikliklerin ne zaman yürürlüğe gireceği konusunda, genellikle yürürlük maddesi konulduğundan, uygulamada çok fazla bir tereddüt oluşmamıştır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda yapılan değişikliklerde, genellikle yeni hükümlerin, yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağı kabul edilmiştir³⁰. Nitekim, görev sınırı ile ilgili 1711, 2494, 3156 ve 4416 sayılı Kanunlar ile böyle yapılmış ve değiştirilen görevle ilgili hükümlerin, değiştirilen Kanun hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağı kabul

27 4. HD. 2.4.1984, 1854/3248(Yasa 1984/5, s.716).

28 11. HD. 16.1.2006, 137/109(Legal-Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2006/3, s.740-742).

29 Bkz. yukarıda dn.5 civarı.

edilmiştir³¹. Bu düzenlemelerin, yani, yeni kanun hükümlerinin açılmış davalarda mahkemelerin görevini etkilememesinin sebebi de kamu düzenidir. Aksi halde, görevli mahkemede dava açıldıktan sonra, yeni kanunla görevsiz hale gelen mahkemelerin görevsizlik kararı vermesi ve aslında görevli mahkemede yapılan işlemlerin, sanki görevsiz mahkemede yapılmış sayılması gibi bir sonuç doğardı. Böyle bir durum, her şeyden önce, yargıya olan güveni ve istikrarı da bozar.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz'un 578. maddesine göre,

"İş bu kanun müktesep hakları ihlal etmemek şartıyla makabline şamildir."

Yeni yürürlüğe giren bir kanunda yürürlük maddesi bulunmadığı takdirde, 578. maddeye göre yeni maddenin yürürlüğü belirlenmelidir. Bu hükmün amacı, yeni kanunun tamamlanmış olan usûlî muamelelere tesir etmesini önlemek suretiyle, sübjektif haklara emniyet ve davalara istikrar vermektir³². Bu maddeye göre, yeni bir kanunla kabul edilen usûl hükümleri hemen uygulanacaktır. Ancak, yeni hükümlerin hemen uygulanması henüz tamamlanmamış işlemlerin yeni kanuna göre yapılacağı, buna karşılık tamamlanmış olan işlemlerin ise, yeni kanundan etkilenmeyeceğidir. Son durumda, yeni kanun hükümleri zaman itibariyle geçmişe etkili olmayacaktır³³. 578. maddede ifade edilen müktesep hak terimi de kanımca, isabetli değildir. Çünkü, medenî usûl hukukunda müktesep haktan söz edilemez. Bu ifadeyi, bir usûl işleminin tamamlanmış olup olmadığına göre belirlememiz gerekir.

30 Nitekim, 3156 sayılı Kanun'un 26. maddesine göre, "Görev, kesin hüküm, Yargıtay'da duruşma, karar düzeltme ve senetle ispata ilişkin maddelerdeki parasal sınırlar, 1 Ocak 1990 tarihinden itibaren dört katı olarak uygulanır. **Bu uygulama nedeniyle görevsizlik kararı verilemez.**" 4146 sayılı Kanun'la görevle ilgili yapılan değişiklikler hakkındaki 2. maddeye göre de, "Görev, kesin hüküm, Yargıtay'da duruşma, karar düzeltme, senetle ispat ve sulh mahkemelerindeki taksim davalarında muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin maddelerdeki parasal sınırlar, 1.1.1998 tarihinden itibaren iki, 1.1.2000 tarihinden itibaren dört katı olarak uygulanır. **Bu uygulama nedeniyle görevsizlik karar verilemez.**" 1711 sayılı Kanun'un geçici maddesine göre de, "1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bu Kanunla değiştirilen hükümleri ancak kanun yürürlüğe girdikten sonra açılacak davalarda uygulanması mümkündür". 3156 sayılı Kanun'un Geçici maddesine göre de "1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bu Kanunla değiştirilen hükümleri, Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanır." 5219 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesine göre de, "Bu kanunla arttırılan parasal sınırlar nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilemez." Görüldüğü gibi görevle ilgili tüm değişikliklerde, yeni kanun hükümlerinin, açılmış ve görülmekte olan davalar hakkında uygulanmayacağı, aksine kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağı ve böylelikle yeni hükümlerin geçmişe etkili olmaması kabul edilmiştir.

31 **Kuru**, C.I, s.311.

32 **Berkin**, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s.69.

33 Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. **Pollinger**, s.6. Bu yöndeki kararlar için bkz. BGH NJW 1965; BGH JZ 1978 33.

Bir usûl işlemi tamamlanmış ise, artık yeni kanun hükmü etkili olmayacaktır. Aksi takdirde, tamamlanmış işlemlerin de yeni kanun hükümleriyle değiştirilmesi, taraflar bakımından haksızlık teşkil ederdi³⁴. Yargıtay da, aslında görülmekte olsun veya olmasın her davayı bir tek işlemden ibaret saymamakta, her davayı oluşturan türlü işlemleri ayrı ayrı göz önünde tutmaktadır³⁵. Bu nedenle, davanın açılması halinde, o sırada yürürlükte bulunan hükümlerin bu dava sona erinceye kadar uygulanacağını söylemek mümkün değildir. Dava, pek çok işlemde oluşmaktadır. Bu işlemlerden yapılmış ve tamamlanmış olanlar, yeni kanundan etkilenmeyecektir. Bir usûlî muhakeme tamamlandıktan sonra yürürlüğe giren kanun, bu muameleyi etkilemez. Zira, muamele tamamlanmış olduğuna göre, yeni kanun bu muamele hakkında uygulama alanı bulmaz³⁶.

Buna karşılık, henüz yapılmamış ya da tamamlanmamış olan işlemler yeni kanuna tâbi olmalıdır. Kanunun geçmişe etkili olması da bu anlama gelmektedir.

Görev, davanın açıldığı sıradaki kanun hükümlerine göre belirlenir. Dava görevli mahkemede açıldıktan sonra, mahkemenin görevi değişse bile, görevsizlik kararı verilememesi gerekir.

Bu hükümdeki müktesep hakları ihlâl etmemek ifadesini de, bu Kanun'un tamamlanmış usûl işlemlerine bir etkisinin olmayacağı, buna karşılık tamamlanmamış usûl işlemlerinin, yeni Kanun hükümlerine göre yapılması gerekeceği şeklinde anlamak gerekir. Bir işlem tamamlanmış ise, artık bu işlem bozulamaz. Aksini düşünmek, gereksiz yere bu işlemin bozularak tekrarlanması gibi zaman ve emek kaybına da neden olacaktır. Yine, gereksiz yere masraf yapılmış olacaktır³⁷.

Örneğin, görevsizlik kararı verildikten sonra yapılan ve fakat geçmişe etkili olmayan bir kanun değişikliği(örneğin 1711 sayılı Kanun) ile o dava, görevsizlik kararı vermiş olan mahkemenin görevine dahil edilse bile, görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren on gün içinde görevsizlik kararında görevli olarak gösterilen mahkemeye başvurulmuş ise, davaya o mahkemede bakılır. Çünkü, dava ilk davanın devamıdır ve yeni kanun değişikliği ilk davanın açıldığı tarihteki davalara etkili değildir³⁸.

34 **Lüke**, s.396.

35 **Berkin**, s.74.

36 **Berkin**, s.68.

37 **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.47.

38 **Kuru, C.I**, s.350.

Bu konuda, 4.2.1959 gün ve 13/5 sayılı tarihli içtihadı birleştirme kararı, maalesef doktrinde ve bazı Yargıtay kararlarında farklı biçimde değerlendirilerek, yeni bir kanunla mahkemenin görevsiz hale gelmesi halinde, görevsizlik kararı verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁹. Bu içtihadı birleştirme kararına konu olay, tamamen farklıdır. İçtihadı birleştirme kararına konu olayda, görevsiz bir mahkemede dava açıldıktan sonra, mahkeme görevsiz olduğunu dikkate almadan karar verir ve verilen karar Yargıtay incelemesi sonunda, görev dışında bir sebeple bozulup yerel mahkemeye geldiğinde, görev usûlî müktesep hak oluşturmaz. Yani, mahkeme görevsizlik kararı verebilir. Bu içtihadı birleştirme kararı, görevle ilgili yeni kanun hükümlerinin zaman itibariyle uygulanması bakımından uygulanamaz. Çünkü, içtihadı birleştirme kararına konu olayda dava baştan itibaren görevsiz mahkemede açılmış ve bu husus yerel mahkemeye dikkate alınmamış, taraflarca görevsizlik itirazı ileri sürülmemiş, hatta bu husus Yargıtay tarafından da dikkate alınmamış; ancak bozmadan sonra yerel mahkeme görevli olmadığını farkına varmıştır. Bu takdirde, görev usûlî müktesep hakkın istisnasını oluşturmaz. Halbuki, özel bir mahkeme kurulması halinde bu hükmün zaman itibariyle uygulanmasında, görülmekte olan dava, gerekçe olarak gösterilen içtihadı birleştirme kararının aksine, doğru ve görevli mahkemede açılmış bir davadır. Tahkikat görevli mahkemede sürdürülmüş, deliller görevli mahkeme tarafından toplanıp, değerlendirilmiş ve tartışılmıştır. Arkasından, yine görevli mahkeme uyuşmazlık hakkında karar vermiştir. İşte bu sırada çıkan bir kanun, bu uyuşmazlıkların bundan sonra özel mahkemede görülmesini öngörmektedir. Bunun, kamu düzenine ilişkin olduğunu ve usûlî müktesep hakkın istisnasını oluşturduğunu ve davaların görevli mahkemeye gönderileceğini söylemek mümkün değildir.

39 “Temyizce bir kararın bozulması ve mahkemenin bozma kararına uyması halinde bozulan kararın bozma sebeplerinin şumulü dışında kalmış cihetlerinin kesinleşmiş sayılması, davaların uzamasını önlemek maksadıyla kabul edilmiş çok önemli bir usuli hükümdür. Bir cihetin bozma kararının şumulü dışında kalması da iki şekilde olabilir. Ya o cihet, açıkça bir temyiz sebebi olarak ileri sürülmüş fakat dairece itiraz reddedilmiştir. Yahuuda onu hedef tutan bir temyiz itirazı ileri sürülmemiş olmasına rağmen dosyanın Temyiz Dairesince incelediği sırada dosyada bulunan yazılardan onun bir bozma sebebi sayılması mümkün bulunduğu halde o cihet dairece bozma sebebi sayılmamıştır. Her iki halde de o konunun bozma sebebi sayılmamış ve başka sebeplere dayanan bozma kararına mahkemeye uyulmuş olması, taraflardan birisi lehine usuli bir müktesep hak meydana getirir ki, bu hakkı ne mahkeme, ne de Temyiz Mahkemesi halele uğratabilir. Zira usuli müktesep hakkın tanınması da amme intizamı düşüncesiyle kabul edilmiş bir esastır. Lakin vazife konusunda usuli müktesep hak prensibinin kayıtsız, şartsız tatbiki, usulün az önce anılan mutlak hükmünün değiştirilmesi neticesini doğuracaktır ki, söz konusu maddenin yazılışı ve kanuna konuluş gayesi itibariyle böyle bir netice kaideten caiz görülemez. Ancak ileri sürülen vazifesizlik itirazının Temyiz Dairesince reddi ve kararın başka sebeplerden bozulması ve bozma ya uyulması halinde davanın yine vazifesizlik sebebiyle reddi yoluna gidilebilmesi, usul hükümlerinin esas gayesini haleldar edilebilecek bir mahiyet arzedeceği cihetle, haddi zatında nadir olan böyle vaziyetlerde istisnai olarak kanununun 7 nci maddesinin tatbikini kabul etmemek, menfaatler vaziyetine gereği gibi uygun düşecektir.” İçtihadı Birleştirme Kararı, 4.2.1959, E. 1957/13; K. 1959/5.

Görev kurallarının kamu düzenine ilişkin oluşunu değerlendirirken, usûl ekonomisinin de nazara alınması ve gereksiz yere zaman kaybının da kamu düzenine ilişkin olduğu konusunda, HUMK.m.7'deki düzenleme örnek oluşturabilir. Nitekim, bu maddeye göre, bir dava sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği halde, asliye hukuk mahkemesinde açılır ve karara bağlanırsa, Yargıtay'daki temyiz incelemesinde sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu ileri sürülemez. Bunun nedeni, verilen karar doğru ise, sırf görevsizlik nedeniyle tekrar dosyanın asliye hukuk mahkemesine gönderilerek, gereksiz yere zaman ve masraf yapılmasını önlemektir.

“Davanın görevli mahkemede açılmasından sonraki değişiklikler mahkemenin görevini etkilemez” görüşünün kabul edilmesinin sebebi de, aslında kamu düzenidir. Çünkü, davanın açıldığı sırada doğru mahkemede dava açan kişinin, daha sonraki değişikliklerden etkilenmemesi de kamu düzenine ilişkindir. Bu sonuç, yargıya güvenin, işlemlerde istikrarın ve hukuk devletinin gereğidir.

Davanın açıldığı mahkeme yeni kanun hükmü nedeniyle görevsiz kabul edildiği için, onun yaptığı tüm işlemler geçersiz olacaktır. Çünkü, kural olarak, görevsiz mahkemede hâkimin yaptığı tüm işlemler görevli mahkemede geçersizdir⁴⁰. Ancak, görevli mahkemenin hâkimi görevsiz mahkemenin yaptığı işlemlerin tekrarlanmasını gereksiz görüyorsa, bu işlemleri geçerli kabul edebilir. Bu arada, mahkemenin verdiği karar her halde geçersiz sayılacaktır. Yeni kanunla görevli kılınan mahkeme, davanın açıldığı mahkemenin görevli olmasına rağmen yaptığı tüm işlemleri geçersiz kabul ederse, yeniden yargılama yaparak karar verecektir. Görevli olduğu düşüncesi ile dosya gönderilen mahkeme yeniden yapacağı inceleme sonunda aynı kararı vermezse, bu durumda yargıya güven sarsılmayacak mıdır? Bu durum, kamu düzenine ilişkin değil midir? Yine, o zamana kadar yapılan işlemlerin tekrarlanmasından ötürü zaman kaybı olmayacak mıdır? Bunların yanında, görevsiz mahkemede yapılan işlemlerin tekrarlanmasından ötürü gereksiz masraf yapılmayacak mıdır?

Peki, bu giderleri kim ödeyecektir? Bir taraftan, Anayasamız'ın 141. maddesinde yargının mümkün olduğu kadar kısa sürede bitirilmesi emredilirken, diğer taraftan yargının uzamasına ve gereksiz masraf yapılmasına neden olunacaktır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz'un 77. maddesinde de muhakemenin hızlı ve düzen içinde yürütülmesi ve gereksiz masrafa neden olunmaması, emredici olarak ifade edilmiştir. Aksi yöndeki bir uygulama, Anayasa'ya ve Kanun'a da aykırı olacaktır. Bu durum, ayrıca İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde garanti altına alınmış olan adil yargılanma hakkının

40 Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.97.

da ihlâlî sayılmalıdır. Çünkü, davaların makul süre içinde bitirilmesi adil yargılanma hakkının bir unsurudur⁴¹. Dava görevli mahkemede açıldıktan sonra, yeni yürürlüğe giren bir kanunla o mahkemenin görevsizlik kararı vermesi ile hangi kamu düzeni korunmuş olacaktır? Bütün bu soruları değerlendirdiğimizde, Yargıtay'ın bazı kararlarının aksine, görev kurallarıyla ilgili yeni kanun hükümlerinin geçmişe etkili olması kamu düzenine aykırı olmaktadır. Yeni kanun hükmünün zaman itibariyle geçmişe etkili olarak uygulanmasında, korunması gereken bir kamu düzeni bulunmamaktadır. Görev kuralları hakkındaki kamu düzeni kavramını, davanın başında doğru ve görevli mahkemede açılan davanın artık, o mahkemede görülmesi ve karara bağlanması şeklinde yorumlamak gerekir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, medeni usûl hukukunda yeni kanun hükümleri geçmişe etkili değildir. Yeni kanun hükümleri, sadece tamamlanmamış işlemler hakkında uygulanabilir. Bu durum, yeni kanun hükümlerinin “**gerçek olmayan geçmişe etkisi**” olarak ifade edilir. Gerçek olmayan geçmişe etki kuralına göre, usûl işlemleri yapıldıkları anda geçerli olan hukuk kurallarına tâbidir⁴². Bir usûl işlemi hakkındaki yeni usûl hükmü, önceki kanun hükmüne göre yapılan bir işleme etkili değildir⁴³. Gerçek olmayan geçmişe etki, güven ilkesine aykırılık teşkil etmez⁴⁴.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre, yeni kanun hükümleri henüz tamamlanmamış işlemlere uygulanabilir. Mahkemenin görevi bakımından yeni kanun hükmünün geçmişe etkili olması, şu şekilde anlaşılmaktadır: Yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce görevli mahkemede dava açılmışsa, bu mahkeme yeni kanunla görevsiz kılınsa bile, görevli olmaya devam eder⁴⁵. Yeni kanun hükümlerinin gerçek geçmişe etkisi ise, yapılmış, tamamlanmış olan işlemlerin geçersiz sayılarak, yeni kanun hükümlerine göre tekrar yapılmasıdır. Bu son durum, yani tamamlanmış olan işlemlerin yapılmamış sayılarak yeni kanuna göre yeniden yapılması, Alman Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırı kabul edilmektedir⁴⁶. Bunun sebebi hukuk devleti ilkesi, adalete güven ve istikrardır. Bu sebeplerle, Alman Hukuku'nda görevle ilgili yeni kanun hükümlerinin görülmekte olan davalara bu

41 **Pekcanitez**, Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzmir Barosu Dergisi, 1997/2, s.35 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.227.

42 **Sieg**, ZZP 65(1952), s.249; **Lüke**, s.396; **Fiedler**, NJW 1988, s.1624 vd.; Bauer, H., NVwZ 1984 Heft 4, s.220.

43 Avusturya Hukuku'nda da yeni usûl hükümlerinin geçmişe etkisinin, sadece henüz tamamlanmamış usûl işlemleri hakkında geçerli olabileceği kabul edilmektedir(**Fasching**, Einleitung Rz.112).

44 **Musicalak**, J., Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage, München 2005, s.4.

45 **Sieg**, ZZP 65, s.261-262.

46 BVerGE 24, 33, 55; BVerwG NVwZ 1998 75.

nedenle etkili olmadığı ve mahkemelerin değişikliğe rağmen görevli olmaya devam ettikleri kabul edilmektedir⁴⁷. Alman Federal Mahkemesi de son kararında bu sonucu açıkça ifade etmiştir⁴⁸. Alman Anayasası ile aynı ilkeleri kabul eden ve hukuk devleti ilkesini benimsemiş olan ülkemiz bakımından da yapılmış ve tamamlanmış işlemlerin, yeni kanun hükümlerine göre tekrarlanması Anayasa'ya aykırı sayılmalıdır. Görevli mahkemede açılan ve bu mahkemede yargılanması tamamlanmış olan bir davanın sonunda verilen hükmün bozularak, yeni kanun hükümlerine göre görevli mahkemeye gönderilmesi, kanunun gerçek anlamda geçmişe etkili kılınmasıdır ve Anayasa'ya aykırıdır.

Devletin işlemlerine güvenilmesi, her şeyden önce hukuk devleti düşüncesine aittir. Asıl sorun, hangi koşullar altında ve hangi çerçeve içinde güvenin korunması temin edilecektir. Bu, özellikle anayasa hukuku bakımından değerlendirilmelidir. Bu konuda, özel hukukta güvenin korunması için pek çok düzenleme yer almaktadır. Bunun dışında, güvenin korunması prensibi anayasa ilkesi olarak kabul edilmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi, yerleşik ve istikrar bulmuş kararlarında güvenin korunması ilkesini, hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olarak kabul etmiştir⁴⁹. Güvenin korunması ilkesi, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında, kanun koyucuyu sınırlamak üzere kabul edilmiştir. Güvenin korunması ilkesinin kanun koyucu bakımından somutlaştırılması, getirilen yeni hükümlerin geçmişe etkisinin yasaklanması ile söz konusu olmuştur. 1971 yılından itibaren, Federal Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 14. maddesinin, güvenin korunması ilkesinin özel hükmü olduğu görüşündedir⁵⁰.

V. Görev Hakkındaki Yeni Kanun Hükmünün Geçmişe Etkili Olarak Uygulanması, Anayasa'nın “Güven İlkesi”ne Aykırıdır.

Güven, sosyal yaşamın vazgeçilmez unsurlarından birisidir. Sadece özel yaşam için değil, toplumsal yaşam için de güven son derece önemlidir. Bunun sonucu, güven düşüncesinin hukuk sistemi için de önemli olduğu şaşırtıcı olmamalıdır⁵¹. Güvenin korunması ilkesi bakımından, içtihatlar önemli bir görev taşırlar. Çünkü, hâkimin hukuk yaratması ile bu ilke somutlaşır. Son

47 **Stein/Jonas/Brehm**, ZPO Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Band 1, Einleitung §§ 1-40, Tübingen 2003, vor § 1 Rdnr. 119; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Zivilprozessrecht, München 2004, § 6 Rdnr.1.

48 BGH NJW 2000, s.2749. Bu yöndeki önceki kararı için bkz. BGH NJW 1978, 427, 889

49 **Fiedler**, NJW 1988, s.1626.

50 s.974; BVerfGE 36, 281; aynı şekilde BVerfGE 42, 263(300 vd.); 45, 142(168); 53 257(309); 58, 81(120 vd.); 64, 87(104)

51 **Pierroth**, B., Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, JZ, 1984/21, s.971 vd.).

yıllarda, özellikle mahkemeler pek çok kararda, güvenin korunmasını gerekçelerinde kullanmışlardır.

Hukukî güven ilkesi, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararlarında sık sık kullanılmıştır. Bu ilkeye göre, kişiler yürürlükte bulunan kanun hükümlerine güvenerek iş yapmış iseler, onların bu güveni korunmalı, daha sonra yürürlüğe giren bir kanunla bu güvene aykırı düzenleme getirilmemelidir. Yargıtay, güven ilkesinin korunması gereğini pek çok kararında açıkça ifade etmiştir. Örneğin:

“Esasen bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında bu kurala uygun biçimde, tüm sonuçları ile kesin olarak edinilmiş hakların (kazanılmış haklar) korunması hukuk devletinin gereğidir.

Kazanılmış haklar Hukuk Devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır.

Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar, Anayasanın 2 nci maddesinde açıklanan “Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir” hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

Tüm açıklananların ışığı altında dava değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesinin 4331 sayılı yasa hakkında yürürlüğün durdurulmasına ilişkin kararı 23.5.1998 tarihinde Resmi Gazetede ilan edilerek yürürlüğe girmiş ve bağlayıcı olmuştur.

Oysa, taraflar arasındaki kira sözleşmesi bu tarihten önce 27.4.1998 tarihinde yasal kaidelere uygun bir şekilde işlemlerini tamamlayarak hukuki sonuç ve hükümlerini hasıl etmiş; en önemlisi davanın tarafları yönünden objektif statüden subjektif statüye geçerek kişiye ait bir nitelik kazanmıştır. Farklı anlatımla sözleşmenin son bulmasına ilişkin vakıflar idaresi yararına özel hukuk yönünden kazanılmış hakkın vücut bulmasından daha sonra Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması kararı devreye girmiş bulunmaktadır. Hal böyle olunca; Anayasa Mahkemesinin sözü edilen kararı, somut olayda geriye etkili biçimde hukuksal sonuç doğurmayacağı kuşkusuzdur.”⁵².

“Somut olayda, davacının dul kaldıktan sonra herhangi bir Sosyal Güvenlik Kurumunda çalışmadığı gibi, geçmişteki çalışmaları nedeniyle de Sosyal Gü-

52 HGK. 6.10.1999, E. 1999/1-670 K. 1999/800(Kazancı İçtihat Bankası).

venlik Kurumlarındaki, çalışmaları anılan kurumdan gelir ve aylık almadığı açık-seçiktir. Öte yandan, 1479 sayılı Kanununun 45. maddede değişiklik yapan 619 sayılı Kanun Hükmünde Kararname 4.10.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **Bir çok Yargıtay kararlarında da açıkça vurgulandığı üzere bu tür yeni yasaların ünlü hukukçu Roubier'in açıkladığı üzere yürürlüğe girmeleri ile görülmekte olan tüm uyuşmazlıklara uygulanması gerektiği başka bir anlatımla yeni yasanın yürürlüğe girdiği andan itibaren derhal tesirini husule getireceği tartışmasızdır.**

Bu gibi durumlarda kanunların geriye yürümesinden değil zaman içindeki ani etkisi söz konusu olmaktadır. Esasen HUMK 578. maddesi nedeniyle 7.12.1964 günlü Yargıtay Tevhidi İçtihadı ile Hukuk Genel Kurulunun 9.3.1988 gün 1987/860 Esas 1988/232 karar sayılı kararında da bu görüşe yer verilmiştir. Ne varki 4.10.2000 tarihine kadar kesinleşen ve kazanılmış hak haline gelen olaylarda bu kuralın uygulanmayacağı da kuşkusuzdur. Hal böyle olunca ve özellikle 619 sayılı kanun hükmünde kararnamedeki değişiklik gözardı edilerek, değişiklikten önceki 1479 sayılı Kanun 25. maddesine dayanılmayacağı ortadadır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.”⁵³.

“Birçok Yargıtay kararlarında da açıkça vurgulandığı üzere bu tür yeni yasaların ünlü hukukçu Roubier'in açıkladığı üzere yürürlüğe girmeleri ile görülmekte olan tüm uyuşmazlıklara uygulanması gerektiği başka bir anlatımla yeni yasanın yürürlüğe girdiği andan itibaren derhal tesirini husule getireceği tartışmasızdır. Bu gibi durumlarda Kanunların geriye yürümesinden değil zaman içerisinde ani etkileri söz konusu olmaktadır. Esasen HUMK.578 maddesi nedeniyle Yargıtayın 7.12.1964 günlü Tevhidi içtihadı ile Hukuk Genel Kurulunun 9.3.1988 gün 1987/860 Esas 1988/232 Karar sayılı kararında da bu görüşe yer verilmiştir.

Ne var ki 4.10.2000 tarihine kadar kesinleşen ve kazanılmış hak haline gelen olaylarda bu kuralın uygulanmayacağı kuşkusuzdur.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın ve özellikle 4.10.2000 tarihinde yürürlükte olan 616 sayılı Kanun Hükmünde Karar-

53 21. H.D. 8.5.2001, E. 2001/2359, K. 2001/3630(Kazancı İçtihat Bankası).

name gereğince karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.”⁵⁴.

“Usulün 427/2. maddesi, 12.6.1979 tarih 2248 sayılı kanunla değiştirilmiş, kesinlik sınırı 2000 liradan 3000 liraya çıkarılmış ve Kanun 22.6.1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı Kanunu daha önce değiştiren 1711 sayılı Kanun geçici maddesinde “HUMK.nun bu kanunla değiştiren hükümlerinin ancak kanun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanması mümkündür” hükmü bulunduğu halde, 2248 sayılı kanunda bu şekilde bir yürürlük maddesi bulunmamaktadır.

Dava, 2752,86 liranın tahsili istemiyle 5.1.1977 tarihinde açılmış 28.12.1977 tarihli karar Kurumun temyizi üzerine 16.4.1979 tarihinde bozulmuş, 2248 sayılı Kanun 22.6.1979 tarihinde yürürlüğe girmiş, yerel mahkemece 24.12.1979 tarihinde eski kararda direnilmiştir.

Herhangi bir Kanunun zaman içinde tatbik şeklini gösterir hükümler bulunmadıkça her kanun esas itibariyle geleceği yöneliktir. Başka bir anlatımla geçmişe etkili değildir. Usul kanunları geçmişe etkili olmakla beraber, bu kural müstesna hakları ihlal etmemek şartı ile de sınırlıdır. (H.UM.K.nun mad.578/1.) Buradaki müstesna hak tadilatın evvel vücut bulmuş, tekemmül etmiş olan durumlardır. Eski kanun yeni kanuna rağmen geleceğe etkili olduğu hallerde müstesna haktan bahsedilebilir. Bu durumda, yeni kanunun artık derhal tatbik edilmesi şeklindeki prensip kısıtlanmaktadır.

Olayda, ısrar kararının temyizi usuli işlemini, ilk kararın temyizi usuli işleminden tamamen ayırmak mümkün değildir. İlk temyiz usuli işleminin olmaması halinde, ısrar kararının temyizi usul işleminin olmayacağı hukuksal gerçeği ortadadır. 2248 sayılı Kanunun 22.6.1979 yürürlük tarihinden sonra verilen ısrar kararının miktar itibariyle kesin olduğu kabul edilmesi halinde, sadece usul değişikliğinden önce mevcut bir hak değil mevcut ve kullanılmış bir hak, bozma kararı ve önceki geçerli usuli işlemler geçersiz hale getirilmiş, hukuki sonuçları ortadan kaldırılmış olacaktır. **Kazanılmış hakların ihlali mümkün olmayacağından “yeni Kanunun yürürlük tarihinden itibaren derhal uygulanması” şeklindeki prensibin kısıtlanması ve hükmün kesin olmadığı kabulü gerekir. O halde ısrar kararına yönelik temyiz itirazları incelenmelidir.**

54 21. H.D. 30.4.2001, E. 2001/867, K. 2001/3401(Kazancı İçtihat Bankası).

İşin esasına gelince; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki kanıtlara, bozma kararında gösterilen gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”⁵⁵.

Güven ilkesi, Anayasa Mahkemesi'nin değişik kararlarında da pek çok kez vurgulanmıştır. Örneğin:

“Hukuk devleti, hukuki güvenliği ilerletmenin en ileri noktası olup, hukuk devleti ilkesi vatandaşların hak ve özgürlüklerinin üstün kamu gücü karşısında korunmasında önemli bir dayanak oluşturmuştur. Hukuk devleti ilkesinin uygulamasına bakıldığında ise; bunun tek bir unsurdan oluşmadığı, insanların geleceği güvenle bakabilmelerinin, her yönüyle huzurlu ve mutlu bir hayat sürebilmelerinin hemen tüm gereklerini içine alan bir nitelik taşıdığı görülmektedir.

*Bu bağlamda, hukuk devletinin genel ilkeleri incelenirken birbirleriyle çoğu zaman iç içe geçmiş çeşitli alt ilkeler karşımıza çıkmaktadır. Bu alt ilkelere, **‘Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi’ bireylerin hukuk güvenliğini sağlamak amacını taşımaktadır.** Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır.*

*Bir başka alt ilke ise; **kişilerin gelecekle ilgili plan, düşünce ve kararlarında mevcut hukuk kurallarına güvenerek hareket etmelerinin hukuken korunması gereğini ifade eden ‘Hukuki Güvenlik İlkesi’dir.***

*Bu ilkeye göre; **Yasalara gösterilen güven ve saygıdan kaynaklanan oluşumların sonuçlarını korumak gerekir.**”⁵⁶.*

“Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Bu nedenle Kanunların geçmişe etkisi olmaması genel bir kuraldır. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olay ve işlemlere uygulanması doğaldır. Bu, kanunlara güvenin ve istikrarın aynı zamanda kazanılmış hakların korunması için gereklidir. Kanunların yürürlüklerinden önceki olaylara uygulanarak, yürürlüğe girdikten sonraki hukuksal durumlara dayanak yapılması ise, kamu yararı ve kamu

55 “HGK. 16.2.1983, E. 1980/10-1280, K. 1983/132(Kazancı İçtihat Bankası).

56 Anayasa Mah. 4.5.2006 E. 2006/64, K. 2006/54 (R.G. 5 Ekim 2006, S. 26310).

düzeninin gerektirdiği durumlarda ancak, açık kanun hükmü ile mümkündür.

Hukuk devletinin temel öğelerinden biri de güvenilirliktir. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir.

*Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesinin zorunlu koşullardan-
dır. Statü hukukuna ilişkin düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak hukuki güvenlik sağlanır. Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur. Yasalarda yapılan değişikliklerin toplumsal gerçeklerle uyumlu olması ve adaletli kurallar içermesi gerekir. Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koyarak bunları uyguladığı zaman hukuk güvenliği sağlanır.”⁵⁷.*

“Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, hukukun temel kurallarındandır. Bu kural genel olarak ceza hukukuna ilişkin olarak ifade edilmekle birlikte vergi hukuku için de geçerli olan kuraldır. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, bir hukuki eylem ya da davranışın, bir hukuki ilişkinin vukuu bulunduğu ya da meydana geldiği dönemdeki kanun hükümlerine tabi kalmakta devam edeceğini ifade eder. Sonradan çıkan kanun, kural olarak yürürlüğünden önceki olaylara ve ilişkilere uygulanamaz.

Devletin tüm işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygıyı da içerir. Vergide adaletin sağlanabilmesi için kazanılmış haklara dokunulmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi, kazanılmış bir haktan bahsedilebilmesi için, bu hakkın yeni yasadaki önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla eylemli biçimde elde edilmiş olmasının aranacağını belirtmiştir”⁵⁸.

Yukarıdaki kararlardan da görüldüğü gibi, bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında, bu kurala uygun şekilde kullanılan haklar korunmalıdır. Yargıtay, yukarıdaki kararlarıyla önemli iki tespitte bulunmaktadır. Birinci olarak, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 578. maddesinde zaman itibariyle uygulama kanunların geçmişe etkili olmadığı vurgulanmıştır. İkinci olarak, usûli müktesep hak bakımından, tamamlanmış işlemlerin kastedildiği, tamamlanmış usûl işlemleri hakkında yeni kanun hükümlerinin uygulanmayacağını belirtilmiştir. Davanın görevli mahkemede açılmasıyla, artık bu

57 Anayasa Mah. 30.9.2005, E.2005/78, K.2005/59(R.G. 21 Temmuz 2006, S.26235).

58 Anayasa Mah.23.6.2004, E. 2004/14, K. 2004/84 (R.G. 22 Ekim 2005, S. 25974).

işlem tamamlanmış sayılacağından, bundan sonra yürürlüğe giren kanun hükmünün geçmişe etkili olmaması gereklidir. Aksi, hukukî güven ilkesine aykırı olur.

VI. Sonuç

Medeni usûl hukukunda yeni kanun hükümlerinin, hemen uygulanması kabul edilir. Usûl hükümlerinin hemen uygulanması, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 578. maddesi nazara alınarak, değerlendirilmelidir. Bu maddeye göre, usûl hükümleri müstesna hakları ihlâl etmemek şartıyla geçmişe etkilidir. Bu madde, sadece lafzen anlaşılmalıdır. Çünkü, yeni kanun hükümlerinin geçmişe etkili olması, yani gerçek anlamda geçmişe etki Anayasa'nın güven ilkesine aykırıdır. Usûl hükümleri, gerçek olmayan biçimde geçmişe etkili olabilir. Bu durum ise, usûl işlemlerinin tamamlanması halinde, yeni kanun hükümlerinin bu işlemleri etkilememesi, şeklinde anlaşılmalıdır. Henüz tamamlanmamış usûl işlemleri hakkında ise, yeni kanun hükümleri uygulanır. Çünkü, medenî usûl hukukunda aksine bir hüküm konulmamışsa, yeni kanun hükümleri hemen uygulanır. Başka bir ifade ile, yeni kanun hükümleri gerçek olmayan anlamda geçmişe etkilidir.

Görevle ilgili yeni kanun hükmü, iki tür değişiklik getirebilir: Birinci halde, görevli mahkemenin miktar veya değerinde yapılan değişikliktir. Bu durumda, yeni kanun hükmünün görevli mahkemede açılmış davalara bir etkisi olmayacaktır. Bu konuda, doktrin ve uygulamada bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık, yeni kanun hükmü ile özel bir mahkeme kurulması halinde ise, uygulama ve doktrinde fikir birliği yoktur. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu durumda da yeni kanun hükümlerinin görülmekte olan davalara bir etkisi olmamalıdır. Yeni kanun hükmü, görülmekte olan davalara etkili olmaz. Aksini kabul, yeni kanun hükümlerinin gerçek anlamda geçmişe etkili olmasını ifade eder. Hukukî güven ilkesi, yapıldığı zamandaki hükümlere uygun olarak yapılmış işlemlerin geçerli olmasını gerektirir.

INFLUENCE DU CODE NAPOLEON SUR LE DROIT COMMERCIAL TURC*

*Prof. Dr. Samim ÜNAN***

- INTRODUCTION

Dans le contexte de l'évolution du droit commercial en Europe Continentale, on remarque les points suivants:

- En Europe Continentale, le droit commercial qui est né comme une réaction contre le formalisme du Moyen Age, s'est développé comme un droit coutumier. Les foires étaient à l'origine des coutumes.
- Jusqu'à la Révolution Française de 1789, le droit commercial était le droit d'une "communauté" à savoir la communauté formée par les commerçants et son principal objet était les échanges de marchandises. Après 1789, conformément à la doctrine révolutionnaire, le droit commercial était conçu comme le droit des actes commerciaux.
- Puis, vint une période où de nouveau le droit commercial était défini par certains comme étant le droit des commerçants. Mais ceux-ci ne constituaient plus une communauté fermée; l'accès à l'activité commerciale était devenu libre.

On constate donc dans le Continent deux camps principaux:

- celui du système objectif qui conçoit le droit commercial comme le droit relatif aux actes de commerce et
- celui du système subjectif qui le décrit comme le droit s'appliquant aux commerçants.

* Contribution par écrit au colloque du Bicentenaire du Code de Commerce tenu à Paris en Fevrier 2007.

** Professeur de l'Universite Galatasaray en droit maritime commercial.

Le Code de Commerce de 1807 marque l'abandon du point de vue selon lequel le droit commercial serait le droit des membres de la communauté formée par les commerçants et qu'il a servi de base à la doctrine des actes de commerce, développée par la suite.

Le droit ottoman comme d'autres droits du 19^{ième} siècle, a suivi le Code de Commerce français de 1807.

Mais il faut remarquer que le Code de Commerce allemand (HGB) a ultérieurement créé une école distincte basée sur le système subjectif modernisé. De nos jours, la notion principale du droit commercial est l'entreprise de commerce.

Dans le domaine du droit commercial, un autre sujet largement débattu est l'autonomie voire l'indépendance de ce droit par rapport au droit civil. Le droit commercial est-il un droit particulier distinct ou une partie intégrante du droit civil? Cette discussion a préoccupé aussi les juristes turcs, comme c'est le cas dans beaucoup de pays.

Nous allons tâcher de décrire dans les paragraphes qui suivent l'évolution du droit commercial turc, depuis la réception (de certains livres) du Code de Commerce français de 1807 jusqu'au nouveau projet élaboré au début du troisième millénaire, surtout dans le contexte de son système et de son autonomie.

II- EVOLUTION DU SYSTEME JURIDIQUE TURC ET DU DROIT COMMERCIAL EN PARTICULIER

Les Turcs ont connu dans l'histoire différents systèmes juridiques:

- Dans les steppes d'Asie Centrale avant l'Islam le système était sui generis.
- Après l'adoption de l'Islam le droit islamique a trouvé application
- Depuis la république, un système laïc se poursuit.

1) AVANT L'ISLAM

Il existe peu de sources pour clarifier les règles de droit appliquées à l'époque où les Turcs n'étaient pas encore convertis à l'Islam. Nous savons encore moins de détails sur les règles de droit régissant le commerce; ceci s'explique par le fait que les Turcs n'étaient pas un peuple commerçant.

2) APRES LA CONVERSION A L'ISLAM

Dans les états fondés par les Turcs après la conversion à l'Islam, les règles de cette religion ont trouvé application dans tous les domaines, y compris le commerce.

Les principales sources étaient

- le Coran,
- les actes, omissions et paroles du Prophète,
- l'unanimité des points de vue des juristes, et
- l'analogie (jurisprudence).

Cette dernière source pourrait être particulièrement importante pour résoudre les problèmes non encore apparus à l'époque du Prophète Mahomet. Cependant, l'analogie est une méthode abandonnée depuis le dixième siècle.

3) EPOQUE OTTOMANE

L'Empire Ottoman étant dominé par les musulmans, le droit islamique y était en vigueur. Toutefois, les sujets du Sultan n'étaient pas tous des musulmans puisque les Ottomans n'avaient pas forcé les Chrétiens et les Juifs qui vivaient dans le territoire de l'empire à se convertir à l'Islam.

Dans le droit public islamique le monde se compose de deux camps: le monde musulman (sous la souveraineté de l'Islam) et le monde non musulman. Théoriquement le monde musulman est en guerre permanente avec le monde non musulman jusqu'à sa mise sous la souveraineté de l'Islam. Un pays où des lois autres que celles de l'Islam sont appliquées ou un pays où les musulmans et les non musulmans ayant accepté le protectorat islamique ne sont plus protégés sont censés être des pays non musulmans.

Le peuple non musulman auquel la guerre doit être déclarée est d'abord invité à se convertir à l'Islam; s'il refuse cette offre de conversion, il doit choisir entre son placement sous la protection islamique et la guerre. La mise sous la protection islamique n'étaient possible que pour les Chrétiens et les Juifs donc pour les peuples d'une religion céleste basée sur un Livre envoyé (comme la Tora ou l'Évangile). En cas de guerre perdue, le peuple belligérant non musulman pouvait devenir esclave et ses biens pouvaient être pris comme butin.

Le peuple qui choisit d'être placé sous la protection islamique acquiert le statut juridique de « zimmi » (on admet qu'un contrat est conclu avec les individus qui acceptent la protection des musulmans; ce contrat s'appelle le contrat de « zimmet »). Par ce contrat, les zimmis acquièrent le droit d'être protégés dans leur vie en territoire musulman. Les terres qui leur appartiennent restent leur propriété, mais ils doivent payer en échange un impôt appelé le « haratch ». Ils sont respectés dans leur religion; les édifices religieux existants bénéficient d'immunité. Dans leurs relations internes telles que mariage, divorce, successions ou commerce, les règles de leur religion sont appliquées. Toutefois dans le domaine de droit public (droit pénal, droit fiscal) ils sont soumis aux règles islamiques. Ils sont libres de résoudre leurs différends dans les tribunaux de leur communauté. Mais les litiges qui les opposent aux musulmans, relevaient de la compétence des juges ottomans (« Kadis »).

Les zimmis (membres des communautés chrétiennes et juives vivant en territoire ottoman) étaient restreints à certains égards: ils ne pouvaient pas se marier avec des femmes musulmanes; hériter des musulmans; conclure avec des musulmans des contrats qui sont prohibés pour ces derniers (par exemple contrat de vente de boissons alcoolisées; clause d'intérêts). Ils devaient en outre obtenir une autorisation préalable pour la construction ou la rénovation d'édifices religieux. Ils ne pouvaient accomplir de services militaires et étaient interdits dans le port d'armes en temps de conflits armés.

Il faut aussi rappeler que les zimmis avaient joué indirectement un rôle important dans l'administration de l'empire et dans son armée: Tout au début, les Ottomans soumettaient à l'esclavage un cinquième de la population de l'ennemi vaincu conformément au droit islamique et plaçaient dans l'éducation les jeunes les plus doués pour les affecter plus tard dans l'administration et dans l'armée. Ces jeunes rompaient tout lien avec leurs familles et devenaient les serviteurs du Sultan.

Cette pratique avait été étendue par la suite aux zimmis (à l'exception des juifs) qui normalement ne devaient pas faire face à une telle restriction dans leur liberté. Jusqu'à nos jours le fondement juridique voire la conformité aux règles religieuses de cette pratique n'est pas éclairé. Mais on sait qu'il y a violation de deux différents principes: l'immunité des zimmis sous la protection des musulmans (l'arrachement des enfants chrétiens de leurs familles et l'islamisation de ceux-ci était une violation de leurs droits et libertés) et l'immunité de vie des serviteurs vis à vis du Sultan (les esclaves ne pouvaient être tués par leurs maîtres; or plusieurs administrateurs d'origine chrétienne étaient punis de la peine capitale sur la seule décision

du Sultan).

L'égalité entre les zimmis et les musulmans au sein de l'empire était réalisée par le décret sultanal de 1856 (appelé le Firman de Redressement). Un décret sultanal publié en 1839 avait prévu déjà l'égalité de tous les sujets devant la loi. Pour atteindre à ce but de nouvelles lois furent promulguées. Mais il était impossible de concilier les règles musulmanes et celles proposées par les partisans de réformes. Ceci a conduit l'empire à avoir un système dual. D'un côté il y avait des lois qui reflétaient les principes religieux (le « Mecelle » en fournit l'exemple) et d'un autre côté il y avait des lois empruntées à l'Europe (le Code de Commerce qui se composait de livres traduits du Code Napoléon de 1807).

Le commerce était un domaine contrôlé plutôt par les zimmis ou les « müstemem » (des ressortissants de pays étrangers autorisés à se trouver temporairement en territoire musulman, dont le statut juridique est proche de celui des zimmis).

Les müstemem bénéficiaient de privilèges importants. Les premiers privilèges sont accordés en 1535 aux commerçants français sous le règne de Soliman « le Législateur » appelé « le Magnifique » par les occidentaux. Ils prévoyaient la compétence des consulats français en matières pénale et civile.

Il faut rappeler que les corporations musulmanes existaient aussi au sein de l'empire ottoman.

4) CERTAINES PARTICULARITES DU DROIT COMMERCIAL OTTOMAN

a) LES « LONCAS »

A l'époque ottomane, les « loncas » (de l'Italien « loggia »), unions de petits commerçants jouaient un rôle semblable à celui des organisations civiles de nos jours.

Les fonctions des loncas peuvent être énumérées comme suit:

- Contrôle et organisation des activités professionnelles (supervision de la production, la qualité de production, fixation des prix, règlement des litiges entre les membres, règlements des litiges entre un membre et son client)

- Médiation entre les citoyens et l'administration centrale (les sheikh -chef spirituel- des loncas informaient les citoyens des ordonnances du gouvernement; contrôlaient la bonne application de ces ordonnances; répartition des impôts entre les membres et leur collection.

Les lonca avaient aussi une fonction disciplinaire: Certaines sanctions appliquées par les loncas peuvent être résumées comme suit:

- Avertissement: les membres qui agissaient en violation des mœurs établies étaient convoqués et avertis
- Restitution du prix de vente: le commerçant qui vendait une marchandise défectueuse était tenu de restituer le prix et de verser des dommages intérêts.
- Fermeture du magasin: le membre récidiviste de la violation des mœurs ou de la vente défectueuse de marchandises était sanctionné par la fermeture de son magasin jusqu'à trois jours.
- Exclusion sociale et économique (temporaire): le membre qui insistait à se comporter fautivement était privé de ses droits de membre et ne pouvait profiter de la caisse commune
- Expulsion: Le membre qui avait acquis la coutume de commettre des vols, des vols, des viols, des meurtres ou autres crimes lourds était expulsé de la lonca.

b) LES ZİMMİS ET LES MÜSTEMEN

Les zimmi dont nous avons parlé plus haut, qui représentaient une partie importante de la population (un peu moins que la moitié des sujets de l'Empire), exemptés du service militaire (sans tenir compte des enfants chrétiens adoptés par l'État) pouvaient s'occuper du commerce plus facilement que les musulmans qui devaient participer aux innombrables campagnes de l'armée.

En outre, les müstemem, pouvaient poursuivre leurs activités commerciales dans l'empire.

c) LES « CAPITULATIONS »

L'Empire Ottoman a beaucoup souffert de ce que les historiens appellent « capitulations ». Pour être plus libre dans les activités commerciales dans le territoire de l'Empire, les États occidentaux, par le biais d'accords spéciaux

qu'ils signèrent avec les Ottomans, obtinrent des concessions importantes pour leurs citoyens. Nous avons souligné plus haut que cela avait débuté en 1535 au profit des commerçants français. Peu après, les privilèges étaient étendus aux ressortissants d'autres pays. La compétence des tribunaux consulaires devint donc incontestable parfois même des litiges opposant un müstemen à un ressortissant ottoman étaient soumis à ces tribunaux, ce qui était contraire au droit musulman.

L'Empire Ottoman n'était pas suffisamment fort pour abolir ces capitulations qui limitaient sa souveraineté et avait dû attendre jusqu'à 1914, donc jusqu'à l'éclatement de la première guerre mondiale qui devait causer quelques années plus tard sa ruine. Quant aux pays occidentaux, ils n'ont jamais ouvertement accepté l'abolition des capitulations qui est restée donc sur papier.

5) LA REFORME DE 1850

Ainsi qu'il ressort des explications ci-dessus, les "loncas" qui poursuivaient des activités commerciales avaient leurs propres règles. Il s'agissait du droit coutumier qui en principe ne devait pas violer les règles de la religion.

Les commerçants non musulmans, sujets de l'Empire ou ressortissants de pays étrangers, étaient soumis aussi à des règles spéciales dans leurs activités commerciales. Mais ils étaient soumis en principe au droit islamique dans leurs relations avec les musulmans.

Le commerce intérieur et le commerce extérieur étaient régis donc par les coutumes et la loi islamique, en dernier ressort.

Partant de l'idée que les règles de la loi islamique ne répondaient pas aux besoins de la vie commerciale et désirant établir un rapprochement avec l'Europe, l'Empire Ottoman promulgua en 1850 le Code de Commerce. Ce Code se composait de la traduction du Livre Premier et du Livre Troisième du Code de Commerce Français de 1807 (Code Napoléon). Le Code de Commerce Ottoman fut complété par la suite par trois addendum:

- Addendum no.1 relative à l'établissement des tribunaux de commerce (1860)
- Addendum no.2 relative à la faillite (1905)
- Addendum no.3 relative aux assurances (1906).

Le commerce maritime était régi par une loi différente adoptée en 1864. Cette loi était aussi une traduction des dispositions du Code de Commerce Français, à l'exception du transport des passagers et des collisions. Les dispositions sur le transport des passagers étaient d'origine hollandaise et celles sur les collisions avaient été inspirées des droits allemand et belge.

En 1862 fut adoptée une loi spéciale sur les règles de procédure en matière de litiges commerciaux. Et en 1914 la loi sur les chèques fut promulguée.

En 1908 d'abord, puis en 1916 deux différentes commissions furent constituées en vue de moderniser le Code de Commerce Ottoman qui, de l'avis général, n'était plus apte à apporter des solutions adéquates aux problèmes de l'époque. Pourtant c'était des années difficiles et l'empire s'approchait peu à peu de sa fin sous l'effet des guerres presque à tous les fronts. Il a fallu attendre la république pour la réforme souhaitée.

Le Code de Commerce est la première loi ottomane qui fut reçue d'un pays étranger. Il constitue donc le premier pas d'une réforme juridique importante qui finira par faire adhérer la Turquie au système juridique continental.

Le but poursuivi par la réception du Code Napoléon était de remédier au manque de dispositions légales pour régir le domaine commercial. Il s'agit là d'une réception faite dans le dessein de modernisation.

Lorsque le Code de Commerce est promulgué, les seuls tribunaux qui existaient étaient les tribunaux religieux. Les litiges qui tombaient sous le coup du nouveau Code devaient donc être décidés par ces tribunaux. Mais 10 ans après la réception du Code Napoléon, les inconvénients découlant de l'application de la nouvelle loi par les tribunaux religieux furent admis et le premier Addendum prévoyant l'établissement des tribunaux de commerce fût adopté. Il s'agissait de nouveaux tribunaux laïcs contrôlés par le Ministère de la Justice. Il fallait aussi prévoir une procédure spéciale et cette tâche fut accomplie par la mise en vigueur en 1862 de l'Ordonnance sur la Procédure Commerciale, inspirée du droit français.

Le premier Livre du Code de Commerce Ottoman relatif aux dispositions fondamentales contenait

- 2 articles sur les commerçants
- 7 articles sur les livres que les commerçants devaient tenir
- 43 articles sur les sociétés de commerce

- 3 articles sur la commission
- 14 articles sur les commissionnaires de transport terrestre ou maritime
- 77 articles sur la lettre de change

La liste ci-dessus met bien en relief les manques de réglementation dont souffrait le Code et la défaillance systématique. Cependant, il est unanimement admis que le Code Napoléon de 1807 était encore dans les 1850, le meilleur Code de Commerce qui existait sur terre, malgré le fait que Napoléon l'avait un peu trop rapidement promulgué. S'il est vrai que l'Allemagne et l'Italie avaient tous les deux surpassé la France par les Codes de Commerce qu'ils avaient plus tard adoptés, il n'en demeure pas moins que ces Codes furent largement influencés par l'exemple français.

Il faut reconnaître que sous le régime du Code de Commerce Ottoman

- le droit commercial turc est un droit autonome et indépendant (loi séparée, procédure spéciale, tribunal spécial)
- le droit commercial est basé sur les actes de commerce.

Pourtant, il faut souligner que l'autonomie existe d'abord vis-à-vis le droit islamique; il s'agit en effet d'un choix fait en faveur du droit romano-germanique.

D'autre part, la définition des actes commerciaux, à l'encontre du Code Napoléon, n'est pas donnée dans le texte de la loi. Cette définition ne fut introduite que dix ans plus tard lorsque l'Addendum no.1 sur les tribunaux de commerce fut adopté. Cela revient à dire que le Code, pendant les dix premières années qui suivirent son entrée en vigueur fut appliqué sans délimitation exacte de son axe principal.

Quant à la notion de commerçant, il faut souligner qu'elle n'était pas habilement décrite non plus dans le Code ottoman. En effet, la disposition correspondante (article premier) du Code Napoléon était différente; le Code ottoman parle de « conclusion de contrat documenté », ce qui prête à confusion et laisse penser que les contrats faits par les commerçants devaient revêtir la forme écrite. Il s'agit là d'une erreur de traduction.

Le Code de Commerce stipule deux critères pour qu'un procès soit de nature commerciale: des litiges découlant d'actes de commerce sans égard aux parties concernées doivent être décidés par des tribunaux de commerce (principe tout à fait conforme au point de vue objectif); en outre les litiges entre commerçants, manieurs d'argent (argentarii), banquiers et

artisans relèvent aussi de la compétence de ces tribunaux (ici, le point de vue subjectif semble prévaloir).

Au seuil de la République, la législation ottomane sur le commerce ne paraît pas très satisfaisante. Le seul fait que les actes de commerce constituant la notion fondamentale du Code ne sont décrits que dix ans plus tard, démontre clairement que le législateur ottoman n'était pas tout à fait conscient de la fonction des notions principales sur lesquelles le Code était bâti. En plus, des erreurs de traduction rendaient la compréhension plus difficile. Des lacunes importantes telles que le registre commercial, la raison commerciale, la concurrence déloyale, les auxiliaires de commerçants et les intermédiaires se faisaient sentir davantage avec l'écoulement du temps. (Par contre les marques et les brevets d'invention étaient régis par des lois spéciales). Mais, le côté le plus boiteux était sans doute la réglementation de plusieurs contrats commerciaux par le « Mecelle » (équivalent du Code des Obligations).

Ici, il convient de citer un point important: Un des Addendums du Code de Commerce Ottoman régit les assurances. Or, la religion musulmane a toujours eu une méfiance à l'égard de cette institution juridique et sa conformité aux règles islamiques est toujours débattue; ce débat continue même de nos jours.

Nous citerons ci-dessous la toute récente approche (officielle) de la Direction des Affaires Religieuses: En effet, cette Direction a émis l'opinion que

- Les assurances sociales (celles effectuées par les institutions de sécurité sociales), les assurances mutuelles et les assurances commerciales (celles effectuées par des compagnies privées d'assurance) sont valides
- Les assurances vie où l'assuré reçoit le bénéfice réalisé sur l'investissement des primes et les fonds de pension sont valides à condition que l'investissement soit fait dans des domaines que la religion n'interdit pas,
- Les assurances dont l'objet est prohibé par la religion ne seraient pas valides.

Lorsqu'on considère cette opinion, on comprend aisément que même à l'heure actuelle, la religion islamique ne reconnaît pas la validité de certaines assurances parfaitement légitimes selon les dispositions en vigueur. Le Code de Commerce Ottoman, par l'adoption en 1906 de l'Addendum no.3 relatives aux assurances avait fait un pas important vers la rupture avec les règles religieuses, du moins en matière commerciale.

6) LA REPUBLIQUE

Après la proclamation de la république en 1923, la Turquie a réalisé une grande réforme juridique et a adopté de nouvelles lois dans le but de réorganiser la société. Il s'agit d'une réception quasi-totale puisque

Le Code Civil

Le Code des Obligations

Le Code Pénal

Le Code de Procédure Pénale

Le Code de Procédure Civile

ont été pris de l'Europe Continentale.

Ainsi la jeune république avait opté pour un système romano-germanique et le droit islamique était abandonné.

Après la proclamation de la république sous le règne d'Atatürk, un nouveau Code de Commerce est adopté en 1926 (Premier Code de Commerce de la République). A partir de 1957, date à laquelle le Code de Commerce actuellement appliqué (Deuxième Code de Commerce de la République) est entré en vigueur, on se réfère au premier Code sous la dénomination de l'ancien Code de Commerce.

a) L'ANCIEN CODE DE COMMERCE DE LA REPUBLIQUE

L'Ancien Code de Commerce (loi no.865) est entré en vigueur le 4 Octobre 1926 en même temps que le Code Civil.

Le Livre Premier de l'Ancien Code de Commerce intitulé "Le Commerce En Général" se composait de parties relatives aux dispositions générales, sociétés de commerce, effets de commerce et promesses commerciales. Les dispositions régissant le commerce maritime ont été ajoutées le 13 Mai 1929 par la loi no.1440 comme étant le Livre Deuxième. Le nombre total des dispositions des deux livres s'éleva donc à 1485.

Ce Code demeura en vigueur jusqu'à l'adoption en 1956 d'un nouveau code de commerce (en vigueur depuis 1957).

L'Ancien Code de Commerce est une compilation de dispositions étrangères

d'origines très variées. Cette particularité a causé qu'il était dénué de système unique. Il reflétait à la fois les traces du point de vue objectif et celles du point de vue subjectif. A cet égard, la doctrine cite l'exemple suivant: L'article 22 stipulait que les actes juridiques d'un commerçant seraient présumés revêtir le caractère commercial (système subjectif) alors que l'article 21 énumérait les actes présumés "commerciaux" indépendamment des qualités des parties et de leurs intentions (système objectif). Cette bipolarisation était encore enrichie par l'article 19 qui semble adopter le critère de l'entreprise commerciale: Selon cet article, les actes des entreprises créées par les fermiers pour la vente de produits fabriqués à base de leurs récoltes seraient réputés "commerciaux" si les entreprises en questions avaient atteint la dimension d'entreprises commerciales. Cependant, compte tenu de ce que l'article premier du Code instaure le principe que les dispositions commerciales devaient s'appliquer aux actes de commerce et que ces actes, décrits en détails dans les articles 15 à 26, constituent la base des autres dispositions, il ne serait pas faux d'affirmer que sous le règne de l'Ancien Code de Commerce, l'influence du Code Napoléon est apparent. Du point de vue de la théorie générale, l'Ancien Code de Commerce reproduit dans ses grandes lignes l'approche du Code Napoléon.

L'Ancien Code de Commerce a défini le commerçant à partir d'actes de commerce: «Est réputé commerçant, celui qui ayant la capacité d'accomplir des actes de commerce, les exerce en son nom comme profession habituelle » (art.9).

L'Ancien Code de Commerce, inspiré du droit allemand, définit aussi le « petit » commerçant. Le Code de Commerce Ottoman ne faisait pas de différence entre le commerçant et l'artisan (petit commerçant). En effet, la différence ne provient que de la taille de l'activité et non de sa nature.

Le plus grand inconvénient de l'Ancien Code de Commerce était sans doute l'incompatibilité de ceci avec le nouveau Code Civil et le nouveau Code des Obligations, tous deux empruntés à la Suisse. L'ancien Code de Commerce était préparé à une époque où le « Mecelle » (Code des Obligations Ottoman) était encore en vigueur. La Commission chargée de la préparation de l'Ancien Code de Commerce n'avait pas prévu que le Mecelle serait remplacé par de nouvelles lois. Alors elle avait senti le besoin de préparer un projet de loi couvrant le maximum de domaines possible, donc avec le minimum de lacunes, diminuant ainsi le besoin de recourir à d'autres lois pour résoudre les litiges commerciaux. Ceci a donné naissance à une double législation à certains égards. Par exemple le contrat de vente, le gage, le mandat, la cession de créance, le contrat de commission, le contrat de transport furent

régis, outre par le Code des Obligations aussi par l'Ancien Code de Commerce mais avec des différences plus ou moins importantes, ce qu'il aurait fallu éviter.

L'Ancien Code de Commerce n'est que l'amélioration du Code de Commerce Ottoman, il n'est pas question de changement fondamental dans les choix essentiels: La jeune République reste fidèle au choix effectué en 1850 et maintient l'adhésion au droit continental.

De l'avis général l'Ancien Code de Commerce est rédigé dans un esprit d'autonomie. Les dispositions spéciales relatives

- à la capacité en matière commerciale (régie différemment que la capacité civile),
- aux conséquences d'être commerçant, aux effets des dispositions commerciales et d'actes de commerce (par exemple la présomption de solidarité, le devoir d'agir en commerçant prévoyant; le droit du commerçant d'exiger une rémunération ou de requérir le remboursement des sommes avancées ou des dépenses faites même en l'absence d'une stipulation expresse à cet égard; la possibilité de convenir librement du taux d'intérêt applicable en matière commerciale)
- aux droits du créancier en cas de violation des stipulations commerciales (forme spéciale pour la sommation en vue de faire déclencher la demeure du débiteur, de la résiliation du contrat: sommation via notaire ou par lettre recommandée)
- à la prohibition de diminution de la rémunération ou de la peine conventionnelle stipulée

en sont la preuve.

En 1924 une loi spéciale a mis fin aux tribunaux de commerce. Mais certaines chambres des tribunaux de première instance étaient simultanément chargées de régler les litiges commerciaux. En outre l'Ancien Code de Commerce renferme un nombre limité de dispositions relatives à la procédure commerciale. Tout cela renforce l'opinion que ce Code doit être considéré comme étant autonome face au Code Civil au sens large (y compris le Code des Obligations).

Au sujet de l'Ancien Code de Commerce nous devons faire la remarque suivante: Ce Code était plus complet et satisfaisant que le Code de Commerce Ottoman qu'il a remplacé; mais il souffrait aussi de défauts qui

rendaient son application difficile, ce qui a nécessité le Code de Commerce de 1956.

b) LE CODE DE COMMERCE DE 1956 (ACTUELLEMENT EN VIGUEUR)

Le Code de Commerce de 1956 est l'oeuvre du Professeur allemand Ernst Hirsch d'abord qui fut chargé de la tâche d'élaborer un nouveau projet de code, puis de la Commission du Ministère de Justice qui donna au texte de Hirsch sa forme définitive.

Le professeur Hirsch était un juriste allemand qui avant le commencement de la seconde guerre mondiale se réfugia en Turquie sur l'invitation d'Atatürk, président de l'époque –mon père et ma mère étaient tous les deux étudiants à la Faculté de Droit de l'Université d'Ankara lorsque Ernst Hirsch y enseignait le droit commercial et la philosophie du droit en turc, langue qu'il avait maîtrisée en peu de temps.

Le Code de Commerce de 1956 se compose d'une introduction et de cinq livres à savoir (i) l'entreprise commerciale (ii) les sociétés de commerce (iii) papiers valeurs (iv) commerce maritime (v) droit des assurances.

Le Code de Commerce de 1956 a pris soin d'éviter que certaines matières soient doublement régies (à la fois dans le Code des Obligations et dans le Code de Commerce), comme c'était le cas sous l'empire de l'Ancien Code de Commerce.

Une des nouveautés du Code de Commerce de 1956 est la stipulation expresse dans l'article premier que ce Code est partie intégrante du Code Civil. Pourtant il est difficile d'admettre qu'avec cette disposition le législateur a institué le principe de l' « union » et a désiré éliminer l'autonomie du droit commercial. Si on considère le Code de Commerce de 1957 dans son ensemble, il s'avère qu'il est plus juste d'admettre que ce Code a davantage prêché l'autonomie. Ce fait devient plus apparent surtout avec le nouveau choix du législateur: Le Code de Commerce de 1956 est basé sur la notion fondamentale de l'entreprise commerciale. Cette notion est conçue à la fois

- d'une façon large (elle n'est pas limitée aux « échanges » mais s'étend aussi aux activités de production et comprend aussi les services)
- et d'une façon étroite (elle exclut le « petit commerce » comme dans l'Ancien Code de Commerce).

Nous devons préciser que le Code de Commerce de 1956, marque un changement de conception: Avec son entrée en vigueur, le droit commercial turc n'est plus basé sur le point de vue objectif mais sur un point de vue différent, à savoir l'entreprise commerciale, à l'exemple du droit allemand et du droit suisse.

c) NOUVEAU PROJET DE CODE DE COMMERCE AU DEBUT DU TROISIEME MILLENAIRE

Un nouveau projet de code vient de voir le jour en Turquie. Les raisons qui ont conduit à la préparation d'un nouveau projet ont été expliquées comme suit (Exposé des motifs de la Commission préparatoire):

Dans la seconde moitié du 20ième siècle plusieurs événements notables se sont produits, à savoir entre autres

- La fondation de l'Union Européenne qui devint une puissance commerciale importante.
- Nouvelles unions économiques régionales telles que NAFTA, Zone Economique Européenne ont vu le jour.
- Ces unions ont édicté des normes matérielles et créé des régimes supranationaux.
- Expansion de l'économie de marché libre et de la concurrence à partir de 1960
- Instauration de ces notions comme valeurs communes de l'UE.
- Augmentation de groupements de sociétés
- Anéantissement par les conditions générales imposées des dispositions supplétives instaurant l'équilibre des intérêts respectifs.
- effet néfaste de la spécialisation en matière juridique sur les consommateurs
- effets fondamentaux des actes électroniques sur le commerce, sur les formalités commerciales
- effets de la technologie, à commencer par les effets de la pollution, sur le droit de la responsabilité et en particulier sur la responsabilité du transporteur maritime
- le besoin de protéger par des dispositions impératives le consommateur, les petits associés, les assurés, les individus qui accomplissent des actes électroniques et les individus auxquels les conditions générales sont imposées

- la réglementation juridique détaillée de vastes domaines par des conventions internationales
- la transformation du commerce bipartite en commerce multipartite.
- L'entrée en activité de WTO, symbole de la globalisation.

Or, dans le Code de Commerce de 1956 les modifications nécessaires tenant compte de ces événements importants ne sont pas faites.

La Turquie est un pays candidat à l'UE. Cette position impose à la Turquie non seulement le devoir d'harmoniser sa législation avec l'acquis européen mais aussi le devoir de la rendre conforme aux directives futures, de prendre en considération les propositions des commissions d'experts du Conseil d'Europe et de suivre le plan d'action de l'UE au sujet du droit commercial.

Les développements technologiques récents ont influencé le droit commercial dans une très large mesure. Par exemple papiers- valeurs sans papiers, le transport conteneurisé, la pollution des mers par les hydrocarbures, l'Internet (e-commerce; courrier électronique). Il faut régler ces nouveaux faits.

En outre la Turquie doit être partie intégrante des marchés internationaux. Un nouveau Code de Commerce s'avère nécessaire aussi à cet égard.

Le nouveau projet a choisi comme axe central, l'entreprise de commerce. Donc, il s'agit du même ordre d'idée qui a prévalu lors de l'adoption du Code de Commerce de 1956.

Le nouveau projet n'est pas encore voté à l'Assemblée Nationale (situation en Mai 2007).

CONCLUSION

De ce qui précède nous pouvons tirer la conclusion suivante: Le droit commercial turc a été au début (par l'adoption du Code de Commerce Ottoman qui n'était qu'une traduction de certaines parties du Code de Commerce Français de 1807) sous l'influence absolue du Code Napoléon. Cette influence a pourtant progressivement diminué (elle était encore notable sous l'Ancien Code de Commerce promulgué tout au début de la République en 1926). Mais elle a fini par disparaître en 1956 avec le Code de Commerce de 1956 qui fût l'œuvre d'une inspiration d'origine allemande.

Quant au nouveau projet de Code de Commerce, il reflète une approche universelle, ainsi qu'il est recommandé par les circonstances actuelles.

L'évolution du droit commercial révèle que ce droit à toujours été autonome: D'abord par rapport au droit islamique puis par rapport au droit civil.

LA RECEPTION DU CODE CIVIL SUISSE PAR LA TURQUIE¹

*Prof. Dr. Samim ÜNAN**

GENESE

Aperçu historique

Au sein de l'Empire Ottoman (dénommé « l'homme malade » dans ses dernières décennies par les puissances étrangères) vivaient plusieurs nations appartenant à des religions différentes. Les sujets de la Porte Sublime n'étaient pas forcés à se convertir à l'Islam et chacun pouvait pratiquer sa religion.

L'empire Ottoman étant dominé par les musulmans, le droit islamique y était en vigueur. Toutefois, les non musulmans vivant dans des territoires conquis bénéficiaient d'un protectorat qui leur assurait une certaine indépendance juridique. Les terres qui leur appartenaient demeuraient leur propriété, mais ils devaient payer en échange un impôt (appelé le « haratch »). Les édifices religieux existants étaient immunes. Dans leurs relations internes telles que mariage, divorce, successions ou commerce, les règles de leur religion étaient appliquées. Pourtant, dans le domaine de droit public (droit pénal, droit fiscal) ils étaient soumis aux règles islamiques. Ils étaient libres de résoudre leurs différends dans les tribunaux de leur communauté. Mais les litiges qui les opposaient aux musulmans, relevaient de la compétence des juges ottomans (« kadis »).

Les non musulmans –appelés « zimmis » (membres des communautés

1 Rapport présenté au colloque du “Centenaire du Code Civil Suisse” organisé à Paris en Avril 2007.

* Professeur à l'Université de Galatasaray en droit maritime commercial.

chrétiennes et juives vivant en territoire ottoman) étaient restreints à certains égards: ils ne pouvaient se marier avec des femmes musulmanes; hériter des musulmans; conclure avec des musulmans des contrats qui sont prohibés pour ces derniers (par exemple contrat de vente de boissons alcoolisées; insertion d'une clause d'intérêts conventionnels). Ils devaient en outre obtenir une autorisation préalable pour la construction ou la rénovation d'édifices religieux. Ils ne pouvaient accomplir de services militaires et étaient interdits dans le port d'armes en temps de conflits armés.

L'égalité entre les « zimmis » et les musulmans au sein de l'empire était instaurée par le décret sultanal de 1856 (appelé le Firman de Redressement). Un décret sultanal publié en 1839 avait prévu déjà l'égalité de tous les sujets devant la loi. Pour atteindre à ce but, de nouvelles lois furent promulguées. Mais il était impossible de concilier les règles musulmanes et celles proposées par les partisans de réformes. Ceci a conduit l'empire à avoir un système dual. D'un côté il y avait des lois qui reflétaient les principes religieux (le « Mecelle » dont nous reparlerons toute à l'heure, en fournit l'exemple) et d'un autre côté il y avait des lois empruntées à l'Europe (le Code de Commerce Ottoman promulgué en 1850 qui se composait de livres traduits du Code Napoléon de 1807).

L'Empire Ottoman a connu dans la seconde moitié du 19^{ème} siècle un débat important:

Fallait-il adopter - en sus du Code de Commerce de 1807- le code civil français? La France était un pays qui exerçait une grande influence dans le monde entier et certains dirigeants (réformistes) de l'Empire Ottoman pensaient que l'adoption des règles françaises contribuerait à réorganiser la société dans la bonne direction. Pourtant il existait aussi un point de vue opposé (conservateur) selon lequel l'adoption de dispositions occidentales constituerait une grande erreur capable de dénaturer le peuple.

Les arguments des réformistes peuvent être résumés comme suit:

- L'adoption du Code Civil Français (avec certaines modifications)
 - instaurerait l'unité du régime juridique dans le pays
 - empêcheraient les mouvements séparatistes des non musulmans
- L'Europe, riche et forte, prêchait que tous les individus devaient être égaux, que les inégalités découlant de la différence de religion ou de la noblesse devraient être abolies; que le mérite devrait être le seul critère pour assumer des fonctions au service de la société.

- Il serait approprié d'adopter le Code Civil Français, comme cela était fait en Egypte. Ainsi, les inconvénients engendrés par l'application de règles différentes en matière de droit civil auraient disparu.

Ali Pacha qui était le leader des réformistes avait chargé un autre Pacha de traduire de l'Arabe le Code Civil Français.

Le problème fut résolu par la décision d'une commission spéciale, qui a conclu qu'il serait plus approprié de préparer un code civil « autochtone ». Les conservateurs étaient d'avis que le Code Civil Français irait à l'encontre des principes sur lesquels repose l'Empire. Les partisans de ce point de vue l'ont finalement emporté et l'Empire Ottoman a publié le « Mecelle » (Médjellé) en lieu et place du Code Civil Français. Le Mecelle fut préparé et promulgué entre les années 1868 et 1876.

Le Mecelle resta en application jusqu'en 1926. Ce code a connu le déclin de l'Empire, la guerre des Balkans, la première guerre mondiale et tout le désastre qu'elle a pu engendrer, le Traité de Sèvres qui l'a suivie, l'occupation d'Istanbul et de plusieurs régions d'Anatolie, la guerre d'indépendance, la proclamation de la République.

Le Mecelle, composé de 1851 articles, contenait des règles de droit basées sur les principes de la religion islamique. Il traite principalement du droit des obligations et dans une mesure plus restreinte du droit des choses et de la procédure. Bien que le but fût de légiférer le domaine du droit civil, des réglementations sur le droit des personnes, le droit de la famille et le droit des successions font défaut dans le Mecelle. Le droit islamique a donc continué d'être appliqué en ces matières.

En outre le Mecelle repose sur les points de vue de la secte Hanefite, ce qui créa des problèmes pour les adeptes des autres sectes. Ce code n'est pas réformateur mais il est le premier code civil du monde musulman. Les règles de droit y sont rassemblées suivant les méthodes adaptées dans les législations occidentales.

Malgré la promulgation du Mecelle, les juristes ottomans ne cessèrent pas de s'intéresser au Code Civil Français qui fut traduit en turc en 1885.

Après le Code Civil Français, en 1912 le Code Civil Suisse et en 1916 le Code Civil Allemand furent aussi traduits.

Les raisons de la réception du Code Civil Suisse

Les raisons qui nécessitèrent la réception du Code Civil Suisse en 1924, au lendemain de la proclamation de la République de Turquie sont décrites en détail dans l'Exposé des Motifs.

Nous pouvons les regrouper sous les rubriques suivantes:

- **L'insuffisance des règles de droit en vigueur lors de la réception**

Lorsque la jeune République de Turquie a adopté le Code Civil Suisse, la loi en vigueur était le « Mecelle » qui signifiait littéralement « reliure ».

Dans l'Exposé des Motifs il est expressément accentué que des 1851 articles du Mecelle, seuls 300 (régissant certains contrats) étaient effectivement appliqués.

L'Exposé des Motifs contient les explications suivantes:

- Les Etats dont les lois sont basées sur les règles de la religion finissent dans un court délai par ne plus répondre aux besoins et aux désirs du peuple car la religion contient des règles inchangeables. La vie continue, les besoins se modifient; les règles de la religion ne signifient pas plus que des lettres mortes face à une vie qui court. Les religions sont contraintes à rester telles quelles. Alors, les sociétés de nos jours adoptent le principe que la religion doit demeurer une affaire de conviction. C'est un des points essentiels qui sépare les sociétés contemporaines des anciennes sociétés.
- Les lois basées sur la religion fixent les peuples auxquels elles sont appliquées à des règles insatisfaisantes du temps ancien et empêchent le progrès.
- On ne doit pas douter de ce que les lois inspirées des règles inchangeables de la religion constituent un des facteurs principaux qui fixèrent le peuple turc même encore aujourd'hui aux dispositions médiévales.
- La privation de la Turquie d'un code civil réglementant la vie sociale n'est compatible ni avec la civilisation contemporaine ni avec les objectifs de la révolution turque.
- Ce qui fait la différence entre l'état contemporain et les institutions

politiques primitives ce sont les lois promulguées dans un esprit rationnel.

- Hormis les 300 articles du Mecelle, les juges de la République turque recourent aux vieux livres traitant des sujets juridiques et aux règles de la religion pour résoudre les conflits. Ils ne sont pas liés par la jurisprudence et par des principes de base. Ceci engendre des décisions juridiques contradictoires pour des cas identiques. Le sort du peuple dépend donc non pas d'un système juridique bien établi mais des règles religieuses médiévales en contradiction les unes avec les autres, donc du jeu du destin. La République doit remédier à cette situation primitive et désordonnée.

- **Les avantages de recevoir le Code Civil Suisse**

Au sujet des avantages que présentaient le Code Civil Suisse, l'Exposé des Motifs contient les détails suivants:

- Le Code Civil turc est pris du Code Civil suisse qui est le code civil le plus récent, le plus complet et le plus populaire.
- Les besoins des nations civilisées diffèrent peu. Les relations économiques et sociales durables ont fait de l'humanité civilisée une grande famille.
- L'allégation qu'un code reposant sur des principes élaborés dans un pays étranger ne serait pas opportun pour subvenir aux besoins de la Turquie ne paraît pas juste. Il est connu en particulier que la Suisse englobe des ethnies germanique, française et italienne dont l'histoire et les traditions ne sont pas les mêmes. Un code qui s'est avéré suffisamment souple pour s'appliquer à des ethnies de culture différente, est sans doute apte à s'appliquer sans problème en Turquie où nonante pour cent de la population est constitué par la même race.
- En plus, l'idée que le code avancé d'une nation civilisée ne pourrait s'appliquer en Turquie est jugée erronée, car elle risque de conduire à la conclusion que la nation turque n'est pas apte à la civilisation. Or, la vérité est différente; la situation actuelle et l'histoire démontrent le contraire. Par référence à l'évolution de la modernisation en Turquie, on doit affirmer que le peuple turc ne s'est opposé à aucune nouveauté découlant de la raison.
- Une nation qui s'attache strictement aux coutumes et traditions

court le danger de ne pas progresser. Aucune nation civilisée n'hésite à renverser les coutumes et traditions qui la bloquent. A cet égard on peut citer les exemples d'Allemagne, de France et de la Suisse.

- En effet, avant l'entrée en vigueur du Code Civil (BGB), au trente trois pour cent du peuple allemand on appliquait le droit romain; au quarante trois pour cent le droit prussien, au sept pour cent le droit saxon, et au dix sept pour cent le droit français. La langue juridique différait aussi (le latin, le français, le grec et les langues allemandes locales). Seulement en Bavière il existait pour le mariage entre septante et huitante procédures. Il était donc très difficile pour un juge de s'instruire sur tous ces textes différents et les individus ne pouvaient savoir avec certitude aux quelles règles de droit ils étaient soumis. L'Allemagne a pu réaliser l'unification du droit civil d'un seul coup, grâce au BGB.
- Le Code Civil Français est aussi le produit d'une évolution. Ce Code a aussi instauré de nouveaux principes en lieu et place des anciennes dispositions et coutumes. Il a aboli les privilèges de certaines classes sociales et les privilèges ruraux. Avant l'adoption de ce code, la situation ressemblait à celle de l'Allemagne. Les coutumes et règles appliquées étaient très différentes. Le Code Civil a mis fin à cette diversité et a unifié le droit. Son principal ennemi était l'Eglise car la souveraineté de celle-ci en matière de droit privé et notamment en matière de droit de la famille devait disparaître avec l'adoption du code.
- Quant à la Suisse, elle était dotée d'autant de lois que le nombre des cantons avant le Code Civil qui, avec sa promulgation, avait mis le point final à cette variété.
- Ces trois mouvements ont causé la défaite définitive (irréversible) de la doctrine qui voulait attacher la vie à des traditions déjà mortes. Ces trois exemples sont cités dans le dessein d'accentuer que les nations abandonnent leurs coutumes et traditions d'un seul coup lorsque les nécessités présentes les y poussent et pour montrer en outre que cet abandon n'engendre pas de conséquences graves contrairement à ce que certains pensent. Ce qui est néfaste pour les nations c'est l'insistance sur les coutumes et traditions incompatibles avec les prérogatives de la vie. Le BGB, le Code Civil Français et le Code Civil Suisse sont tous basés sur le principe de la séparation absolue de l'état et de la religion.
- Si les affaires de l'état et celles de la religion ne sont pas distinguées,

les membres de la société qui n'acceptent pas les règles religieuses adoptées par l'état seront opprimés. Or, la religion doit rester une affaire de conviction et c'est seulement ainsi qu'elle est respectable et immune. Les états contemporains ont dédié à la religion un trône éternel et véritable qu'est la conviction. Si une société se compose de sujets appartenant à des religions différentes, une loi générale ne peut s'appliquer que si elle a rompu tout lien avec celles-ci. Au cas où les lois reposent sur des règles religieuses, l'état qui doit reconnaître et assurer la liberté de conviction est obligé de faire plusieurs lois différentes pour ses sujets adhérents à des religions différentes. Ce fut d'ailleurs le cas dans l'Empire Ottoman.

Prenant en considération les motifs cités ci-haut, la jeune République turque a finalement fait son choix en faveur du Code Civil Suisse. Fallait-il opter pour le Code Napoléon ou le BGB? Il paraît que le Code Civil Suisse plus simple, plus restreint, plus accessible et pratiquement équidistant des deux grands codes s'avère un choix approprié.

EFFETS

- Sur l'adoption du Code Civil Suisse, les minorités protégées par les dispositions du Traité de Lausanne qui a fondé la République turque ont renoncé à leur demande d'être soumis aux règles de leur religion car elles étaient convaincues que le nouveau Code Civil leur offre suffisamment de sécurité. Ainsi pour la première fois depuis des siècles, l'unification du droit était réalisée. L'application de mêmes règles de droit à tous les citoyens constituait un premier pas important pour assurer l'égalité.
- La situation de la femme s'est certainement améliorée. Il faut signaler que les femmes turques ont obtenu le droit de voter avant les Suissesses. Néanmoins la Turquie demeure encore de nos jours un pays où l'homme est plus puissant que la femme. Bien que le mariage religieux n'ait pas de conséquence juridique si le mariage civil (à la mairie) n'est pas accompli, il existe encore des secondes femmes liées seulement par un mariage religieux. La femme est héritière sur un pied d'égalité avec les hommes. Pas de différences entre les fils et les filles pour leurs parts respectives de successions. Le divorce devient de plus en plus répandu, surtout dans les grandes villes.
- Les règles relatives au droit de la personne ont permis d'assurer le respect des droits de l'individu. A cet égard il faut surtout citer l'article 8 alinéa 2: « Chacun a, dans les limites de la loi, une aptitude égale à devenir sujet de droits et d'obligations »

- La réglementation des droits réels notamment le droit de propriété et le gage ont permis une vie économique plus vive. La copropriété, la propriété par étage, l'hypothèque mobilière et immobilière sont aussi des institutions juridiques qui permettent aux individus de s'acquérir plus facilement les biens dont ils ont besoin.
- Pourtant il faut préciser qu'au début, lorsque le code fut adopté, l'hypothèque mobilière n'était régie dans le Code Civil que d'une façon trop restreinte: ce n'était prévu que pour les animaux. Par contre, le gage sur l'entreprise commerciale, l'hypothèque sur les navires et l'hypothèque sur les aéronefs étaient consacrés dans d'autres lois postérieures. Quant au gage sur les véhicules automobiles, ceci était soumis aux dispositions du code civil sur le nantissement, ce qui créait dans la pratique des problèmes importants: Les banques qui prêtaient sur gage, au lieu de constituer un gage sur le véhicule –qui nécessitait le remise effective du véhicule par son propriétaire- procédaient à la saisie. La banque, d'accord préalablement avec son débiteur commençait une poursuite pour dettes à l'encontre de celui-ci. Le débiteur reconnaissait devoir à la banque et le véhicule était d'abord saisi puis confié au débiteur qui pouvait continuer à l'utiliser du consentement de son créancier. La saisie était levée plus tard lorsque la dette découlant du prêt était entièrement payée. Le nouveau code civil du 2001 a remédié à ce problème en introduisant une nouvelle disposition (art. 940 al.2): « Sur les meubles dont l'inscription dans un registre est obligatoire selon la loi, un droit de gage peut être constitué par annotation au registre, sans transfert de la possession ».
- Il faut aussi signaler que le code n'a pas tranché la question de savoir si le droit de gage sur les meubles s'étend aussi sur l'indemnité d'assurance, ce qui est le cas pour le gage sur l'immobilier. Le nouveau code de 2001 a laissé le problème tel quel pourtant il aurait pu s'inspirer des dispositions du code de commerce sur l'hypothèque maritime, d'origine allemande. Dans la vie pratique beaucoup de problèmes découlent de ce silence.
- Grâce aux dispositions relatives à la possession, la protection des droits sur les meubles et les immeubles est mieux assurée.
- Le registre foncier permet les crédits bancaires: Les prêts avancés en vue d'habiliter le débiteur pour acquérir un immeuble sont garantis par un gage immobilier sur l'immeuble acheté. Récemment la Turquie a fait une loi spéciale sur le so-called « mortgage ». Cette nouvelle loi est lancée avec beaucoup d'enthousiasme comme si l'hypothèque immobilière n'avait jamais existé!

- Les obligations (y compris le droit commercial) sont régies parallèlement aux lois européennes, ce qui permet d'être en ligne avec la vie commerciale mondiale. Cependant, il existe aussi des lacunes à certains égards qui rendent le juge turc confus. Pour citer un exemple, nous évoquerons le cas du conducteur mort dans un accident de route engendré par sa seule faute. La Cour de Cassation a statué que cette faute n'était pas une défense valable pour s'exonérer -même en partie- de la responsabilité que l'on peut opposer aux proches du défunt privés de leur soutien (La Cour de Cassation met en relief pour motiver sa décision que les proches n'ont commis aucune faute; qu'ils ont une créance indépendante directement quérable du détenteur et que la faute du défunt ne leur est pas opposable). Le problème pourrait cependant être résolu par une disposition expresse, comme c'est le cas dans le BGB (D'après l'article BGB, l'article relatif à la faute concomitante s'applique aussi aux créances des proches lorsqu'il peut être attribué au défunt un comportement fautif qui a causé sa mort).
- L'intégration avec le monde est rendue plus facile grâce à la réception du Code Civil Suisse en Turquie.
- Que peut-on dire du niveau général des juristes turcs après tant d'années d'exercice qui ont suivi la réception du Code Civil Suisse? Avec la réception de ZGB (CCS) l'influence de la sphère germanique a atteint peu à peu son sommet. Le point de vue qu'un juriste désirent devenir un académicien de droit privé, doit être capable de consulter les ouvrages écrits en allemand se trouve de plus en plus répandu.
- La Turquie a fait une autre grande réforme en changeant l'alphabet. Les lettres arabes furent abandonnées et à leur place les lettres latines furent introduites. La conséquence est que les rapports avec le passé ont été rompus plus vite.
- Certains des principaux commentaires et ouvrages ont été rapidement traduits. Mais la qualité de ces traductions n'était pas très bonne (sauf le fameux « Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht » de von TUHR traduit en Turc d'après la traduction en Français de Thilo/Torrenté). De nos jours il n'est plus courant de recourir à la traduction. Plutôt, les académiciens turcs se servent de commentaires/ ouvrages suisses et allemands pour rédiger leurs monographies et ouvrages.
- Des étudiants turcs furent envoyés par l'état turc à faire des études supérieures et carrière académique en Suisse. Je donnerai l'exemple

de Tahir CAGA auteur de Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche nach deutschem und schweizerischem Recht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, Aarau 1939.

- Il faut dire que de nos jours il existe suffisamment d'ouvrages turcs au service des juristes. Ces ouvrages instruisent nos confrères sur bon nombre de problèmes. Mais nous devons reconnaître qu'en général les juristes turcs n'aiment pas beaucoup consulter ce qui a été dit ou commenté par d'autres.
 - En premier lieu, dans les arrêts de la Cour de Cassation, on retrouve de moins en moins de référence à la doctrine.
 - Quant aux références à la jurisprudence précédente, elles ont été jusqu'à nos jours assez vagues parce qu'exprimées en termes très généraux: « la jurisprudence constante de la Cour est dans ce sens.... » (ou similaire).
 - Bien que le code charge le juge de consulter la doctrine, très souvent cette tâche n'est pas accomplie et les tribunaux préfèrent se baser sur la jurisprudence antérieure seulement. Donc, la pratique de « common law » est empruntée et gagne de l'importance.
- En droit privé, le souci de rendre une décision équitable semble primer le souci de se conformer strictement à la loi. L'application du principe « sed lex dura lex » est donc souvent assouplie par des interprétations plutôt forcées. Pourtant, à notre avis il vaudrait mieux que les juges s'abstiennent de leurs préférences pour appliquer à la lettre les textes légaux. Le problème dérive du fait qu'en Turquie généralement les lois ne sont pas faites à temps, ce qui donne naissance à des textes légaux bien vieillissés et les juges ont une réticence pour décider selon des provisions déjà « prescrits ». A cet égard il faut surtout signaler que le Code Civil n'a pu être réformé que très tardivement. La Turquie a attendu jusqu'en 2001 pour réviser son code civil en vue de le rendre en harmonie avec le texte actuel du Code Civil Suisse.
- En Turquie la religion a toujours un effet important. Deux exemples:
 - L'intérêt étant prohibé par l'Islam, une partie de la population préfère conclure des contrats qui n'engendrent pas d'intérêts. Par exemple pour financer un achat, au lieu d'un contrat de crédit simple, on procèdera à un contrat de vente. Le créancier achètera

le bien dont il s'agit de financer puis le vendra au débiteur à un prix supérieur. La différence entre les prix d'achat et de vente correspondra au montant des intérêts mais sera dénommé « bénéfice ».

- Encore récemment l'assurance était considérée comme un contrat enfreignant les règles de la religion. De nos jours, certaines formes de l'assurance vie –parce que l'intérêt y entre en jeu- sont encore jugées incompatibles avec les normes religieuses.

Néanmoins, les dispositions du Code Civil répondent aussi aux besoins des citoyens qui veulent se conformer autant que possible aux règles de la religion dans leur vie de tous les jours ou dans leurs activités commerciales.

CONCLUSION

Je pense que la réception du Code Civil Suisse a permis de fonder en Turquie un système juridique tout à fait compatible avec les intenses activités commerciales et industrielles à l'échelle mondiale.

Lorsque la Cour de Cassation aura un travail moins intense (chaque chambre civile doit décider d'environ 10 à 15 mille dossiers par an) qui lui permettra de fonctionner comme un tribunal suprême de jurisprudence, nous aurons un système encore plus satisfaisant. Il faut ajouter aussi que pour la formation professionnelle des juges (surtout pour ceux d'entre eux qui deviendront des juges suprêmes) nous devons adopter un nouveau système leur permettant de bien interpréter les documents en Anglais et de consulter les ouvrages en Allemand ou en Français afin de se référer à la doctrine et à la jurisprudence suisse.

Quant au législateur turc, il doit prendre l'habitude d'intervenir à temps, pour combler les lacunes apparues ultérieurement ou pour rectifier les provisions qui ne sont plus aptes à résoudre d'une manière satisfaisante les problèmes actuels.

SEBEPSİZ YERE ÖDENEN PARADAN KAYNAKLANAN ZENGİNLEŞMELERDE İADENİN KAPSAMI

*Doç. Dr. Haluk Nami NOMER**

1. Problem

Enflasyon sebebi ile paranın alım gücü azalmaktadır. Sebepsiz yere ödenen bir miktar paranın sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca iadesi söz konusu olduğunda, sebepsiz zenginleşenin, uzun yıllar geçtikten sonra sadece kendisine ödenen miktar kadar parayı iade etmesi sebepsiz zenginleşme alaklısını tatmin etmemektedir.

Sebepsiz zenginleşen uzun yıllar sonra dahi iade talebi ile karşılaşabilmektedir. Örneğin bir taşınmazı satın alan kimse, satım sözleşmesinin geçersizliği sebebiyle mahkemece tapu kaydının iptaline karar verildiğinde, satıcıdan ödediği satış parasının iadesini talep eder. Sebepsiz zenginleşme kurallarına tabi olan bu talep, BK 66 uyarınca alıcının taşınmaz satım sözleşmesinin geçersiz olduğunu öğrendiği andan –ki somut olayın durumuna göre bu an iptal kararının kesinleştiği an olarak kabul edilebilir- itibaren 1 yıl ve her halükarda sebepsiz zenginleşme anından itibaren 10 yıllık bir zamanaşımı süresine tabidir. Hatta Yargıtay, böyle bir durumda 10 yıllık süreyi hatalı olarak tapu kaydının iptaline ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihten başlatmaktadır¹. Yargıtay'ın kararı hatalıdır, çünkü butlan halinde geçersizlik baştan itibaren söz konusudur ve geçersiz sözleşmeye dayalı ödeme ile birlikte –yoksa tapu kaydının iptali ile değil- sebepsiz zenginleşme olayı gerçekleşmiştir. Yargıtay'ın görüşü kabul edilsin veya edilmesin, her durumda zamanaşımı süresinin sona ermesi, somut olaya göre uzun yıllar alabilmekte ve dolayısıyla satış parasının ödendiği andan yıllar sonra dahi zamanaşımı engeline takılmaksızın onun iadesi talebi söz konusu olabilmektedir.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Yarg. 13. HD, 24.6.2002, 5380/7636 (YKD 2003/3, 395).

Uzun yıllar sonra iade talebi ile karşılaşmak mümkün ise de, bu süre zarfında temerrüt faizi işlememektedir. Zira sebepsiz zenginleşme borçları bakımından da borçlunun temerrüde düşmesi için BK 101/I uyarınca ihtar gerektiği kabul edilmektedir². Yargıtay'ın görüşü de –aksi yönde bazı kararları bulunmakla birlikte³, prensip itibarıyla bu yöndedir⁴. Dolayısıyla sebepsiz zenginleşme alacaklısının sebepsiz zenginleşene ihtarda bulunmasından veya onun aleyhine dava açmasından itibaren sebepsiz zenginleşme borcu için temerrüt faizi işlemeye başlayacaktır. Başka bir ifade ile, sebepsiz zenginleşme borcunun doğduğu anla temerrüt faizinin işlemeye başladığı an arasındaki uzun yıllar boyunca zenginleşme miktarı ödenen para bakımından aynı kalmaktadır.

2. Yargıtay'ın Çözümü ve Eleştirisi

2.1. Yargıtay'ın Çözümü

Yargıtay sebepsiz zenginleşme alacaklısının aleyhine olan durumu şu şekilde çözmüştür; Yargıtay'a göre, geçersiz bir taşınmaz satım sözleşmesi uyarınca ödenen satış parasının iadesinde, paranın alım gücü esas alınmalıdır. Alım gücünün karşılığı, çeşitli ekonomik etkenlerin (enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artış, maaş artışları vs. gibi) ortalamaları dikkate alınarak belirlenmelidir. Alım gücünün karşılığı, tapunun iptaline ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği⁵ veya alıcının sözleşmenin ifa edilmeyeceğini öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği ana⁶ veya dava tarihine göre⁷ belirlenir.

2.2. Eleştirisi

Sebepsiz zenginleşme alacağının miktarının paranın nominal değerine göre değil de alım gücüne göre belirlenmesi, kanunun sistemi ile bağdaşmamak-

2 Turgut **Öz**, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, 175; M. Kemal **Oğuzman** - M. Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Dördüncü Bası, İstanbul 2005, 794; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006, 1052; Cumhuriyet **Özakman**, Sebepsiz Zenginleşme Davasının Mahiyeti Ve Konusu, Yargı 1977, Sayı: 18, 17; Nami **Barlas**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü Ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, 66.

3 Yarg. 11. HD, 17.6.2002, 2756/6224 (YKD 2003/2, 217); Hakkaniyet gereği aynı yönde, Yarg. 10. HD, 21.12.2000, 8424/8554 (YKD 2001/5, 684).

4 Yarg. 13. HD, 19.6.2002, 6022/7457 (YKD 2003/5, 738); Yarg. 13. HD, 5.5.2004, 17246/6741 (YKD 2004/12, 1846); Yarg. 13. HD, 18.2.2002, 12326/1645; Yarg. HGK, 9.10.2002, 10-779/779 (YKD 2003/2, 170).

5 Yarg. 13. HD, 24.6.2002, 5380/7636 (YKD 2003/3, 395).

6 Yarg. 13. HD, 18.2.2002, 12326/1645 (YKD 2002/8, 1209).

7 Yarg. 8. HD, 14.1.2005, 8656/266 (YKD 2005/5, 697).

tadır. Kanun koyucu para borçlarında temerrüt halinde asıl borç miktarına temerrüt faizi yürümesini öngörmüştür. Temerrüt faizi, götürü bir tazminat niteliğinde olup⁸ bunu aşan zararların dahi BK 105 uyarınca tazmini mümkündür. Bunun dışında asıl borç miktarının alım gücüne göre azalıp çoğalmasa söz konusu değildir. Temerrütten sonrası için kanunun kabul ettiği bu esas temerrütten önceki dönem için de geçerlidir.

O halde prensip şudur; Alacak hakkının değeri bir kez nominal değer üzerinden belirlendikten sonra, zamanın geçmesi ile onun değerinde alım gücüne göre azalma veya artma olmaz. Alacak hakları esas itibariyle sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğarlar. Alacak hakkının kaynağı ne olursa olsun temel prensip aynıdır.

Sözleşmeden doğan alacak haklarında, ödenmesi taahhüt edilen paranın (bir miktar meblağın) nominal değeri esas alınır. Üzerinden yıllar geçse dahi ahde vefa prensibi gereği alacağın miktarı, paranın alım gücüne göre değişmez. Dürüstlük kuralına ve işlem temelinin çökmesi esasına dayalı uyarılama davaları bu kuralı teyit eden bir istisnadan ibarettir⁹.

Haksız fiilden doğan tazminat alacaklarında da durum aynıdır. Tazminat borcunda zararın miktarı, paranın alım gücüne göre değil, nominal değere göre belirlenir. Yargıtay kararlarında zararın miktarı esas itibariyle olay anına göre belirlenmektedir. Fakat bu durum sebepsiz zenginleşmede olduğu ölçüde tazminat alacaklısının aleyhine bir durum yaratmamaktadır. Zira haksız fiillerde tazminat borçlusunun ihtar gerekmeksizin temerrüde düşeceği kabul edilmektedir¹⁰. Dolayısıyla olay anına göre belirlenen tazminat alacağına, o andan itibaren temerrüt faizi yürütülmektedir¹¹.

Bu noktada Yargıtay'ın haksız fiilden doğan tazminat alacakları bakımından daha önce kabul ettiği halde sonradan terk ettiği bir görüş üzerinde

8 **Oğuzman-Öz**, 391.

9 Bkz. Yarg. 3. HD, 4.3.2003, 1941/2097 (YKD 2003/6, 871); Yarg. HGK, 19.2.1997, 11-762/77 (YKD 1997/5, 679); Yarg. 13. HD, 6.4.1995, 145/3339 (YKD 1995/6, 911); Yarg. 13. HD, 24.10.1994, 6791/9014 (YKD 1994/12, 1939); Yarg. 13. HD, 21.11.1991, 8374/10619 (YKD 1992/1, 80); Yarg. 13. HD, 14.12.1990, 5697/8708 (YKD 1991/6, 889); Yarg. 13. HD, 12.2.1981, 147/932 (YKD 1982/11, 1561).

10 **Oğuzman-Öz**, 301; **Eren**, 1052; Selahattin Sulhi **Tekinay** / Sermet **Akman** / Haluk **Burcuoğlu** / Atilla **Altıp**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul 1993, 918; **Barlas**, 66; Dürüstlük kuralının gerektirdiği haller bakımından aynı görüşte, Haluk **Nomer**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, 220.

11 Örnek olarak bkz. Yarg. 17. HD, 06.03.2006, 314/1775 (YKD 2006/9, 1459); Yarg. 17. HD, 15.03.2006, 563/2008 (YKD 2006/8, 1285); Yarg. 4. HD, 11.2.2002, 10735/1543 (YKD 2002/8, 1168).

durmak gerekir¹². İsviçre hukukunda da kabul gören¹³ bu görüşe göre, zararın miktarı hüküm anına göre belirlenir. Bunun için zarar hangi ana göre belirleniyorsa –örneğin olay anı–, zarar miktarına o andan hüküm anına kadar kanuni faiz yürütülür. Bu, temerrüt faizi olmayıp zarar faizidir. Zarar faizi, tazminat tutarının zararın belirlendiği an itibariyle zarar görenin tasarrufuna sunulamamasının, onun bu paradan yararlanamamasının karşılığıdır¹⁴. Başka bir ifade ile hüküm anına göre zarar miktarı, belirlenen zarar miktarı ile hüküm anına kadar yürütülen zarar faizinin toplamından ibarettir. Bu toplama hüküm anından itibaren temerrüt faizi yürütülür.

3. Çözüm Önerimiz

3.1. Zenginleşmenin Kapsamı

Sebepsiz zenginleşme davalarında alacaklının mağduriyetini gidermek için sistemle bağdaşmayan çözümler yerine bağdaşan çözümler üretmek gerekir. Bunun için sebepsiz zenginleşme davası ile neyin amaçlandığına daha yakından bakmak gerekir.

Sebepsiz zenginleşme, -özellikle fakirleşme şartını arayan görüş çerçevesinde- geçerli bir sebebe dayanmayan malvarlığı kayması olarak ifade edilmektedir¹⁵. Başka bir ifade ile geçerli bir sebep yokken bir kimsenin malvarlığı artmakta buna karşılık bir diğ erinin malvarlığı azalmaktadır. Sebepsiz zenginleşme davası ile sebepsiz zenginleşenden artan malvarlığının (malvarlığının sebepsiz yere artan kısmının) iadesi istenir. İadenin kapsamı, genel kabul gören fark teorisine göre, esas itibariyle sebepsiz zenginleşenin şimdiki malvarlığı ile malvarlığı kayması olmasaydı sahip olacağı –farazi- malvarlı-

12 Yargıtay'ın görüş değiştirdiği hususunda bkz. Yarg. 4. HD, 2.10.1989, 7458/7207 (YKD 1990/1, 29); Ayrıca bkz. **Nomer**, 215, dn. 5; **Barlas**, 130.

13 Bkz. Karl **Oftinger** / Emil W. **Stark**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995, § 6 N. 23-25, 256, 257; Ronald **Brehm**, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Kommentar zu Art. 41-61 OR, Bern 1990, Art. 41 N. 97 vd.; Andreas **von Tuhr** / Hans **Peter**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Dritte Auflage, Zürich 1974, 1979, § 10 III 2 c, 74; Türk Hukukunda aynı görüşte, **Eren**, 696); Buna karşılık zarar faizinin, aslında temerrüt faizi olduğu yolundaki –bugün Yargıtay'ın da kabul ettiği- farklı görüş için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 790, dn. 27; **Barlas** 130 vd.; **Nomer**, 215 vd.; Tazminatın hüküm anındaki zarar miktarına göre belirlenmesi bu tartışmaları gereksiz hale getirecektir (**Oğuzman-Öz**, 554, dn. 236).

14 BGE 82 II 464.

15 Bkz. **Oğuzman-Öz**, 733; Yoksullaşmanın zorunlu bir unsur olmadığı görüşü için bkz. **Serrozan**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006, § 24 n. 7 vd.

ğın arasındaki farka göre belirlenir¹⁶. Sebepsiz zenginleşen her şeyden önce, ödenen para miktarınca zenginleşmiştir. Ancak zenginleşme ve dolayısıyla diğer tarafın fakirleşmesi sadece bundan ibaret kalmayabilir. Sebepsiz zenginleşen, kendisine sebepsiz yere ödenen parayı çeşitli şekillerde kullanmış olabilir. Örneğin elindeki parayı yatırım yapmak suretiyle –bankada hesap açtırmak gibi- değerlendirebilir ve bundan gelir elde edebilir veya bu parayı kendi işletmesinde kullanabilir ve böylece kredi kullansaydı ödeneceği faizden tasarruf edebilir veya bu parayı ödenmemiş kredi borcunu kapatmakta kullanıp faiz ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir. Sebepsiz zenginleşme oluşturan paradan bu şekilde yararlanmaların ilave bir zenginleşme oluşturacağı ve bunun da sebepsiz zenginleşme alacaklısı tarafından talep edilebileceğinde kuşku yoktur¹⁷. Fakirleşme şartını arayan görüş çerçevesinde, bu şartın da gerçekleşmiş olması gerekir. Sebepsiz yere ödemedeki bulunan kimse, hayatın olağan akışına göre elindeki parayı kullanacak idiyse, o takdirde fakirleşme şartı da gerçekleşmiş sayılır. Buna karşılık eğer sebepsiz zenginleşen kendisine sebepsiz yere ödenen parayı hiçbir şekilde kullanmamış ve bundan bir gelir elde etmemişse, örneğin kendisinden habersiz şekilde faiz işlemeyen vadesiz banka hesabına bir miktar para yatmış ve bu durumdan ancak paranın iadesi talep edildiğinde haberdar olmuşsa, o takdirde ilave bir zenginleşmeden bahsedilemez. Verdiğimiz bu örnekte, alım değerinden bahisle, hesaba yatan paranın üzerinde bir miktarın iyi niyetli zenginleşenden talep edilmesi, ne kanunun sistemine ne de hakkaniyete uygundur.

Burada yapılabilecek şey sebepsiz zenginleşme alacaklısına ispat bakımından kolaylık sağlamaktır. Eğer somut olayın durumu itibariyle, zenginleşenin, eline geçen paradan gelir elde etmesi hayatın olağan akışına uygun düşüyorsa, o takdirde gelir elde etmediğini ispat külfeti zenginleşenin kendisine düşer. Böyle bir durumda sebepsiz zenginleşen, elindeki parayı herhangi bir şekilde kullanmadığını, gelir getiren bir yere yatırmadığını ispat ederek ilave bir sorumluluktan kurtulabilir. Zenginleşen zenginleştiği meblağ üzerinden gelir elde etmiş olsa dahi, eğer iyi niyetli ise elde ettiği gelirin iadenin talep edildiği anda malvarlığından çıkmış olduğunu (bkz. BK 63/I) ispat ederek de ilave zenginleşmeyi iadedden kurtulabilir¹⁸. Keza iyi niyetli zenginleşen, parayı kullanmamak suretiyle elde etmediği ihmali gelirden sorumlu değildir¹⁹.

16 **Oğuzman-Öz**, 730; Ingeborg **Schwenzer**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 1998, 58.01; Eugen **Bucher**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988, 690; Fark teorisi ve eleştirisi için bkz. İlhan **Ulusan**, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, 33 vd., 186 vd., 195 vd.

17 **von Tuhr/Peter**, § 53 I, 501; **Öz**, 154; **Serozan**, § 27 n. 9.

18 BGE 61 II 20.

19 Kötü niyetli zenginleşenin elde etmediği ihmali yararlanmalardan sorumlu olup olmadığı konusu tartışmalıdır; Sorumlu olduğu görüşünde, **v. Tuhr/Peter**, § 53 III 3, 511, 512; **Serozan**, § 27 n. 9, 19; **Özakman**, 17; Aksi yönde **Öz**, 160, 161.

Zenginleşenin kendisine ödenen meblağ üzerinden gelir elde etmesi hayatın olağan akışına uygun olmakla birlikte, fiilen elde edilen gelirin miktarı tespit edilemiyorsa, o takdirde sebepsiz zenginleşme oluşturan anaparaya uygulanacak faiz oranı kanuni faiz oranı olmayıp hayatın olağan akışına göre o paradan zenginleşenin elde edebileceği faiz oranıdır²⁰.

Eğer zenginleşen anapara üzerinden faize faiz elde etmişse veya muhtemelen elde etmiş olduğu kabul ediliyorsa, o takdirde zenginleşmenin hesabında bu da dikkate alınır.

İsviçre Hukuku'nda da durum bundan farklı değildir. Sebepsiz yere ödenen bir miktar paranın edinilmesinden oluşan zenginleşmelerde zenginleşenin bundan elde ettiği faiz geliri de zenginleşmenin bir parçasını oluşturur. Bu sebeple ilk zenginleşme miktarına zenginleşme faizi (Bereicherungszins) uygulanır²¹. Bunun için zenginleşenin, somut olarak elde ettiği faizin ispat edilmiş olması veya en azından somut olayda hayat tecrübelerine göre faiz elde edildiği yolunda bir karinenin varlığı gerekir²². Sebepsiz zenginleşme faizine % 5 olan kanuni faiz oranı değil, yerel ilişkilere ve hayat tecrübelerine uygun düşen oran tespit edilerek bu tespit edilen faiz oranı (olayda % 3) uygulanmaktadır²³. Sebepsiz yere ödenen paradan elde edilen faiz gelirinden de faiz geliri elde edilmişse (faize faiz), o takdirde bu da, sebepsiz zenginleşme miktarının hesabında dikkate alınmaktadır²⁴. Zenginleşen iyi niyetli ise elde ettiği gelirin iadenin talep edildiği anda malvarlığından çıkmış olduğunu (bkz. BK 63/I) ispat ederek de ilave zenginleşmeyi iadede kurtulabilir²⁵.

Alman Hukuku'nda da, konusu para olan zenginleşmelerde, zenginleşme alacağının doğmasından sonra fiilen elde edilmiş faizler de zenginleşme alacaklısına ödenmek gerekir. Zenginleşme alacaklısı, zenginleşenin fiilen faiz elde ettiğini ispat külfeti altındadır, meğerki hayat tecrübelerine göre o paradan ekonomik yarar elde edileceği karine olarak kabul edilebilsin. Bu takdirde yararlanmanın değeri, mutad faiz oranına göre hesaplanır²⁶.

20 İade borçlusunun daha yüksek veya daha düşük faiz elde ettiği ortaya konulmadıkça, zenginleşme anından iadenin talep edildiği ana kadar kanuni faiz işletilmesi gerektiği görüşünde, **Öz**, 173, 176.

21 BGE 116 II 692.

22 **Bucher**, 692; **v. Tuhr/Peter**, § 53 I, 502, dn. 12; Hermann **Schulin**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1 – 529 OR), Herausgeber: Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Wolfgang Wiegand, Zweite, neubearbeitete Auflage, Basel 1996 Art. 64 N. 4; BGE 84 II 186.

23 BGE 84 II 186.

24 **v. Tuhr/Peter**, § 53 I, 501, dn. 10; BGE 25 II 126.

25 BGE 61 II 20.

26 Bkz. Hartwig **Sprau**, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64., neubearbeitete Auflage, München 2005, § 818, Rn. 10; BGH 64, 322.

3.2. Zenginleşmenin Belirlenme Anı

Zenginleşme miktarı öncelikle iadenin talep edildiği ana –daha önce talep edilmemişse dava anına- göre belirlenir²⁷. Buna göre, zenginleşme miktarı, öncelikle, sebepsiz yere ödenen para ile bu paradan iadenin talep edildiği ana kadar fiilen elde edilmiş veya karine olarak bu paradan elde edildiği kabul edilen faiz gelirin toplamından oluşur. Nitekim BK 63/I hükmünde de, iyi niyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcunun kapsamı bakımından “istirdat” (geri isteme, Rückforderung) anı esas alınmıştır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, bu hüküm, iyi niyetli sebepsiz zenginleşenin, geri isteme anı itibariyle ortadan kalkmış olan zenginleşme miktarından sorumlu olmadığını belirtmektir. Bu noktada geri isteme anının esas alınması, talepten sonra veya davanın devamı sırasında zenginleşmenin devam etmesi (artması) halinde, oluşan bu ilave zenginleşmenin de alacaklı tarafından talep edilmesi ne engel teşkil etmez²⁸.

3.3. Temerrüt Faizi Yürütülmesi

İadenin talep edildiği andan itibaren, sebepsiz yere ödenen meblağ ile bundan elde edilen veya elde edildiği karine olarak kabul edilen faizden oluşan toplam zenginleşme tutarına temerrüt faizi yürütülür. Burada faize faiz yürütülmesi, BK 104/III'teki ‘faize faiz yürütülmez’ yasağına aykırı bir durum oluşturmaz. Zira BK 104/III'teki yasak, madde metninde açıkça belirtildiği üzere gecikme faizine tekrar gecikme faizi yürütülemeyeceğine ilişkindir. Oysa burada temerrüt anına kadar yürütülen faiz, gecikme faizi olmayıp zenginleşmenin temerrüt anına kadarki miktarını belirlemeye yöneliktir.

27 Aynı görüşte **Öz**, 173, 176.

28 **Bucher**, 691

HİSSE SENETLERİ BORSADA İŞLEM GÖREN ORTAKLIKLARDA DENETİM MEKANİZMALARINI GÜÇLENDİRMEYE YÖNELİK BİR MODEL ÖNERİSİ

*Reha TANÖR**

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (TTKT), Türk Ticaret Kanunundaki (TTK) murakıplık sistemini kaldırarak, halka açık anonim ortaklıklarda (HAAO) denetim işlevinin bağımsız dış denetim kuruluşlarınca yürütülmesini öngörmektedir. Sermaye Piyasası Kanununda (SPKn.) eskiden beri mevcut olan ve oturmuş uygulama alanı bulunan bu denetim mekanizması tasarruf sahiplerinin, sermaye piyasasının fiyatların anlık oluşum ve değişimine duyarlı hak ve yararlarının korunması açısından ne ölçüde yeterlilik arz etmektedir?.. Bu doğrultudaki koruyucu düzenlemeler aynı zamanda ortaklığın hissedar değeri ve temettü verimliliğini artırmaya yönelik yönetim politikaları ile ne derecede uyum sağlamaktadır?.. Hem tasarruf sahiplerinin sermaye piyasasının özelliklerine göre biçimlenen hak ve yararlarının korunmasını hem de ortaklığın rekabetçi yapısının geliştirilmesini dengeleyecek, yönetsel faaliyetlerin denetlenmesini bu bağlamda güçlendirecek tamamlayıcı mekanizmalara gereksinim var mıdır, varsa bu mekanizmalar hangi hukuksal temeller üzerine oturtulmalıdır?..

Bu makalede, yukardaki sorulara yanıt aranmaktadır.

Bu doğrultuda, ilkin TTK'da, TTKT'da, SPKn.'da, Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısında (SPKnT), Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde (SPKKYİ) yönetim faaliyetlerinin denetimine ilişkin olarak yer alan düzenlemeler incelenmekte, bunlar Anglo-Sakson ve Avrupa Birliği hukuk-

* Galatasaray Üniversitesi Sermaye Piyasası Hukuku Öğretim Görevlisi.

larının konuya yaklaşımlarına da atıf yapılmak suretiyle değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmeler bağlamında, HAAO'ların bir yandan küresel rekabete ayak uydurabilecek verimlilikte çalışabilmeleri bir yandan da kaynaklarına talip oldukları iç ve dış yatırımcı kesimlerinin beklentilerine yanıt verebilecek biçimde yönetilebilmeleri için kurulması gerekli yönetim – denetim dengesinin önemi sermaye piyasası gerçeğinden yola çıkılarak vurgulanmaktadır.

Değerlendirmelerin sonucunda, halka açıklık oranının düşük olduğu, imtiyazlı paylarla yönetim kurullarını oluşturma yetkisinin belirli ellerde toplandığı HAAO'larda, yanıtı aranan sorunlara ilişkin olarak, denetim işlevini yerine getiren mekanizmaların amaca uygunluk açısından yetersiz kaldığı saptamasından hareketle, yönetim – denetim dengesini kurmak için organizasyon yapısında gönüllü uygulamalar çerçevesinde esas sözleşme ile yaşama geçirilmesi öngörülen ve mevcut yapısalığı güçlendirmesi ve tamamlaması amaçlanan bir model önerilmektedir.

A) Türk Hukuk Sisteminde Mevcut ve Öngörülen Başlıca Denetim Mekanizmaları

Türk hukuk sisteminde, hisse senetleri borsalarda işlem görenler de dahil olmak üzere, anonim ortaklıklar yönetim kurulu tarafından “idare” edilirler.(TTK.m.317) Yönetim kurulu üyelerinin “paydaş olma zorunluluğu” vardır. Yönetim kurulu, şirketin maksat ve mevzuuna dahil olan “her nev’i iş”i yapar.(TTK.m.321) Bu tanımlama, Türk hukukunda anonim ortaklık yönetim kurulunun hem karar almakla hem de bu kararları operasyonel olarak uygulamakla görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş olduğunu ve paydaşlardan oluşması gerektiğini gösterir. Her ne kadar işlerin tamamının veya sadece bir bölümünün yönetim kurulu üyelerinden bazılarına (TTK.m.319), ya da kurul üyesi olmayan müdürlere bırakılması mümkünse de genel uygulama, şirket işlerine ilişkin kararların özellikle aile kontrolündeki şirketlerde aile üyeleri arasında veya onların tercihleri doğrultusunda oluşturulan yönetim kurulu üyeleri tarafından alındığı, uygulamanın da genellikle aynı kişiler tarafından yürütüldüğü ya da yönlendirildiği ve iki farklı işlevin aynı kişiler tarafından yerine getirildiği biçimindedir.

Anonim ortaklık idaresinin Türk hukuk sisteminde ve uygulamasında genellikle doğrudan yönetim kurulu tarafından gerçekleştiriliyor olması ve bu kurulun halka açıklık oranının genel olarak düşük düzeyde olduğu şirketlerdeki oluşum biçimi, şirket hisselerinin halka açık bölümünden ikincil piyasalarda pay edinmiş olan yatırımcıların hak ve yararlarının korunması açısından bazı gediklerin açılmasına neden olabilmektedir. Bu gedikler, özellikle yönetimin hisse senedinin değerini olumsuz etkileyebilecek eylemlerinden

kaynaklanmakta ve bunların başında, örtülü işlemlerle şirketin kârının ve/veya malvarlığının azaltılması gelmektedir. Diğer yasalarda öngörülen yaptırımların yanısıra, SPKn.'nun 15.maddesi hükmü uyarınca da ağır hapis ve ağır para cezasını gerektiren bir suç oluşturmasına rağmen, söz konusu eylemler, denetim mekanizmalarındaki yetersizliklere de bağlı olarak, SPKn.'nun ilk maddesinde, Kanunun “amacı” olarak belirlenen, “tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması” zorunluluğunun ciddi biçimde yara almasına neden olmaktadır. Bu da, borsalar yoluyla evrensel düzleme yayılmış bulunan yatırımcıların riskini artırmakta, şirketlerin sağlıklı kaynaklara erişim arenası olan sermaye piyasasına, fonların istenilen ölçüde akmasını engellemektedir.

Yönetimin kimler ya da hangi organ tarafından gerçekleştirildiği, bunlardan kaynaklanabilecek usulsüzlüklerin yatırımcıların hak ve yararlarına zarar vermemesi için çeşitli hukuk sistemlerini önlem alma konusunda farklı yaklaşımlara yönelmektedir. ABD sistemi yönetim kurulu – yönetim (board / management) ayırımı yaparak operasyonel faaliyetleri icra eden şirket örgütünün karşısına bu tür etkinliklerde bulunmayan, başlıca görevi onun gözetimini yapmak olan yönetim kurulunu koymakta (Tekli sistem / unitary board), bu kurul içinde yer verdiği ve “bağımsız” olarak nitelendirdiği bir üye türünden de bu doğrultuda destek almaktadır. Alman sistemi ise yönetim kurulunu, onu hem seçen hem de gözetleyen denetim kurulu ile dengeleyen ikili bir oluşum (dual board) sergilemektedir. Amerikan sisteminde paydaşların konumu diğer menfaat sahiplerinkilerden daha öne çıktığından, yönetim işlev ve sorumluluğu da öncelikle paydaşların hisse senedi değeri ve temettü geliri doğrultusundaki temel hedeflerine göre şekillenmektedir. Kara Avrupasında ise paydaşların yanısıra menfaat sahipleri de güçlü biçimde korunduğundan AB hukukunun konuya genel yaklaşımında ortaya çıkan karakteristik tablo, yönetimin kontrolüne ilişkin hukuksal düzenlemelerin daha geniş bir menfaat grubunun dikkate alınmasıyla biçimlendirilmiştir.

Menkul kıymet borsalarının sürekli müzayedeye dayalı yapıları içinde fiyatların oluşması da değişmesi de her an için mümkündür ve çok kısa süren bir süreçte sonuçlanır. Bu nedenle, hisse senetlerinin değeri “anlık” olup bu değer beklentilerin piyasa oyuncuları tarafından fiyatlandırılması ile oluşur. Fiyatlandırmadaki etkenler arasında çok önemli yer tutan ortaklıklara ilişkin yönetsel faaliyetlerin bu nedenle zamanında, doğru, tam, dolaysız, anlaşılabilir ve yeterli biçimde paydaşlara ve kamuya açıklanması sermaye piyasasında bir temel zorunluluk olarak öngörülmüştür (SPK Tebliği Seri: VI-II, No: 39, m.10). Buna rağmen, yönetim kademeleri içinde kötü niyetli eylem girişimleri, failleri tarafından açıklama yükümlülüğünden uzak tutulur ve gizlenir. Fiyat oluşumlarını olumsuz yönde etkileyen usulsüzlüklerin gizlenmesi ile yatırımcının zamanında ve yeterli bilgi alma hakkı çiğnenmiş

olur. Bu tür eylemlerin gerçekleştikten çok sonra ve ancak belirli dönemlerde yapılan denetimler sonucunda ortaya çıkartılması ise yeterli olmaz. Bunların ya gerçekleşmeden önlenmesi ya da girişime konu oldukları veya engeç gerçekleştikleri anda yapılacak saptamalarla birlikte derhal açıklanması, paydaşlara ve ilgililere duyurulması gerekir. Aksi takdirde yatırımcıların borsaların varoluş nedenine uygun biçimde pozisyon almalarını ya da pozisyon değiştirmelerini sağlayacak etkinlikte karar alma olanakları engellenmiş olur. Bilginin, bilgiden yararlanacak olanların işine yaramaması, anlık fiyat oluşumlarına sahne olan menkul kıymet borsalarının etkinliğini azaltır. Usulsüzlüğün yapılmasından çok sonra gerçekleştirilecek denetimlerle işin açığa çıkartılmasının, fırsat eşitliğine sahip olma hakkını “zamanında, doğru, tam, anlaşılır, dolaysız ve yeterli” bilgiye dayalı olarak kullanamamış olan yatırımcı açısından anlamlı olmayacağı ortadadır. Halka kapalı şirket paydaşları ile hisse senetleri borsalarda işlem gören ortaklıkların yatırımcılarının haklarının niteliği açısından bu noktada önemli bir farklılık oluşur¹. Borsalardaki fiyat oluşum ve değişim mekanizmasının özelliği nedeniyle kote şirketlerdeki usulsüz eylemlerin girişim öncesinde veya anında durdurulamaması ve / veya bunlara ilişkin olarak sonradan yapılan açıklamalar, sermaye piyasası yatırımcısının Kanununun ilk maddesinde vurgulanan “haklarını ve yararlarının korunması amacı”na ters düşer.

Sermaye piyasasında yatırımcı sıfatıyla yer alan şirket paydaşlarının haklarını ve yararlarını zedelemeye yönelik usulsüzlüklerin Türk hukuk sisteminde “idare”nin hem karar alma hem de alınan kararları icra etme bağlamında genellikle doğrudan yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle çoğunlukla bu kuruldan kaynaklanıyor olması, denetim işlevini yerine getirecek mekanizmaların niteliğini de hem yapısal olarak hem de yönetim-denetim dengesinin kurulması yönünden çok önemli kılar.

Ticaret şirketlerinin denetlenmesi gerek kapalı ortaklıkların paydaşları gerek sermaye piyasası yatırımcıları ve gerek kamu yararı açısından bir zorunluluktur. Türk Ticaret Kanununa göre anonim şirketin iş ve işlemleri “murakıp” veya “murakıplar” tarafından denetlenir (TTK.m.347 ve 353). 1956 Tarihli bu kanunla yapılan düzenlemelerin zamanla etkisiz hale geldiği genel kabul görmektedir. Bu nedenle, özellikle yönetim kurulunu oluşturabilecek oy ve/veya sermaye hakimiyetine sahip olanlar tarafından seçilmekle denetime dönük işlevsel geçerliliğini yitiren murakıplık sisteminden vazgeçilmesi uygun bulunmuş ve TTKT’de hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklara ilişkin denetim işlevinin SPKn.hükümlerine para-

1 TANÖR, Reha: Türk Sermaye Piyasası 2.Cilt. Halka Arz. Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ.İstanbul, 2000,s.569.

lel biçimde “Bağımsız Denetim” yetki belgesi bulunan kuruluşlarca tarafından yürütülmesi fikri benimsenmiştir.

Türk şirketler hukuku sisteminde anonim ortaklığa ilişkin kararlar ve bunların hayata geçirilmesi genellikle doğrudan yönetim kurulu tarafından yürütüldüğü ve onun dışında ABD sisteminde güç boşluğu bulunan yaygın ortaklı şirketlerde icrayı üstlenen ve şirketi fiilen yöneten bir güçlü yönetim örgütü (management) şirketlerin çoğunda kurumsal olarak yer almadığı için, ortaya çıkan sorunların da yönetim kuruluyla ve “bu kurulun karar ve uygulamaları” ile bağlantılı olduğu saptamasını vurgulamanın, bu bağlamdaki sorunların halline çözüm ararken çıkış noktasını teşkil etmesi gerekmektedir. Buna paralel olarak, paydaşların, özellikle şirketten sağlayacakları temettü gelirini ve/veya sahip oldukları hisse senedinin borsa değerini ön planda tutarak, bunların dışında kalan konularda şirket işlerine düşük duyarlık gösteren yatırımcıların ağırlıklı olarak dikkat ettikleri hususun, örtülü işlemlerle şirketin karının ve/veya malvarlığının azaltılmasının önlenmesi olduğunun da altını kuvvetle çizmekte yarar vardır.

SPKn., örtülü işlemlerle şirketin karının ve / veya malvarlığının azaltılmasını suç olarak belirlemiş ve bu suçu 15.maddenin son fıkrasında tanımlamıştır. Kanunun tanımı doğrultusunda, uygulamada saptanan başlıca usulsüzlükleri şöyle gruplandırmak mümkündür:

- Grup şirketleri arasında ve / veya şirketlerle yönetim kontrolünü elinde tutanlar arasında piyasa rayiçlerine uymayan fiyatlarla taşınır ve taşınmaz mal transferleri,
- Adı geçenler arasındaki borç – alacak ilişkilerinde ticari teamüllere ve bankacılık ölçütlerine uymayan oranlarla yapılan faiz transferleri,
- Bazı şirket ve kişilere aşırı tutarlarda ve oranlarda aylık, ücret, hizmet bedeli türünden ödemeler yapılması,
- Şirket varlıklarının teminat gösterilmesi, şirket olanaklarının haksız biçimde kullanılması.

Hisse senedinin değerinde değişiklik meydana getiren ve temettü gelirinde azalmaya yol açan usulsüzlüklerin önlenmesi ve genel anlamda şirket yönetim faaliyetlerinin denetimi doğrultusunda çeşitli mekanizmalar ve bunlara ilişkin hukuksal düzenlemeler, piyasaların evrensel boyutlarına paralel biçimde artan titizlikle tasarlanmakta ve uygulamaya geçirilmektedir.

Uygulamamızda, şirket murakıpları ve bağımsız denetim kuruluşları ile başta SPK olmak üzere denetleyici otoriteler, kendilerine mevzuat ile tanı-

nan görev ve yetkiler çerçevesinde şirketlerin yönetsel faaliyetlerin denetimi bağlamında öne çıkmaktadırlar. Denetim mekanizmalarının, konumu zu doğrudan ilgilendirmediği için burada yer verilmeyen başka unsurları da kuşkusuz yok değildir. Bu bağlamda, TTK'da yer alan özel murakıplığın olanakları, Maliye örgütünün örtülü kazanç ve kara paranın aklanması konularındaki denetimleri, şirketlerin kanunlara ve esas sözleşmelerine uygun biçimde çalışıp çalışmadıklarını belli ölçülerde gözeten bakanlık denetimleri ve diğer düzenleyici ve denetleyici kurumların etkinlikleri sayılabilir.

Sistemdeki mevcut denetim mekanizmalarının, piyasanın güven ve istikrar içinde çalışmasını sağlamaya yönelik olarak çok önemli katkıları bulunmaktadır. Bu bağlamda, özellikle halka açık şirketlere yönelik mevzuatın AB normlarına paralel biçimde sürekli olarak yenilenmekte olduğunun ve yatırımcı hakları açısından, sanılanın aksine, gelişmiş ülke düzenlemelerinden genel olarak geride bulunmadığının altını çizmek gerekir. Ancak, hukuksal düzenleme zenginliğine karşın, uygulamada, denetim mekanizmalarının dar zaman diliminde pozisyon açıp kapayan yatırımcılar açısından istenileni verdiğini, bu mekanizmaların etkinliğinin hisse senedinin değerini ya da temettü verimliliğini etkileyen eylem ve usulsüzlüklerin meydana getirilmesini eylem sırasında caydırıcılık yoluyla önlemeye ya da en azından eylem sırasında saptanıp açıklanarak, yatırımcıların bilgidan yararlanma hakkını etkin biçimde kullanabilmelerine ve piyasanın temel özelliği olan hızla pozisyon değiştirme olanağını kendilerine sağlamaya yönelik yeterlilikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, borsa işlemlerinde sermaye piyasasının özellikleri çerçevesinde tam etkinlik sağlayamayan denetim mekanizmalarının, piyasanın dinamiklerine ve yatırımcı tercihlerine uygun tamamlayıcı mekanizmalar ile güçlendirilmesinde yarar vardır.

Yönetsel faaliyetlerin özellikle örtülü kazanç aktarımı ya da malvarlığının azaltılması gibi suç oluşturan ve yatırımcının hissedar değeri ile temettü gelirinde doğrudan kayıplara yol açan usulsüz karar ve eylemlerin önlenmeye çalışılması, önlenemiyorsa olup bitmekte olanın en kısa yoldan ilgililere ve yatırımcılara duyurulması gerekir. Sermaye piyasası yatırımcısının SPKn'nun 1.maddesinde korunması amaçlanan hak ve yararlarının özünü hissedar değeri ve dönemsel gelir elde etme gibi temel beklentiler ile bunları gerçekleştirmeye yönelik pozisyon alma / değiştirme olanakları oluşturur. Mevcut mekanizmalar, uygulamada, tasarruf sahiplerinin sermaye piyasasının özelliklerine dayalı hak ve yararlarının korunmasında yetersiz kalmaktadır. Örneğin, özellikle yönetsel incelemelerin belirli dönemlerde yapılması veya raporlanması gecikmeye yol açmaktadır. Usulsüzlüklerin üzerine gidilmesi ve anlaşılması, sonuç alınması açısından güçlükler arzietmekte, bu aykırılıkların çoğu yerde sadece bunların olası faili konumundaki kişilerle paylaşılması zorunluluğu da etkinliği iyice azaltmaktadır. Murakıpların se-

çiminin yine oy ya da sermaye hakimiyetine sahip kişi ya da gruplarca yapılması da bunların aslında hiç de az olmayan yasal yetkilerinin ve yakın izleme olanaklarının zayıflamasına yol açmaktadır.

Oysa menkul kıymetleri borsalarda işlem gören şirketlerin dünyanın her yanına dağılmış paydaşları açısından, hisse senedi değerini ve temettü gelirini etkileyecek yönetsel faaliyetlerinin çok yakından, eş zamanlı olarak ve süreklilik arzedecek biçimde izlenebilmesi, bu izlemenin hem paydaşlar açısından etkin sonuç verici biçimde olması hem de şirketin rekabetçi yapısına zarar vermeden gerçekleştirilmesi, modern sermaye piyasalarının gereğidir. Bu hassas dengenin kurulabilmesi için aşağıda incelenen mevcut ve öngörülen denetim mekanizmalarıyla ortak noktaları bulunan ama onlardan bazı yanlarıyla da ayrılan, onların eksiklerini tamamlayıcı destek unsurlarına ve bunların yapılandırılmasına ilişkin olarak sermaye piyasasının yapısına uygun bir yaklaşıma da kanımca ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu çerçevede, söz konusu destek mekanizmalarının nasıl tasarlanması gerektiğine ve bu doğrultuda bir model önerisine geçmeden önce yönetimin denetimi ve gözetimi doğrultusunda Türk hukuk sisteminde yer alan ve gelecekte yer alması planlanan düzenlemelere bakalım.

I) Türk Ticaret Kanunu (TTK)

Ortaklık yönetiminin denetimine ve gözetimine dönük olarak Türk Ticaret Kanununda yer alan temel düzenlemeler şunlardır:

1) Yönetim Yapısına İlişkin Düzenlemeler

TTK'nın halen yürürlükte olan kuralları uyarınca, anonim ortaklıklarda genel kurulun direktifleri doğrultusunda karar alma ve alınan kararları yürütme yetki ve sorumluluğunun yönetim kuruluna ait olduğu yukarıda belirtilmiş idi. Yönetim kurulu, şirket işlerine ilişkin strateji ve politikaları saptayan, kararları alan ve bunları yaşama geçiren icra organı niteliğindedir. İcrai işler her ne kadar TTK m.319 hükmü gereğince müdürlere bırakılabilir olsa da Anglo sakson uygulamasında kurul (board) ile yönetim (management) arasında bölüşürülen işlevlerin TTK sisteminde yönetim kurulunda birleştiğini göstermektedir. Bu, karar alma, alınan kararları uygulama hatta bunları uygulayanları denetleme görev ve sorumluluğunun aynı organda odaklaştığı anlamındadır. Yapılan araştırmalar, İMKB uygulamasında da şirketlerin büyük çoğunluğunda yönetim kurullarının bu yapısını doğrulamaktadır²

2 KOÇER, Burak: İçsel Bir Yönetişim Mekanizması Olarak Yönetim Kurulları: İMKB'de İşlem Gören Şirketlerin Yönetim Kurulu Yapısı ve İşlevleri Üzerine Bir Araştırma. Doçentlik tezi. İstanbul, 2005 s.154 vd.

Halka açıklık oranının düşük bulunduğu İMKB şirketleri genelinde, yönetim kurulu, sermaye ve/veya oy hakimiyetine sahip kesimler tarafından oluşturulmaktadır. Halka açık kesim temsilcilerinin bu kurula seçilmesi hemen hemen hiç mümkün olmadığı için de söz konusu kurul tarafından gerçekleştirilen işlemler, tüm kontrol mekanizmalarına rağmen egemen kesimin tercihleri doğrultusunda gerçekleşmektedir. Bu yapısallığın, ortaklıkların rekabetçi yapısının güçlendirilmesi doğrultusunda, ortakların stratejik kazanımları ve işletme kârlılığı açılarından önemli avantajları olmakla birlikte³, olumsuz sonuçlara yol açan yanları da bulunmaktadır. Yönetime hakim kesimlerin faaliyetlerinin yakından izlenememesi, bunların usulsüzlüklere başvurmaları durumunda durdurulamaması ve durumun ilgililere ve beklentileri fiyatlandırma durumunda olan yatırımcılara gecikmeden haber verilememesi, bunların başında gelmektedir.

2) Yönetimsel Faaliyetlerin Denetimine İlişkin Düzenlemeler

TTK'da şirketin “iş ve işlemlerini” denetlemek üzere murakıplık sistemi yürürlükte bulunmaktadır. TTK'nın bu işlevi murakıba ya da murakıplara bırakmış olması bağımsız denetimin bu düzenleme içinde yer almadığını göstermektedir.

Murakıpların görevleri TTK.353 ve devamındaki maddelerde açıklanmaktadır. Murakıpların Kanunun “genel görevler” olarak adlandırdığı görevleri şunlardır:

- * Şirketin yönetim kurulu üyeleriyle işbirliği yaparak bilançonun düzenlenme biçimini kararlaştırmak,
- * Şirket muamelelerinden bilgi edinmek ve gerekli kayıtların düzenli biçimde tutulmasını sağlamak amacıyla en az altı ayda bir şirket defterlerini incelemek,
- * Üç aydan fazla ara vermemek kaydıyla sık sık ve ansızın şirket veznesini teftiş etmek,
- * En az ayda bir kez şirketin defterini inceleyerek rehin veya teminat, ya da şirketin veznesinde saklama amacıyla tutulan her nevi kıymetli evrakın mevcut olup olmadığını araştırmak ve kayıtlara geçirmek,

3 UYSAL-TEZÖLMEZ, S.Hande ve SELEKLER-GÖKŞEN, N.Nisan: Türkiye'deki Uluslararası Ortaklıklarda Sahiplik Yapısı ve Performans. İşletme ve Finans, sayı 245, Ağustos 2006, s.90; TANRIÖVEN, Cihan, KÜÇÜKKAPLAN, İlhan, Başçı, E.Savaş: Kurumsal Yönetim Açısından Sahiplik ve Kontrol Yapısı ile Üst Düzey Yönetici Durumunun İMKB'de Faaliyet Gösteren Bankalarda İncelenmesi. İşletme ve Finans, sayı 241, Nisan 2006,s.101.

- * Esas sözleşmede paydaşların genel kurula katılımları için gereken şartların yerine getirilip getirilmediğini incelemek,
- * Bütçe ve bilanço denetlemek,
- * Tasfiye işlemlerine nezaret etmek,
- * Yönetim kurulunun ihmali halinde adi ve olağanüstü olarak genel kurul toplantıya çağırarak,
- * Genel kurul toplantılarına katılmak,
- * Yönetim kurulu üyelerinin kanun ve esas sözleşme hükümlerine tamamiyle uymalarına nezaret etmek,

Murakıplar, bu genel görevlerinin dışında ayrıca şu görevleri de yerine getirmekle yasa tarafından yükümlü kılınmışlardır:

- * Her yıl genel kurula rapor sunarak, şirketin genel durumu hakkında, yönetim kurulunun bilanço ve diğer hesapları ile kâr dağıtım önerisi üzerinde görüş bildirmek, (TTK m.354)
- * Kaçınılmaz ve ivedi nedenlerin ortaya çıkması durumunda genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırarak, (TTK m.355)
- * Paydaşların yönetim kurulu üyeleri ve müdürler hakkındaki şikayetlerini incelemek, (TTK m.356) gerçekliği saptanan hususları yıllık raporlarında belirtmek, müracaatların azınlık haklarına sahip kesimden gelmesi durumunda ve gerek görmeleri halinde genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırarak,
- * Yönetim kurulu toplantılarına, görüşmelere katılmamak ve oy kullanmak şartıyla iştirak etmek ve gerekli gördükleri hususları yönetim kurulu ile genel kurul toplantı gündemine aldirmek. (TTK m.357)

Murakıplar, yönetsel faaliyetlere ilişkin olarak öğrendikleri eksiklik ve yolsuzlukları ya da yasa veya esas sözleşme hükümlerine aykırılıkları, bunlardan sorumlu olan üst makama ve yönetim kurulu başkanına ve önemli hallerde genel kurula ihbar etmekle de yükümlü kılınmışlardır (TTK m.354). Murakıpların vazifelerini hiç ya da gereği gibi yapmamaları hallerinde, kusursuzluklarını kanıtlayamadıkları sürece, doğan zararlardan sorumlu tutulmaları da hükme bağlanmıştır (TTK m.359).

TTK sistemi ayrıca, bazı muayyen hususların tetkik ve teftişi için gerektiğinde “özel murakıp” seçimine de olanak tanımaktadır. (TTK m.348) Bu hüküm

özellikle azınlık hakları sahiplerine, yönetsel faaliyetlerde suistimal olması durumunda ya da kanun veya esas sözleşme hükümlerine önemli bir aykırılık söz konusu olduğunda, genel kuruldan özel murakıplara isteme hakkı vermesi bakımından yatırımcıyı korumaya yönelik önemli bir hak niteliğinde görülebilir.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda sayılan görev ve yetkiler arasında sadece “yönetim kurulu üyelerinin kanun ve esas sözleşme hükümlerine tamamiyle uymalarını gözetmek” dahi, başlı başına, terkedilmek istenen murakıplık sistemine konumuz açısından ne derecede geniş bir kontrol yetkisinin tanınmış olduğunu göstermeye yetmektedir. Ayrıca, murakıplar “her bir paydaş”ın yönetim kurulu üyeleri ve müdürler hakkındaki şikayetini incelemekle de yükümlüdürler (TTK.m.356). Ne var ki, bu gözetim ve inceleme işlevi “yıllık” bir rapora bağlandığı için (TTK.m.354 ve 356) paydaşların hak ve yararlarının anında etkin bir biçimde korunmasını sağlamaktan uzak kalmaktadır. Gerçi murakıplar icraya ilişkin olarak saptayacakları yolsuzluk, eksiklik, kanun ya da esas sözleşmeye aykırılıkları “bunlardan sorumlu olanın üstü olan makama ve yönetim kurulu başkanına ve mühim hallerde genel kurula bildirmekle yükümlüdürler” (TTK.m.354) ama bu bildirim yönetim kurulu başkanına veya icrai bir makama yapılması, usulsüzlüğün, usulsüzlüğü yapana bildirilmesi riskini taşımakta ve sonuçsuz kalabilmektedir. “Mühim hallerde” genel kurula bildirme yükümlülüğünün ise murakıpların yönetim kurulunun seçimini belirleyen hakim paydaşlarca seçilmelerindeki yapısal özelliklere bağlı olarak uygulamada işlemediği görülmekte ve bunlar, murakıplık sisteminden beklenen faydanın elde edilememiş olmasının başlıca nedenlerini oluşturmaktadır.

TTK’da, ortaklık varlıklarının korunmasına ve bu doğrultuda paydaşlara tanınan diğer haklara dönük olarak, bunların konuya ilişkin öncelik arz etmelerini nedeniyle sadece hatırlatma yapmakla yetiniyorum.

II) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (TTKT)

Eskiyen ve günün koşullarına cevap veremeyen TTK’nın yerini almak üzere hazırlanan TTKT, şirketler hukuku alanında genellikle Avrupa Birliği hukukuna yakın bir yaklaşım çerçevesinde bir dizi yenilik önermektedir. Tasarı, kurumsal yönetim kavramını yasallaştırmakta ve bu bağlamda çeşitli hükümler öngörmektedir. Bunlardan, yönetsel faaliyetlerin yürütülmesi ve denetlenmesi bağlamında öne çıkanları şu şekilde kümelendirebiliriz:

1) Yönetim Yapısına İlişkin Düzenlemeler

Tasarının bu bağlamda getirdiği en çarpıcı yenilik, ABD hukuk sistemine yakın biçimde Yönetim Kurulu / Yönetim (Board / Management) ayırımına yer

veren 367 ve 374.maddelerinde yer almaktadır. Bu maddeler hükümleri gereğince yönetim kurulu (board) ve kendisine bırakılan alanda yönetim (management); kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan “her çeşit iş ve işlemler” hakkında karar almaya yetkili kılındığı gibi, çıkarılacak bir örgüt yönetmeliği ile, yönetim kurulunun, yönetimi kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine ya da üçüncü kişilere devretmesi mümkün olabilmektedir. Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili kılınmaktadır. Tasarı, ikili ayrımı öngörmekle birlikte TTK’da olduğu gibi şirketin yönetim kurulu tarafından yönetileceğini de açıkça tekrarlamaktadır (TTKT m.365). Ayrıca yönetimin devredilmemesi durumunda bu işlevin yönetim kurulunun tüm üyelerine ait olacağını da altını çizmektedir (TTKT m.367). Yönetim kurulu ve yönetim işlerine ilişkin bu hükümlerden çıkartılacak ilk sonuç, şirket yönetiminin esas sahibinin ve sorumlusunun yönetim kurulu olduğu gerçeğinin eskisi gibi sürmekte olduğudur. Yönetim kurulunun, şirket işlerini icra edecek olan ve 375.maddede “yönetimle görevli kişiler” olarak sınıflandırılanların “üst gözetimini” yapması da bu kurulun “devredilemez ve vazgeçilemez” görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Üst gözetimin devredilemez ve vazgeçilemez olması, yönetim kuruluna iç denetim amacıyla işlerinde kurul üyelerinin de bulunabileceği komite ya da komisyonlar kurma yetkisi veren 336.madde hükmü ile devir yetkisi bakımından çelişir, kontrol işlevi açısından ise tekrarlayıcı gibi görünmekle birlikte, burada vurgulanması gereken husus, iç denetim ve üst gözetim kapsamına icra fonksiyonunu üstlenen kadroların girdiği, bunun şirketi yöneten, her çeşit iş ve işlemlere karar veren yönetim kurulunun “hissedarlar adına” denetlenmesi anlamına gelmediğidir.

İkinci önemli yenilik, belirli pay gruplarına, belirli bir grup oluşturan paydaşlara ve azınlığa yönetim kurulunda temsil hakkı tanınabileceğini ifade eden 360.maddede yer almaktadır. Böyle bir seçim yöntemi uygulamaya konduğu takdirde yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır. Belirli grupların seçimi esas sözleşme ile öngörülebilir. Haklı bir neden gösterilmedikçe de genel kurul tarafından, yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azınlığa dahil bir paydaşın üye seçilmesi de yasa ile zorunlu kılınmaktadır. Bu tür imtiyazlı paylarla seçilecek üyelerin halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üye sayısının üçte ikisini geçmemesi gerekir. Oy ve sermaye hakimiyetine sahip olanların dışından yönetim kuruluna farklı grupların temsilcilerinin de girebilecek olması, paydaşlar demokrasisini ve şirket verimliliğini artırmaya yönelik çok yerinde bir hüküm gibi görünmektedir. Ancak, yapıları ve aidiyetleri her an değişkenlik arzedecek grupların ve bunların yanında

bu grupların temsilcilerinin de içinde ayrıca yer bulabileceği azınlığın bu bağlamda imtiyazlı paydaş konumunda sayılmasının SPKKYİ'nin imtiyazlı payları sınırlayan hükümleri ve belirli grupları temsil eden üyelerin oranının yönetim kurulunun üçte ikisine kadar varabilecek olmasının söz konusu kurulun yarıdan fazlasının bağımsız olmasını öngören kurumsal yönetim ilkeleri ile çatışmasına neden olabilecek karışıklıklar, bunun dışında bu payların temsilcilerinin seçimini engelleyecek "haklı neden"lerin neler olduğunun bilinmemesinin ortaya çıkaracağı uyuşmazlıklar ve özellikle bu tür üyelerin oranının yönetim kurulunun üçte ikisine kadar ulaşabilmesine olanak tanınmasının, yönetim kurulunda temsil dengesini bozarak bu kez azınlığın hakimiyetine yol açabilecek olması nedeniyle ortaklığın rekabetçi yapısının korunmasına ve ticari verimliliğine yapacağı olumsuz etkiler, 360.madde ile yapılan yenilikçi düzenlemenin giderilmesi gereken sakıncaları biçiminde ortaya çıkmaktadır.

Üçüncü önemli yenilik, riskin erken saptanmasına ilişkin olarak 378.madde de yer alan düzenlemelerde görülmektedir. Bu madde hükmü uyarınca, yasa, pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye atan sebeplerin erken tanısı, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve denetlenmesi amacıyla "uzman bir komite" kurmak, çalıştırmak ve geliştirmekle yönetim kurulunu yükümlü kılmaktadır. Bu komitenin kurulması ile riskin teşhisi ve yönetimi konusunda ilk kez yönetim kurulu düzleminde bir kurumsal yönetim ilkesi zorunlu biçimde uygulamaya konulmaktadır. Komite, madde hükmü uyarınca iki ayda bir rapor hazırlayacak ve bunu yönetim kuruluna verecektir. Modern finansal piyasalarda hızla artan ve çeşitlenen risklerin önlenmesi ve yatırımcıların korunabilmesi açısından risk denetimine verilen önemin özellikle finansal kuruluşlar için tüm hukuk sistemlerinde ve uygulamada büyük ölçüde artırıldığı, doğruluğu üzerinde tartışmaya gerek olmayan bir gerçektir. Ne var ki, kâr amaçlı müesseselerde riski göze almak, üstlenmek ve yönetmek aslında bir "denetim konusu" değildir. Tam tersine, "yönetimsel bir faaliyet"tir. Ticaretin doğasında yer alan ve ticari ortaklığın varlık nedenini oluşturan riski, denetçiler değil yöneticiler idare eder. Bu nedenle, icrai bir faaliyet ve tercih konusu olması gereken bir hususu, bunun sorumluluğunu yüklenen yönetim kurulu ve yöneticilerin dışında, ihdas edilecek "bir yeni kurul (komite) eliyle" "yönetmenin" yönetim-denetim dengesinde yetki karmaşasına yol açarak şirket verimliliğini zayıflatması söz konusu olabilecektir. Ayrıca uzman komite çalışmalarının iki ayda bir yönetim kuruluna raporlanması da yönetim kuruluna egemen kesimlerin dışında kalan paydaşların yönetimsel faaliyetleri denetlemeleri bağlamında hedeflenen etkinliği azaltacak bir husus olarak görülmelidir.

2) Yönetimsel Faaliyetlerin Denetimine İlişkin Düzenlemeler

TTKT, TTK sisteminde yer alan “murakıp”ı şirketin bir organı olmaktan çıkarmaktadır. Tasarıya göre anonim şirket ve şirketler topluluğu uluslararası denetim standartlarına uygun olarak denetçi tarafından denetlenir (TTKT m.397). Tasarı üç tür denetçi öngörmektedir: (i) Finansal tabloları ve şirketin envanter ve muhasebesini denetleyen denetçi; (ii) Şirketin kuruluşu, sermaye artırımını, azaltılması, birleşme, bölünme, tür değiştirme, menkul kıymet ihracı gibi önemli işlemlerini denetleyen denetçi; (iii) Özel yolsuzluk ve aykırılık halleri için atanan özel denetçi. Büyük ölçekli sermaye şirketlerinin denetçisi bağımsız denetim kuruluşlarıdır.

TTKT m.398’in düzenlediği denetimin kapsamı içinde şunlar yer alır: Şirketin veya topluluğun finansal tablolarının, bunların yönetim kurullarının yıllık faaliyet raporlarının, muhasebe iç denetimlerinin, riskin erken saptanması ve yönetilmesi için kurulan komitenin raporlarının denetimi. Bağımsız denetim, esas itibarıyla dönemsel bir denetimdir. Şirketin malvarlıksal, finansal, ve kârlılık durumunun resmini gerçeğe uygun olarak ve dürüst bir şekilde yansıtmayı yansıtmadığını (TTKT m.402/5), kanuna ve esas sözleşme hükümlerine uyulup uyulmadığını (TTKT m.398/1) da kapsadığı için paydaşlar adına çok önemli bir denetim mekanizması oluşturur. Ne var ki, yönetim kurulu tarafından yapılacak usulsüzlükleri önlemeye yönelik olmadığı gibi, bu türden olumsuzlukları gerçekleşme anında saptayıp, sermaye piyasası yatırımcılarını “zamanında” uyardırmaya, bu bağlamda yatırımcıların oluşan koşullara göre hızla pozisyon alma / değiştirme haklarını korumaya elverişli bir sistem değildir. Kimi yabancı düzenlemelerde olduğu gibi TTKT’da da adlandırıldığı biçimde, belirli dönemlerde yapılan bir “resim” dir. Şirketin durumunun dürüst resim ilkesine uygun olarak yansıtılmayı yansıtılmadığını; yansıtılmamışsa bunun sebeplerini; aykırılıkları ve yanlışları, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarını olumsuz etkileyen yönetimsel kararların alındığı ve eylemlerin gerçekleştirildiği sırada değil, belirli zaman dilimlerinin sonunda sergiler. Bunun dışında, Tasarıda denetimin, risk komitesinin ele aldığı konuların içeriğini mi kapsadığı yoksa sadece finansal tabloların gerçek resmi dürüstçe göstermemesi dolayısıyla tehdit oluşturan veya oluşturabilecek nitelikteki riskleri zamanında belirlemeye uygun bir sistemin kurulup kurulmadığının, kurulmuşsa bu sistemin yapısının ve uygulamalarının mı (TTKT m.398/4) denetim konusu olduğu da açık değildir.

Denetimde finansal tablolar esas alınır (TTKT m.402/3). Bu doğrultuda, denetimler sonucunda denetçi geçmiş yıllarla karşılaştırmalı olarak, finansal tabloları konu alan bir rapor düzenler (TTKT m.402/1). Ayrıca bir başka rapor içinde yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu içinde yer alan ve şirketin durumunu açıklayan değerlendirmelerin finansal tablolar ile tutarlılığını ve

gerçeğe uygunluğunu değerlendirir (TTKT m.402/2). Risk yönetimine ilişkin bir değerlendirme yapılmışsa bunun sonucu da ayrı bir raporda gösterilir (TTKT m.402/6). Denetçi raporu yönetim kuruluna verilir (TTKT m.402/7).

Denetçi, denetim sonucunu, bir görüş yazısıyla belirtir (TTKT m.403/1). Şirket genel kurulu da yetkilerini buna bağlı biçimde kullanır: Denetçi, olumlu görüş bildirdiği takdirde, şirket genel kurulu yılsonu finansal tablolarına dayanarak istediği kararı alabilir. Kârı ve zararı istediği gibi kullanabilir. Sınırlı olumlu görüş bildirmiş ise, görüş olumludur. Genel kurul finansal tablolarda ancak düzeltme yaparak karar alabilir. Olumsuz görüş bildirmiş ise, genel kurul mevcut finansal tablolara dayanarak hiçbir karar alamaz. Görüş vermekten kaçınılmış ise, bunun sonuçları da olumsuz görüşün sonuçları ile aynıdır⁴.

Bağımsız denetim faaliyeti esnasında şirket ile denetçi arasında görüş ayrılığı doğduğunda çözümün 405.madde hükmü ile hangi vadede gerçekleştirileceği bilinmeyen bir biçimde asliye ticaret mahkemesine bırakılmış olması da bu durumda dahi bundan asıl ve doğrudan etkilenecek konumda olan paydaşların süreç dışında tutulduğunu göstermektedir.

Benzer biçimde, ortaklıkla hakim şirket ve topluluğu ilgilendiren ilişkilerle sınırlı olmak kaydıyla, 406.maddede sayılan hallerde paydaşlardan birinin asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi talep etmesi durumunda da atacak olan denetçinin incelemelerinin hangi vadede sonuçlanacağını bilinememesi, sonuçları ne olursa olsun tek başına sürecin uzamasının dahi bu denetim türünün, sermaye piyasası yatırımcısının hak ve yararları açısından etkin sayılmayacak bir kontrolü ifade ettiğini göstermektedir.

TTKT'da denetim işlevine dönük olarak yer alan temel düzenleme mahiyetindeki bağımsız denetimin yanısıra yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğünü (TTKT m.369), şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağını (TTKT m.395) ve rekabet yasağını (TTKT m.396) da ortaklığın temettü verimliliğinin korunması ve hissedar değerinin yükseltilmesi doğrultusunda yönetsel faaliyetlerin genel anlamda denetimi bağlamında değerlendirmek mümkündür.

III) Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn.)

TTK'dan çok daha yeni olan SPKn., yönetimin yapılanması ve denetlenmesi bağlamında gelişmiş piyasaları düzenleyen yasalara oranla bazı eksiklikler

4 TEKİNALP, Ünal: Şirketler Hukukunda Yeni Gelişmeler. Kurumsal Yönetimde Trendleri Konuşmak. Doğan Yayın Holding Kurumsal Yönetim Konferansı yayını. İstanbul, 2006, s.29.

barındırmakta, ancak uygulamada bu eksiklikler gelişmiş ülkeler mevzuatlarına paralel yeterlilikte olan ve çoğu Avrupa Birliği müktesebatından aktarılan alt mevzuatla giderilmektedir. SPKn. çerçevesinde konuya ilişkin düzenlemeler şöyledir:

1) Yönetim Yapısına İlişkin Düzenlemeler

SPKn.'da, yönetsel faaliyetlerin kontrolüne ilişkin bir yönetim yapılandırılması düzenlemesi mevcut değildir. Kote şirketler bu bağlamda, bankaların dışında, TTK hükümleri çerçevesinde örgütlenmişlerdir. Görev ve sorumlulukların ayrıştırılması ve denetlenmesi doğrultusunda, anglo sakson ve AB hukuk sistemlerindeki arayışlar ve bunların hukuksal sonuçları olan kurumsal yönetim ilkeleri 1981 tarihli bu kanuna yansımamıştır. Bunlar, aşağıda görüleceği üzere yeni tasarıda ve SPK'nın yayınladığı Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde kendilerini göstermektedir. SPKn.'da ise ağırlıklı olarak yönetsel faaliyetlerin denetimi ve bunlara ilişkin yatırımcı haklarının korunmasına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır.

Yapısallık açısından, yasa içinde yer almasa da, Kurul'un Seri X / 22 Tebliği ile mevzuata giren ve yönetim kurulu içinde kurulan Denetimden Sorumlu Komite, bu bağlamdaki tek önemli örnektir. Komitenin kurulması, hisse senetleri borsada işlem gören ortaklıklar için bir zorunluluktur (m.25). Komite yönetim kurulu tarafından ve kendi üyeleri arasından seçilir. Komitenin ya da üyelerin çoğunluğunun icra fonksiyonu üstlenmeyen ve yönetim kurulunda Murahhaslık sıfatı taşımayan üyelere oluşması da şarttır. Denetimden sorumlu komite, ortaklığın muhasebe sistemi, finansal bilgilerin kamuya açıklanması, bağımsız denetimi ve ortaklığın iç kontrol sisteminin işleyişinin ve etkinliğinin gözetimini yapar. Bağımsız denetim kuruluşunun seçiminde ve çalışmalarının gözetiminde bu komitenin önemli rolü vardır.

Ne var ki, önemli görevler üstlenen bu komite de kendisini seçen yönetim kuruluna rapor verir. Yılda en az dört kez toplanan komitenin toplantı sonuçları ile kendi görev alanındaki saptamaları ve önerileri tutanağa bağlanarak yönetim kuruluna verilir. Böylelikle, hem seçim şekli bakımından hem de denetim sonuçlarını denetlenen organa raporlaması açısından, halka açık kesimin haklarını ve yararlarını korumaya yönelik bir yakın kontrol mekanizması olmaktan uzaktır. Nitekim, uygulamada da bu komitenin ortaklıklar tarafından daha çok mevzuatın gereğini yerine getirmiş olmak için oluşturulduğu gözlenmektedir.

2) Yönetimsel Faaliyetlerin Denetimine İlişkin Düzenlemeler

Bu bağlamdaki düzenlemeleri üç kümede toplamak mümkündür. Bağımsız denetime ilişkin olanlar; Kurul'un müdahaleleri ve cezai yaptırımlar.

2.1) Bağımsız Denetim

Bağımsız denetim, Türk hukuk sistemine sermaye piyasası hukukunun taşıdığı yeniliklerden biri olarak girmiştir. TTK'nda öngörülmemiş olan bu denetim mekanizması SPKn.ve ona bağlı mevzuat hükümleri çerçevesinde halka açık ortaklıklar için zorunlu kılınmıştır.

Bağımsız denetim, "işletmelerin kamuya açıklanacak veya SPK'ca istenecek yıllık finansal tablo ve diğer finansal bilgilerinin, finansal raporlama standartlarına uygunluğu ve doğruluğu hususunda, makul güvence sağlayacak yeterli ve uygun bağımsız denetim kanıtlarının elde edilmesi amacıyla bağımsız denetim standartlarında öngörülen gerekli tüm bağımsız denetim tekniklerinin uygulanarak, defter, kayıt ve belgeler üzerinden denetlenmesi ve değerlendirilerek rapora bağlanması"dır. (SPK S.X, 22.no.lu Tebliği, Başlangıç Hükümleri, m.4) Amacı, "finansal tabloların finansal raporlama standartları doğrultusunda bir işletmenin finansal durumunu ve faaliyet sonuçlarını tüm önemli yönleriyle gerçeğe uygun ve doğru biçimde gösterip göstermediği konusunda bağımsız denetçinin görüş bildirmesini sağlamaktır" (Birinci Kısım,m.3)

Türk hukuk sisteminde bağımsız denetimin uluslararası bağımsız denetim standartlarına (İSA) uydurulmuş geniş bir kapsamı vardır. Konumuz açısından bakıldığında finansal tabloları etkileyen risklerin finansal tablolara doğru olarak yansıtıp yansıtılmadığının kamuya açıklanması (Birinci Kısım m.7), finansal tablolarda önemli yanlışlıklara neden olabilecek hileli ve usulsüz iş ve işlemlerin göz önüne alınması da bu kapsam içinde yer alır (Altıncı Kısım, Birinci Bölüm m.4). Bu bağlamda işletme yönetiminde bulunanlar ile yönetimden sorumlu kişilerin kasıtlı olarak adil ve yasal olmayan bir çıkar sağlama amacıyla giriştikleri aldatıcı davranışlarının, varlıkların kötüye kullanılması gibi usulsüzlüklerinin üstüne gidilmesi söz konusudur.

SPKn. m.16 uyarınca ihraççılar ve sermaye piyasası kurumlarının düzenleyecekleri mali tabloları bağımsız denetim kuruluşlarına, bilgilerin doğruluk ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtma ilkesine uygunluğu bakımından incelettirerek rapora bağlatmaları zorunludur. Mali tablolara ilişkin düzenlemeler ve bunların bağımsız denetimi konusundaki ayrıntılar ise Kurulun Seri X / 22 Tebliği ile Seri XI / 1 Tebliğinde çok kapsamlı biçimde yer almak-

tadır. Yukarda açıklandığı üzere menkul kıymet fiyatlarının anlık değişimine yol açabilecek usulsüzlüklerin önlenmesi ya da anında açıklanmasına yönelik olmayan bağımsız denetim daha çok periyodik dönemler itibariyle bağımsız denetim şirketleri tarafından verilen görüşle, işletmenin finansal tablolarının, işletmenin “genel finansal durumunu” ve “faaliyet sonuçlarını” gerçeğe uygun ve doğru biçimde gösterip göstermediğini açıklama amacı taşır.

Ne var ki, geniş kapsamlı ve etraflıca düzenlenmiş bu denetim mekanizması, yine de sermaye piyasası yatırımcısının menkul kıymetinin değerinde değişiklik yaratacak ya da temettü gelirini düşürecek bir usulsüzlüğü zamanında öğrenmesini sağlayarak onun anlık değişkenlik gösteren piyasa koşullarına göre pozisyon alma hakkını koruyacak nitelikte bulunmamaktadır. Bunun başlıca iki nedeni vardır:

Birincisi, bağımsız denetim incelemesi finansal tablolar üzerinde yapılmaktadır ve muhasebe kayıtlarının bu tablolara doğru yansıtılıp yansıtılmadığının saptanması, “ana işlev”i oluşturmaktadır. Uygulamada bilinmektedir ki, pek çok üstü örtülü işlemi kayıtlara uygun halde göstermek mümkündür. Özellikle finansal piyasalarda araçlar yelpazesindeki genişleme ve finansal yöntemlerdeki karmaşıklıkla ölçüsünde, kötü niyetli girişimlerin anlaşılması giderek zorlaşmaktadır. Nitekim adı geçen tebliğ de bunun bilincinde olarak özellikle örtülü kazanç dayalı işlemlerin ortaya çıkarılmasındaki güçlükleri birçok maddede ifade etmekten kaçınmamıştır. Bu bağlamda, “(varlıkların kötüye kullanılması işlemlerinin) ortaya çıkarılması, iyi gizlenebilecek olması nedeniyle çok daha güçtür” cümlesi (Altıncı Kısım, Birinci Bölüm, m.4/10), “(...) işletme yönetiminden kaynaklanan hile ve usulsüzlükleri ortaya çıkaramama riski, işletme çalışanlarından kaynaklanan hile ve usulsüzlükleri ortaya çıkaramama riskinden daha yüksektir” saptaması (Altıncı Kısım, İkinci Bölüm, m.6), “Bağımsız denetimin tüm kanun ve düzenlemelere ilişkin aykırılıkları tesbit etmesi beklenemez” (Yedinci Kısım, Birinci Bölüm, m.3), “Bağımsız denetim, (...) finansal tablolardaki bazı önemli yanlışlıkların tesbit edilememesi riskini içerir”, “Bağımsız denetçi, aykırılıkların önlenmesinden sorumlu tutulamaz. Ancak bu konuda caydırıcı bir rol oynar” (Yedinci Kısım, Birinci Bölüm, m.5) ifadeleri, bu doğrultudaki güçlükleri hukuksal düzenlemenin kendi içinde kabul eden saptamalarıdır. Bunlar ortaya koymaktadır ki, finansal tablo denetiminin “inceleme konusunun karmaşıklığı ve güçlüğü itibariyle”, sermaye piyasasında bu piyasanın doğası gereğince hızla pozisyon almak ya da aldığı pozisyonu hızla değiştirmek isteyen yatırımcının şirketin yönetsel faaliyetleri hakkında yatırım tercihini etkileyecek bilgi edinme hakkı çerçevesindeki beklentilerine bu bağlamda tam olarak cevap verdiğini söylemek mümkün olamaz.

İkincisi, bağımsız denetim incelemesinin sadece ağırlıklı olarak “finansal tablolar” üzerinde yapılması değil, aynı zamanda “belirli zamanlarda” gerçekleştirilmesi ve sonuçlarının da ancak incelemenin bitmesiyle ortaya çıkmasıdır. Bu, yukarıda da belirtildiği üzere bir dönemin sonunda yapılmış resim gibidir. Resimde geçmişte meydana gelenlerin izleri görülebilir ama resmin yapıldığı ve gösterildiği zaman ile oraya yansıyan izlerin oluşum zamanı farklıdır. Bu da sermaye piyasası yatırımcısının olup bitenden geç haberdar olması anlamını taşır. Ayrıca, bağımsız denetçinin, bağımsız denetim raporu tarihinden sonra finansal tablolara ilgili herhangi bir soruşturma yapma sorumluluğu ve yükümlülüğü de yoktur. Ancak rapor tarihinden sonra ve fakat finansal tabloların yayınlanmasından önce bu tabloları önemli ölçüde etkileyebilecek bir husus bağımsız denetçi tarafından farkedildiğinde, kendisi bu konuyu işletme yönetimiyle görüşür ve buna göre gerekli önlemleri alır (Yirmiüçüncü Kısım, İkinci Bölüm,m.8, 9 ve 12).

Bu açıdan bakıldığında da, finansal tabloların belirli dönemlerde incelenmesi sonucunda usulsüzlüklerin saptanarak gereğinin yapılması durumunda bile bunun anlık fiyat oynamalarına duyarlı sermaye piyasası yatırımcısının yeterli bilgiye zamanında ulaşma hakkını ve buna göre risk tercihini kullanma olanağını tatmin ettiğini söylemek mümkün değildir.

Yönetimden kaynaklanan bir usulsüzlüğün saptanması ve yasalara aykırılığın ortakların ve sermaye piyasası yatırımcılarının sonradan onarılamayacak zararlarına yol açması durumunda dahi durumun önce şirket yetkilileri ile paylaşılması ve değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır. Usulsüzlük saptamasının önce bunu yapanlarla paylaşılması zorunluluğun uygulamada genellikle ve tabiatıyla çok ince yöntemlerle çalışan kötü niyetli kişiler tarafından en gelişmiş finansal denetim mekanizmalarına sahip sistemlerde dahi kötüye kullanılabilirdiği, yatırımcıların ancak iş işten geçtikten sonra durumdan haberdar olabildiği de çeşitli ülkelerde verilen mahkeme kararlarında görülebilmektedir.

2.2) Sermaye Piyasası Kurulu'nun Müdahalesi

SPK, SPKn.'nun kendisine tanıdığı yetkiye bağlı olarak elde ettiği ya da ihraççı şirketler tarafından kendisine verilmesi zorunlu olan mali tablo ve raporlar ile diğer belgeleri inceler, gerekli gördüğü hususlar hakkında ihraççı ve kurum denetçilerinden veya bağımsız denetçilerden ayrıca rapor isteyebilir (SPKn.m.22/g).

Kurul, söz konusu şirketlerden, bunların iştirak ve kuruluşlarından da SPKn.ve diğer kanunların sermaye piyasasına ilişkin hükümleriyle ilgili gö-

recekleri bilgileri isteyebilir, bunların tüm defter, kayıt ve belgelerini ve diğer bilgi içeren vasıtalarını inceleyebilir, bunların işlem ve hesaplarını denetleyebilir (SPKn.m.46), elde ettiği sonuçlara göre de Kanunda belirtilen tedbirleri alır.

SPK, Kanununun 22.maddesinde kendisine verilen görev ve yetkiler çerçevesinde, düzenleyici ve denetleyici otorite olarak geniş kapsamlı bir faaliyet alanına sahip kılınmıştır. Bu bağlamda, bu kanuna tabi ihraççıların ve sermaye piyasası kurumlarının faaliyetlerinin SPKn.'na, Kurul'un çıkardığı yönetmelik ve tebliğlere, aldığı kararlara ve sermaye piyasasını ilgilendiren diğer mevzuata uygunluğu Kurul tarafından denetlenir. Hiç kuşku yoktur ki, Kurul'un 45.maddede kendisine tanınan çok geniş yetkiler çerçevesinde gerçekleştirdiği bu denetimlerin odağında yönetsel faaliyetler bulunmaktadır. Kurul, bu denetimler sonucunda 46.maddede sayılan çok etkin tedbirleri alabilme yetkisine sahiptir. Bunlar arasında aşağıdakileri özellikle belirtmekte yarar vardır:

- * Kayıtlı sermaye sistemini seçen ortaklıklarda, yetkilerini kötüye kullanan yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açmak;
- * Kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı durum ve işlemler ile sermayenin kaybolmasına ya da azalmasına yol açan işlemler hakkında tesbit ve iptal davası açmak, ilgililerden aykırılıkların giderilmesini istemek, gerektiğinde bu durumları ilgili mercilere intikal ettirmek;
- * Örtülü işlemlerle ortaklığın karını ve / veya malvarlığını azaltmaya yönelik işlemlerin ortaklara duyurulmasını sağlamak;
- * Açıklanması gereken fakat açıklanmamış bilgileri kamuoyuna duyurmak;
- * Sadece sermaye piyasası kurumlarına dönük olmak kaydıyla, bunların mevzuat, esas sözleşme hükümlerine aykırı faaliyetlerinin giderilmesi istemek, gerektiğinde bu kurumların faaliyetlerini geçici veya sürekli olarak durdurmak ve faaliyet yetkilerini kaldırmak;
- * Yine aynı kurumlara dönük olmak kaydıyla, bunların mali yapılarının ciddi biçimde zayıflaması durumunda, güçlendirme tedbirlerinin alınmasını istemek, gerektiğinde bu doğrultuda re'sen tedbir almak ve bunların faaliyetlerini geçici veya sürekli olarak durdurmak, faaliyet yetkilerini kaldırmak, tedrici tasfiyeye tabi kılmak veya iflaslarını talep etmek;
- * Yine bu kurumlarla sınırlı olmak kaydıyla, bunların tedrici tasfiyeye ta-

bi kılınmaları ya da iflas etmeleri durumunda, sorumlulukları bulunan bazı ortakları ile yöneticilerinin de şahsen iflaslarını istemek.

Kurul'un bu alandaki geniş denetim yetkisi yeni hazırlanmakta olan SPKn. içinde yer verilen hükümlerle güçlendirilmektedir. Bu kapsamda, incelenebilecek belgeler arasına elektronik ortamda tutulan kayıtlar da eklenmekte, SPKn.'da yer alan bazı suçlarla ilgili olarak ve genel anlamda denetim etkinliğinin artırılması amacıyla, SPK elemanlarının ihraççılar nezdinde arama yapması, şahısların savcılık tarafından ifadesinin alınması, telefon ve diğer haberleşme araçlarının dinlenmesi, bunlara ilişkin kayıtların Kurula tesliminin mahkemeden istenebilmesi gibi yenilikler önerilmektedir (SPKn.Tasarısı Taslağı,m.60).

Bunlar göstermektedir ki, SPK'nın kote şirketler nezdinde geniş kapsamlı ve ayrıntılı bir denetim yetkisi bulunmaktadır. SPK'ya bu yetkiyi etkin biçimde kullanabilmesi için geçmiş uygulamada görülen eksikliklerin giderilmesi amacıyla bazı genişletilmiş olanaklar da yeni düzenlemelerde tasarlanmaktadır. Bunların devamında, denetim sonuçlarına dönük olarak yasadaki belirlenmiş olan yaptırımlar da ayrıca ağır ve caydırıcı niteliktedir.

Ne var ki, SPK incelemeleri genellikle Kurul'a belirli zamanlarda verilen evrak üzerinde yapılmakta, bu da sonradan yapılan bir denetim türü olması nedeniyle yatırımcının "zamanında" önlem alma olanağını ortadan kaldırmaktadır. Bunun yanı sıra denetim kapsamında bulunanların "ihraççılar, sermaye piyasası kurumları⁵, bunların iştirak ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler" den oluşan çok yaygın bir yelpaze teşkil etmesi Kurul'un elindeki denetim elemanlarının nicelik ve nitelik açılarından denetimi istenilen sağlıkta yapmasına ciddi bir engel oluşturmaktadır. Denetime tabi olan ortaklıkların hukuksal itirazları nedeniyle mahkemelerde yıllarca uzayan davalar da ayrıca bu denetimlerin hızla pozisyon açıp kapatma durumunda olan yatırımcılara katkı sağlayacak nitelik taşımaya engel olmaktadır.

2.3) Cezai Yaptırımlar

Kote şirketlerin yönetsel faaliyetlerinin kontrolü bağlamında SPKn. bir taraftan Kurul'a re'sen hareketle doğabilecek olumsuzlukların önüne geçme ve bu çerçevede çeşitli tedbirler alma olanağı verirken bir yandan da cezai yaptırım isteme ve uygulama yetkisi vermektedir.

5 Sermaye piyasası kurumları, SPKn:2nun 32 ve 39.maddelerinde sayılan, aracı kurumlar, yatırım ortaklıkları, yatırım fonları ile sermaye piyasasında faaliyet göstermesine izin verilen, takas ve saklama, derecelendirme, bağımsız denetim şirketleri gibi kurumlardır.

Yönetimsel faaliyetlerin yasalara aykırılık oluşturmasını ve paydaşların hak ve yararlarını zarara uğratmasını engelleyecek en güçlü engellerden biri kuşku yoktur ki, SPKn.'un 15.maddesinde düzenlenmiş bulunan örtülü kazanç yasağıdır. Yukarda da belirttiğim gibi, hisse senetleri borsada işlem gören şirketlerin, dolaylı ya da dolaysız olarak ilişkide buldukları diğer bir teşebbüs veya şahısla örtülü işlemlerde bulunarak karı ve / veya malvarlığını azaltması, suç sayılmıştır. SPK, bu durumlarda re'sen ya da ihbar üzerine durumu inceler ve söz konusu maddeye aykırılık saptadığı takdirde ya zararların, ortaklara geri dönmesini sağlayacak biçimde giderilmesini ister ya da durumu yasal mercilere intikal ettirir.

SPKn.'nun 47.maddesinin A ve B bentlerinde ve 47/A maddesinde yer alan cezalar da dolaylı olarak yönetim erkinin kötüye kullanılmasını caydırıcı nitelik taşır ve aksine davrananların hapis ve ağır para cezalarıyla cezalandırılmasını sonuçlar. İçerden öğrenenlerin ticareti, manipülasyon, sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek yalan, yanlış, dayanaksız bilgi vermek, haber yaymak, yorum yapmak ya da açıklamakla yükümlü olunan bilgileri açıklamamak, örtülü işlemlerle şirketin karını ve/veya malvarlığını azaltmak, bu bağlamda kötü niyetli şirket yöneticilerini tehdit eden suçlar olarak yer alır (m.47, A bendi).

Kasıtlı olarak gerçeğe aykırı bağımsız denetleme raporu düzenlemek ya da düzenlenmesini sağlamak, bilgi ve belgeleri gizlemek, gerçeğe aykırı kayıt tutmak ve muhasebe hilesi yapmak da yine hapis ve ağır para cezasını gerektiren suçlar arasındadır (m.47, B bendi). Kanunun günün koşullarına cevap veremeyecek ölçüde eskimiş olmasının yol açtığı boşlukların SPK'nın düzenlemeleri ve bilhassa genel ve özel nitelikteki kararlarıyla doldurulması, bu düzenlemelerin ve kararların, konuları itibariyle çok önemli olduğunu gösterir. Bu yüzden bunlara aykırılık da doğrudan SPK tarafından verilen idari para cezaları ile cezalandırılır (m.47/A).

Yönetimsel faaliyetlerin paydaşların haklarını zedeleyecek nitelikte olmasını dolaylı biçimde engelleyebilecek unsurlar arasında paydaşların kullanabilecekleri yargı yollarının niteliği de önem taşır. SPKn., azınlık hakkı kullanım oranı olarak TTK'da % 10 olarak belirlenen paydaşlığı % 5'e çekerek kullanımını kolaylaştırmıştır. Kullanımı oransal olarak kolaylaştırılan bu haklar şunlardır:

- * Yönetim kurulu üyeleri hakkında dava açılmasını talep etmek (TTK 341);
- * Yönetimsel faaliyetlere ilişkin bir kötüye kullanımın ya da kanun veya esas sözleşme hükümlerine önemli bir aykırılığın söz konusu olduğu durumlarda özel denetçi atanmasını istemek (TTK 348);

- * Yönetim kurulu üyelerini ve yöneticileri denetçiye şikayet ve şartlar oluştuğunda genel kurulu denetçi vasıtasıyla olağanüstü toplantıya davet ettirmek (TTK. 356);
- * Genel Kurulu yönetim kurulu vasıtasıyla toplantıya davet ettirme ve görüşülmesini istedikleri hususları gündeme aldirtmak (TTK. 366);
- * Genel kurulda bilançonun oylanmasının görüşülmesini ertelettirmek (TTK. 377).

Ne var ki, kağıt üzerinde kullanımı kolaylaştırılmış gibi görünen bu haklardan paydaşların yararlanması, uygulamada çeşitli nedenlerden ötürü güçleşmekte ve bu nedenle bu haklar sıkça kullanılmamaktadır. SPK'nın müdahale olanakları da bürokratik ve uzun süreçleri gerektiren bir denetim mekanizması niteliğinde olup, paydaş haklarının zamanında, etkin biçimde korunmasını tam anlamıyla sağlamaktan uzak kalmakta, tüm bu sayılanlar, yönetsel faaliyetlerin denetimine ilişkin olarak SPKn.'da yer alan mekanizmaların sermaye piyasası yatırımcısının özellik taşıyan haklarının zedelenmesini önlemeye yetmediğini göstermektedir.

IV) Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı (SPKnT)

1) Yönetim Yapısına İlişkin Düzenlemeler

Yönetsel faaliyetlerin yakın kontrolü bağlamında yeni kanun tasarısında yönetimin yapılandırılması konusunda ortaya çıkan yenilik, kayıtlı sermayeli şirketlerin yönetim kurulu seçiminde ortaya çıkmaktadır. Buna göre, kayıtlı sermaye sistemini kabul eden ortaklıklarda, esas sözleşmede yönetim kurulu seçiminde aday gösterme imtiyazının, kurul üyelerinin en fazla üçte birinin seçiminde kullanılabileceğinin yer alması zorunlu kılınmaktadır. Bu hüküm yasalastığı takdirde, halka açılma oranı, sermaye hakimiyeti ve oy oranı ne olursa olsun, yönetim kurulunun üçte ikisi bu yönde imtiyaz taşımayan oylar tarafından belirlenecektir (m.14).

2) Yönetsel Faaliyetlerin Denetimine İlişkin Düzenlemeler

Tasarıda bu çerçevede yer alan en önemli yenilik, mali tablolardan sorumluluk esaslarının, ispat yükünün kuruluşlara aktarılarak yeniden düzenlenmesidir. Bu düzenleme gereğince, finansal tablo ve raporların gerçeğe uygunluğundan ve doğruluğundan ortaklık yönetim kurulu sorumlu tutulmakta (m.21), bağımsız denetim kuruluşları da denetledikleri finansal tablo ve raporların SPK'ca belirlenen denetim ilke ve esaslarına uygun denetlenmesinden ve hazırladıkları raporlardaki yanlış, yanıltıcı, eksik bilgi ve gö-

rüşler nedeniyle doğabilecek zararlardan raporu imzalayanlarla birlikte müteselsil sorumluluk altına alınmaktadır (m.23)

Tasarıda ayrıca, Kurul'un SPKn.45.maddesinde yer alan denetime dönük yetkileri genişletilmekte, denetim kapsamındaki kuruluşlar nezdinde arama yapılması, elektronik ortamda tutulan kayıtlara da elkonulması, gerekli bilgilerin verilmemesi durumunda adli mercilerden etkin destek sağlanması, bu çerçevede telefonların dinlenmesine varacak kadar güçlendirilmiş bir denetim olanağı sağlanmaktadır (m.60). SPKn.'na tabi kuruluşlarda "sermayenin azalmasına veya kaybedilmesine yol açan, işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemler" hakkında da SPK'ya yasal tedbirler alma olanağı getirilmektedir (m.61/c). Şayet kote ortaklık, bir sermaye piyasası kurumu ise, esas sözleşmeye aykırı faaliyetlerin saptanması durumunda, aykırılıkta "sorumluluğu tesbit edilen ortaklık yöneticilerinin görevden alınmasını veya imza yetkilerinin kaldırılmasını ve gerektiğinde yönetim ve denetim organlarına, değiştirme, azil ve görev süresini belirleme hakkı sadece mahkemeye ait olmak üzere, genel kurulca seçilen üyelerin görev ve yetkilerini taşıyan üye atanmasını" mahkemeden isteme yetkisi SPK'ya tanınmaktadır (m.61/g). Keza, benzer bir yetki, "Bu Kanuna tabi ortaklık ve sermaye piyasası kurumlarının, kanuna, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine veya sermayenin azalmasına veya kaybına yol açan işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemlerinin tespiti halinde, sorumluluğu tespit edilen ortaklık yöneticilerinin görevden alınmasını veya imza yetkilerinin kaldırılmasını ve gerektiğinde yönetim ve denetim organlarına, değiştirme, azil ve görev süresini belirleme hakkı sadece mahkemeye ait olmak üzere, genel kurulca seçilen üyelerin görev ve yetkilerini taşıyan üye atanmasını" mahkemeden isteyebilmesine de olanak sağlanmaktadır (m.61/l).

Örtülü kazanç elde edilmesi (m.69), denetimin engellenmesi, yasal defterlerde ve muhasebe kayıtlarında usulsüzlük yapılması (m.73), denetim raporlarında usulsüzlük halinde (m.74) etkin cezai yaptırımlar getirilmektedir. Ancak, bu fiillerden herhangi birinin işlendiği saptandığı takdirde sorumlulara uzlaşma önerisi de yapılması yasal hüküm altına alınmaktadır. Buna göre, suç duyurusunda bulunmadan önce, sorumluların suçun işlenmesiyle elde ettikleri çıkarı üç kat fazlasıyla bir ay içinde Yatırımcı Koruma Fonu hesabına yatırmaları durumunda, suç duyurusunun yapılmayacağı hükme bağlanmaktadır (m.78).

Yeni tasarıda yer alan kavramlar arasında kanımca sermaye piyasasının özelliğini hukuk alanına taşıyan ve sermaye piyasası hukukunun farklılığını ortaya çıkartan en önemlilerinden biri, 3.maddede yer alan "nitelikli bilgi" ve "fiyat üzerinde önemli etki yapabilecek bilgi" tanımlamalarıdır. Bunlara yer verilmesi, sermaye piyasasında bilginin yatırımcıya ulaşım hızının

ne derecede önemli olduğunu kanıttır. Yönetimsel faaliyetlerin yakın kontrolünün sağlanmasının önemi de buradan kaynaklanmaktadır. Şirket işlerinin kontrolüne ilişkin yönetimsel yapılandırmaların veya doğrudan denetimsel düzenlemelerin isabeti ve etkinliği, bunların “anlık fiyat değişimlerinin arenası” olan borsalarda yatırımcı açısından “zamanında” değerlendirilebilir olmasına bağlıdır. Fiyat değişimlerine yol açabilecek yönetimsel faaliyetlerin iş işten geçmeden yatırımcı tarafından öğrenilmesinin yanısıra bunların olumsuzluk taşıyanlarının da aynı süreçte engellenebilmesi, piyasaların etkinliğinin önde gelen şartıdır. Bu amaca yönelik yapılanma modeli önerimin yer aldığı sonuç bölümüne geçmeden önce son olarak SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri (SPKKYİ) yoluyla bu bağlamda Kurul tarafından yapılan önerileri görelim.

V) Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri (SPKKYİ)

Sermaye piyasası yatırımcısının hızla karar verip, yatırım tercihini anında uygulamaya koyabilmesine de olanak tanıyacak nitelikte olmasını gerekli bulduğum denetim mekanizmaları bağlamında son olarak, SPK tarafından yürürlüğe konan Kurumsal Yönetim İlkeleri ile öngörülmüş bulunan düzenlemelere bakalım. Uygulaması isteğe bağlı kılınan ama gerek SPK'nın aksi yöndeki yaklaşımı gerek derecelendirme gibi sermaye piyasası faaliyetleri ya da borsa kotasyon kuralları gibi düzenlemelerle zorunlu kurallar haline getirilme olasılığı büyük olan SPKKYİ tek bir kurumsal yönetim modelinin olamayacağını kabul etmekle birlikte (Giriş bölümü), zamanla zorunlu hale gelmesi muhtemel bu ilkelerin önemli bölümünde adeta “emredici hüküm” niteliğinde düzenlemeler yer almaktadır. Dört bölümden oluşan SPKKYİ'nin konumuzu doğrudan ilgilendiren düzenlemeleri şunlardır:

1) Yönetim Yapısına İlişkin Düzenlemeler

SPKKYİ, bu bağlamda öncelikle, Türk hukuk mevzuatında yönetim kurulu / yönetici ayırımını yapan ilk düzenleme olarak dikkati çekmektedir. SPKKYİ, yönetim kurulunu şirketin en üst düzeyde karar ve temsil organı olarak görmekte, yöneticileri şirket işlerini; misyon, vizyon, hedefler, stratejiler ve politikalar çerçevesinde yürütülmesini sağlayan kişiler olarak belirlemektedir (IV / 6.2). Yönetim kurulunu kararları alan organ, yöneticileri de bunları uygulayan personel olarak ayıran SPKKYİ, buna rağmen ve bir bakıma çelişkili biçimde, yönetim kurulunun aynı zamanda şirketin en üst seviyede yürütme (yönetim) organı olduğunu da söylemekte (IV / 1.1), ayrıca bu kurula gözetim görevini de yüklemektedir (IV / 1.4). Böylelikle yönetim kurulu, karar almak, aldığı kararları yürütmek ve bunları denetlemek gibi ayrıştırılmış işlevleri birleştirerek üstlenen bir organ olmaktadır.

SPKKYİ, yönetim kurulunda bağımsız üyeye de yer vermekte ve bağımsız üyelerin, şirketin, pay ve menfaat sahiplerinin çıkarlarını herşeyin üstünde tutabilme ve kararlarda tarafsız olabilme avantajına “doğal olarak” sahip olduklarını a priori kabul etmektedir. Bağımsızlığın kriterleri sayılmakta⁶ ve bu nitelikleri taşıyanlardan (IV / 3.3.5) ayrıca bilgi, deneyim, belirli suçları işlememiş olmak gibi şartları da haiz olanlar içinden (IV / 3.1.1, 3.1.3, 3.1.5 ve 3.1.6) en az iki kişi olmak üzere yönetim kurulunun en az üçte birinin bağımsız üyelerden oluşması öngörülmekte (IV / 3.3.1), bu oranın zamanla artırılmasını da tavsiye edilmektedir.

Bunun yanında, icrada görevli olan ve olmayan üye ayırımı yapılmakta ve yönetim kurulunun yarısından fazlasının icrada görev almaması istenmektedir (IV / 3.2.1). Sahipsizliğin ve güç boşluğunun söz konusu olmadığı durumlarda, bir ticari ortaklığın, risk üstlenen paydaşlar bir yana bırakılarak, dışardan seçilecek kişilere yönettirilmesinin isabeti son derecede kuşkuludur. Uygulamada, güç boşluğunun bulunduğu durumlarda dahi Enron olayında örneklendiği üzere bağımsız üyelerin çoğunlukta bulunduğu bir yapısalılıkta denetim işlevinin hiç de sanıldığı gibi başarılı sonuçlar sağlamadığı açıkça görülmüştür. Ayrıca bağımsız üyelerin ve icrada görev alanlar ile almayanların sayısının ve orantısının hangi bilimselliği kanıtlanmış ya da uygulamada doğruluğu genel kabul görmüş verilere dayanılarak önerildiğini anlamak daha da zordur. Şirketin verimli yönetiminin ve paydaşların yönetim üzerinde kendilerine ait olması gereken kontrol haklarının SPKKYİ’nde önerilen ve giderek zorunluluğa dönüştürülmeye çalışılan bu önerilerle sağlamaya çalışmanın yapısalılık açısından sağlıklı bir yönetim-denetim dengesi oluşturacağını ileri sürmek kanımca doğru olamaz.

SPKKYİ, Kurumsal yönetim komitesi, Stratejik planlama komitesi, İnsan kaynakları komitesi, Ödüllendirme komitesi, Uzlaşma komitesi, Etik komitesi gibi çok sayıda komite kurulmasını ve bunların başkanlarının bağımsız yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmesini, üyelerinin çoğunluğunun da icrada görevli olmaya yönetim kurulu üyelerinden oluşmasını öngörmektedir. Bu komitelerden en önemlilerinden biri SPK tebliği ile de zorunlu kılınmış bulunan Denetimden Sorumlu Komitedir. Finansal ve operasyonel faaliyetlerin sağlıklı bir şekilde gözetimini amaçlayan bu komitenin bu doğrultuda ilk bakışta çok önemli bir işleve sahip görüldüğü söylenebilir. Ne var ki, yılda dört kez toplanan, görev ve yetkileri itibariyle sermaye piyasası yatırımcısı paydaşların anlık pozisyon açıp kapama olanağını da içeren hak ve yararlarının kullanımı doğrultusunda etkin sonuç vermesi pek mümkün görünmeyen ve ayrıca toplantı sonuçlarını da doğrudan yönetim kuruluna sun-

6 Bağımsızlık, Kurul’un Seri VI / 11 no.lu tebliğinin 4.maddesinde buradakinden farklı ve daha dar biçimde tanımlanmaktadır!

makla yükümlü kılınan (IV / 5.6.9) bu komitenin paydaşların yönetimi yakından izleme ve yönetsel faaliyetler hakkında doyurucu bilgi edinme hakkının kullanımında çok yararlı olacağını ileri sürmek kolay değildir. Nitekim, halka açıklık oranının düşük olduğu, oy veya sermaye hakimiyetinin geçerli bulunduğu şirket yapılarında, egemen kesimler tarafından oluşturulan ve aynı kesimlere karşı sorumlu olan bu komitenin, uygulamada istenileni veremediği, hisse senetleri borsada kote şirketlerde daha çok bir formülitenin yerine getirilmesi amacıyla kurulup sürdürüldüğü gerçeği de uygulamada gözlenmektedir.

2) Yönetsel Faaliyetlerin Denetimine İlişkin Düzenlemeler

SPKKYİ, dört bölüm halinde, iyi yönetim esaslarını tavsiye eden ve bu bağlamda paydaşların yönetsel faaliyetleri yakından kontrol haklarını kullanmalarına yardımcı olmayı amaçlayan öngörülerden oluşmaktadır. Bu ilkeler arasında yönetsel faaliyetlerin denetimine ilişkin olarak, yönetim kurulu toplantılarında üyelerin muhalif kaldıkları konuları ayrıntılı karşı oy gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak denetçiye ulaştırmalarının öngörülmesi dikkat çekicidir (IV / 2.16). Bu bağlamdaki SPKKYİ, taşıdığı emredici hüküm tonuyla, TTK m.338'deki sorumluluktan kurtulma halinin bir adım ötesine geçmeyi hedeflemektedir. Bağımsız üyelerin muhalif kaldıkları konulara ilişkin ayrıntılı karşı oy gerekçelerinin kamuya açıklanmasının öngörülmesi (IV / 2.21) de aynı bağlamda caydırıcı ve bilgilendirici olarak nitelendirilebilir.

Şirket ile paydaşlar, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler arasındaki ilişkilerin geniş bir yelpaze içinde kamuya açıklanması da aynı paraleldedir. (II / 2) Özellikle sermaye piyasası araçlarının alım satım kararlarına kaynaklık edecek eylemlerin yönetim kurulunun karar ve faaliyetlerine yakından bağlı olması nedeniyle, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve şirket sermayesinin doğrudan ya da dolaylı olarak en az % 5'ine sahip paydaşların grup şirketleri ve ticari ilişki içinde olunan şirketlerin sermaye piyasası araçlarında gerçekleştirdikleri işlemlerin derhal kamuya açıklanmasının gerekli (ve mevzuatça da zorunlu) kılınması, hem caydırıcılık hem de yatırımcıların izleme kolaylığı açısından önem taşır.

Nihayet, yatırımcı haklarının korunmasının kolaylaştırılmasıyla dolaylı biçimde caydırıcı nitelikte olan bir öngörü de azınlık haklarının kullanımına ilişkin olarak göze çarpmaktadır. Buna göre, yukarıda açıklanan kanun yollarına başvuru için SPKn. ve TTKT ile öngörülen yirmidebirlik oranının, SPKKYİ'nde "yirmide birden daha düşük" bir miktara düşürülebileceği belirtilmektedir (I / 5).

B) Oy ve/veya Sermaye Hakimiyetinin Bulunduğu HAAO'larda Yönetim - Denetim Dengesi

I) Sermaye Piyasası Yatırımcısının Kanunla Korunan Haklarının ve Yararlarının Özü

Ortaklıklarda, ister sermaye artırımı yoluyla olsun ister mevcut hissedarların paylarının satışıyla olsun, hisse senetlerinin halka arzının ana nedeni kaynak sağlamaktır. Sermaye transferindeki kolaylıklar ve teknolojik olanaklarla yerel olmaktan çıkıp evrensel yelpazede genişleyen kaynaklardan⁷ olabildiğince fazla pay kapmayı amaçlayan ortaklıkların bu doğrultuda yerine getirmeleri gereken temel yükümlülük ise yaygınlaşan ortaklık yapısının temel beklentilerini karşılamaktır. Bu beklentiler, başlıca temettü verimliliği ve hissedar değeri olarak ortaya çıkar. Bu beklenti doğrultusunda, tasarruflarını sermaye piyasasına taşıyan yatırımcılar, ortak oldukları şirketin iyi yönetilerek geliştirilmesini ve kendilerine, beklentilerine uygun oranda karpayı oluşturularak, bu karpayının da eksiltilmeden dağıtılmasını isterler. İyi yönetilen şirketin borsa fiyatının yüksek olması da doğaldır. Hissedar değerinin yüksek olması da, özellikle sermaye piyasasının kendisine tanıdığı “anlık pozisyon alma ve değiştirme” olanağını değerlendirmek isteyen yatırımcı için son derecede önemlidir. Bu nedenle, özellikle İMKB örneğinde olduğu gibi, halka açıklık oranının düşük bulunduğu şirketlerde ortaklığın yönetimini oy ve/veya sermaye hakimiyeti nedeniyle elinde tutan pay sahipleri ile profesyonel yöneticilerin bu doğrultudaki sorumlulukları, “başkalarının parasını da” en iyi biçimde yönetmek ve “onların beklentilerini de” karşılamaktır. Bu beklentilerin yerine getirilmesi tarafların tümü için yararlı ve uzun vadede “kazan-kazan” ilkesine uygun olduğu halde, uygulamada genellikle üstü örtülü eylemlerle tasarruf sahibi yatırımcıların hak ve yararlarının oy ve/veya sermaye hakimiyetine sahip ortaklar ya da bunların seçtiği profesyonel yöneticiler tarafından çığnenedildiği görülmektedir. Türk şirketler hukuku esasları ve uygulaması çerçevesinde yönetim kurulunun oluşum biçimi, yetki ve sorumlulukları göz önüne alındığında bu tür sorunların kaynağının büyük ölçüde “bu kurulda” odaklandığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, yönetim kurulunun ve yönetsel faaliyetlerin şirket işlerini aksatmayacak biçimde ama çok yakından ve titizlikle izlenmesi ve bilinen iç denetimin yanısıra paydaşların tamamının hak ve yararlarını ilgilendiren yasalara uygunluk denetiminin gerçekleştirilmesi de evrensel sermaye piyasasının gerekliliklerine ayak uydurma açısından büyük önem taşımaktadır. Bu izle-

7 Küresel mali varlıkların toplam değeri, 2006 yılı itibarıyla 140 trilyon amerikan doları olarak hesaplanmakta, Asya ve Avrupa ülkeleri başta olmak üzere Rusya ve Ortadoğu ülkeleri küresel sermaye akımlarının başlıca talepçileri olarak gözlenmektedirler. Bkz. McKinsey & Company: Mapping the Global Capital Market Third Annual Report, January, 2007 s.8 ve 17.

me/denetleme sisteminin usulsüz eylemlere kalkışacak olanları caydırıcı nitelik taşıması ve önlenemeyen usulsüzlükleri de olabildiğince çabuk biçimde paydaşlara duyurmaya elverişli olması gerekir. Sermaye piyasasının özelliklerinden biri, fiyatlara etki yapabilecek eylem ve duyumların bu etkiyi derhal yapabilir olmalarında kendini gösterir. Bu nedenle borsa yatırımcılarını kapalı ortaklık paydaşlarından farklı risk boyutuna taşıyan “anlık fiyat oluşum ve değişimleri”, onların, fiyatlara yansıtacak olumsuzluklardan kendilerini koruyacak ya da bunlardan çok hızla haberdar olacak silahlarla donatılmalarını zorunlu kılar. SPKn.’nun 1.maddesinde koruma altına alınan “tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının” özünü piyasanın dinamiklerinin ortaya çıkardığı, hissedar değeri ve dönemsel gelir gibi temel beklentiler ile bunlara bağlı olarak alınacak pozisyonlar oluşturur. Ortak olunan şirketin yaratacağı temettü geliri ile hissedar değerinden yararlanarak hem SPKn.’nun 3.maddesindeki menkul kıymet tanımında yer verilmiş bulunan “dönemsel” gelir elde edebilmek hem de bunların yaratacağı beklentileri değerlendirerek “anlık” alım satımlar yapabilmek, korunması amaçlanan hak ve yararların özünü teşkil ettiği içindir ki, halka açıklık oranı düşük, oy ve/veya sermaye hakimiyetinin bulunduğu borsa şirketlerinde yönetim-denetim dengesinin sağlıklı mekanizmalarla sağlanması ve sürdürülmesi, halka açılmanın başlıca nedenini oluşturan “kaynak sağlama”nın verimliliğini etkiler⁸.

II) Sermaye Piyasası Yatırımcısının Hak ve Yararlarının Özünü Korumaya Yönelik Tamamlayıcı Mekanizmaların Gereği

Hisse senetleri İMKB’de işlem gören HAAO’lar çerçevesinde Kurul’un denetim sonuçları ve yargıya intikal eden olaylar incelendiğinde, sermaye piyasası yatırımcılarının söz konusu hak ve yararlarının özünün mevcut izleme ve denetleme mekanizmaları ile yeterince korunamadığı sonucuna varmak gerekmektedir. Yabancı mevzuat ve uygulamalarda da yer almakla birlikte, halka açıklık oranı düşük, oy ve/veya sermaye hakimiyetinin söz konusu olduğu ortaklıklarda yetersiz kaldığı görülen mekanizmaların bu doğrultuda ki temel eksiklikleri şöyle özetlenebilir:

TTK’nın terketmeye hazırlandığı murakıplık sisteminde, murakıpların geniş yetkilerle donatılmış olmalarına rağmen etkinlik gösterememelerinin başlıca nedeni, murakıpların hakim sermayedar tarafından adeta “atanmış kişilerden” oluşmasıdır. Bu nedenle bir taraftan “yanlı denetim” oluşması,

8 TANÖR, Reha: Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Kaydı Değer Olarak İhracına İlişkin Yasal Düzenlemelerin Kendi İçlerinde ve Yasal Düzenlemeler ile Finansal Uygulama Arasında Gözlenen Örtüşmezliğin Hukuksal Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme. GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 2/2002,s.204.

diğer taraftan da bu denetimin paydaşlara anında değil de genellikle yıllık genel kurulda verilen biçimsel bir raporla faaliyetler hakkında bilgi açıklaması, hakim sermayedarın dışında kalan kaynak sağlayıcılarının sermaye piyasasının özelliklerine dayalı hak ve yararlarının etkin biçimde korunması olanağı ortadan kaldırmaktadır.

TTKT'da murakıplık sisteminin yerini alan denetim mekanizmalarında ağırlığı oluşturan bağımsız denetimin en zayıf noktası, yaygın paydaşlara durumun yine genellikle yıllık raporlarla aktarılmasıdır. Ağırlıklı olarak muhasebe evrakı üzerinden yapılan dönemsel incelemelerde yaygın yatırımcıların haklarını zedeleyebilecek her türlü usulsüzlüğün görülememesi ihtimalinin yanında, görülenlerin de paydaşların bilgisine çok daha sonra aktarılması, anlık fiyat değişimlerine sahne olan sermaye piyasasında açıklanan bilgilerin etkisini yitirmesine ve bu nedenle yatırımcıların hak ve yararlarını korumalarında gecikmeye uğramalarına neden olmaktadır⁹.

Kamusal denetleme otoritesi olan SPK'nın bürokratik denetimi de bağımsız denetimde olduğu gibi şirket iş ve işlemlerinin sürekli biçimde izlenmesine, menkul kıymet fiyatlarının anlık değişimine neden olabilecek usulsüzlüklerin zamanında önlenmesine ya da paydaşlara iş işten geçmeden duyurulmasına olanak tanımamaktadır. Her iki denetimde de "yakın kontrol" olanağı yoktur ve her ikisinde de paydaşların hakları kendileri tarafından değil, onlar adına hareket eden başkaları tarafından korunmaya çalışıldığı için etkinlik derecesi düşüktür. Herhangi bir kişinin ya da kurulun, yatırımcının çıkarını onun bizzat kendisinden daha iyi izlemesinin ve savunmasının eşyanın tabiatına aykırı olduğu gerçeğini unutmamakta yarar vardır.

SPK'nın Seri X / 22 numaralı tebliğinin 25.maddesinde yer verilen Denetimden Sorumlu Komite'nin (DSK) de bu bağlamda önemli bir etkinlik sağlama-sı beklenmemelidir. Komite üyelerinin yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmesi, toplantı sonuçları ile saptama ve önerilerin yönetim kuruluna sunulması, bu etkisizliğin başlıca nedenleri arasındadır.

Anglo-sakson hukukunda geliştirilen ve çok önemsenen bağımsız üyeliğin de Türk uygulamasında olumlu sonuç verme olasılığı yok denecek kadar azdır. Öncelikle, halka açıklık oranının düşük olduğu, yönetim kurulunun hakim sermayedar ya da onun tarafından belirlenen üyelerden oluştuğu bir yapı-sallıkta, dışardan hangi adla olursa olsun eklenecek üyelerle gerçek anlamda bağımsız karar verebilme yeteneğinin bu kurula kazandırılması mümkün

9 TANÖR, Reha: Sermaye Piyasası Kanununun Kamunun Aydınlatılmasına İlişkin Düzenlemeleri ve Bunların Bankalar Kanununa Tabi Kuruluşlara Uygulanabilirliği. GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi. 1/2002 Prof.Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan,s.663.

değildir. Ayrıca, bağımsız üye bulundurulması yönetim gücünün kötüye kullanılmasını önlemeye de yetmez. Ayda bir toplanan ve gündemindeki sınırlı konuları görüşen bir kurulda dışardan gelecek üyelerin ortak-yönetici içişliğinin kötü niyetli ve elbette kendilerinden gizleyecekleri yaklaşımlarını farketmeleri ve durdurmaları çok güçtür. İmar Bankası olayında olduğu gibi pek çok örnekte bu güçlük adeta olanaksızlık biçiminde tescil edilmiştir¹⁰. Ayrıca, ortaklık demokrasisi ve işletme verimliliği açısından yarar sağlama şüpheli bir çözüm yolunun emredici hukuk kurallarıyla mevzuata geçirilmesi, hukuk normlarının uygulanabilirliğini de güçleştirir. Bu da, hukuk kurallarına duyulan saygıyı azaltarak, hukukun düzenleyicilik işlevinin değerini düşürme riskini artırır. Araştırmalar da, bağımsız üyeliğin İMKB genelinde etkili bir çözüm oluşturmadığı yönündedir¹¹.

Anglo sakson hukukundaki tekli sistemin öngördüğü bağımsız üyelik kavramının, kurumsal yönetim arayışları çerçevesinde amaçlanamı özellikle halka açıklık oranı düşük, oy ve / veya sermaye egemenliğinin belirli ellerde toplandığı ortaklık yapılarında sağlayamayacağını bu şekilde açıkladıktan sonra Avrupa uygulamasında görülen ikili sistemin öngördüğü gözetim kurulunun da bu doğrultuda ilk bakışta etkin bir mekanizma gibi görünmesine karşılık bazı önemli sakıncalar içermesi nedeniyle yine amaca ulaşmada yetersizlik arzettiğini belirtmek gerekir. Bu sakıncaların başında, söz konusu kurulun yapısal oluşumu gelmektedir. Bu kurulda, şirket çalışanlarından diğer menfaat sahiplerine kadar geniş bir katılımcı bulunmaktadır. Oysa yukarıda da belirtildiği gibi ticari işletmede öncelikle korunmasını amaçlanan, “tasarruf sahiplerinin hak ve yararları”dır. Menfaat sahiplerinin ve kamunun bu bağlamdaki hakları Sermaye Piyasası Kanunu’nun amaç maddesinde belirlenen “tasarruf sahiplerinin hakları ve yararları” ile aynı yasal koruma düzeni içinde değildir. Hal böyleyken, doğrudan tasarruf sahiplerinin haklarını ve yararlarını ilgilendiren koruma mekanizmalarını “başkalarının” eline bırakmanın, amaca ters sonuçlar vermesi beklenebilir. İkili sistemde, “diğer menfaat sahipleri”ni de içeren gözetim kurulunun yönetim kurulunu seçmesi gibi düzenlemelerin de aynı amaca doğrudan yönelik bir tasarımı ifade etmediğini eklemek de ayrıca mümkündür.

III) Sermaye Piyasası Yatırımcısının Hak ve Yararlarının Özünü Korumaya Yönelik Mekanizmanın Özellikleri

Yukardaki değerlendirmeler ışığında, halka açıklık oranı düşük, oy ve/veya sermaye hakimiyetinin belirli ellerde toplandığı HAAO’larda yönetsel fa-

10 TANÖR, Reha: Kurumsal Yönetim Arayışları Doğrultusunda Banka Yönetim Kurulunda Bağımsız Üyelik. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. Ankara, 2004,s.122.

11 KOÇER, Burak: Adı geçen araştırma, s.155 ve 105.

aliyetlerin denetimi için tamamlayıcı kontrol mekanizmalarına gereksinim bulunduğu gerçeği kendisini göstermektedir. Görüşüme göre, bu mekanizmalar, mevcut düzenlemeleri tamamlayıcı, onları güçlendirici mahiyette, yönetim-denetim dengesini istikrar içinde sürdürmeyi ön plana alarak sermaye piyasası yatırımcısının yukarıda vurgulanan hak ve yararlarının özünü korumada etkin sonuç verici olmalı, hakimiyet sahibi olmayan paydaşların bizzat kendileri tarafından çalıştırılmalı ve şirketlere yasal zorunluluk olarak dayatılmadan, sözleşme serbestisi çerçevesinde ve kurumsal yönetimin evrensel yaklaşımına uygun gönüllü düzenlemeler biçiminde uygulamaya konulmalıdır. Bu özellikler üç başlıkta toplanabilir: Etkinlik, paydaş odaklılık ve gönüllülük.

1) Etkinlik

Borsalar ve Teşkilatlanmış Diğer Piyasalarda, bu piyasalara kaynak sağlayan tasarruf sahipleri yukarıda açıklandığı biçimde, anlık fiyat oluşum ve değişimlerinden yararlanırlar. Yatırımcılar, fiyat oluşum ve değişimlerini belirleyen etmenlere göre pozisyon alırlar ya da pozisyonlarını değiştirirler. Bu bakımdan sermaye piyasası yatırımcısı ile halka kapalı ortaklık paydaşının hak ve yararları farklılık arzeder. Bu farklılık nedeniyle, koruma mekanizmalarının da farklı özelliklere sahip olması doğaldır ve gereklidir. Yönetimsel faaliyetlerde fiyatları etkileyecek usulsüzlüklerin yakın izleme ile önlenmesi, buna kalkışacak olanların caydırılması, bu yapılamıyorsa, usulsüzlüğün zamanında paydaşlara açıklanması ve ilgililere duyurulması gerekir. Koruma sisteminin caydırıcı ve zamanında açıklayıcı olması piyasanın özelliği nedeniyle vazgeçilemeyecek bir önem arzeder.

Caydırıcılık ve açıklayıcılık vasfının şirketin temettü verimliliğine ve hissedar değerine olumlu katkı yaparak etkinlik sağlaması için bu doğrultudaki gözetimin yakından, eş zamanlı olarak ve süreklilik içinde gerçekleştirilmesi, sonuçlarının da, onlardan birinci derecede yararlanacak olanlara zamanında, doğru ve tam olarak ulaştırılması gerekir. Gözetimi yapacak olanların niteliği, bunların kime karşı sorumlu oldukları, gözetimi hangi yetkilerle, nasıl ve ne zaman yapacakları bu bakımdan önem taşır. Şirket içinde bir takım durumların varolması ya da meydana gelmesinin beklenmesi ve bunların finansal aracın fiyatında etki yapabilir olması çok önemlidir ve bu nedenle bu tür bilgiler SPKn.T'da "nitelikli bilgi" olarak tanımlanmıştır (m.3). Aynı doğrultuda, yatırımcıların temel yatırım kararlarının parçası olarak kullanabilecekleri bilgilere de "Fiyat üzerinde önemli etki yapabilecek bilgi" olarak yer verilmiştir. Bu bilgilerin kaynağının, bu bilgilere dayalı olarak yatırım tercihlerini kullanacak olanlar tarafından yönetsel faaliyetlere eş zamanlı olarak ve süreklilik arzedecek biçimde kontrol edilmesi, fiyatları etkileyebilecek gelişmeleri hem caydırabilme hem de açıklayabilme yeteneği-

nin bulunması, kontrolün etkinliğini ifade eder. Bu etkinlik, yakın kontrolü yapacak olan bir kurula esas sözleşme ile verilecek olan ve TTK sisteminde murakıba tanınmış olanlara benzeyen ancak sermaye piyasasının özelliklerine dayalı olarak geliştirilen yetkilerle sağlanmalıdır.

2) Paydaş Odaklılık

Yakın kontrolün etkinliği, bu işlevin ancak “paydaşlar tarafından” araya başkaca vasıta konmaksızın gerçekleştirilmesi durumunda artırılabilir. Bir ticari şirket, halka açıklık yapısı ne olursa olsun, önce “ticari verimlilik” için vardır. Şirketi dernek, vakıf ve benzer oluşumlardan ayıran özelliği “kâr amaçlı bir örgüt”, bir “tüzel kişi tacir” olmasıdır. Şayet kâr etmek için kurulan bu örgüt halka açılmış ve hisse senetleri yerli-yabancı, bireysel-kurumsal geniş yatırımcı kitlelere yayılmışsa, hisse senedi değerinin, gerçeği ve beklentileri yansıtmaması ve yüksek olması yatırımcısını birinci derecede ilgilendiren ve en çok da “doğrudan kendisini” ilgilendiren husustur. Şirket kârlılığını ve piyasa değerini korumak bu nedenle “öncelikle” (evleviyetle) paydaşın çıkarınadır ve öyle olduğu için de en iyi onun bizzat kendisi tarafından korunabilir. Halka açık şirketlerin yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerinin başında gelen hissedar değerinin yanında diğer menfaat sahiplerinin korunması gereken hakları bu bağlamda ikinci planda kalır ve ayrıca bunları korumaya yönelik başkaca seçenekler de vardır. Örneğin, şirket çalışanları, kârlılık ne olursa olsun belirli bir ücret düzeyinin sahibidirler, bu nedenle çalıştıkları kuruluşun daha yüksek temettü verimliliğine ve daha yüksek hissedar değerine sahip olmasını isterler ama bu hedefler onların önceliğini oluşturmaz. Kamu, şirketin performansı ile kamu yararının korunması ve bilhassa vergi tahsilatı açısından ilgilendir ve bunu sağlayacak çeşitli olanaklara sahiptir. Şirketin tedarikçilerinin de her zaman için farklı seçenekleri vardır. Örneğin alacaklılar, alacaklarını teminatlara bağlamışlardır. Dolayısıyla şirketin verimliliği ve bunun sonuçları diğer menfaat sahiplerinden hiçbirini paydaşlar kadar yakından ilgilendirmez. Böyle olduğu içindir ki, yakın kontrolün, bundan en fazla çıkarı olan kesim tarafından, yani paydaşlar tarafından “doğrudan” ve şirketin rekabetçi yapısına, fırsatları değerlendirme olanaklarına zarar vermeden, yapılması yerinde olur. Ekonomik demokrasi ve ticari verimlilik açısından uygun olan budur. Bu bağlamda, yönetim-denetim dengesini sağlamaya katkıda bulunacak, denetim işlevini güçlendirecek ve tamamlayacak mekanizmalardan birisini ve önemlisini, kanımca “paydaşlardan oluşturulacak bir gözetim kurulu” oluşturabilir. Burada kritik nokta, gözetim kurulunda yer alacak paydaşların, hakim sermayedara ya da yönetim kurulu seçimlerinde imtiyazlı oy sahibi olanlara rağmen oraya nasıl seçilebilecekleridir. Bunu da, TTK’nın 360.maddesindekilere paralel hükümlerle ve genel kurulda yapılacak seçimlerde kullanılacak oylama yöntemleri ile sağlamak, örneğin seçme ve seçilme yeteneğini sade-

ce halka açık kesim temsilcilerine tanımak, oy ve sermaye egemenliğine sahip kesimi bunun dışında tutmak gibi düzenlemelerle gerçekleştirmek mümkündür.

3) Gönüllülük

Sermaye piyasası yatırımcısının, kanunun amaç maddesinde belirtilen “hak ve yararlarının korunması hakkı”nı bizzat kendi eliyle ve etkin biçimde kullanabilmesi hem ticari verimlilik hem de işletme demokrasisi açısından ne kadar önemliyse, bu konudaki önlemlerin kanun koyucu ya da düzenleyici otorite eliyle taraflara “dayatılmaması” da piyasanın esenliği ve hukuksal düzenlemelerin saygınlığı açısından aynı derecede gereklidir. Ticari işletmecilik gibi sermaye piyasası yatırımcılığı da risk alma üzerine kuruludur. Risk alma yönünde kullanılan tercihler verimliliğin ölçüsünü oluşturur. Ortaklık bilançolarında, kârı ve zararı belirleyen temel etken, üstlenilen riskin niteliği, derecesi ve yönetimidir. Bu doğrultudaki tercihler işletmelerde genel kurulun direktifleri doğrultusunda yönetim kurulu tarafından yapılır ve yaşama geçirilir. Kanunlarla ya da benzer düzenlemelerle şirketlerin risk alma tercihlerine karışmak, şirketlerde kurulların, komitelerin oluşturulması doğrultusunda yaygın emredici kurallar dayatmak, iş ve işlemlerin yürütülmesine dönük zorlayıcı yöntemler belirlemek, yaratıcılığı, fırsatlardan yararlanma yeteneğini ve sonuçta ticari verimliliği zedeler. Bu müdahaleciliğin neden olduğu kısırlık da risk tercihini kullanmak isteyen yatırımcının seçim olanaklarını sınırlar. Ayrıca, emredici kurullarla ortaklıklara yapılan müdahelerin artması, bunların faaliyetlerinin mevzuatla yönlendirilmesi ve sınırlandırılması, halka açılmaları da caydırıcı nitelik taşır. Hatta halka açılmış olanlarda da bu yoldan geriye dönme (squeeze out) ve borsa kotundan çıkma eğilimleri (delisting) ağır basar. Böyle olunca, hem ortaklıkların sermaye piyasasından kaynak toplayarak ölçek ekonomisine uygun biçimde gelişmeleri güçleşir hem de tasarruf sahipleri, tasarruflarının değerlendirilmesi açısından çok önem taşıyan sermaye piyasası araç ve olanaklarından yoksun kalırlar. O nedenle, genel düzenlemelerin dışında, tamamlayıcı nitelikteki korunma hak ve özgürlüğünün de bu bağlamda “isteğe bağlı” biçimde yaşama geçirilmesi ve hukuk düzleminde esas sözleşme içinde düzenlenmesi, sistemin özüne uygunluk açısından vazgeçilmez bir özellik olma durumundadır. Serbest piyasa ekonomisinin ulaştığı en ileri nokta olan sermaye piyasasına ilişkin düzenlemelerde sözleşme hukukunun zenginleşmesine olanak tanınması, yasalar ve emredici kurullarla ortaklıkların ve yatırımcıların risk tercihlerine gereğinden fazla müdahale edilmemesi doğru olur. Şirketler, önerilen yapısal çerçevesinde, bu tür tamamlayıcı ve birbirlerinden farklı mekanizmalara esas sözleşmelerinde yer verebilirler veya vermeye de bilirler. Yatırımcılar da tercihlerini, risk alma iştahlarına göre yapabilirler. Düzenleyici kurullar, derecelendirme şirketleri ve borsalar şirketlerin

bu yöndeki yapısal farklılıklarını yatırımcılara duyururlar, onların serbest iradeleriyle seçim yapmalarına olanak tanır. Borsalar, diledikleri takdirde yapısallığa bağlı olarak farklı pazarlar dahi oluşturabilir. Önemli olan, tüzel kişi ortaklığın ticari vazgeçilmezleri ile ortakların haklarını esas sözleşme çerçevesinde dengelemek, yatırımcıya tercih olanağı tanımak, tarafları emredici hükümlerle seçeneksiz bırakmamaktır. Sermaye piyasası genelinde bu nedenle düzenlemelerin ağırlıklı biçimde emredici kurallar yerine esas sözleşmelerle yapılmasına büyük önem atfetmekteyim. Kurumsal yönetim yaklaşımında, şirketlere “uygula ya da açıkla” biçiminde getirilen zorunluluğun “uygula” emrinin altında yer alan bağlayıcı yasal hükümlerin bu anlayışla asgariye indirilerek, bunların düzenlediği hususların daha çok şirketlerin esas sözleşmelerinde düzenlenmesini ve sonuçta “uygulamanı açıkla” ilkesinin benimsenmesinin daha yararlı olacağını düşünmekteyim. Gelişmiş piyasalara bakıldığında, Amerika Birleşik Devletleri’ndeki skandallar sonucunda yürürlüğe konan bir tepki yasası niteliğindeki Sarbanes-Oxly’nin usulsüzlükleri önleme ve duyurmaya yönelik bakışının çok ayrıntılı emredici hükümlere ve çok sert cezai yaptırımlara bağlanmış olmasına karşılık, Avrupa Birliği hukuk sisteminde daha esnek arayışlara yönelmiş olması da, bu konuda uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçların sonucu olarak görüşümü doğrular nitelikte bulunmaktadır.

IV) Önerilen Gözetim Kurulunun Özellikleri

Hisse senetleri borsalarda işlem gören şirketlerin paydaşlarının yönetsel faaliyetleri yakından, bizzat izleyebilmeleri ve bu izlemenin olası usulsüzlükleri caydırıcı etkinlikte olabilmesi için önerdiğim yapısallık içinde yer alan gözetim kurulunun yer yer TTK’daki murakıp sistemine ve ikili sistemdeki gözetim kuruluna benzeyen ama yer yer bunlardan ayrılan ve bunların içerdiği sakıncaları ortadan kaldırmaya yönelik bir mekanizma niteliğinde olduğu söylenebilir. Gözetim Kurulu, bunu uygulamaya geçirmeyi dileyen her HAAO’da farklı biçimlerde oluşturulabilir. Kanımca, taşınması gereken temel özellikler şunlar olmalıdır:

1) Oluşum Biçimi

Gözetim kurulunun paydaşlar arasından oluşturulması, modelin birinci olmazsa olmaz şartıdır. Amaçlanan, hakim sermayedarın ya da onun yönetim kurulundaki temsilcilerinin ya da güç boşluğu bulunan şirketlerde profesyonel yönetimlerin yaygın ortakların (tasarruf sahiplerinin) aleyhine olarak alacakları kararlarla onların hisse senedi değerini ya da temettü gelirini azaltacak davranışlarını engellemek, engellenemiyorsa fiyatlandırmanın dürüstçe yapılmasına olanak tanıyacak biçimde duyurmaktır. Yönetim kurulunu ve yöneticileri bu bağlamda yakından ve sürekli izleyecek olan göze-

tim kurulu, hakim sermayedarın ya da profesyonel yöneticilerin dışında, diğer ortaklardan oluştuğu takdirde kendi hak ve yararlarını koruma yönünde başkalarının gösteremeyeceği dikkat, özen ve titizliği sarfederek amaca ulaşmada en etkin işlevi görür. Hal böyle olunca, sorun, İMKB örneğinde olduğu gibi halka açıklık oranı düşük ortaklıklarda oy ya da sermaye bakımından egemen kesimin dışında, ona rağmen bir kurulun nasıl oluşturulabileceğidir. Gözetim kurulunun oluşumunda, şirket genel kurulunda sadece halka açık hisselerin sahiplerinden seçilebilmesine olanak tanıyan bir seçim yöntemi esas sözleşmeye yerleştirilebilir. Örneğin, halka açıklık oranı % 30 olan bir ortaklıkta gözetim kuruluna seçme ve seçilme hakkı, sermayenin % 70'ine sahip halka kapalı hisseler ve/veya yönetim kurulu seçimlerinde imtiyazlı oy sahiplerine değil, dolaşımda olan % 30 payların sahiplerine tanımlanabilir. Bu, halka açık kesime başkaca sınırlama ve belirleme yapmaksızın tanınan bir olanak olarak, teknik açıdan Merkezi Kayıt Kuruluşu kayıtlarına dayalı biçimde gerçekleştirilebilecek olup, seçimlerde uzaktan erişimle oy kullanılmasına da elverişlidir. Gözetim kurulunun şirkete kaynak sağlayan yaygın yatırımcı kesimlerinin kendi içlerinden seçilmesine ilişkin olarak, adayların nitelikleri, seçim yöntemi, görev süresi, toplantı ve karar alma biçimleri, görevden ayrılma durumunda yapılması gerekenlerin neler olduğu gibi hukuksal düzenlemeler yasaların emredici hükümlerine aykırı olmak koşuluyla esas sözleşmede serbestçe belirlenebilir. Sermayesi ya da yönetim kurulu seçiminde sahip olduğu imtiyazlı paylar sayesinde egemen kesim temsilcilerinden oluşan yönetim kurulunun yanında, onun içinden çıkmayan ve ona karşı sorumlu olmayan, onun kararlarını veto yetkisi bulunmayan ama ona eş zamanlı çalışması sırasında her türlü usulsüzlüğü, zamanında görerek, yönetimi uyarma, kamuya açıklama, ilgililere iletme ve yargıya başvurma olanakları ile caydırıcılık yoluyla önleyebilecek yetkilerle donatılmış ve halka açık hisse sahibi paydaşlar arasından seçilecek bir etkin gözetim mekanizmasının TTK sistemindeki geniş yetkili ama etkisiz mura-kıplıktan da ikili sistemdeki gözetim kurulundan da daha verimli sonuçlar vermesi beklenmelidir.

2) Görev ve Sorumlulukları

Halka açık payların temsilcilerinden oluşacak gözetim kurulunun, sermaye piyasası mevzuatında bir anlamda bu amaca dönük olarak tasarımılandırılmış olan Denetlemeden Sorumlu Komite'nin tersine yönetim kuruluna tabi olmaması, çalışmalarının sonuçlarını ona iletmesinin zorunlu bulunmaması, önerilen kurula ilişkin ikinci olmazsa olmaz şartıdır. Yönetim kurulu ve yöneticiler ile yakın biçimde, eş zamanlı olarak çalışmak çalışmak ve bunu süreklilik içinde yapmak kontrolün etkinliği bağlamında çok önemlidir. Caydırıcılık ve önleyicilik açısından, saptanan olumsuzlukların giderilmesini istemek için yönetim kurulu ile işbirliği yapmak kuşkusuz gerekli olabilir. An-

cak bu gereklilik, gözetim kurulunun yönetim kuruluna bağlı olarak çalışması, bulgularını ve faaliyet sonuçlarını ona raporlaması anlamına gelmez. Gözetim kurulu doğrudan genel kurula bağlı ve ona karşı sorumlu olmalıdır. Gözetim kurulu, esas sözleşmede belirlenecek görevleri çerçevesinde, yönetim kurulu toplantılarına oy hakkı bulunmaksızın katılabilir, yönetsel faaliyetlerden paydaşlar aleyhine sonuç verecek usulsüzlüklerin durdurulmasını yönetim kurulundan talep edebilir ve saptadığı usulsüzlükleri ayrıca anında Düzenleme ve Denetleme otoritesine bildirebilir. Paydaşlara ve kamuya açıklama yapılması da bu bağlamda esas sözleşmede belirlenmiş kurallar çerçevesinde gerçekleştirilir.

Şüphesiz ki, esas sözleşmenin, gözetim kurulunun bu süreç içindeki çalışmalarının ve sonuçlarının şirket sınırlarını açığa vuracak biçimde olmamasına, kötü niyetli girişimlere geçit vermemesine olanak sağlayacak kurullarla hazırlanması gerekir¹². Bu bakışla hazırlanacak esas sözleşmede gözetim kurulunun görevleri yönetim kurulunun TTK'da belirlenmiş "basiretli" çalışmasının sorgulanması çerçevesinde saptanır. Gözetim-denetim hakkının kötüye kullanılması durumunda, özellikle kamuya yanıltıcı açıklama yapma ya da ortaklık sınırlarını dışa vurma gibi durumlarda gözetim kurulu üyelerinin esas sözleşmeye konacak hükümlerle ve ayrıca genel düzenlemelere bağlı olarak sorumlulukları cihetine gidilebileceği açıktır. Sermaye piyasasındaki yatırımcıların bilgidan eşit olarak yararlanma hakları, hızlı pozisyon almaları veya değiştirmeleri açısından büyük önem taşıdığı için gözetim kurulu üyelerinin, görevlerini ifa etmeleri sırasında edinecekleri bilgileri öncelikle kendi çıkarları doğrultusunda kullanmaları durumunda da SPKn.'nın içerden öğrenenlerin ticaretini ağır yaptırımlara bağlayan 47.maddesinin A/1 bendi ile TTK'nın murakıpların müteselsil sorumluluğunu düzenleyen 359.maddesi ve diğer genel hükümler yeterince caydırıcı olacaktır.

Gözetim Kurulu üyelerinin görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zararın TTKT m.361'dekine benzer bir sigorta sistemiyle dengelenmesi de ayrıca düşünülebilir.

* * *

Yönetsel faaliyetlerin yukardaki niteliklere sahip ve yönetim kurulunun karar alma ve yürütme yetkisine karışmadığı için ticari verimliliğe sekte vurmeyen bir gözetim kurulu tarafından yakından izlenip kontrol edilmesi, sermaye piyasası yatırımcılarının haklarının ve yararlarının korunması açısından etkili olacaktır. Yasal mekanizmaları tamamlayıcı, güçlendirici ve

12 Şirket ve banka sınırlarının kapsamı hakkında bkz. TANÖR; Reha: Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası. TSPAKB Yayın no: 8. İstanbul, 2003,s. 145.

dengeleyici yapısallık arayışlarının esas sözleşmelere geçirilmesi, yatırım tercihlerini ona göre belirleyecek olan ve özellikle piyasalarda ağırlığı bulunan kurumsal yatırımcılar tarafından şirketlerden talep edilebilir. Bunun ortaklık ile paydaşlar arasında yabancılaşmayı önlemeye, kurumsal yatırımcıların bu doğrultuda artacak ilgisinin ise halka açıklık oranının yükselmeye başlamasıyla birlikte ortaya çıkacak güç boşluğunu doldurmaya da kuşkusuz büyük yararı olur¹³.

Halka açık ortaklıkların esas sözleşmelerinde yer verecekleri yönetim-denetim mekanizmaları doğrultusunda, yapısal farklılık arzedecek ortaklıkların tek bir kalıp içinde değerlendirilmeleri yatırımcı açısından olduğu kadar şirketler açısından da sakınca yaratır. Bu nedenle, esas sözleşmeleriyle bu farklılıkları yaratan ve yatırımcıların seçim olanaklarını genişleten ortaklıklar için Borsalar da istedikleri takdirde farklı pazarlar oluşturabilir. Hatta gelecekte borsaların kendi yapısalılıkları dahi bu farklılığına göre biçimlenebilir. Esas sözleşmelerin zenginleştirilmesiyle sağlanacak yapısal farklılıklar sayesinde günümüzde uygulanmakta olan kotasyon koşulları ve derecelendirme kriterleri de daha esnek ve tercihe olanak tanıyan bu düzenlemelere koşut biçimde yeniden yapılandırılabilir. Bu da farklı yapıdaki şirketler arasında tek tip emredici kurallar ve zorunlu yönlendirmelerle haksız rekabete yola açıcı nitelikteki derecelendirme ve sınıflandırmaların yapılmasını önlemeye yarar.

Önerilen model, sözleşme hukukunun güçlendirilmesine katkıda bulunacak, ticari verimliliği törpüleyen emredici hukuk kuralları yerine piyasaların risk tercihlerine uygun özel düzenlemeler genel anlamda ön plana çıkacaktır. Bu, hukukun ekonomik ve finansal hayatın gerçekleri ile uyum içinde gelişerek uygulanabilir olmasını ve saygınlığını artıracaktır. Modelin benimsenmesi, sermaye piyasasının yaygın ortaklık kesimlerinin hak ve yararlarının, tercihe bağlı esnek uygulamalarla ticari verimlilik ve risk algılamasına darbe vurmaktan korunması yolunda mevcut mekanizmaların eksiklerini giderilmesine katkı sağlayacaktır.

13 PASLI, Ali; Kurumsal Yönetim. Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ. İstanbul 2004, s.122.

NÖŞATEL MEDENÎ USÛL KANUNU'NDA İSTİNAF

*Ar. Gör. Nur BOLAYIR**

GİRİŞ

Nöşatel Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'na göre adli teşkilât hukuk yargılaması alanında, iki dereceli bir yapı göstermektedir.¹ Kanton Mahkemesi üst derece mahkemesi olup, iki hukuk dairesinden, Temyiz Mahkemesi'nden ve

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 Hukukumuzda, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca, bölge adliye mahkemelerinin kuruluşu tamamlanıncaya kadar, ilk derece mahkemeleri ve yüksek mahkeme sıfatıyla Yargıtay'dan oluşan iki aşamalı yargı sistemi geçerli olmaya devam edecektir. İlk derece hukuk mahkemeleri, Sulh Hukuk, Asliye Hukuk ve belirli yerlerde kurulmuş olan Asliye Ticaret Mahkemesi'dir. Bu genel mahkemelerin yanı sıra, kadastro, iş, aile, fikrî ve sınai haklar, icra, tüketici, deniz ihtisas mahkemeleri özel mahkeme olarak faaliyet göstermektedir. Görüldüğü üzere, 5235 sayılı Kanun ile istinaf mahkemelerinin, yani Bölge Adliye Mahkemeleri'nin, kurulması amaçlanmaktadır. 19.yüzyılda nizamiye mahkemelerinin kurulmasıyla Türk Hukuku'na giren istinaf sistemine, 1924 tarihli ve 469 sayılı Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun ile son verilmiştir. Bkz. geniş bilgi için: **Çalışkan** Osman, Ülkemizde İstinaf Mahkemelerinin Tarihi Sürecine Bir Bakış, MİHDER 2007/I, S:6,sh.69-73. 5235 sayılı Kanun ise, bu 469 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırmış ve istinaf sistemini yeniden Türk Hukuku'na getirmeyi hedef almıştır. **Yılmaz** Ejder, İstinaf, 2.baskı, Ankara 2005, sh.34.

Kurulmaları öngörülen Bölge Adliye Mahkemeleri, ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasında ikinci derece mahkemeler olarak yer alacak; ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı, istinaf yoluna başvurulacağından, iki aşamalı yargı sistemimiz üç aşamalı hale gelmiş olacaktır. İlk derecedeki hüküm mahkemeleri ile kontrol mahkemesi olan Yargıtay arasında yer alacak olan Bölge Adliye Mahkemeleri de hüküm mahkemesi olarak faaliyet gösterecektir. **Kuru** Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt:I, 6.baskı, İstanbul 2001,sh.52; **Pekcanitez** Hakan/ **Atalay** Oğuz/ **Özekes** Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 5.bası, Ankara 2006, sh.570. Yargıtay, bir kontrol mahkemesi olup, asıl görevi hukuk yaratmak ve kanunların yeknesak bir biçimde uygulanmasını sağlamaktır. Ancak, günümüzde Yargıtay hem kontrol, hem de derece, yani vakıa, mahkemesi olarak çalışmakta, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararların hukukî açıdan denetiminin

gözetimle görevli vesayet makamından oluşmaktadır.² İlk derece mahkemesi olan altı district mahkemesi ise, dava konusu 20.000 Frank'ı geçmeyen uyuşmazlıklara bakmaktadır. Aile mahkemesi, iş mahkemesi ve vesayet makamı da bu district mahkemelerine bağlı olarak çalışmaktadır.³

Kanton Mahkemesi'nin Hukuk Daireleri, ilk derece mahkemesi sıfatıyla 20.000 Frank'ın üzerindeki uyuşmazlıklara ve 40.000 Frank'ın üzerinde olması kaydıyla, iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara da bakmaktadır. Kanton Mahkemesi'nin 1 numaralı Hukuk Dairesi, fikrî ve sınaî mülkiyet hakları ve konkordato ile ilgili uyuşmazlıklar hakkında ilk ve son derece mahkemesi olmasının yanı sıra, district mahkemeleri tarafından verilmiş olan iflâs davalarındaki kararlara karşı istinaf makamı olarak görev yapmaktadır. Kanton Mahkemesi'nin 2 numaralı Hukuk Dairesi ise, nesep, medenî halin değişmesi gibi kişi hallerine ilişkin davalara ilk ve son derece mahkemesi sıfatıyla bakmakla görevli olup, aile mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara karşı yapılan itirazları istinaf mahkemesi olarak incelemekte; noter ücretlerine dair itirazları da ilk ve son derece mahkemesi olarak karara bağlamaktadır.

Çalışmamızda, Kanton Mahkemesi'nin 2 numaralı Hukuk Dairesi'nin istinaf mercii olarak çalışmasını ve bu çerçevede istinafın hukukî niteliğini, istinaf başvurusuna konu edilebilecek kararları, başvurunun yapılışını, başvuruya cevap verilmesini, istinaf incelemesinin kapsamını ele alacağız.

I- Genel Olarak

7 Nisan 1925 tarihli Nöşatel Medenî Usul Kanunu, hazırlanan kanun tasarsınının 28 Haziran 1988 tarihli Kanton Parlamentosu'nda Adalet Komisyonu'na gönderilmesine karar verilip, 30 Eylül 1991 tarihinde oybirliğiyle kabul edilen ve 1 Nisan 1992 tarihinde yürürlüğe giren yeni kanunla yürürlük-

yanı sıra, karardaki maddi olay ve delillerin takdiriyle de ilgilenmektedir. İlk derece mahkemelerinden sonra, ikinci derece mahkemesi olarak işlev görecek olan bölge adliye mahkemelerinin kurulması ile Yargıtay derece mahkemesi gibi çalışmaktan kurtulacak ve asıl amacına uygun şekilde kontrol mahkemesi olarak faaliyette bulunabilecektir. **Üstündag** Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt: I-II, 7.baskı, İstanbul 2000, sh.54-55 (Kısaltma: Medeni Yargılama)

2 Kanton Mahkemesi iki hukuk dairesinden, hukuk dairesine sahip olan Temyiz Mahkemesi'nden, gözetimle görevli olan vesayet makamından oluşan bir hukuk teşkilâtına sahip olmasının yanı sıra, Ekonomik Suçlar Mahkemesi'nden, Ağır Ceza Mahkemesi'nden ve ceza dairesine sahip olan Temyiz Mahkemesi'nden meydana gelen bir ceza teşkilâtına da sahiptir.

3 http://www.ne.ch/neat/documents/Autorites/PouvoirJudiciaire_1204...

ten kaldırılmıştır. Kanun, toplam 508 maddeden oluşmaktadır; istinafa ilişkin hükümler⁴ 398.madde ve devamında toplam 17 madde halinde düzen-

4 **Madde 398:** Nöşatel Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülen evlilik hukukuna ilişkin davalara ait nihai kararlar, istinaf yolu ile Kanton Mahkemesi Hukuk Dairesi'nin önüne getirilebilir.

Taraflar, istinaf ve cevap dilekçelerinde yeni olaylar ve deliller ileri sürebilirler. (398.maddenin 2.fıkrası,17 Kasım 1999 tarihinde eklenmiştir.)

Yeni netice-i talepler, yeni olaylara ve delillere dayandığı kadarıyla kabul edilecektir. (398.maddenin 2.fıkrası,17 Kasım 1999 tarihinde eklenmiştir.)

Madde 399: Nihaî karara karşı yapılan istinaf talebi, bu karardan önce verilmiş ön sorunlara ilişkin veya ayrı kararları da kapsar.

Mamafih bu kararlar davayı sona erdirici nitelikte iseler, derhal istinafa konu teşkil edebilirler.

Madde 400: Karar evlilik mahkemesi tarafından verildiği takdirde, istinaf başvurusu, kararın tebliğini takip eden yirmi gün içinde bir dilekçenin kararı veren mahkemenin yazı işlerine tevdiî suretiyle yapılır.

84. maddede sayılan hususlar dışında, istinaf dilekçesi itiraz olunan karar hakkındaki bilgileri, istinaf talebinde bulunanın açık ve tane tane netice-i taleplerini, netice-i taleplerin dayanağını teşkil eden gerekçeleri içerir.

Madde 401: Kararın tek başına Başkan tarafından verilmiş olması halinde, istinaf yoluna, hüküm fıkrasının tebliğini takip eden on gün içinde kararı veren mahkemenin yazı işlerine bir beyanın tevdiî ile başvurulur.

84. maddede sayılan hususlar dışında, istinaf beyanı itiraz olunan karar hakkındaki bilgileri, istinaf talebinde bulunanın açık ve tane tane netice-i taleplerini içerir.

İstinaf talebi, yazılı kararın tebliğini takip eden on gün içinde gerekçelendirilmelidir, aksi halde hükümsüz kalır.

Madde 401a: Ortak talep üzerine boşanma halinde, istinaf talebi hükmün tebliğini izleyen yirmi gün içerisinde, hükmü veren mahkeme kalemine, gerekçelendirilmiş bir dilekçenin tevdiî suretiyle yapılır.

Boşanma hükmüne karşı, istinafa sadece irade sakatlıkları veya ortak talep üzerine boşanma usûlüne ilişkin federal düzenlemelerin ihlâli halinde başvurulabilir.

Eğer, taraflardan biri ortak anlaşmaya dayalı olarak verilmiş boşanma hükmünün sonuçlarına itiraz ederse; diğer taraf, tetkik hâkimi tarafından belirlenen süre içerisinde, eğer bu sonuçlarla ilgili olan hükmün tarafı değişmişse, boşanmaya gösterdiği rızasını geri alacağını bildirebilir.(401a maddesi, 17 Kasım 1999 tarihinde eklenmiştir.)

Madde 402: İstinaf talebini alır almaz yazı işleri, talebi karşı tarafa tebliğ eder ve dosyayı eksiksiz olarak, kararın bir kopyası ile birlikte, Daire'ye gönderir.

İstinafın beyan yolu ile yapılması halinde, bildirim yazılı gerekçelendirmenin tevdiinden sonra vuku bulur.

Madde 403: Karşı taraf istinaf talebine, tebliğini takip eden yirmi gün içinde yazılı olarak cevap verebilir.

Madde 404: Aynı süre içinde karşı taraf istinaf talebine iltihak edebilir.

Katılma yolu ile istinaf gerekçeli bir dilekçe ile yapılır. Katılma yolu ile istinaf talebi cevabı da içermelidir.

Talep derhal asıl istinaf talebinde bulunana tebliğ edilir; asıl istinaf talebinde bulunan, buna yazılı olarak cevap vermek için on günlük bir süreye sahiptir.

Madde 405: Katılma yolu ile istinaf, asıl istinaf talebi geri alındığı veya mesmu olmadığı kabul edildiği takdirde, hükümsüz hale gelir.

Madde 406: Cevap ve katılma yolu ile istinaf talebi Hukuk Dairesi'ne yöneltilir.

Madde 407: İstinafi kabul kararlar bölünemez ve istinaf daima ilk derece mahkemesi kararının tamamını Hukuk Dairesi'nin denetimine tâbi kılma sonucunu doğurur.

Mamafih, kamu düzenine ilişkin bir husus söz konusu olmadıkça, Hukuk Dairesi tarafların is-

lenmiştir.⁵ Kanton mahkemesi, istinaf mercii olarak ilk kez 1878-1882 tarihli Kanun'la kabul edilmiş; 1882 tarihinde bu Kanun'da yapılan değişikliklerle istinaf sistemi kaldırılmış; 7 Nisan 1925 tarihli Kanun'la yeniden 1878-1882 tarihli Kanun'daki düzenlemeye dönülmüş⁶ ve 30 Eylül 1991 tarihli Kanun da bu düzenlemeyi aynen korumuştur.

Kanton Mahkemesi'ne bağlı olan ve istinaf mahkemesi sıfatıyla görev yapan 2 numaralı Hukuk Dairesi üç hâkimden meydana gelmektedir.⁷

II- İstinaf Yolunun Hukukî Niteliği

Nöşatel Hukuku'nda, ilk derece mahkemeleri olan district mahkemelerinin kesinleşmemiş nihai kararlarına karşı başvurulmuş bir kanun yolu olmasının ötürü, istinaf olağan bir kanun yolu olarak kabul edilmiştir.⁸

tinafta ileri sürdükleri netice-i taleplerle bağlıdır.

Madde 408: İstinaf süresi zarfında ve istinaf talebi sonuçlandırılmaya kadar, ilk derece mahkemesi kararının icrası durdurulur.

Madde 409: Layihalar teatisi sona erdikten sonra, Daire Başkanı raportör hâkimi belirler ve dosyayı hâkimler arasında dolaştırır.

Bilahare, taraflar iddia ve savunma ve karar için Daire önünde ispatı vücut etmeye davet edilirler. 328, 329, 332. ve 333. maddeler burada da uygulanır.

Madde 410: İstinaf talebinin mesmu olmaması veya aşikâr surette mesnetsiz olması halinde, Başkan, Daire'ye, sözlü müzakere veya aleni yargılama yapmadan, dolaşım suretiyle karar verilmesini teklif edebilir. Hâkimlerden biri teklifi kabul etmediği takdirde, taraflar iddia ve savunma ve karar için celp edilirler.

Madde 411: Daire, tahkikatın bütün verileri haiz olarak karar verme imkânını vermediği kanaatinde ise, ek bir tahkikat emredebilir.

Bu durumda, 330. ve 331. maddeler uygulanır.

Madde 412: Daire, ilk derece mahkemesinin kararını tamamen veya kısmen onar veya tadil eder.

İstisnaen, eğer tarafların haklarını korumak için gerekli ise, özellikle iki dereceli yargılama halinde, dosyayı karar mahkemesine geri gönderebilir.

Madde 413: Daire tarafından verilen kararın bir nüshası ilk derece mahkemesine intikal ettirilir.

Yazı işleri bunu, tutanağa ve ilk derece mahkemesi kararının orijinal nüshasının kenarına şerh eder.

İstinaf talebinin geri alınması halinde de aynı şekilde işlem yapılır.

_1925 ve 1988 tarihli Kanunlar'da yer alan istinafa ilişkin eski ve yeni hükümlerin tercümesi için bkz: **Öztek** Selçuk, 7 Nisan 1925 Tarihli (Eski) Nöşatel Medenî Usul Kanununun "İstinaf" A İlişkin Hükümleri, Adalet Dergisi, Ocak 2000, S:2, sh.69-74. (Kısaltma: İstinaf)

5 **Bauer** Alain (Çeviren: **Öztek** Selçuk), Yeni Nöşatel Medenî Usul Kanunu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10.Yıl Armağanı, İstanbul 1993,sh.405.

6 **Clerc** François, Justice Pénale et Civile, Neuchâtel 1948,sh.465.

7 5235 sayılı Kanun'un 28.maddesine göre, Bölge Adliye Mahkemeleri'nin hukuk dairelerinden bir başkan ile yeteri kadar üye bulunmaktadır.

8 **Bohnet** François, Code de Procédure Civile Neuchâtelois Commenté, 2^e édition, Neuchâtel 2005,sh.599; **Habscheid** Walther J., Droit Judiciaire Privé Suisse, Genève 1975,sh.446; **Hohl** Fabienne, Procédure Civile, Tome II, Berne 2002,sh.274. Hukukumuzda da, istinaf ilk derece mahkemelerinin kesinleşmemiş nihai kararlarına karşı başvurulmuş bir kanun yolu olduğundan, olağan kanun yollarındandır.

İstinaf sistemi, kendi içinde geniş anlamda istinaf ve dar anlamda istinaf olarak ikiye ayrılmaktadır. İstinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesince incelenmiş ve değerlendirilmiş olan vakıaları, yeni ortaya çıkmış değişiklikler, sunulan yeni vakıalar ve deliller ışığında, ilk derece mahkemesinde gerçekleştirilmiş yargılamadan tamamen bağımsız bir şekilde ele alması ve yeniden yargılama yapıp karar vermesi halinde “geniş anlamda istinaf”; istinaf mahkemesinin ilk muhakemeyi baştan sona tekrarlamadan, mevcut maddi vakıaları gereken hususlarda inceleyerek karar vermesi halinde ise, “dar anlamda istinaf” söz konusu olmaktadır. İstinaf aşamasında yeni vakıa getirme hakkının mevcut olması durumunda “tam istinaf”, yeni vakıa getirme yasağı halinde ise, “sınırlı istinaf” sisteminden bahsedilmektedir.⁹ Tam istinaf sisteminde, istinaf aşamasında yeni vakıa getirilmesine imkân tanınmasıyla, istinaf mahkemesi adeta bir olay mahkemesi gibi çalışmakta; ilk derece mahkemesindeki yargılama adeta bir hazırlık aşaması görünümünü almaktadır. Sınırlı istinaf sisteminde ise, dava malzemesi yeni vakıa getirme yasağı nedeniyle genişletilemediğinden, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin tespitleriyle bağlı olup, ilk derece mahkemesince toplanan dava malzemesine göre kararını vermektedir.¹⁰

Yeni vakıaların ve delillerin ibrazına ilişkin olarak, Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun 398.maddesinin 2.fıkrasında, tarafların istinaf ve istinafa cevap dilekçelerinde yeni vakıalar ve deliller sunabileceği belirtilmişken; 398.maddenin 3.fıkrasında ise, yeni taleplerin ancak yeni vakıalara ve delillere dayandığı kadarıyla kabul edileceği düzenlenmiştir. Burada, yeni vakıalarla ve delillerle kast edilen, ilk derece yargılamasından önce mevcut bulunup da ileri sürülmeveyen veya daha sonradan ortaya çıkmış olan vakıalar ve delillerdir. Bu yeni vakıalar ve deliller aslında mevcut talepleri desteklemektedir; dolayısıyla bunların ileri sürülmesi suretiyle talep sonucunun değiştirilmesi mümkün değildir.¹¹ Talep sonucu değiştirilememekle birlikte, mevcut talepleri desteklemek için yeni vakıaların ve delillerin getirilmesine imkân tanımak, teksif ilkesinin¹² oldukça yumuşatıldığı anlamına gelmek-

9 **Alangoya** H.Yavuz/ **Yıldırım** M.Kamil/ **Deren-Yıldırım** Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 5.bası, İstanbul 2005, sh.549-550; **Yılmaz**, sh.21-22.

10 **Deren-Yıldırım** Nevhis, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, TBB Yayını, Ankara 2003, sh.268-269.(Kısaltma: Teksif İlkesi Açısından İstinaf)

11 **Bohnet**,sh. 602.

12 Taraflar vakıalarını belirli bir usûl kesiti içinde sunmak zorunda olup, bu aşamadan sonra vakıa ikame etme hakkına sahip değildirler. Bkz. geniş bilgi için: **Rechberger** Walther J., Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması, Çeviren **Yıldırım** Kâmil M., İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen: **Yıldırım** M. Kâmil), 3. baskı, İstanbul 2002, sh.12. Teksif ilkesi “dava değiştirme yasağı” ile doğrudan ilgilidir. Hukukumuzda, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 185.maddesinin 2.fıkrası uyarınca, davacı açısından davanın açılmasıyla “iddia sebepleri” bakımından bu yasak başlar; davalı açısından ise, Kanun'un 202.maddesinin 2.fıkrasına göre cevap dilekçesinin da-

tedir. Böylelikle, kanaatimizce Nöşatel Hukuku'nda sınırlı istinaf ile tam istinaf sistemleri arasında orta bir yol bulunmuştur.¹³

Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun 411.maddesi uyarınca, Kanton Mahkemesi'nin Hukuk Dairesi yapılan tahkikat neticesinde dava hakkında hüküm verebilmek için yeterli kanaate sahip olamadığı takdirde, ek tahkikat yapılmasına karar verebilmektedir.¹⁴ Tahkikatın sona ermesi konusunda, "açıklamalar ve hüküm" başlıklı bab'a atıf yapılması suretiyle, daha önceden dinlenmiş olan tanıklara, bilgisine başvurulmuş olan bilirkişilere sorular sorulabileceği, tarafların yeniden isticvap edilebileceği hususları düzenlenmiştir. Tarafların istinaf ve istinafa cevap dilekçelerinde ileri sürdükleri vakıaları

vacıya tebliğ edilmesiyle "savunma sebepleri" bakımından bu yasak başlamaktadır. Bkz. geniş bilgi için: **Üstündağ** Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967,sh.10 vd. Bu ilkenin kabulüyle amaçlanan, davaların gereksiz yere ve kötü niyetle uzamasına engel olup, usûl ekonomisinin sağlanmasıdır.**Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, sh.204; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, sh.223; **Üstündağ**, Medeni Yargılama,sh. 252.

- 13 Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/R maddesinin 2.fıkrası uyarınca, Bölge Adliye Mahkemesi'nde karşılık dava açılmaması, davaya katılma isteminde bulunulamaması, yeni delil ileri sürülememesi, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların dinlenmemesi hususları hukukumuzda "sınırlı istinaf" sisteminin kabul edildiğini göstermektedir. Bu düzenleme ile, istinaf aşamasında yeniden yapılan tahkikatın kısa sürede tamamlanması,tarafların davayı uzatmaya yönelik girişimlerinin önlenmesi amaçlanmıştır. **Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı**, Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi, Ankara 2007;sh.55. Kanun'un 426/R maddesinin 3.fıkrasında sadece, "mücbir sebeple gösterilmesi mümkün olmayan delillerden" söz edildiğinden, ilk derece mahkemesindeki layihalar teatisi aşamasında mevcut olduğu halde, tarafın ileri sürmeyi ihmal ettiği vakıaların istinaf aşamasında dermeyan edilmesi mümkün olmamaktadır. İstinaf aşamasında karşı tarafın rızası, ıslah, müddeabihin temlikli sayesinde iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağını aşma imkânı bulunmadığından, bu vakıalar ancak, yeni bir davanın konusu olarak ileri sürülebilecek; ilk derece mahkemesinde layihalar teatisi aşamasında sunulmuş olan vakıalarla sınırlı bir inceleme yapılacaktır. Madde metninden de anlaşıldığı ve madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmüş olmakla birlikte haksız yere reddedilip incelenmeyen veya ilk derece mahkemesinde gösterilme imkânı bulunmayan ya da tarafın kusuru olmaksızın geç dermeyan edilmiş olan delillerin ise, istinaf aşamasında incelenmesi mümkündür. **Öztek** Selçuk, Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000,sh.105 (Kısaltma: Yargı Reformu); **Deren-Yıldırım** Nevhis, İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006,sh.709; **Deren-Yıldırım**, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, sh. 280; **Ergün** Zafer, İstinaf Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinde Yargılama Usulü, İstanbul 2005, sh.41; **Yılmaz** Zekeriya, Gerekçe ve Tutanaklarla İlk Derece ve Bölge Adliye Mahkemeleri ile HUMK'da İstinafa Dair Kanunlar, Ankara 2005, sh.266.

İlk derece mahkemesindeki uygulamanın aksini getirmeyip, yeknesaklığı bozmamak amacıyla istinaf aşamasında da iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının geçerli olması kanaatimizce de isabetli olmuştur. **Pekcanitez** Hakan, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Tartışmalar, sh.125.

- 14 Kanun'un 411.maddesi, 1925 tarihli Kanun'un 386.maddesine paralel bir düzenleme içermektedir. Buna göre, ek tahkikat aşamasında istinaf mercii geniş bir takdir yetkiyle donatılmıştır. **Habscheid**,sh. 452.

destekleyici nitelikte yeni deliller sunmaları mümkündür; ancak ek tahkikatın amacı, düzenli olarak ve zamanında ileri sürülmeyen iddiaları tahkik etmek olmadığı gibi, davacının ikame etmekten vazgeçtiği veya ikame etmeyi ihmal ettiği delilleri telafi etmek de değildir. Tarafın vazgeçmiş olmamakla birlikte, ilk derece yargılaması esnasında bir delili ileri sürmekten alıkonmuş olması veya önemli bir noktayı aydınlatabilecek nitelikte olan bir delilin davanın sonunda ortaya çıkmış olması ihtimallerinde, yeni delillerin ileri sürülmesi mümkündür.¹⁵

III- İstinaf Yoluna Başvurulabilecek Kararlar

İstinaf başvurusu, Nöşatel Medenî Usûl Kanunu uyarınca, Nöşatel Hukuku'nda sınırlı bir uygulama alanına sahip olmaktadır. Kanun'un 398.maddesinin 1.fıkrasına göre, sadece aile mahkemelerinin evlilik rejimi konusunda verdikleri nihai kararlar aleyhine bu yola başvurulabilmektedir. Evlilik rejimine ilişkin kararların nelerden ibaret olabileceği, Nöşatel Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülmüştür. Buna göre, evliliğin iptaline ilişkin, tek taraflı veya ortak talep üzerine boşanmaya yönelik kararlar, evlilik birliğine dahil olan malların tasfiyesine ilişkin kararlar, eşlerden birinin ölümünden sonra talep edilmiş olması hali hariç olmak üzere, İsviçre Medenî Kanunu'nun 165. maddesi¹⁶ uyarınca hakkaniyete uygun bir

15 **Bohnet**, sh.617. Hukukumuzda ise, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/R maddesinde yeni delillerin istinaf aşamasında ileri sürülemeyeceği düzenlenmiş olmakla birlikte, 426/U maddesinde aksine hüküm bulunmadığı takdirde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlünün Bölge Adliye Mahkemesi'nde de uygulanacağını belirtilmesi suretiyle, daha önceden gösterilmiş olan delillerin yeniden değerlendirilebileceği ortaya konmuştur; yani Kanun'un 378.ve379.maddeleri uyarınca, gerektiği takdirde ilk derece mahkemesinde dinlenmiş olan tanığın yeniden dinlenmesi imkân dahilindedir; kanaatimizce yasaklanmak istenen husus, istinaf aşamasında ilk kez tanık deliline dayanılmak istenmesidir. **Konuralp** Halûk, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Tartışmalar, sh.126.

Kanun'un 426/R maddesinin 3.fıkrası uyarınca, tarafın usûlüne uygun bir şekilde delilini getirmiş olmasına rağmen, ilk derece mahkemesinin incelemeyen reddettiği veya tarafın kusuru olmaksızın, mücbir sebep nedeniyle gösteremediği delillerin istinaf aşamasında inceleme konusu yapılması mümkündür. Kanaatimizce, bu istisnai halleri mücbir sebebe indirmek yerine, "tarafın kusuru olmaksızın ibraz edemediği deliller" şeklinde genel bir ifadeye yer verilmesi daha isabetli olacaktır; böylelikle yeni delil ibrazı meselesi biraz olsun yumuşatılmış olacaktır. **Özdemir** Şükrü,İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Tartışmalar, sh.133.

Böyle bir düzenlemeye gidilmediği takdirde, ilk derece yargılamasında ileri sürülmeyen delillere dayanılmaması sebebiyle, istinaf mahkemesinin vakıa mahkemesi olarak örgütlenip, davayı yeniden görüp, karara bağlama niteliğine sahip olamayacağına, böylelikle güvenceli adaletin temin edilemeyeceğine dair doktrinde gerekçeler ortaya konmaktadır. **Tanrıver** Süha,Adliye Mahkemeleri ile Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler, Batider 1995/1-2, sh.13.

16 Eşlerden birisi, ailenin bakımı için bulunmuş olduğu katkıdan daha fazlasını eşinin mesleğine veya sahip olduğu kuruluşa sarfederse, hakkaniyete uygun bir tazminata hak kazanır. Eş, geliri ve serveti itibarıyla ailenin bakımı için bulunabileceğinden daha fazla katkıda bulunursa da aynı hüküm geçerlidir. Eş iş, ödünç verme ve şirket sözleşmesine veya diğer bir hukukî ilişkiye dayanarak böyle bir katkı sağlamışsa, talepte bulunamaz.

tazminata hükmedilmesine ilişkin kararlar bu kapsamdadır. Federal Mahkeme kararlarına göre, çocukların velâyetinin eşlerden birine verilmesine ilişkin aile mahkemesi kararlarının istinaf başvurusuna konu edilmesi halinde “*reformatio in pejus*” yasağı geçerli olmakta; istinaf aşamasında, ilk derece mahkemesi kararının istinafa başvuran tarafın aleyhine olacak şekilde değiştirilmesi mümkün olamamaktadır.¹⁷ Sadece, aile mahkemelerinin verdiği kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilmesinin sebebi, 7 Nisan 1925 tarihli Kanun’u hazırlayan Yasama Komisyonu tutanaklarında, uygulamada genellikle boşanma ve ayrılık davalarında çetrefil hukukî problemlere rastlanılmaması olarak belirtilmekle¹⁸ birlikte; sistemin tarihi geçmişi de dikkate alınmalıdır: Buna göre, önceleri Nöşatel Hukuku’nda, sulh hâkimlerinin kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulurken; hukuk mahkemesinin kararlarına karşı ise, istinaf yoluna başvurulmaktaydı. 1874 yılında Federal Mahkeme’nin kurulması üzerine, pek çok kantonda istinaf sistemi kaldırılmış ve Kanton Mahkemesi istinaf mercii olarak değil, ilk derece mahkemesi olarak faaliyet göstermeye başlamıştır; Nöşatel Kantonu’nun da hukukî yapısında bu kapsamda birtakım değişiklikler yapılmış ve mahkemeler teşkilâtını değiştiren 1882 tarihli Kanun’la istinaf kurumuna son verilmiştir. Yürürlüğe konulan yeni sisteme göre, küçük uyuşmazlıklar için sulh hâkimleri görevli iken, bölge mahkemeleri daha ufak çaptaki uyuşmazlıklara ve icra-ıflâs hukukuna ilişkin meselelere bakmaktaydı ve bunların kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabilmekteydi. Aile hukukuna ilişkin olan uyuşmazlıkların görülmesi ise, büyük bir özellik arz etmekteydi: Layihalar teatisi ve tahkikat aşamaları district mahkemesinde vuku bulurken; karar Kanton Mahkemesi tarafından verilmekteydi. Temyize ise, sadece district mahkemesindeki yargılama esnasında, dosya henüz Kanton Mahkemesi’ne gönderilmeden başvurulabilmekteydi. 1906 tarihli Kanun da 1882 tarihli Kanun’la getirilen bu düzenlemeyi aynen korumuştur. Ancak, Kanton Mahkemesi’nin iş yükünün artması, district mahkemelerinin kanunları tam olarak uygulayamaması, temyiz aşamasında da district mahkemesi tarafından verilen kararların yeterince denetlenememesi gibi sebeplerden ötürü istinaf sistemine geri dönülerek, iş yükünün dağılımı açısından district mahkemeleri ve Kanton Mahkemesi arasında bir denge sağlanmıştır.¹⁹

Nöşatel Medenî Usûl Kanunu’nun 398. maddesinde belirtilen davalarda verilmiş nihai kararlar ile davanın reddi sonucunu doğuran ön sorun ve ayrı kararlar istinaf konusu edilebilmektedir. Gerek davayı sona erdiren, gerekse Kanun’un 399.maddesinde vurgulandığı üzere, davayı sona erdirecek

17 ATF 119 II 201, JT 1996 I 202; **Bohnet**, sh.599’dan naklen.

18 **Clerc**, sh.466.

19 **Schupbach** Henri, Le Recours En Cassation Spécialement En Procédure Civile Neuchâteloise, Lausanne1961,sh.81-82; **Clerc**, sh.464.

nitelikteki usûle ilişkin kararların da istinaf başvurusuna konu olması mümkündür. Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nun 10. maddesinde belirtilen davalarda verilen ihtiyati tedbir kararları ise, bir ara karar niteliğini haiz olduğundan, istinaf konusu edilemeyip, ancak temyiz konusu edilebilecektir.²⁰

İstinaf başvurusu, Nöşatel Medenî Usûl Kanunu uyarınca, sadece boşanma ve ayrılık davalarına özgü olarak kabul edilmişken; Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun Tatbikat Şekli Hakkındaki Kanun'un 15. maddesine göre, ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğu iflâs kararlarının da temyiz başvurusuyla aynı esaslara tâbi olacak şekilde istinaf konusu edilip, temyiz yargılamasındaki usûller uyarınca tetkik edilip, karara bağlanması mümkündür.²¹ Bu kararlar istinaf incelemesi sonunda kesinleşirken; Kanun'un 414. maddesinde belirtildiği üzere, bunların dışındaki ilk derece mahkemesi kararları, istinaf incelemesine tâbi olmayıp; doğrudan temyiz incelemesi sonunda kesinleşmektedir.

20 **Bohnet**, sh.600. Hukukumuzda da ara kararlar, nihai kararların aksine yargılamayı sona erdirmeyip, yargılamanın yürütülmesine yönelik kararlar olduğundan, bunlar tek başlarına değil, ancak nihai kararlarla birlikte istinaf veya temyiz konusu edilebilir. Ara kararlara ve geçici hukukî koruma önlemlerine karşı istinaf veya temyiz yoluna başvurulamamakla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu'nun 257 ve devamı maddelerinde ihtiyati haciz kararlarına özgü özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, Kanun'un 258. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ihtiyati haciz talebinin reddi halinde, alacaklının kanun yoluna başvurabilmesi mümkündür; kanun yolu tâbiri ile ilk derece mahkemesinden sonra gelen başvuru imkânı istinaf olduğundan, istinaf yolu kast edilmiştir. Kanun'un 265. maddesinde ise, ihtiyati haciz kararına itiraz üzerine verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulacağı düzenlenmiştir. İstinaf sisteminin uygulanmaya başlamasıyla, ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulacağından, buradaki temyiz ifadesinin aslında istinaf şeklinde anlaşılması gerekmektedir. **Özkes** Muhammet, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf-, Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2004, sh.3105.

Görüldüğü üzere, istinaf sistemi henüz uygulanmaya başlanmadığı için, ihtiyati haciz kararlarına itiraz üzerine verilen kararlara ve ihtiyati haciz talebinin reddi kararlarına karşı, temyiz yoluna başvurulabilecek olması, Nöşatel Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nun 10. maddesindeki davalarda verilen ihtiyati tedbir kararlarının temyiz incelemesine tâbi olmasıyla belli bir benzerlik içindedir.

21 Türk Hukuku'nda, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeye baktığımızda, istinafa konu olabilecek kararların, Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'ndakinin aksine sınırlı tutulmadığını anlamaktayız. İstinafa başvurulması hususunda, malvarlığına ilişkin davalarda Kanun'un 426/A maddesinin 2. fıkrası uyarınca, davanın konusunun miktar ve değerinin 1170 YTL'yi aşması şartı dışında herhangi bir kısıtlama mevcut değildir. Malvarlığına ilişkin olmayan davalarda ise, Kanun'un 426/A maddesinin 5. fıkrasında "ilk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulacağı belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlara karşı bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir" hükmüne yer verildiğine göre, bu şartlara uyan esasa ve usûle ilişkin tüm nihai kararların istinaf yolunda incelenmesi mümkündür.

IV- İstinaf Başvurusu

A- Başvuru Süresi ve Şekli

Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun 400.maddesinin 1.fıkrası uyarınca, aile mahkemesince heyet halinde karar verilmiş olması durumunda, kararın tebliğini izleyen yirmi gün içinde hükmü veren mahkeme kalemine dilekçe verilmesi suretiyle; tek başına başkan tarafından sözlü şekilde karar verilmiş olması halinde ise, Kanun'un 401.maddesinin 1.fıkrasına göre, kararın tebliğini izleyen on gün içinde sözlü olarak mahkeme kalemine müracaat edilmesi suretiyle, istinaf yoluna başvurulmaktadır. Ancak, bu son durumda yazılı kararın tebliğini izleyen yirmi gün içinde istinaf talebi gerekçelendirilmediği takdirde, başvuru yapılmamış sayılmaktadır. 17 Kasım 1999 tarihinde Nöşatel Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nun 10.maddesinin 2.fıkrasında yapılan değişiklikle, tek başına hâkim tarafından sözlü şekilde karar verme imkânı ortadan kaldırıldığından, 401.maddenin de uygulanabilme olanağı kalmamıştır.²² Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'na göre, sadece aile mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulduğundan, bu kararların içinde boşanma kararları önemli yer tutmaktadır. Dolayısıyla, bu Kanun'da boşanmaya ilişkin hükümlere yer verilmiş ve Kanun'un 401a maddesinde "ortak talep üzerine boşanma" konusu özel olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, istinaf yoluna başvurulabilmesi için taraflardan birinin boşanma kararını alırken iradesinin sakatlanmış olması²³ veya ortak talep üzerine boşanmaya ilişkin uyulması gereken federal hükümlerin ihlâl edilmiş olması²⁴ gerekmektedir. Bu ihtimallerden herhangi biri mevcut olduğu takdirde, kararın tebliğini izleyen yirmi gün içinde, gerekçelendirilmiş bir dilekçenin kararı veren mahkeme kalemine sunulması suretiyle, istinaf başvurusunda bulunulmaktadır.

İstinaf başvurusunun kararı veren mahkeme yerine, istinaf mercii olan Kanton Mahkemesi'ne yapılması halinde talebin reddedilmemesi gerektiği,

22 **Bohnet**,sh.609. Hukukumuzda, ilk derece mahkemesinde kararın tek hâkim veya heyet tarafından verilmiş olması istinaf başvurusunun şekli ve süresi hususunda herhangi bir farklılık yaratmamaktadır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/C maddesinin 1.fıkrasında istinaf yoluna dilekçeyle başvurulacağı, 426/E maddesinde de başvuru süresinin kararın taraflara tebliğinden itibaren onbeş gün olduğu belirtilmiştir; ancak bu hususta özel kanun hükümleri de saklı tutulmuştur.

23 Boşanma hükümlerinin gerekçesine ilişkin Federal Meclis tutanaklarında hata, hile, ikrah gibi irade sakatlıklarının sözleşmelere ilişkin hükümlerinin boşanma kararının alınması açısından da kıyas yoluyla uygulanabileceği kabul edilmiş; bu hususu açıklamak amacıyla eşlerden birinin ortak talep üzerine boşanmaya ilişkin rızasını büyük bir tehdit altında vermiş olması hali örnek olarak gösterilmiştir. **Bohnet**, sh.611.

24 Boşanma hükümlerinin gerekçesine ilişkin Federal Meclis tutanaklarında, zaman aşımı süresinin ihlâl edilmiş olması hali örnek olarak gösterilmiştir. **Bohnet**, sh.611.

aksine çözümün şekle ilişkin usûli kurallara lüzumsuz derecede bağlılık anlamına geleceği, içtihatlarla kabul edilmektedir.²⁵

Dava dilekçesi, Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun 84.maddesinde belirtildiği üzere tarafların isim-soyad ve adreslerini, davaya konu olan vakıaları, tüzel kişiler söz konusu ise, tüzel kişinin ticaret ünvanını içermeli, taraflar veya vekilleri tarafından imza edilmiş olmalıdır; ayrıca Kanun'un 400.maddesi ve 401. maddesinin 2. fıkrası gereği, istinaf konusu yapılan hüküm, talep sonucu ve talep sonucunun dayandırıldığı gerekçeler²⁶ açık ve düzgün şekilde belirtilmelidir. Dava konusunun neden ibaret olduğu belirtilmeden yapılan, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın hüküm fıkrasının tekrarından ibaret olan talep sonuçları, başvuranın Kanton Mahkemesi'ne sadece ilk derece mahkemesinin kararını gözden geçirmesi için istemde bulunduğu, yani talep sonucunu yeterince belli bir şekilde ortaya koymadığı istinaf başvuruları kabul edilemez görülmektedir. Tüm bu ihtimaller, istinaf dilekçesinin reddi sonucunu doğuracaktır.²⁷ Başvuranın imzasının bulunmaması durumunda ise, Federal Mahkeme dilekçenin hemen reddedilmemesi, ek süre verilip eksikliğin giderilmesi gerektiği, aksi halde şekle dair usûli kurallara kuru kuruya bir bağlılığın söz konusu olacağı yönünde, görüş bildirmiştir.²⁸

25 ATF 119 IV 330, ATF 101 Ia 323 **Bohnet**,sh. 604'den naklen. Hukukumuzda ise, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/C maddesinin 1.fıkrası uyarınca, istinaf başvurusunun kararı veren mahkemenin yanı sıra, başka bir yer mahkemesine de yapılması mümkün olmakla birlikte; doğrudan Bölge Adliye Mahkemesi'ne başvuruda bulunabileceğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Temyiz dilekçesinin doğrudan Yargıtay'a verilebilmesi imkânı, gecikmeye sebebiyet verdiği gerekçesiyle, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 432.maddesinin 2.fıkrasının 2494 sayılı Kanun'la değiştirilmesi sırasında isabetli olarak ortadan kaldırıldığından, istinaf dilekçesinin de doğrudan Bölge Adliye Mahkemesi'ne verilmesinin mümkün olamayacağı sonucuna varılabilir.

26 Kanun'un 400.maddesinde, 1925 tarihli Kanun'un 376.maddesinin 2.fıkrasına paralel olarak, talep sonucunun dayandığı gerekçelerin de dava dilekçesinde belirtilmesi gerektiği düzenlenmişse de, genellikle tarafların ileri sürdükleri olguların anlaşılabilmesi için ayrı bir duruşma yapılmaktadır. Bu sebeple de, dava dilekçesinde talep sonucuna dair gerekçelere yer verilmesi zorunlu olmayıp, ihtiyari olmaktadır. **Habscheid**,sh.449.

27 **Bohnet**, 607. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/B maddesinin 2.fıkrasında düzenlenen, istinaf dilekçesinin içeriği kısmen Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun 84,400 ve 401.maddeleri ile benzerlik göstermektedir; kararın hangi mahkemeden verilmiş olduğu, tarihi ve sayısı, kararın başvurana tebliğ edildiği tarih, başvuru sebepleri Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun ilgili maddelerinde istinaf dilekçesinde bulunması gereken unsurlar olarak belirtilmemiştir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/B maddesinin 3.fıkrası, hukukumuzda özgü bir düzenleme getirmektedir; buna göre istinaf dilekçesi başvuranın kimliğini ve imzasını, başvuru kararı yeterince belli edecek kayıtları taşıması halinde, diğer unsurlar mevcut bulunmasa bile Kanun'un 426/O maddesi uyarınca, kamu düzeni açısından Bölge Adliye Mahkemesi tarafından incelenecektir. Bunun dışındaki hallerde ise, istinaf dilekçesinin reddi söz konusu olacaktır.

28 ATF 120 V 413, **Bohnet**,sh. 605'ten naklen. Dava dilekçesinin ve temyiz dilekçesinin imzalı olmaması halinde, temyiz talebinin hemen reddedilmeyip imzanın tamamlatılması yoluna gidilmesi görüşü, hukukumuzda da kabul edilmekte, bu doğrultuda Yargıtay kararlarına rastlanılmaktadır. **Kuru**, Cilt:V, sh.4575 vd. (HGK 6.4.1983, 7/1677-328; HGK 3.2.1988, 4/874-75)

Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun istinafla ilgili hükümlerinde, istinaf başvurusunda bulunurken yatırılması gereken harç ve giderlere ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Harç ve giderler bahsi Kanun'un 138. ve 142. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Talepte bulunan taraf, harç miktarını ödemediği takdirde, ödemesi için kendisine belli bir süre verilmekte, bu süre içinde de ödemede bulunmadığı takdirde başvuruda bulunmamış sayılmaktadır. Masrafların yatırılmaması halinde ise, başvuran tarafa bu eksikliği tamamlaması için süre verilmesi söz konusu olmamakta; hâkimin davayı reddedebilmesi mümkün olmaktadır.²⁹

B- Başvurunun Sonuçları

İstinaf yoluna başvurularak, ilk derece mahkemesi kararlarının istinaf mercii olan Kanton Mahkemesi tarafından incelenmesi amaçlanmaktadır. Buradaki inceleme, hem ilk derece mahkemesinde uygulanan usûle, hem de ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın esasına ilişkindir.³⁰ Ancak, bu mahkemenin verdiği kararlara karşı temyiz yoluna başvurmak mümkün değildir. Görüldüğü üzere, alt derece mahkemesinin kararının bir üst mahkeme tarafından incelenmesi olarak ifade edilen³¹ "aktarıcı etki" sadece ilk derece mahkemesi kararları için geçerli olmakta; istinaf mahkemesi kararları için ise mevcut bulunmamaktadır. Hükmün incelenmek üzere bir üst mahkemeye aktarılması yolundaki etkiye geliştirici etki de denilmektedir.

İlk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurularak, kara-

29 Hukukumuzda, istinaf başvurusunda bulunulurken yatırılması gereken harç ve giderlere ilişkin olarak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/D maddesinde özel bir düzenleme bulunmaktadır. Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'ndakinin aksine, harç ve giderlerin hiç yatırılmamasından değil, eksik yatırılmasından bahsedilmiş ve her iki halde de yedi günlük kesin süre içinde bunların tamamlanmaması halinde, başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verileceği belirtilmiştir.

30 **Habscheid**, sh.450; **Hohl**,sh.274; **Schupbach**,sh.22.

31 **Baumann** Pierre-Yves, La Garantie De La Double Instance Sur Le Fond, Lausanne 1999,sh.106; **Yıldırım** M.Kâmil, Hukuk Devletinın Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, sh.41 (Kısaltma: İstinaf); **Yıldırım** M.Kâmil, İstinaf, Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000,Ankara 2000,sh.184(Kısaltma: Hukuk Kurultayı); **Yıldırım** M.Kâmil, İstinaf Mahkemeleri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000,sh.89 (Kısaltma: Yargı Reformu); **Konuralp** Halûk, Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı,7-8 Mart 2003, TBB Yayını, Ankara 2003,sh.255; **Özkes**, sh.3109.

Hukukumuzda, aktarıcı etki hem ilk derece mahkemesi kararları, hem de Bölge Adliye Mahkemesi kararları için kabul edilmiştir. İlk derece mahkemesi kararları, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından maddi ve hukukî bakımdan yeniden incelenirken; Bölge Adliye Mahkemesi kararları da Yargıtay tarafından hukukî bakımdan yeniden incelenmektedir.

rın şekli anlamda kesinleşmesinin önüne geçilmektedir.³² Bu durum “erteleyici etki” olarak tanımlanmaktadır.³³

Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun 408.maddesinde, “*istinaf süresi zarfında ve istinaf talebi sonuçlandırılıncaya kadar, ilk derece mahkemesi kararının icrası durdurulur*”³⁴ şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Maddenin ifadesinden, istinaf yoluna başvurulması suretiyle kararın şekli anlamda kesinleşmesine engel olunacağı gibi, istinaf talebinin sonuçlandırılmasına kadar ilk derece mahkemesi kararının icrasının da durdurulacağı anlaşılmaktadır. İstinaf başvurusunda bulunulmasının, kararın icrasını durdurduğu hallerde, doktrinde bu başvurunun “tam anlamıyla erteleyici bir etki” yarattığı savunulmaktadır.³⁵ Nöşatel Medenî Usûl Kanunu uyarınca sadece aile mahkemeleri kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulmakta ve bu başvuru sayesinde kararların icrası istinaf incelemesi sonuçlanıncaya kadar ertelenmektedir. Bu kararların kesinleşmedikçe icra edilmesi mümkün olmadığından, icranın geri bırakılması müessesesi de düzenlenmemiştir.³⁶

V- İstinaf Başvurusuna Cevap

A- Cevap Süresi ve Şekli

Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun 402.maddesinin 1.fıkrası uyarınca, mahkeme kalemi istinaf dilekçesini davalıya tebliğ edecek ve kararın bir suretini de

32 Hukukumuzda da bu husus, Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu tarafından dikkate alınmış ve üst mahkemeye başvurulmakla ilk derece mahkemesinin nihai kararının kesinleşmesine engel olacağı belirtilmiştir. Ayrıca, üst mahkemeye yapılan başvurunun, kural olarak, ilk derece mahkemesinin kararının icra edilmesine, İİKm.36 uyarınca icranın durdurulması talebinde bulunulmadıkça, engel olamayacağı kabul edilmiştir. Bu husustaki istisnalar ise, HUMK m.426/J'de ortaya konmuştur. (İstisnalar için bkz. dipnot no:36) **Öztek**, Yargı Reformu, sh.105. İstinaf yoluna başvurulmasının, istisnai haller haricinde, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın icrasına engel olamayacağı şeklinde bir düzenleme getirilerek, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, hem mevcut sistemimizde yer alan ilk derece mahkemesi kararlarının kesinleşmeden icra edilebileceğine dair ilke korunmuş, hem de istinaf yoluna başvurma hakkının yerine getirilmesini geciktiren bir etki yaratması önlenmiştir. **Ergün**, sh. 14, **Yılmaz Z.**, sh. 263.

33 **Yıldırım**, Hukuk Kurultayı, sh.183 vd.; **Yıldırım**, İstinaf, sh. 35 vd.; **Yıldırım**, Yargı Reformu, sh. 89; **Konuralp**, sh. 253-254; **Özkes**, sh. 3109. Öztek'e göre, istinaf yoluna başvurmak hem kararın şekli anlamda kesinleşmesine engel oluyor, hem de kararın icrasını durduruyorsa “erteleyici etki” söz konusu olmaktadır. **Öztek**, Yargı Reformu, Sorular/Tartışmalar, sh.117.

34 **Öztek**, İstinaf, sh. 73.

35 **Konuralp**, sh.253.

36 Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/J maddesi uyarınca, istinafa başvurma hakkını icrayı durdurmayacağı, icranın geri bırakılması talebinde bulunulması gerektiği; kişilere, aile hukukuna, aynı haklara ilişkin kararların ise, kesinleşmedikçe yerine getirilemeyeceği hususu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, belirtilen bu kararlar için “tam anlamıyla erteleyici etki” kabul edilmiştir. Aile hukukuna ilişkin nafaka kararları istisna kapsamına alınmamış; bu kararların kesinleşmeden de icralarının mümkün olduğu ve bunlar için icranın geri bırakılması talebinde bile bulunulamayacağı, maddede açıkça belirtilmiştir.

eksiksiz olarak istinaf makamı olan Kanton Mahkemesi'ne gönderecektir. Kanun'un 402.maddesinin 2.fıkrasına göre, sözlü şekilde başvurulduğu takdirde ise, yazılı olarak dilekçenin verilmesinden sonra davalıya tebliğde bulunulacaktır. Bu ifadeden ve 402. maddenin "tebliğ" başlığını taşımasından anlaşıldığı üzere, ister sözlü, ister doğrudan dava dilekçesiyle başvuruda bulunulsun her halükârda davalıya tebliğde bulunulacaktır. Davalı, Kanun'un 403.maddesine göre, istinaf dilekçesinin kendisine tebliğini izleyen yirmi gün içinde yazılı olarak cevap verebilecektir. Cevap dilekçesinin, Kanun'un 406.maddesi uyarınca, Kanton Mahkemesi'ne bağlı Hukuk Dairesi'ne hitaben yazılması gerekmektedir birlikte; yanlış mercie talepte bulunulması halinde dilekçenin yine de reddedilmemesi gerektiği, aksi halde şekil kurallarına kuru kuruya bir bağlılıkla karşı karşıya kalınacağı savunulmaktadır.³⁷

B- Katılma Yoluyla İstinaf

Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun 404.maddesi, katılma yoluyla istinafa başvurma imkânını getirmektedir. Davalı, cevap süresi içerisinde, cevap dilekçesiyle hem istinaf dilekçesine cevap verebilmekte hem de istinaf yoluna başvurmayı talep edebilmektedir; bu dilekçenin unsurlarının tespitinde de 400. madde hükmü kıyas yoluyla uygulanmaktadır. Davalının dilekçesi davacıya, yani istinaf başvurusunda bulunan tarafa, derhal tebliğ edilmekte; davacı da bu dilekçeye on gün içinde yazılı olarak cevap verme imkânına sahip olmaktadır. Katılma yoluyla istinaf talebi de Kanun'un 406.maddesi uyarınca, Kanton Mahkemesi'ne bağlı olan Hukuk Dairesi'ne hitaben yapılmalıdır. Yanlış mercie talepte bulunulması halinde, dilekçenin yine de reddedilmemesi gerektiği, aksi halde şekle ilişkin usûl kaidelerine sıkı surette bir bağlılığın söz konusu olacağı savunulmaktadır. Hükmün verilmesine kadar, davacının istinaf talebini geri alması mümkündür. Kanun'un 405.maddesine göre, istinaf talebinin geri alınması veya kabul edilmemesi hallerinde, katılma talebi de kendiliğinden hükümsüz hale gelmektedir.³⁸

37 **Bohnet**,sh.613. İstinaf dilekçesine cevap hususunda, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/G maddesi, Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun ilgili hükümleriyle genel olarak bir paralellik göstermektedir. Ancak, davalı cevap dilekçesini kararı veren mahkemeye veya bu mahkemeye gönderilmek üzere başka bir yer mahkemesine hitaben yazmak zorunda olup, cevap süresi de kararın kendisine tebliğinden itibaren on beş gündür.

38 **Bohnet**,sh.613.Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/H maddesi uyarınca, katılma yolu ile istinafa başvurma usûlü hukukumuzda da kabul edilmiştir; ancak Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'ndan farklı olarak, istinaf dilekçesi kendisine tebliğ edilen tarafın başvurma hakkı bulunmasa veya başvuru süresini geçirmiş olsa bile bu yola başvurabileceği belirtilmiş; ayrıca cevap süresi de on beş gün olarak düzenlenmiştir. İstinafa başvuran tarafın talebinden feragat etmesi veya talebinin Bölge Adliye Mahkemesi tarafından esasa girilmeden reddedilmesi halinde, katılma yoluyla başvuranın talebinin de reddedilecek olması, hukukumuzda da istinaf yoluna katılma talebinde bulunanın bu talebinin "asıl başvuruya bağımlı bir talep" olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Bundan dolayıdır ki, burada, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, "bağımlı bir istinaf yolu başvurusu" söz konusu olmaktadır. **Ergün**,sh.13; **Öztek**, Yargı Reformu, sh. 109; **Yılmaz Z.**, sh.263.

VI- İstinaf İncelemesi

A- İncelemenin Kapsamı

Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun 409.maddesi uyarınca, layihalar teatisinin sona ermesiyle mahkeme başkanı tahkikat hâkimini görevlendirmekte, dosyayı heyetteki hâkimlere gönderip, incelemelerine sunmakta; ardından taraflar iddia ve savunmalarına ilişkin sözlü açıklama yapmak üzere, hükmün verilmesi amacıyla mahkemeye çağrılmaktadırlar. İstinaf yargılamasında uygulanacak usûl kuralları, 409.maddenin 3.fikrasına göre, Kanun'un 325 ilâ 335.maddelerini içeren, "tahkikatın sona ermesi, açıklamalar ve hüküm" başlıklı bab'a atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Açıklama yapma hususunda, tarafların iki kez söz hakkı bulunduğu, tahkikat aşamasının sona ermesiyle, kanunda aksi belirtilmedikçe, aleni olarak hükmün açıklanacağı gibi ilk derece mahkemesinde geçerli olan hususlar istinaf yargılamasında da geçerli olacaktır.³⁹ Kanun'un 407.maddesinin 2.fikrasına göre, kamu düzenine ilişkin bir durum söz konusu olmadıkça, istinaf incelemesi tarafların ileri sürdükleri talep sonuçları kapsamında yapılacaktır.⁴⁰ Kanun'un 410.maddesine göre ise, istinaf talebinin kabul edilmemesi veya aşikâr bir şekilde haksız olması hallerinde, daire başkanının sözlü yargılama ve aleni şekilde duruşma yapmadan dosya üzerinden karar verilmesini heyetten talep etme hakkına sahip bulunduğu ve hâkimlerden birinin bu teklifi kabul etmemesi durumunda, tarafların sözlü açıklamalarını yapıp, hükmün verilmesi için davet edilmeleri hususu düzenlenmiştir.⁴¹ Görüldüğü üzere, duruşma

39 Hukukumuzda ise, "inceleme" aşamasına geçilmeden önce; Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/L maddesinde belirtildiği üzere, istinaf talebinin kanunda gösterilen hususlara uygun olup olmadığının anlaşılması için işin esasına girilmeden bir denetimin yapıldığı "ön inceleme" aşaması öngörülmüştür. Ön inceleme aşamasının öngörülmesinin sebebi, Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi'nin kolaylıkla anlaşılabilir bazı temel hususların eksik olduğunu tespit etmesi halinde, hemen karar vermesinin sağlanması; böylece de usûl ekonomisine uygun bir şekilde, gereksiz yere zaman ve emek kaybının önlenmek istenmesidir. **Öztek**, Yargı Reformu, sh.109; **Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı**,sh.46. Kanun'un 426/N maddesindeki inceleme aşaması ise, Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'ndaki düzenleme ile benzerlik göstermektedir.

40 Hukuku Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/O maddesi uyarınca, istinaf sebepleri ve kamu düzeni çerçevesinde inceleme yapılmaktadır.

41 Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/M maddesinde ise, usûl ve esas açısından duruşma yapılmayacak haller, kazuistik bir şekilde tek tek sayılmış; Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun 410.maddesinin 1.fikrasında bahsi geçen, kabul edilmeme veya aşikâr bir şekilde haksız olma kriterleri Kanun'un 426/M maddesinin hükümleri içinde somut şekilde düzenlenmiştir. Hukukumuzda, Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun 410.maddesinin 2.fikrasının aksine, daire başkanının heyete yaptığı teklifin kabul edilmesi şartıyla duruşma yapılmayacağına dair bir hüküm öngörülmemiş; Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/P maddesinde ifade edildiği üzere, Kanun'un 426/M maddesinde düzenlenen hallerin dışında duruşma yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 426/S maddesinde duruşmalara gelinmemesi ve giderlerin ödenmemesinin sonuçlarına ilişkin olarak, dosyanın mevcut durumuna göre ka-

yapılmayacak hallerin “istinaf talebinin kabul edilmemesi veya aşikâr bir şekilde haksız olması” kriterlerine bağlanarak, kazuistik bir şekilde tek tek sayılmaması ve bu hallerde duruşma yapılmasının, ancak heyet üyelerinden birinin başkanın teklifini kabul etmemesi halinde mümkün olması, oldukça ilginç bir düzenlemedir. Görüldüğü üzere, duruşma yapılmayacak hallerde duruşma yapılabilmesi imkânın doğması için kanunda kesin bir sınır çizilmemiş; hâkimlerin takdiri doğrultusunda her somut olayın şartları dahilinde, bir değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmiştir.

B- İnceleme Sonunda Verilebilecek Kararlar

“Dairenin yetkileri” başlığını taşıyan Nöşatel Medenî Usûl Kanunu’nun 412. maddesinde, Kanton Mahkemesi’nin Hukuk Dairesi tarafından ilk derece mahkemesi kararının kısmen veya tamamen onanacağı veya değiştirileceği; istisnaen tarafların haklarını korumak için gerekli olduğu takdirde, dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesine geri gönderilebileceği⁴² hususları düzenlenmiştir.⁴³ İstinaf yargılaması sonucunda verilen kararın neleri içermesi gerektiği Nöşatel Medenî Usûl Kanunu’nda belirtilmemiş olmakla birlikte, bu kararın Kanun’un 413. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesine bildirilmesi gerekmektedir.⁴⁴

rar verileceğine, mümkün olmadığı takdirde başvurunun reddedileceğine dair bir hükme yer verilmişken; Nöşatel Medenî Usûl Kanunu’nda bu hususta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

42 Madde metninde, bu durumda dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesine geri gönderileceği belirtilmiş; kararın bozulacağına dair herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir.

43 Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 426/M maddesinde, Nöşatel Medenî Usûl Kanunu’nun 412. maddesine nazaran oldukça kapsamlı bir düzenlemeye gidilmiştir. 426/M maddesinde, 412. maddenin aksine, temyiz yargılamasından ayırt etmek amacıyla, “onama” tâbiri kullanılmamış; 426/M maddesinin 2. fıkrasının 1. bendinde, ilk derece mahkemesi kararının usûl ve esas yönünden doğru olması, yani istinaf başvurusunun haksız olması halinde, istinaf talebinin reddedileceği düzenlenmek suretiyle, kararın onandığı zımnen ifade edilmiştir. İstinaf başvurusunun haklı olması halinde ise, 426/M maddesinin 2. fıkrasının 2. ve 3. bentleri uyarınca, ilk derece mahkemesi kararının usûl ve esas yönünden doğru olmaması sebebiyle kaldırılıp, iptal edilmesi, yani bozulması söz konusu olmakta, Bölge Adliye Mahkemesi yeniden yargılama yapmakta ve ilk derece mahkemesinin yerine geçerek esasa girmek suretiyle karar vermektedir. 412. maddede ise, bozmaya yönelik böyle bir düzenleme öngörülmemiştir.

Duruşma yapılmasına gerek olmayıp, usûli hataların söz konusu olduğu, 426/M maddesinin 1. fıkrasında belirtilen hallerde, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından esasa girilmeden ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılıp, eksikliklerin tamamlanması için dosyanın ilgili mahkemeye veya kendi yargı çevresi içinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi mümkündür. Böyle bir düzenleme getirilmesinin en temel amacı, yargılamanın hızlandırılması düşüncesidir. Bu nedenle de ilk derece mahkemelerinin daha sorumlu bir şekilde çalışmaları ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin de ilk derece mahkemelerindeki bütün hataların giderilmesini üstlenmemesi amaçlanmıştır. **Öztek**, Yargı Reformu, sh.110; **Özkes**, sh.3113; **Yılmaz**, sh.79; **Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı**, sh.50.

44 Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 426/T maddesinde kararın neleri içermesi gerektiği kapsamlı bir şekilde belirtilmiştir.

Nöşatel Medenî Usûl Kanunu uyarınca, aile mahkemesinin kararlarına ve Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun Tatbikat Şekli Hakkındaki Kanun uyarınca da iflâs kararlarına karşı, ancak istinaf yoluna başvurulabilmekte, temyiz yoluna ise başvurulamamaktadır; böylelikle bu kararlar istinaf incelemesi sonunda şekli anlamda kesinleşmektedir. Nöşatel Medenî Usûl Kanunu'nun 414.maddesinde de, sadece istinaf incelemesine tâbi kılınan bu kararların ve delillere ilişkin olan ya da kanunun başvuru imkânını kapadığı veya başka bir kantonal denetim imkânı öngördüğü kararların dışında kalan, district mahkemelerince ve bu mahkemelerin başkanlarınca verilmiş olan tüm kararların temyiz edilmelerinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, sayılan istisnaların dışında kalan ve istinaf yolu kapalı olan tüm district mahkemesi kararlarının, Kanun'un 415.maddesi uyarınca, maddi hukukun yanlış uygulanması, vakıaların tespitinde keyfilik veya takdir hakkının kötüye kullanılması, yargılama usûlünün esaslı kurallarının ihlâl edilmesi sebeplerinden birine dayanılarak temyiz incelemesine tâbi tutulması Temyiz Mahkemesi'nin Hukuk Daireleri'nden talep edilebilmektedir.⁴⁵

45 Hukukumuzda ise, ilk derece mahkemesi kararlarının istinaf yolundan geçmeden, doğrudan temyiz incelemesine tâbi tutulması (sıçrama yoluyla temyiz) mümkün değildir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 427.maddesi uyarınca, Kanun'un 428.maddesindeki istisnalar kapsamına girmeyen tüm nihai kararların Yargıtay'da temyizen incelenebilmesi imkân dahilindedir.

**MEVZUAT VE KARAR
TAHLİLLERİ**

2005 TEMMUZ-ARALIK MALÎ HUKUK GELİŞMELERİ

*Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK**

1. 349 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği Yayınlandı.

02.07.2005 tarih ve 25863 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Tebliğ ile 2005 yılına ilişkin ikmalen, re'sen veya idarece yapılan tarhiyatlar dolayısıyla kesinleşen vergi ve cezalar ile vadesi geçtiği halde ödenmemiş vergi ve cezaların açıklanmasına ilişkin usuller belirtilmiştir.

2. 95 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği Yayınlandı.

03.07.2005 tarih ve 25863 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Tebliği ile mahsuben iade talepleri, dahilde işleme veya geçici kabul izin belgesi kapsamında yapılan teslimler, süs bitkilerinin ihraç kaydıyla tesliminde tecil-terkin uygulaması, ihraç kaydıyla teslimlerde iade uygulaması, 91 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Tebliğine göre kısmi tevkifat uygulaması; altın, gümüş ve platin ile ilgili arama, işletme, zenginleştirme ve rafinaj faaliyetlerinde istisna uygulaması, hurdadan elde edilenler dışındaki bakır külçelerinde tevkifat uygulaması konularına ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

3. 2005 Yılı İkinci Geçici Vergi Döneminde Uygulanacak Yeniden Değerleme Oranı 04.07.2005 Tarihinde Yayınlanan 36 Sayılı Gelir Vergisi Sirküleri İle % 4,97 Olarak Tespit Edildi.

4. 2005/9064 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 29 İlde Vergi Dairesi Başkanlığı Kurulması Kararlaştırıldı.

5. Uzlaşma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik Yayınlandı.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

08.07.2005 tarih ve 25869 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Yönetmelik ile Uzlaşma Yönetmeliği’nin 6/d ve 8. maddeleri değiştirilmiştir.

6. Türk Ceza Kanunu’nda 5337 Sayılı Kanun ile değişiklikler yapıldı.

7. Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklikler Yapıldı (12.07.2005 tarih ve 25873 sayılı Resmî Gazete).

8. Rekabetin Korunmasına Dair Kanunun Bazı Maddeleri Değiştirildi.

13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 5388 sayılı Kanun ile, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

9. Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun yayınlandı (Kanun No: 5389) 13.07.2005 Tarih ve 25874 Sayılı Resmî Gazete.

Bu kanun ile 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun ek 13’üncü maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa Mahkemesince iptal edilen (c) bendi ile 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununun 18’inci maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilen son fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca 1479 sayılı Kanuna bir geçici madde eklenmiş; 4956 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun ve Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Yürürlükten Kaldırılması ve Bu Kanunlara Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanunun 57’nci maddesi değiştirilmiştir.

10. 5390 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (13.07.2005 Tarih ve 25874 Sayılı Resmî Gazete)yayınlandı.

11. 5391 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (13.07.2005 Tarih ve 25874 Sayılı Resmî Gazete) yayınlandı.

12. 5393 Sayılı Belediye Kanunu (13.07.2005 Tarih ve 25874 Sayılı Resmî Gazete) yayınlandı.

13. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik Yayınlandı (4.07.2005 tarih ve 25875 sayılı Resmî Gazete).

14. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliğinde Değişiklik Yapıldı.

14.07.2005 tarih ve 25875 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile 24/6/2004 tarihli ve 25502 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliğinin 13’üncü ve 16’ncı maddelerinin son fıkralarında yer alan “yıllık toptan eşya fiyatları genel endeksinde” ibaresi “yıllık üretici fiyatları genel endeksinde” şeklinde değiştirilmiştir.

15. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Hisse Senetleri Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapıldı.

14.07.2005 tarih ve 25875 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Hisse Senetleri Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Hisse Senetleri Piyasası Yönetmeliğinin 20’nci maddesi şu şekilde değiştirilmiştir.

“Sisteme girilmiş ve henüz işleme dönüşmemiş emirlerin üyeler tarafından düzeltilmesi ve iptal edilmesine ilişkin usul ve esaslar Borsa Yönetim Kurulu tarafından belirlenir ve SPK onayı ile yürürlüğe girer.”

16. İflas İdaresi Ücreti, Yazı ve Tebliğ Masrafı Tarifesi Hakkında Tebliğ Adalet Bakanlığınca Yayınlandı.

14.07.2005 tarih ve 25875 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan tebliğ, İcra ve İflas Kanununun 223’üncü maddesinin 3 ve 4’üncü fıkraları uyarınca, iflas idarelerine ödenecek ücret tarifesini ve ücretin ödeme şeklini belirlemektedir.

17. 19 Sayılı Vergi Usul Kanunu Sirküleri Yayınlandı.

2005 yılı ikinci geçici vergi döneminin sonu itibarıyla enflasyon düzeltmesi yapmak için gerekli şartların oluşup oluşmadığı 15.07.2005 tarihli sirkülerin konusunu oluşturmaktadır. 4/7/2005 tarihinde Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından Haziran 2005 ayına ilişkin TEFE 8677,15 olarak açıklanmıştır. Bu değer, 1/7/2002 tarihine göre % 100’ün ve 1/7/2004 tarihine göre de % 10’un üzerinde bir artışı göstermediğinden enflasyon düzeltmesi yapılması için gereken her iki şartın da gerçekleşmediği anlamına gelmektedir. Bu nedenle, 2005 yılının ikinci geçici vergi döneminin sonu itibarıyla enflasyon düzeltmesi yapılmayacağı sirkülerde belirtilmektedir.

18. Elektrik Piyasasında Malî Uzlaştırma Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ 16.07.2005 tarih ve 25877 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

19. Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Denetlenmesi Hakkında 4 Seri No’lu Tebliğ 16.07.2005 tarih ve 25877 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

20. Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği (Sıra No: 24) 17.07.2005 Tarih ve 25878 Sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

Tebliğ; özel bütçe kapsamındaki idareler, düzenleyici ve denetleyici kurumlar, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idarelerin detaylı hesap planlarının hazırlanmasında uyacakları esas ve usuller ile kullanacakları ortak yardımcı hesapları kapsamaktadır.

21. Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Yayınlandı (21.07.2005 tarih ve 25882 sayılı Resmî Gazete).

22. Bilanço Esasına Göre Defter Tutan Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin 2004 Yılında Bir Kişiden Yaptıkları ve KDV Hariç Tutarı 30.000. YTL’yi Aşan Alış ve Satışlarının Ayrı Ayrı Gösterileceği Formlara (Form Ba ve Form Bs) İlişkin Açıklamaların Yer Aldığı 350 Sıra No’lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği Yayınlandı (21.07.2005 tarih ve 25882 sayılı Resmî Gazete.)

23. Form Ba Ve Bs’lerin Verilme Süresi Uzatıldı.

Maliye Bakanlığı, yayınladığı basın bülteni ile 350 sıra no’lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği’nin Form Ba ve Bs’nin verilme süresi olan 20 Temmuz’a yetiştirmediği ve anılan formların Tebliğ’de yer alan esaslar çerçevesinde düzenleneceği gerekçesiyle, formların verilme süresini elektronik ortamda bildirim yükümlülüğü bulunan mükellefler için eylül ayı sonuna kadar, kağıt ortamında bildirimde bulunacak mükellefler için ise eylül ayının 20. günü akşamına kadar uzatmıştır.

24. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer Türkiye İstatistik Kanunu ve Bankacılık Kanunu’nu TBMM’ye İade Etti.

Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından yayımlanması uygun bulunmayan, 5394 sayılı “Türkiye İstatistik Kanunu”, 45. ve 56. maddelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce bir kez daha görüşülmesi için, Anayasa’nın değişik 89. ve 104. maddeleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na geri gönderilmiştir.

Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından yayımlanması uygun bulunmayan, 5387 sayılı “Bankacılık Kanunu”, 92, 121 ve geçici 23. maddelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce bir kez daha görüşülmesi için, Anayasa’nın değişik 89. ve 104. maddeleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na geri gönderilmiştir.

25. Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik Yayınlandı (23.07.2005 Tarih ve 25884 Sayılı Resmî Gazete).

26. Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik Yayınlandı (23.07.2005 Tarih ve 25884 Sayılı Resmî Gazete).

27. Tütün mamulleri üzerinden alınan özel tüketim vergisi oranları değiştirildi.

28.07.2005 tarih ve 25889 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa Ekli (III) Sayılı Listede Yer Alan Mallarda Uygulanan Özel Tüketim Vergisi ile İlgili Ekli Karar’ın Yürürlüğe Konulması Hakkında 2005/9145 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile tütün mamullerindeki maktu ve nispi hadler değiştirilmiştir.

28. 30/6/2005 tarih ve 25861 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2005/1 sayılı Büyükşehir Belediyeleri, Belediyeler ve Bunlara Bağlı Kuruluşlar ile Sermayesinin Yüzde Ellisinden Fazlası Büyükşehir Belediyelerine/Belediyelere Ait Şirketlerin Kamu Kurum ve Kuruluşlarından Olan Kamu ve Özel Hukuka Tabi Alacakları ile Bunların Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Olan Borçları Hakkında Takas, Mahsup ve Kesinti İşlemleri Genel Tebliği’nin 17. maddesindeki başvuru süresi 31/8/2005 tarihine kadar uzatılmıştır (29.07.2005 ve 25990 sayılı Resmi Gazete).

29. 296, 297 298 Sıra No’lu Milli Emlak Genel Tebliği yayımlandı (03.08.2005 tarih ve 25895 sayılı Resmi Gazete).

30. 436 Seri no'lu Tahsilat Genel Tebliği 03.08.2005 tarih ve 25895 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Tebliğ ile, 27/4/2005 gün ve 25798 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici 9 uncu maddesi ile Mülga 8/7/1948 tarihli ve 5254 sayılı Muhtaç Çiftçilere Ödünç Tohumluk Verilmesi Hakkında Kanun ve ilgili Bakanlar Kurulu kararları uyarınca dağıtılan tohumlukların karşılığı olarak kullandırılan ancak süresinde tahsil edilemeyen ve Hazine alacağına dönüşen (haksız alındığı tespit edilenler hariç) ve Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine takip ve tahsil edilmek üzere bu maddenin yürürlük tarihinden önce intikal ettirilmiş bulunan kredi alacaklarının tahsiline yönelik düzenlemeler yapılmış ve 20.05.2005 tarihli ve 25820 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 435 Seri No.lu Tahsilat Genel Tebliğinde maddenin uygulanmasına ilişkin gerekli açıklamalar yapılmıştır.

31. Yatırımların ve istihdamın teşviki kapsamında enerji desteğine ilişkin Tebliğ yayınlandı.

03.08.2005 tarih ve 25895 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2005/1 no'lu Enerji Desteğinin Uygulanmasına İlişkin Tebliğ ile enerji desteğinin usul ve esasları belirlenmiştir.

32. Dahilde İşleme Rejimine İlişkin İşlemlerin Bilgisayar Veri İşleme Tekniği Yoluyla Yapılmasına Dair Tebliğ (İhracat: 2005/9) yayınlandı.

03.08.2005 tarih ve 25895 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan tebliğin amacı Dahilde İşleme Rejimine ilişkin işlemlerin bilgisayar veri işleme tekniği yoluyla yapılmasına yönelik uygulama usul ve esaslarını ve Dahilde İşleme Rejimine ilişkin işlemlerin bilgisayar veri işleme tekniği yoluyla yapılması durumunda uygulanacak Dahilde İşleme Tedbirlerini belirlemektir.

33. 09.08.2005 tarih ve 25901 sayılı Resmi Gazete'de 45 Seri no'lu Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliği Yayınlandı. Bu Tebliği ile 200 m²'yi geçmeyen tek meskeni bulunup (intifa hakkına sahip olunması hali dahil) hiçbir geliri olmadığını belgeleyenler ve gelirleri münhasıran kanunla kurulan sosyal güvenlik kurumlarından aldıkları aylıklardan ibaret bulunan mükelleflerin indirimli (sıfır) bina vergisi oranından yararlanmaları ile ilgili gelirin belirlenmesi konusunda çeşitli açıklamalar yapılmıştır.

34. Sosyal güvenlik kurumlarından emekli, maluliyet, dul ve yetim aylığı alan hak sahiplerine istekleri halinde vergi iade avans ödeme-

sinden vazgeçme ve kıst aylık ödemelerine de avans uygulaması getirilmesine ilişkin 10 Seri no'lu Vergi İadesi Genel Tebliği Yayınlandı (09.08.2005 tarih 25901 sayılı Resmi Gazete).

Tebliğde yapılan açıklamalar uyarınca sosyal güvenlik kurumlarından emekli, maluliyet, dul ve yetim aylığı alan hak sahipleri, emekli aylığı aldıkları sosyal güvenlik kurumlarına dilekçe ile başvurmaları şartıyla kendilerine vergi iade avansı ödenmemesini isteyebileceklerdir.

35. Bireysel emeklilik sistemi ve şahıs sigortaları için ödenen katkı payı ve primlerin gelir vergisi matrahının hesaplanmasında indirimi ve bu indirimine ilişkin olarak katkı payı ve primlerin belgelendirilmesine ilişkin 256 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği yayınlandı (09.08.2005 tarih 25901 sayılı Resmi Gazete).

36. Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Genel Tebliği (Sıra No: 38) yayınlandı (09.08.2005 tarih ve 25901 sayılı Resmi Gazete).

37. 2005/1 sayılı Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Kararın Uygulanmasına İlişkin 2002/1 Sayılı Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliği yayınlandı (09.08.2005 tarih ve 25901 sayılı Resmi Gazete).

38. 9 Seri No'lu Özel Tüketim Vergisi Genel Tebliği yayınlandı (10.08.2005 tarih ve 25902 sayılı Resmi Gazete).

39. Bankaların Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik yayınlandı (13.08.2005 tarih ve 25905 sayılı Resmi Gazete).

40. Borsa Dışı Teşkilatlanmış Menkul Kıymetler Piyasalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik yayınlandı (13.08.2005 tarih ve 25905 sayılı Resmi Gazete).

41. Borsa Dışı Teşkilatlanmış Menkul Kıymetler Piyasalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik yayınlandı.

42. Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik yayınlandı (13.08.2005 tarih ve 25905 sayılı Resmi Gazete).

43. Kültür Yatırım ve Girişimlerinin Nitelikleri ve Nicelikleri Yönetmeliği yayınlandı.

14/7/2004 tarihli ve 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanununun 7 nci maddesine dayanılarak hazırlanan ve 16.08.2005 tarih ve 25908 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Yönetmelik ile Bakanlıkça teşvik edilecek kültür yatırım ve girişimlerinin belgelendirilmesine ilişkin ilke ve esasların belirlenmesi, kültür yatırım ve girişimlerinin sınıflandırılması, asgari nitelik ve niceliklerinin tespiti ve günün şartlarına uygun hale getirilmesi, geliştirilmesi ve kalitesinin yükseltilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Yönetmelik’te, kültür yatırım veya girişimlerinin belgelendirilmesine ilişkin ilke ve esaslar ile bunların nitelik, nicelik, sınıflandırma, yönetim, personel ve işletilmesi ile ilgili esasları yer almaktadır.

44. Gümrük Genel Tebliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Gümrük İşlemleri) (Seri No:40) Yayınlandı (16.08.2005 tarih ve 25908 sayılı Resmi Gazete).

45. Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik yayınlandı (19.08.2005 tarih ve 25911 sayılı Resmi Gazete).

46. 301 Sıra No’lu Milli Emlak Genel Tebliği yayınlandı (20.08.2005 tarih ve 25912 sayılı Resmi Gazete).

47. Özel Tüketim Vergisi ile İlgili Karar yürürlüğe girdi.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa ekli (III) sayılı listede yer alan mallarda uygulanan özel tüketim vergisi ile ilgili ekli Karar’ın yürürlüğe konulması; Maliye Bakanlığı’nın 23/8/2005 tarihli ve 041845 sayılı yazısı üzerine, anılan Kanunun 12 nci maddesine göre, Bakanlar Kurulu’nca 24/8/2005 tarihinde kararlaştırılmıştır. 2005/9281 sayılı bu Karar 26.8.2005 tarihli 25918 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

48. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 94 üncü maddesinde yer alan tevkifat nispetleri hakkındaki 30/12/1993 tarihli ve 93/5148 sayılı Kararnamenin eki Karar’da değişiklik yapıldı.

10/8/2005 Tarihli ve 2005/9266 Sayılı Kararnamenin Eki Karar 31.8.2005 tarihli 25922 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

49. Gümrük Yönetmeliğinde değişiklik yapıldı.

Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 25924 sayılı 2.9.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Adı geçen Yönetmelik uyarınca 31/5/2002 tarihli ve 24771 sayılı mükerrer Resmî Gazete’de yayımlanan Gümrük Yönetmeliğinin 239 uncu maddesinin (a) fıkrasının 2 nci bendinde yer alan “TIR Karnesi ve transit beyannamesi bilgileri” ifadesi “TIR Karnesi veya transit beyannamesi bilgileri” olarak değiştirilmiştir. Aynı Yönetmeliğin 267 nci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde yer alan “Demiryolu ile yapılan taşımalarda” ifadesi “Demiryolu ile yapılan taşımalarda (Müsteşarlıkça belirlenecek haller hariç)” olarak değiştirilmiştir.

50. 46 Seri No’lu Emlak Vergisi Genel Tebliği 3.9.2005 tarihli 25925 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.

51. Vergi Beyannamelerinin elektronik ortamda gönderilmeleri hakkında 351 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 13.10.2005 tarihli ve 25965 sayılı Resmi Gazetede yayınlandı.

52. Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında 3100 sayılı Kanun uygulaması ile ilgili olarak akaryakıt pompalarının ödeme kaydedici cihazlara bağlanması mecburiyeti hakkında açıklamalar yapılmasına ilişkin olarak 66 Seri no.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği 13.10.2005 tarihli ve 25965 sayılı Resmi Gazetede yayınlandı.

53. Özel iletişim vergisinin gelir veya kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider olarak indirim konusu yapılamayacağı hakkında açıklama getiren 14.10.2005 tarihli Kurumlar Vergisi sirküleri/19 Gelirler Genel Müdürlüğü tarafından yayınlandı.

54. İhraç kayıtlı teslimlere ilişkin tecil edilemeyen katma değer vergisinin ihracatın yapıldığı dönemde nakden veya mahsuben iadesi hususundaki açıklamalar 14.10.2005 Katma Değer Vergisi sirküleri / 33 ile getirildi.

55. 17.10.2005 tarihli Vergi Usul Kanunu Sirküleri /21 ile enflasyon düzeltmesi yapmak için gerekli şartlar açıklandı.

56. Hazine Alacaklarının Yönetimi, Takip ve Tahsiline İlişkin Yönetmelik 18.10.2005 tarih ve 25970 sayılı Resmi Gazetede yayınlandı.

57. Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından 2005 Yılı Mayıs-Eylül Aylarına Ait Dahilde İşleme İzin Belgelerinin (D1) Listesi, 2005 Yılı Eylül Ayına Ait Yurt İçi Satış ve Teslim Belgelerinin (D3) Listesi, 2005 Yılı Eylül Ayına Ait Hariçte İşleme İzin Belgelerinin (H) Listesi, 2005 Yılı Eylül Ayına Ait Vergi, Resim ve Harç İstisnası Belgelerinin (Y) Listesi, Re'sen Kapatılan Dahilde İşleme İzin Belgeleri, Firma Talebine İstinaden İptal Edilen Dahilde İşleme İzin Belgelerine dair tebliğler 19.10.2005 tarih 25971 sayılı Resmi Gazete yayınlamıştır.

58. Vergi Ziyai Cezası Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildi.

Ordu Vergi Mahkemesinin başvurusu üzerine 213 sayılı Vergi usul Kanununun 4369 sayılı yasa ile değişik 344 maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, vergi ziyai cezası tutarının tespiti için öngörülen formülasyonda, aynı Kanununun 112 nci maddesi ile 6183 sayılı AATUHK'un 51 inci maddesine atıfla kullanılan gecikme faizinin; Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen bir oran olması ve bu itibarla ziyaa uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme faizi oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi ve bu durumun sonuçta öngörülecek ceza miktarında belirsizliğe yol açacak olması, bunun da, Anayasa'nın 38 inci maddesinde sözü edilen ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı hükmüne ve Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile iptal kararı verdi. Mahkemenin 6 Ocak 2005 tarihli 2001/3 E., 2005/4 K kararı 20.10.2005 tarihli 25972 sayılı Resmi Gazetede yayınlandı.

59. 8 No.lu Türkiye Muhasebe Standardının Yürürlüğe Konması Hakkında Tebliğ 20.10.2005 tarihli 25972 sayılı Resmi Gazetede yayınlandı.

60. Bilanço Tarihinden sonraki olaylara İlişkin 10 numaralı Türkiye Muhasebe Standardının yürürlüğe konması hakkında Tebliğ 20.10.2005 tarihli ve 25972 sayılı Resmi Gazetede yayınlandı.

61. Anayasa Mahkemesi Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunda yapılan değişikliklerin Anayasaya aykırı olmadığına karar verdi.

Anayasa Mahkemesi 23.6.2004 tarihli E 2004/14 K 2004/8 sayılı Kararı ile 5035 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un ve 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun 5. maddesini değiştiren 23. maddesinin ve 197 sayılı Yasa'nın 6. maddesinde yer alan (II), (III) ve (IV) sa-

yılı tarifeleri değiştiren 24. maddesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine oyçokluğuyla karar verdi. Karar 22.10.2005 tarih 25974 sayılı Resmi Gazetede yayınlandı.

62. Uzlaşma Yönetmeliğinde değişiklik yapıldı. Yapılan değişiklikler 22.10.2005 tarih ve 25974 sayılı Resmi Gazetede yayınlandı.

63. Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliğinde değişiklik yapıldı. Yapılan değişiklikler 22.10.2005 tarih ve 25974 sayılı Resmi Gazetede yayınlandı.

64. Anayasa Mahkemesi Serbest Bölgeler Kanununun 2. maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiasını kabul etmedi.

Esas Sayısı: 2002/39, Karar Sayısı: 2004/125, Karar Günü: 29.12.2004, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun 2. maddesinin Anayasaya aykırılığı savıyla iptali istemi Anayasa Mahkemesi tarafından oyçokluğuyla reddedilmiştir. Karar 25.10.2005 tarih ve 25977 sayılı Resmi Gazetede yayınlandı.

65. Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu inşaat sözleşmelerine ilişkin muhasebe uygulamalarına dair Tebliğ 26.10.2005 tarihli 25978 sayılı Resmi Gazetede yayımlandı.

66. Anayasa Mahkemesi, Vergi Usul Kanununda düzenlenen Maliye Bakanlığı'nın özel işaretli görevlisinin ikazına rağmen durmayan aracın sahibine kesilen özel usulsüzlük cezası ile ilgili 127/d hükmünü oyçokluğuyla Anayasaya aykırı bulmadı.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 127 maddesinin d bendi hükmünün anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davası ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararı 27.10.2005 tarihli ve 25979 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Esas Sayısı : 2001/487, Karar Sayısı: 2005/2, Karar Günü: 6.1.2005.

67. Gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin 2005 yılı Temmuz-Eylül dönemine ilişkin üçüncü geçici vergi beyannamelerinin verilmesi süresi 14 Kasım 2005 Pazartesi günü akşamına kadar uzatılmıştır.

Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından 28.10.2005 günü yayınlanan 38 No.lu Gelir Vergisi Sirkülerine göre gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin 2005 yılı Temmuz-Eylül dönemine ilişkin üçüncü geçici vergi beyannamelerinin verilmesi süresi 14 Kasım 2005 Pazartesi günü akşamına kadar uzatılmıştır.

68. Gümrük Yönetmeliğinde değişiklik yapıldı. Yönetmelik 28.10.2005 tarihli ve 2590 sayılı Resmi Gazetede yayımlandı.

69. Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından Devlet Teşviklerinin Muhasebeleştirilmesi ve Devlet Yardımlarının Açıklaması Hakkında Tebliğ 1.11.2005 tarih ve 25983 sayılı Resmi Gazetede yayımlandı.

70. Ödeme kaydedici Cihaz Sirküleri/6 yayımlandı.

Sirküler, LPG dahil, Akaryakıt Pompaları ödeme kaydedici cihazlara bağlanıncaya kadar, akaryakıt ve LPG satışlarında düzenlenecek belgeler ile söz konusu ödeme kaydedici cihazların vergi dairesine kaydına ilişkin işlemler hakkındadır.

71. 44 Seri No.lu Gümrük Genel Tebliği 2.11.2005 tarih ve 25984 sayılı Resmi Gazetede yayımlandı.

72. Harç istisnalarına ilişkin Harçlar Kanunu Sirküleri yayımlandı.

73. Tekdüzen Hesap Planı ve İzahnamesi Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ 2.11.2005 tarihli ve 25984 sayılı Resmi Gazetede yayımlandı.

74. Borçlanma Maliyetine İlişkin 9 Sıra No.lu Türkiye Muhasebe Standardı Hakkında Tebliğ 9.11.2005 tarihli ve 25988 sayılı Resmi Gazetede yayımlandı.

75. Vergi Zıyayı Cezası ile ilgili iptal kararı yürürlüğe girene kadar VUK m. 344-de yer alan hükmün uygulanmasına devam edilecek.

Anayasa Mahkemesinin Esas No: 2001/3, Karar No: 2005/4 sayılı kararı ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 4369 sayılı Kanunla değişik 344 üncü maddesinin ikinci fıkrasının iptal edilmesi ve fakat iptal kararının altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmesi üzerine, Gelir İdaresi altı ay yürürlükte kalacak bu hükmün bu süre boyunca uygulanacağına dair kararını 22 sayılı Vergi Usul Kanunu sirkülerinde belirtmiştir.

76. 5 Seri No.lu Gümrük Genel Tebliğ 12.11.2005 tarih ve 25991 sayılı Resmi Gazetede yayımlandı.

77. Uzlaşma komisyonlarının uzlaşma konusu yapabilecekleri vergi miktarı tespit edildi.

352 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile Uzlaşma Komisyonları hakkında çeşitli açıklamalar getirildi. Tebliğ 15.11.2005 tarihli ve 25994 sayılı Resmi Gazetede yayımlandı.

78. Zorunlu Karşılıklar Hakkında Tebliğ 1.11.2005 tarihli ve 25995 sayılı Resmi Gazetede yayımlandı.

79. Yeniden değerlendirme oranı %9,8 olarak belirlendi.

18.11.2005 tarih ve 25997 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 353 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile yeniden değerlendirme oranı 2005 yılı için % 9,8 olarak tespit edilmiştir.

80. Maliye Bakanlığı tarafından Katma Değer Vergisi Kanunu uygulanması ile ilgili çeşitli açıklamalar yapıldı.

18.11.2005 tarih ve 25997 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 96 seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği ile 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu uygulanmasına ilişkin çeşitli açıklamalar getirilmiştir.

81. 1 Seri No.lu Özel İletişim Vergisi Tebliği ile çeşitli açıklamalar yapıldı. Tebliğ 18.11.2005 tarih ve 25997 sayılı Resmi Gazetede yayımlandı.

82. Ekim 2005 vergilendirme dönemine ait aylık muhtasar beyannamenin verilme süresi 39 sayılı Gelir Vergisi Sirküleri ile 24 Kasım 2005 Perşembe günü mesai bitimine kadar uzatıldı.

83. Ekim 2005 vergilendirme dönemine ait katma değer vergisi beyannamelerinin verilme süresi 34 sayılı Katma Değer Vergisi Sirküleri ile 24 Kasım 2005 Perşembe günü mesai bitimine kadar uzatıldı.

84. Prina teslimi esnasında tevkifat yapılmaması hakkında 40 sayılı Gelir Vergisi Sirküleri yayımlandı.

85. Anayasa Mahkemesi 2005 Yılı Mali Bütçe Kanununun bazı hükümleri ile ilgili olarak yürürlüğün durdurulması kararı verdi.

10.12.2005 tarih ve 26019 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mah-

kemesinin E: 2005/6 (5277 Sayılı 2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu ile İlgili), K: 2005/21 Sayılı Kararı ile 5277 sayılı 2005 Mali Yılı Bütçe Kanununun bazı kurallarının Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanmaları durumunda giderilmesi olanaksız zararların doğabileceği ileri sürülerek yürürlüklerinin durdurulmasına 29.11.2005 tarihinde karar verilmiştir.

86. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin 91-32/5 Sayılı Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair 2005-32/31 Sayılı Tebliğ 12.12.2005 tarih ve 26021 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

87. 45 Seri No'lu Gümrük Genel Tebliği 15.12.2005 tarih ve 26024 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

88. 25 Seri No'lu Motorlu Taşıtlar Vergisi Genel Tebliği yayınlandı.

16.12.2005 tarih ve 26025 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Tebliğ ile 2006 yılı Motorlu Taşıtlar Vergisi tutarları, 2005 yılı tarifelerindeki yer alan tutarlara, 353 sayılı Vergi Usul Kanunu Tebliği ile 2005 yılı için belirlenen % 9.8 olarak tespit edilen yeniden değerlendirme oranının uygulanması suretiyle tespit edilmiştir.

89. 37 Seri No'lu Veraset Ve İntikal Vergisi Genel Tebliği 16.12.2005 tarih ve 26025 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

90. 437 Seri No'lu Tahsilat Genel Tebliği yayınlandı.

31.3.2005 tarihli ve 25772 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun bazı maddelerinin uygulamasına ilişkin açıklamaların yer aldığı Tebliğ, 16.12.2005 tarih ve 26025 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

91. Değerli Kâğıt Bedellerindeki artışa ilişkin 23 Seri no'lu Değerli Kağıtlar Genel Tebliği 17.12.2005 tarih ve 26026 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

92. Maktu hadler ve vergi cezalarında yeniden değerlemeye ilişkin 354 sıra no'lu Vergi Usul Kanunu Tebliği 17.12.2005 tarih ve 26026 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

93. Konsolide ve Bireysel Finansal Tablolara İlişkin Türkiye Muha-

sebe Standardı (TMS 27) Hakkında 11 Sıra No'lu Tebliğ 17.12.2005 tarih ve 26026 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

94. 2006 Yılı için geçerli Maktu ve Nispi Harçların Asgarî ve Azamî Miktarlarına İlişkin 49 Seri No'lu Harçlar Kanunu Genel Tebliği 18.12.2005 tarih ve 26027 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

95. 30.7.2003 günlü, 4962 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Kanun'un, 21. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın, 2., 10., 73. maddelerine aykırılığı sebebiyle Anayasa Mahkemesinin 7.10.2003 tarih ve E:2003/73 K:2003/86 sayılı kararıyla ve oyçokluğuyla iptal edilmiştir. Karar 20.12.2005 tarih ve 26029 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

96. 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (IV) sayılı listede yer alan bazı mallarda uygulanan özel tüketim vergisi oranları 23.12.2005 tarih ve 26032 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2005/9795 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yeniden belirlendi.

97. 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (III) sayılı listede yer alan bazı mallarda uygulanan özel tüketim vergisi oranları 23.12.2005 tarih ve 26032 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2005/9796 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yeniden belirlendi.

98. Çevre temizlik vergisi tarifesinde yer alan bina gruplarının tespitine ilişkin 2005/9817 sayılı Bakanlar Kurulu kararı 26.12.2005 tarih ve 26035 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

99. 2006 yılı için kasko sigortası değeri uygulamasına ilişkin 26 Seri No'lu Motorlu Taşıtlar Vergisi Genel Tebliği 27.12.2006 tarih ve 26036 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

100. 1.1.2006 tarihinden itibaren geçerli olacak maktu damga vergisi tutarları 27.12.2005 tarih ve 26036 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 45 Seri no'lu Damga Vergisi Genel Tebliği ile ilan edilmiştir.

101. 50 Seri no'lu Harçlar Kanunu Genel Tebliği 27.12.2005 tarih ve 26036 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

102. Hiçbir geliri olmadığını belgeleyenlere, emeklilere, gazilere, özörlönlere, şehitlerin dul ve yetimlerine ait brüt 200 M2'yi geçme-

yen tek meskenin bina vergisi oranı 29.12.2005 tarih ve 26036 sayılı resmi Gazete’de yayınlanan 2005/9827 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 2006 yılı için sıfıra indirildi.

İndirimli Bina Vergisi uygulamasına ilişkin açıklamalar, 31.12.2005 tarih ve 26040 (4.mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 47. Seri No’lu Emlak Vergisi Genel Tebliğinde yer almaktadır.

103. Çevre Temizlik Vergisinin uygulaması ile ilgili 32 Seri No.lu Belediye Gelirleri Genel Tebliği 30.12.2005 tarihli 26039 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

104. Menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçlarının elden çıkarılması ve elde tutulması sürecinde elde edilen gelirler ile mevduat faizleri, repo gelirleri ve özel finans kurumlarından elde edilen gelirlerin vergilendirilmesine yönelik düzenlemeleri içeren 257 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği 30.12.2005 tarihli 26039 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

105. Poliçe düzenleme ve prim tahsil etme yetkisi bulunan sigorta acenteleri tarafından düzenlenmiş sigorta poliçesi toplam tutarları üzerinden hesaplanan banka ve sigorta muameleleri vergisi ödedikten sonra sigorta şirketi tarafından bu poliçelerin düzenlenmesine karşılık olarak net prim üzerinden söz konusu acentelere yapılan komisyon ödemeleri üzerinden banka ve sigorta muameleleri vergisi hesaplanıp hesaplanmayacağına dair açıklamaların yer aldığı 2005/1 Sıra No’lu Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi İç Genelgesi 30.12.2005 tarihinde yayımlanmıştır.

İç Genelgede sigorta acenteleri tarafından sigorta işlemleri dolayısıyla alınan prim tutarı üzerinden banka ve sigorta muameleleri vergisi ödendikten sonra sigorta acentelerinin bu işlem dolayısıyla sigorta priminden aldığı komisyonların ayrıca vergilendirilmeyeceği; bu uygulamadan farklı olarak sigorta acentelerinin yaptıkları sigorta muamelelerine ilişkin olarak yıl sonlarında veya belli dönem aralıklarında sigorta şirketleri tarafından kendilerine teşvik komisyonu ve benzer adlar altında ödeme yapılması halinde bu ödemeler üzerinden banka ve sigorta muameleleri vergisi hesaplanarak ödenmesi gerektiği belirtilmiştir.

106. Kanuni faiz oranı yıllık % 12’den % 9’a indirildi.

4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanununun 1 inci maddesinde öngörülen kanuni faiz oranınının 1/1/2006 tarihin-

den geçerli olmak üzere yıllık % 12'den % 9'a indirilmesi; Maliye Bakanlığı'nın 16/12/2005 tarihli ve 43953 sayılı yazısı üzerine, adı geçen Kanunun anılan maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 19/12/2005 tarihinde kararlaştırılmıştır. Bu kararı içeren 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 30.12.2005 tarihli 26039 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

107. Danıştay Vergi Dava Dairelerindeki iş dağılımının dengelenmesi ve dosyaların süratle sonuçlandırılmasının sağlanmasına ilişkin Danıştay Başkanlar Kurulu Kararı 31.12.2005 tarih ve 26040 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

108. 50.000, 100.000 ve 250.000 Türk Lirası 31 Aralık 2005 tarihinden itibaren tedavülden kaldırıldı.

31.12.2005 tarih ve 26040 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Bazı Madeni Paraların Tedavülden Kaldırılması Hakkında Tebliğ ile 1264 sayılı Madeni Ufaklık ve Hatıra Para Bastırılması Hakkında Kanunun 5 inci maddesi uyarınca; tedavülde bulunan madeni paralardan 5083 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanunun geçici 1 inci maddesi gereğince Yeni Türk Lirası ve Yeni Kuruşlar ile birlikte 1 Ocak 2005 ile 31 Aralık 2005 tarihleri arasında tedavül eden 50.000, 100.000 ve 250.000 Türk Lirası 31 Aralık 2005 tarihinden itibaren tedavülden kaldırılmıştır.

109. Kur Değişiminin Etkilerine İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 21) Hakkında Tebliğ (Sıra No: 13), İş Ortaklarındaki Paylara İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 31) Hakkında Tebliğ (Sıra No: 14), Maddi Duran Varlıklara İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 16) Hakkında Tebliğ (Sıra No: 15), Yüksek Enflasyonlu Ekonomilerde Finansal Raporlamaya İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 29) Hakkında Tebliğ (Sıra No: 16), İlişkili Taraf Açıklamalarına İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 24) Hakkında Tebliğ (Sıra No: 17) 31.12.2005 tarih ve 26040 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

110. 2006 yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile, 2004 Mali Yılı Kesin Hesap Kanunu ve 2004 Mali Yılı Katma Bütçeli İdareler Kesin Hesap Kanunu 31.12.2005 tarih ve 26040 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

111. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi (KDV) Kanunu kapsamındaki çeşitli uygulamalara ilişkin açıklama ve düzenlemelerin yer aldığı 97 Seri no'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği 31.12.2005 tarih ve 26040 (4.mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.

HUKUK YARIŞMALARI

İSTANBUL BAROSU STAJ EĞİTİM MERKEZİ FARAZİ DAVA DURUŞMASI YARIŞMASI¹

1 İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi'nin her yıl düzenlemekte olduğu Farazi Dava Yarışması'na Katılan Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi takımının, yarışma için hazırladığı ve sunduğu "İddiname ve Savunma", bu sayımızda yayınlanmaktadır. Yarışma, 6-7 Mayıs 2006 tarihleri arasında İstanbul'da düzenlenmiştir. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi takımı, bu yarışmada ikinci olmuştur. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Takımı; Aysun Dalkılıç, Deniz Merve Ersoy, Yasemin Semiz, Ayşenur Şanlı ve Şule Uluç'tan oluşmaktaydı. Yarışmacılardan Yasemin Semiz, "En İyi Sunum" ödülünü almıştır.

İDDİANAME

T.C.
(...)
CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI

HAZIRLIK NO : (...)
ESAS NO : (...)
İDDİANAME NO: (...)

İDDİANAME
(...) AĞIR CEZA MAHKEMESİ'NE
İSTANBUL

DAVACI : Kamu Hukuku
ŞÜPHELİLER : 1. İsmet **TUNGA**, (...) oğlu, (...) doğumlu, (...)’da oturur.
2. Murat **KARACA**, (...) oğlu, (...) doğumlu, (...)’da oturur.

SUÇ : - Cumhuriyeti, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin Emniyet Teşkilatını ve Devletin Yargı Organlarını Aşağılamak (İsmet **TUNGA**)
- Silahlı örgüt yönetmek (Murat **KARACA**)
- Silahlı örgütüne üye olmak (İsmet **TUNGA**)

MÜDAFİİ : Av. Hüseyin **GÜLMEZ**

YÜKLENEN SUÇ VE UYGULANMASI GEREKEN KANUN MADDELERİ:

- 765 s. TCK m.2/f.II gereğince;
- Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını aşağılama; 5237 s. TCK m.301/f. I-II
- Silahlı Örgüt; 5237 s. TCK m.314/f.I, 314/f.II

YÜKLENEN SUÇUN İŞLENDİĞİ YER, TARİH ve ZAMAN DİLİMİ:

5237 s. TCK m.301/f.I-II'de yazılı suç için Parti Kurultayı,
30.05.2005, (...)

- DELİLLER** : **A)** 30.05.2005 tarihinde İsmet TUNGA'nın yaptığı konuşmanın bulunduğu video kasetinin çözümlenmesi
- B)** Silahlı örgütün yurt dışındaki bazı yetkilileriyle yapmış olduğu ve Türkiye'de yapılacak bazı eylemler ve siyasi zeminde izlenecek stratejiler ile ilgili şifreli yazışmaların olduğu mektuplar
- C)** Telefon görüşme kaydı
- D)** 03.06.2005 tarihinde yapılan aramada ele geçirilen yasadışı silahlı bir örgüt ile ilgili dokümanlar

Şüpheli İsmet TUNGA (...) tarihi itibariyle tutukludur.

HAZIRLIK EVRAKI İNCELENDİ :**I- OLAYLAR :**

1. Şüphelilerden bir sivil toplum kuruluşu başkanı olan İsmet TUNGA'nın 30.05.2005 tarihinde bir parti kurultayında şu konuşmayı yaptığı polisçe alınan video kaydının çözümlenmesi sonucu sabitlenmiştir:

“Bugün ülkede demokrasi isteyenler susturulmaya çalışılmaktadır. Kolluk kuvvetleri insanlık dışı ve rezil uygulamalarla insanları sindirmeye çalışmakta, savcılar ve mahkemeler adeta bir kıyım makinesi gibi çalışarak demokrasi talep edenleri boğmaktadır. Bunlar savcı değil savcı, hâkim değil devletin belirli bir yönde karar vermek üzere atadığı hakem gibi hareket etmektedirler. Bugün ülkede gerçekten de terör olayları artmakta ve terör ortamı yaratılmaktadır ancak bu terör, devlet terörüdür. Demokrasi, insan hakları talepleri bu terör uygulamaları ile bastırılamaz. Bu faşizan ve ceberrut uygulamaların faileri elbette bir gün halka hesap vereceklerdir. Bu tür uygulamalar bizi yıldırılmaz. 1923'te kurulan bu köhnemiş Cumhuriyet artık Türkiye'yi taşıyamamaktadır. Demokrasi ve insan hakları mücadelemiz sonuna kadar sürecektir.”

Bu kayıtlara dayanılarak 03.06.2005 tarihinde Cumhuriyet Savcısı'nın emri

üzerine, yurtdışında bulunan şüpheli İsmet TUNGA'nın evi, saat 20.15'te kollukça aranmıştır. Yapılan aramada yasadışı silahlı örgütle ilgili ele geçirilen dokümanlara ve İsmet TUNGA'nın bazı mektuplarına el konulmuştur. 04.06.2005 tarihinde el koyma işlemi şüpheliye bildirilmiş, bu işlem saat 09.00 itibariyle Sulh Ceza Hakimi'nin onayına sunulmuş, hakim onayı alınmıştır. Şüpheli İsmet TUNGA, el koyma işlemine itiraz etmişse de, bu itiraz hâkim tarafından reddolunmuştur. Yapılan incelemeler sonucunda şüphelinin cep telefonunun dinlenmesine ve kayda alınmasına Savcılığımızca karar verilmiştir. Şüpheli İsmet TUNGA'nın ifadesi alınmış, kendisi tutuklama istemi ile Sulh Ceza Hakimliği'ne sevk edilmiştir. Yapılan sorgulama sonucunda şüphelinin tutuklanmasına karar verilmiştir.

Ele geçirilen mektuplarda Talat ŞEKER'in adına rastlanmış, Savcılığımızın izni ile yapılan telefon kayıtlarının çözümlenmesi sonucunda şüphelilerden Murat KARACA'nın İsmet TUNGA'ya bazı talimatlar verdiği anlaşılmıştır.

II- DEĞERLENDİRME VE HUKUKİ DURUM :

2. Şüpheli İsmet TUNGA 30.05.2005 tarihinde, parti kurultayında yaptığı ve kollukça da kayda alınıp çözümlenmiş olan konuşmasında; Cumhuriyete, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine, Devletin Yargı Organlarına ve Emniyet Teşkilatına yönelik saldırgan ifadeler kullanarak bahsi geçen kuruluşları alenen aşağılamıştır. Şüpheli İsmet TUNGA'nın halkın gözünde küçük düşürmeye çalıştığı bu kurumlar, bir devletin manevi şahsiyetini oluşturacak hayati müesseselerdir⁴. Devletin varlığını ve devamlılığını sağlayan bu kuruluşların manevi şahsiyetlerini çeşitli saldırılara karşı korumak bir zorunluluktur. Aksi takdirde Devleti yıkmak, çökertmek isteyen art niyetli kişi ya da yasa dışı örgütlerin işleri kolaylaşmış olur, toplum büyük karmaşa içinde kalır.
3. AY m.1 "*Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.*" hükmünü getirmekte, ayrıca AY m.4 de bu hükmü korumaktadır. Bahsi geçen hüküm şöyledir: "*Anayasanın birinci maddesindeki; Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm (...) değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.*" Görüldüğü gibi Anayasamız, Cumhuriyete hayati bir önem atfetmiş, onu Devletin olmazsa olmaz unsuru, temeli saymıştır. Türk halkının büyük zorluklarla kurduğu ve bu sayede kendi kendini yönetme hakkını edindiği Cumhuriyetin; gerçeğe aykırı, saygısızlık derecesine varan ve küçük düşürücü sözlere muhatap kılınması, aşağılanması kabul edilemez. AY

4 GÜNDEL, Ahmet; "Açıklamalı İçtihatlı Atatürk'e, Cumhurbaşkanına, Cumhuriyete, Hükümete Hakaret Suçları- Yasadışı Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat verilmesi Davaları"; Seçkin Yayınevi; Ankara, 1997; Sh: 88.

m.2 uyarınca; Türkiye Cumhuriyeti; toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Anayasamızın başlangıç kısmında belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti niteliklerine sahiptir. Oysaki; şüpheli İsmet TUNGA halkın gözünde Cumhuriyetin çağ dışı, içinde yaşanan zamana göre geride kalmış, eskimiş, yıpranmış, modası geçmiş, ihtiyaçlara cevap veremeyen ve geçersiz bir duruma gelmiş⁵ olduğu izlenimini yaratmak için ona “*köhnemiş*” vasfını yükleyerek Cumhuriyeti incitici, saygısızlık derecesine varan, alaycı, halkın gözünde küçük düşürücü sözlerle aşağılamıştır⁶.

4. Şüpheli İsmet TUNGA'nın saldırgan tavırlarla incittiği diğer bir Anayasal kurum ise Türkiye Cumhuriyeti **Hükümetidir**. *Hükümet*, devletin yürütme organı olarak Başbakan ve bakanlardan oluşan Bakanlar Kurulu'nu ifade eder⁷. Devletin manevi şahsiyetinin müşahhas hale geldiği en önemli kurumlardan birisi de hükümettir⁸. Yürütme gücünü elinde tutan, Devlet politikasını belirleyen bu kurumun halkın gözündeki saygınlığının zedelenmesi kabul edilemez. Oysaki şüpheli İsmet TUNGA, ilgili konuşmasında günümüzde artan terör olaylarının müsebbibini Devlet olarak göstermekte ve bu terörün Devlet eliyle gerçekleştirildiğini “(...) bu terör, devlet terörüdür.” ifadesiyle ortaya koymaktadır. *Devlet terörü* devlet otoritesini kullananların rasgele, hiçbir kurala uymadan şiddet uygulaması anlamına gelir⁹. Devlet otoritesini kullanan, ülkenin iç ve dış siyasetini belirleyen ve yürüten Bakanlar Kurulu'dur¹⁰. Böylece, şüpheli İsmet TUNGA demokratik ve insan haklarına saygılı bir Cumhuriyetin hükümetini, terörü meşru bir araçmış gibi kullanan bir kurum olarak nitelendirerek halkın gözündeki saygınlığını düşürmek istemekte ve bu uğurda hükümete “faşizan ve *ceberrut*” vasıflarını yüklemektedir. Bir hukuk devletine “acımasız, merhametsiz, zorba”¹¹ sıfatını yakıştıran şüpheli İsmet TUNGA, hükümete “*faşizan*” vasfını yükleyerek hükümetimizi, farklılıkları yok sayan, totaliter rejime dayanan, tarihin bir döneminde birçok insanın haksız yere ölmesine sebep olan faşizan rejim uygulayıcılarına benzeterek hükümetimizi aşağılamıştır.

5 Türk Dil Kurumu web sitesi; www.tdk.gov.tr

6 **GÜNDEL**; a.g.e.; Sh: 91.

7 **TANÖR**, Bülent; “1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku”; Yapı Kredi Yayınları; 5. Bası; İstanbul,2004; Sh: 351.

8 **EREM**, Faruk; “Ümanist Doktrin açısından Türk Ceza Hukuku” Cilt III; Seçkin Kitabevi; Ankara, 1985; Sh: 140.

9 **ZAFER**, Hamide; “Ceza Hukukunda Terörizm”; Beta Yayınevi; İstanbul,1999; Sh: 60.

10 **TANÖR**; a.g.e.; Sh: 357.

11 www.tdk.gov.tr

5. Bir ülkenin egemenliğini ortaya koyan üç güçten birisi de “**yargı gücü**”dür. Kuvvetler ayrılığı ilkesini benimseyen Anayasamız da, yargı gücüne ayrı bir önem atfetmiştir. Toplumun dirlik içinde yaşayabilmesi ve mevcut sistemin devamlılığının sağlanabilmesi için gerekli olan hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi ve korunması görevi yargıya verilmiştir. Bu ulvî görevi yerine getiren yargının bağımsız ve tarafsız olmasının yanı sıra onun toplum gözündeki saygınlığı ve güvenilirliğinin sağlanması gerekir. Bağımsız ve tarafsız yargı gücü adliyeler aracılığıyla kullanılır. Adliye kavramı mahkemeler ve savcılık teşkilatını kapsar. Bütün hâkimlerin ya da bütün savcılarının aşağılanması, adliyenin manevî şahsiyetini tahkir olarak kabul etmek gerekir¹². Şüpheli İsmet TUNGA, savcılar ve mahkemeleri, “demokrasi talep edenleri boğan bir kıyım makinesi” olarak nitelendirmiş; savcılara “savcı”, hâkimlere ise “Devletin belirli bir yönde karar vermek üzere atadığı hakem” demek suretiyle Devletin yargı organlarını aşağılamıştır. Şöyle ki; şüpheli “demokrasi talep edenleri boğan bir kıyım makinesi” ifadesiyle hukuk devleti çerçevesi içinde insan haklarına saygılı bir şekilde adaleti yerine getirmeye çalışan yargı organlarımızın bu yöndeki çalışmalarını tam aksi yöndeymişçesine göstererek halkı yanlış yönlendirmek istemektedir. Şüphelinin kullandığı “savcı” kelimesi, savcılarının önlerine gelen dosyaları örtbas ettikleri, demokrasi talebinde bulunanların bu taleplerini görmemezlikten geldikleri ve bu hususta üzerlerine düşen görevleri yerine getirmediği anlamına gelmektedir. Bağımsız hâkimlerimize “(...) devletin belirli bir yönde karar vermek üzere atadığı hakem(...)” yakıştırmasının yapılması ise yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesiyle taban tabana zıt düşecek nitelikte bir fikrin, haksız yere halkta oluşturulmasından başka bir şey değildir. Şüpheli, bu vesileyle halkın adalet sistemine olan güvenini onu aşağılayarak sarsmaya çalışmakta ve halkı bu yönde kışkırtmaktadır.
6. Anayasamızın koyduğu düzeni korumak; toplumun huzur, barış, refah ve güven içinde devamını sağlamak için çalışan Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'na bağlı polis ve jandarma güçleri **emniyet teşkilatını** oluşturur¹³. Kamu kudretini kullanan bu teşkilatın fonksiyonları sebebiyle saygınlık ve onurunun ve buna ilaveten toplumun bu teşkilata karşı duyduğu güvenin korunması gerekmektedir. Şüpheli, emniyet teşkilatımızı “insanları sindiren baskıcı kurumlar” ve onun halkın huzuru ve güvenliği için yaptığı hukuki ve insani ameliyeyi “insanlık dışı ve rezil uygulamalar” olarak betimlemek suretiyle kolluk kuvvetlerinin halkın gözündeki değerini düşürmeye çalışarak aşağılamaktadır.

12 GÜNDEL; a.g.e.; Sh: 90.

13 GÜNDEL; a.g.e.; Sh: 89.

7. Failin konuşmayı yaptığı yer ve sıfatı nazarı itibara alındığında, seçilen cümleler ve kullanılan kelimeler ilk bakışta dikkati çekecek şekilde alelade tenkit hudutlarını aşmaktadır. Filhakika; savcılar “savcılık”, hakimleri ise “devletin belirli bir yönde hareket etmesi üzere atadığı hakem” olmakla itham etmek ve Cumhuriyete “köhnemiş” vasfını izafe eylemenin, üstelik bunu bir de bir parti kurultayında, bir sivil toplum kuruluşu başkanı sıfatıyla, hatta “bu tür uygulamalar bizi yıldırılmaz” “...mücadelemiz sonuna kadar sürecektir.” gibi ifadeleri de konuşmasında sarfederek yapmanın, halkın Devlete karşı husumetini celbedecek mana taşıdığına tereddüde mahal bulunmadığından cihetle, sarfolunan bu kelime ve cümlelerin bizatihi aşağılamayı tazammun ettiğinden şüphe edilemez¹⁴. Bir sivil toplum kuruluşunun başkanı olan İsmet TUNGA bu konuşmayı kalabalıklara hitaben yapmış ve sıfatından yararlanarak bu kalabalık üzerinde etki yaratacak şekilde fikirlerine **aleniyet** kazandırmıştır. *Aleniyet* genellikle suçun herhangi bir kimse tarafından görüp işitilebilecek bir yerde işlenmesi olarak tanımlanmıştır. 765 s. TCK m.153/f.IV/b.3 hükmü ise şöyledir: “*Toplanılan mahal veya içtima iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibariyle hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanununun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılır.*” Ancak Yargıtay¹⁵ sözkonusu tanımın 765 s. TCK m.153’ teki suç bakımından yapılmış olduğunu açıklayarak diğer maddelerdeki aleniyetin genel ilkelere göre belirlenmesi gerekeceğine karar vermiş bulunmaktadır¹⁶. Başka bir deyişle; failin herkese açık olan bir yerde mağdurdan başka, velev ki bir kimsenin bile işitebileceği bir tarzda işlenmiş bulunması halinde aleniyeti var saymak gerekmektedir¹⁷.
8. Öte yandan bir sivil toplum kuruluşu başkanının kalabalık bir topluluğa karşı yapacağı bir konuşmanın hazırlıksız olduğu düşünülemez. Zira *kurultay*, daha önce tarihi kararlaştırılmış ve konusu belirlenmiş, kitlesi belli bir toplantıdır. Şüpheli İsmet TUNGA, ilgili konuşmayı 30.05.2005 tarihinde halka hitap etmeden evvel hazırlamış ve bahsi geçen tüm kurumları bilerek ve isteyerek aşağılamıştır. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, şüpheli meydana getirdiği fiilin ve bu fiilin sonuçlarının farkındadır. Her ne kadar doktrinde¹⁸ kastın özel **kast** olması gerektiği yönünde bir görüş varsa da; aranan asıl kast zaten “tahkir ve tezyif kastıdır” ki; bu kast da bahsi geçen suç için genel kasttır.

14 Benzer şekilde: C.U.H; 07.12.1959; 1/40-39

15 Yarg. 1.CD; 25.09.1945; E:2547; K: 2056

16 **DÖNMEZER**, Sulhi; “Kişilere ve Mala Karşı Cürümler”; Beta Yayınevi; İstanbul, 2001; Sh: 310.

17 **DÖNMEZER**; a.g.e.; Sf: 317.

18 **ERMAN**, Sahir; “Hakaret ve Sövme Cürümleri”; İstanbul, 1950; Sh: 156. ; **EREM**; a.g.e.; Sh: 146.

Bir sivil toplum kuruluşunun başkanı olan şüpheli İsmet TUNGA'nın parti kurultayında aleni bir şekilde yaptığı ve kollukça video kaydına alınıp çözümlenmiş olan bu konuşmanın gerek içeriği, gerek yeri, gerek daha evvelden tayin edilmiş zamanı ve gerekse belirli bir dünya görüşüne sahip bir dinleyici kitlesine hitaben yapılması göz önünde bulundurulduğunda şüphelinin "Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama" suçunu işlediği açıktır.

9. Her ne kadar ifade özgürlüğü ve eleştirel düşünce yukarıda bahsi geçen suçun oluşmasını önleyici bir hukuka uygunluk sebebi oluştursa da, şüpheli İsmet TUNGA'nın ortaya koyduğumuz bu sözlerinin, **hukuka uygunluk sebebi** teşkil edecek ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte **olmadığı açıktır**. İfade özgürlüğü, esasını AY m.25 ve m.26'dan almakta olup; İHAS m.10/f.III' e paralel bir düzenleme içeren AY m.26/f.II'ye göre; *"Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir."* Buradan da anlaşılmaktadır ki; ifade özgürlüğü ile getirilmek istenen korumanın sonsuz ve sınırsız olmadığı, belirli şartlarla da olsa bu özgürlüğün sınırlandırılmasının gerekeceği, ulusal ve uluslararası alandaki normlar ile de kabul edilmiştir. Milli güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu düzeninin korunması sebebiyle getirilen sınırlamalarda AİHM'nin Türkiye ile ilgili kararlarına bakıldığında, Mahkemenin; yapılan açıklamanın içeriğini¹⁹, açıklamayı yapan kişiyi²⁰, açıklamanın yapıldığı ortamı, yapılaş şeklini, potansiyel etkisini²¹ ve açıklamanın yapıldığı kitlenin sayısal niteliğini de dikkate alarak demokratik toplumda ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın gerekip gerekmediğine karar verdiği görülmektedir²². Bununla birlikte AİHM'e göre anti-demokratik görüş ve düşünceler 10. madde uyarınca koruma kapsamında yer almayacaktır²³. Buna göre şüpheli İsmail TUNGA'nın konuşmasında yer alan

19 08.07.1999; Sürek / Türkiye Kararı

20 25.11.1997 Zana / Türkiye Kararı, 08.07.1999 Ceylan / Türkiye Kararı

21 08.07.1999 Karataş / Türkiye Kararı, 25.11.1997 Grigoriades / Yunanistan Kararı

22 **KOCASAKAL**, Ümit; **AKSOY**, Eylem; **MEMİŞ**, Pınar; "AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğü", İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku; Ceza Hukuku Derneği Yayınları; No.1; İstanbul, 2003, Sh: 42.

23 1979, Glimmer Veen and Hagenbeek, Komisyon Kabul Kararı; 23.09.1998, Lehideux&Isorini / Fransa Kararı; 29.03.2001, Thoma /Lüksemburg Kararı, 25.07.2001, Perna / İtalya Kararı

“(...) 1923’te kurulan bu köhnemiş Cumhuriyet artık Türkiye’yi taşıyamamaktadır.” ifadesi hiçbir şekilde demokratik bir devletin ilkeleri ile bağdaşmayacağı gibi, böyle bir söylemin uluslararası hukuk normlarınınca da korunamayacağı ortadadır.

Bu itibarla ifade özgürlüğü toplum yaşayışının ve demokratik nizamın icaplarıyla bağdaşmalı, toplumsal yaşayış ile düşünce ve kanaat hürriyeti arasında bir denge sağlanmalıdır. Bu sebeptendir ki; laik ve demokratik düzeni yıkmak, devletin ve milletin bütünlüğünü parçalamak isteyen düşüncelerin açıklanması ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.

Demokratik toplumların en büyük gereksinimi ve güvencesi olan “ifade özgürlüğü ve eleştiri hakkı”nın “aşağılama” kavramıyla arasındaki çizginin isabetli olarak belirlenmesi gerekir. Kanunkoyucu tarafından cezalandırılmak istenen, aşağılama niteliği taşıyan ifadeler olup, salt düşüncenin açıklanması niteliğini taşıyan söylemler bu kapsamda değildir. Oysaki; şüpheli İsmet TUNGA’nın ilgili konuşmasında kullandığı ifadeler eleştiri niteliğini ve fikir belirtme amacını aşan, küçültücü ve mütecaviz nitelikte ifadeler olup düşünce özgürlüğü ve eleştiri hakkı kapsamında kabul edilemez. İfade özgürlüğü hiçbir şekilde bir devletin yönetim biçimine, hükümetine, yargı organına ya da emniyet teşkilatına yönelik saldırı niteliğindeki küçültücü ve aşağılayıcı beyanların kullanılmasını meşru hale getiremez. Gerek ulusal gerekse uluslararası alandaki normları ve uygulamaları birlikte değerlendirdiğimizde ve şüpheli İsmet TUNGA’nın bir sivil toplum kuruluşundaki başkan kimliği, kurultayın aleniyeti, şahsın kurultaya katılanları etkileyebilecek nitelikteki statüsü, konuşmanın konusu, Anayasa ile sıkı bir korunma altına alınmış müesseselere ve demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmaya yönelik saldırgan ifadeleri de göz önünde bulundurulduğunda, hiçbir şekilde bu konuşmasının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği, aksine “insanlık dışı”, “rezil”, “kıyım makinesi”, “savıcı”, “hakem”, “faşizan”, “ceberrut”, “köhnemiş” gibi kasten seçilmiş saldırgan ifadelerin başlı başına Cumhuriyeti, Devlet kurum ve organlarını aşağılama niyeti taşıdığı şüphe götürmeyecek kadar açıktır.

“1923’te kurulan bu köhnemiş Cumhuriyet artık Türkiye’yi taşıyamamaktadır.” diyerek, Türkiye Cumhuriyeti’nin siyasal sisteminin Cumhuriyet olduğunu dile getiren Anayasal düzeni tahkir eden şüpheli İsmet TUNGA, ayrıca silahlı örgüt olarak kabul edilen bir terör örgütünün üyesi de olmuştur.

10. *Devlet*, belirli bir ülke üzerinde belirli bir insan topluluğunu ve bu topluluğu organize eden siyasi iktidarı ifade etmektedir²⁴. Ceza hukuku kuralları da, devletin bu organizasyon ve düzenini korumaktadır ve dev-

24 PAZARCI, Hüseyin; “Uluslararası Hukuk”; Turhan Kitabevi; Ankara 2003; Sh: 140.

letin varlığı belirtilen unsurların güvenliğine ve sürekliliğine bağlıdır²⁵. “Silahlı Örgüte Üye Olma” ve “Silahlı Örgütü Yönetme” da bu yönde oluşturulmuş suçlardandır.

11. TCK m. 314’ün gerekçesinde belirtildiği gibi; ”Maddede geçen temel kavram **örgüttür**”. Genel olarak *örgüt* “ortak bir amaç veya işi gerçekleştirmek için kurumların veya kişilerin oluşturduğu birlik” olarak tanımlanmaktadır²⁶. TMK m.1/f.III’e göre örgüt terimi, TCK ile ceza hükümlerini içeren özel kanunlarda geçen teşekkül, cemiyet, silahlı cemiyet, çete veya silahlı çeteyi de kapsamaktadır.
12. Şüphelinin evinde yapılan arama sonucunda, yasadışı silahlı bir örgüte ait dokümanlar ve şifreli yazışmalar bulunmuştur. Bu yasadışı dokümanlar ve sadece **örgüt üyeleri** tarafından anlaşılabilir bu dokümanlarda bulunan şifreli yazışmalar şüphelinin örgütle olan bağımlı ortaya çıkarmaktadır. Zira bu tür örgütlerin yasadışı faaliyet gösterdiği ve bu örgütlerde gizliliğin esas olduğu da göz önünde tutulduğunda örgütçe gizli tutulması için şifreye bağlanmış yazıların ancak örgüt üyelerince kullanılabilir nitelikte olduğu açıktır. Bu şifreli yazışmaların çözülmesi sonucunda yazışmalarda örgütün stratejisi ile ilgili bilgiler bulunduğu ortaya çıkarılmıştır. “Önceden belirlenen bir amaca ulaşmak için tutulan yol” anlamına gelen *stratejinin* askeriye mensupları ve bir örgüt içinde kendini asker gibi kabul eden kişilerce yapılan tanımı ise “bir ulusun veya uluslar topluluğunun, barış ve savaşta benimsenen politikalara en fazla desteği vermek amacıyla politik, ekonomik, psikolojik ve askerî güçleri bir arada kullanma bilimi ve sanatı”dır²⁷. Bir örgüt açısından hayati öneme sahip “**strateji**”yi belirleyenler alelade kişiler olmayıp, bu kişilerin örgüte sıkı sıkıya bağlı, ulaşmak isteyen gayeyi benimsemiş ve bu uğurda üstüne düşen görevi yapmaktan kaçınmayacak kişiler olması gerektiği kuşkusuzdur. Unutulmamalıdır ki; örgüt faaliyetlerinin benimsenmesi, programının kabul edilmesi örgüt üyeliği için yeterli değildir. Kişinin örgüte bir katkı sağlaması gerekir, hatta bu katkının mutlaka maddi bir katkı olması dahi aranmaz. Kişinin örgütün emrine amade olduğunun ve gerektiğinde bu kişinin kullanılabileceğinin bilinmesi örgütü güçlendiren bir katkıdır²⁸. Şüphelinin örgüte maddi bir katkı sağladığı stratejinin belirlenmesindeki rolü ile sabitlenmiştir.

Öte yandan mektupların birden fazla olması aralarındaki **ilişkinin süre-**

25 **ÖZEK**, Çetin; “Devlete Karşı Suçlar”; İstanbul, 1976; Sh: 44.

26 www.tdk.gov.tr

27 www.tdk.gov.tr

28 **SONAY EVİK**, Vesile; “Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu”; İstanbul, 2004; Sh: 257.

İliğini ortaya koymaktadır. Süreklilik unsurunun kabulünde, Kanun'da belirtilen amaçları gerçekleştirmek için birden fazla kişinin birlikteliğinin oluşturulması ve organizasyonu gerekli ve yeterlidir²⁹. Mektuplar aracılığıyla kişiler arasında organizasyonun oluşturulması sağlanmıştır. Amaç suçun, devletin yıkılmasına, Anayasanın zorla değiştirilmesine yönelik, toplum düzeni açısından ciddi tehlikeler doğuracak mahiyette olması nedeniyle bu tür fiillerin gerçekleştirilmesine yönelik kurulan silahlı örgütün³⁰ üyeleri arasındaki ilişkinin bu gayenin gerçekleşmesi için süreklilik arz etmesi zorunluluğu açıktır³¹. Örgütle ilişkideki devamlılık beraberinde bir **organizasyonu**, **işbölümünü** ve dolayısıyla bir **hiyerarşiyi** getirir³². Örgüte stratejik bilgiler veren bir kişiyle olan ilişkinin süreklilik arz etmesi ise örgütün o kişiye duyduğu güveni ve ona atfettiği yeri gösterir. Ayrıca şüphelinin yaptığı telefon görüşmeleri ve aldığı mektuplarla bu silahlı örgütün yurt dışındaki yetkilileriyle irtibat içinde olduğu ortaya çıkmaktadır. Üstelik bu kişilerle yapılan telefon görüşmelerinde şüpheli İsmet TUNGA'nın talimatlar aldığı, telefon görüşmelerinin çözümlenmesiyle ortaya çıkarılmıştır. Bu talimatların varlığı, telefon görüşmelerinin yapıldığı kişi olan diğer şüpheli Murat KARACA ile İsmet TUNGA arasındaki **emir-komuta zinciri** niteliğindeki bağı ortaya çıkarmaktadır. Zira *talimat* "görevin gerektirdiği türlü hizmetlerin başarıyla yürütülmesi için kumandanlık, başkanlık veya üstler tarafından verilen, o hizmetle ilgili sorumluluk, düzen ve ilkeleri içine alan buyruk"³³ anlamına gelmekte ve bu buyruk ancak aralarında hiyerarşik bağ bulunan kişiler arasında verilebilmektedir. *Hiyerarşik bağ*, işbölümünün ve örgütün organizasyonunun devamını sağlayabilmek için talimatlarla amaçlanan gayeye ulaşılmasını sağlayan olmazsa olmaz unsurlardan biridir. Bu kişilerle olan ilişkisinin alelade bir bağ olmadığı ortaya çıkan şüpheli İsmet TUNGA'nın bilerek ve isteyerek bu örgüte üye olduğu bütün bu veriler çerçevesinde ortaya çıkmaktadır³⁴. Zira verilen talimatları bir görev bilinciyle kabul eden İsmet TUNGA örgütle ilişkisine devamda ısrar etmekte ve yasadışı silahlı örgütün yasal zemindeki stratejik planlarını da yapmaktadır.

Bir sivil toplum kuruluşunun başkanı olan şüpheli İsmet TUNGA'nın, silahlı örgüt mensupları ile organik ilişki kurup, bu çetenin amaçları doğrultusunda süreklilik ve çeşitlilik arz eden faaliyetlerde bulunduğu, örgüt men-

29 **SONAY EVİK**; a.g.e.; Sh: 247.

30 **KURT**, Şahin; "Uygulamada Terör Suçları ve İlgili Mevzuat"; Seçkin Yayınevi; Ankara,1998; Sh: 200.

31 Yarg. 9. CD. 29.1.2004 E.2300, K. 2004.280; Yarg. 9. CD. 29.1.2004 E. 2003.2300 K. 2004.280

Yarg. 9. CD. 14.10.2003 E. 2003.1626 K. 2003.1767 www.kazanci.com

32 **ZAFER**; a.g.e.; Sh: 141.

33 www.tdk.gov.tr

34 **KURT**; a.g.e.; Sh: 202.

supları ile görüşüp verilen görevleri kabul ettiği, evinde örgüte ait dokümanların ve stratejiler ile ilgili şifreli yazışmaların ele geçirildiği ve bu şekilde şüphelinin silahlı örgütü üye olmak suçunu işlediği açıktır. Her devlet siyasal yapısını ve genel güvenliğini sağlayabilmek için kendisine silahla karşı koyanlara yönelik savunmasını geliştirmek, demokratik hukuk kuralları içinde terör örgütlerine karşı her türlü mücadeleyi vermek zorundadır.

13. Şüpheli Murat KARACA'nın şüpheli İsmet TUNGA'ya örgütün faaliyetleriyle ilgili **talimatlar** verdiği ortaya çıkarılmıştır. *Talimat vermenin*, ancak aralarında aynı gayeye ulaşmak için bir araya gelmiş kişiler tarafından mümkün olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, Murat KARACA'nın da emir-komuta zinciri içinde şüpheli İsmet TUNGA ile aynı yasadışı silahlı örgütle ilişkisi olduğu sabitlenmiştir. *Talimat verme* örgütün düzgün işleyişinin sağlanması için yapılan bir faaliyettir ve örgütün organizasyonunu sağlar. **Organize etme**; üyeler arasında koordinasyonu sağlama, örgütün daha iyi işlemesi için organize yapının uygulanması, davranış kurallarının belirlenmesi, örgüt amaçlarının gerçekleştirilmesi için zaman ve yer gibi hususların belirlenmesi, gerekli bilgi ve araçların sağlanması şeklinde örgütü daha etkili ve uygun kılmak için yapılan faaliyetlerdir³⁵. Organize etme hareketi yönetmeden ayrılamaz. Örgütü yöneten kişi veya kişiler, örgüt amaçlarının gerçekleştirilmesi, örgütü etkili ve uygun kılmak için emir ve direktifleri verdikleri gibi, örgüt mensupları arasında koordinasyon ve uyumun, bilgi, araç gibi unsurların sağlanması yönünde çeşitli faaliyetlerde bulunurlar. **Yönetmek**, organize etmeyi de kapsar³⁶. Bu organizasyonu sağlamak için şüpheli Murat KARACA silahlı örgütün yöneticisi konumundadır.
14. Mektuplarda adı geçen Talat ŞEKER'le ilgili yeterli delil bulunmadığından, hakkında kamu davası açılması uygun görülmemiştir.

III- NETİCE VE TALEP:

15. 30.05.2005 tarihinde şüpheli **İsmet TUNGA** tarafından bir parti kurul-tayında yapılan konuşma 5237 s. TCK m.301/f.I-II'yi ihlal etmektedir. Konuşmanın yapıldığı tarih tam olarak 5237 s. TCK'nin yürürlüğe girmesinden bir gün önceye tekabül etmektedir. Başka bir ifadeyle, fiilin meydana geldiği tarih bir önceki Ceza Kanunumuz olan 765 s. TCK yürürlükteyken işlenmiştir. Bilindiği gibi bu hallerde zaman bakımından uygulama hükümlerine gidilmesi gerekir. 765 s. TCK m.2 /f.II "*Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşir olu-*

35 SONAY EVİK; a.g.e.; Sh: 253.

36 SONAY EVİK; a.g.e.; Sh: 253.

nan kanununun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur.” hükmünü ortaya koymuştur. Bu durumda 765 s. TCK m.159/f.I ile 5237 s. TCK m.301/f.I ve II hükümlerinin hangisinin **lex mitior** olduğu tespit edilmesi gerekmektedir. 765 s. TCK m.159/f.I’de gösterilen müesseselerin her birinin ayrı ayrı tahkir ve tezyifi ayrı suçları doğurur. Örneğin aynı yazı ya da aynı konuşmada hem hükümet, hem cumhuriyet, hem de adliyenin manevi şahsiyeti tahkir ve tezyif edilmişse ortada üç ayrı suç var demektir³⁷. Somut olayda da aynı konuşma içinde birden fazla kuruma hakaret edildiği ve kurumların aşağılandığı görülmektedir. Bu sebeple birden fazla suç oluştuğunun kabulü zorunludur³⁸. 5237 s. TCK m.301/f.I hükmü somut olaya uygulandığında Cumhuriyetin aşağılandığı; f.II hükmü uygulandığında ise hükümetin, emniyet teşkilatının ve yargı organlarının aşağılandığı görülecektir. Hem 765 s. hem de 5237 s. TCK’deki hükümlerde öngörülen cezalar somut olaya uygulandığında 765 s. TCK’ya göre 2 - 12 yıl arası cezaya hükmolunacakken; 5237 s. TCK’ya göre 2 - 9 yıl arası cezaya hükmedilecektir. Sonuç itibarıyla; failin lehine olan **5237 s. TCK m.301/f.I ve II** nin göz önünde bulundurularak cezalandırılmasına;

Şüpheli İsmet TUNGA’nın, hareketine uyan 5237 s. TCK m.314/f.II’de 5-10 yıl hapis cezası ve 756 s. TCK m.168/f.II’de 10-15 yıl ağır hapis cezası olarak düzenlenmiş cezalar göz önünde bulundurulduğunda failin lehine olan **5237 s. TCK m.314/f.II** gereğince

3713 s. TMK m.5’in gereğince cezalandırılmasına;

16. Şüpheli **Murat KARACA**’nın, hareketine uyan 5237 s. TCK m.314/f.I’de 10-15 hapis cezası ve 756 s. TCK m. 168/f.I’de on beş seneden aşağı olmamak üzere belirlenmesi gereken ağır hapis cezası olarak düzenlenmiş cezalar göz önünde bulundurulduğunda failin lehine olan **5237 s. TCK m.314/f.I** gereğince **3713 s. TMK m.5** de göz önünde bulundurulularak cezalandırılmasına;

17. Şüpheli **İsmet TUNGA**’nın **tutukluluk halinin devamına** ve şüpheli **Murat KARACA**’nın **tutuklanarak yargılanmasına** karar verilmesine;

Şüpheli isnat edilen suçlar yukarıda anlatılan delillerle sabit olduğundan 5271 s. CMK m.250’ye göre kurulan özel görevli Ağır Ceza Mahkemesi’nde yargılaması yapılarak, karar verilmesi kamu adına TALEP ve İDDİA olunur.

37 GÜNDEL; a.g.e.; Sh: 9.

38 SENKERİ, Tarık; “Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri”; Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.; İstanbul, 1993; Sh: 268.

SAVUNMA DİLEKÇESİ

T.C.
(...)
CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI

HAZIRLIK NO : (...)
ESAS NO : (...)
İDDİANAME NO: (...)

İDDİANAME
(...) AĞIR CEZA MAHKEMESİ'NE
İSTANBUL

DAVACI : Kamu Hukuku
DAVALI : **1.** İsmet **TUNGA**, (...) oğlu, (...) doğumlu, (...)’da oturur.
2. Murat **KARACA**, (...) oğlu, (...) doğumlu, (...)’da oturur.
MÜDAFİİ : Av. Hüseyin GÜLMEZ

İSNAT EDİLEN SUÇ : - Cumhuriyeti, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin Emniyet Teşkilatını ve Devletin Yargı Organlarını aşağılamak (İsmet TUNGA)
- Silahlı örgüt yönetmek (Murat KARACA)
- Silahlı örgüte üye olmak (İsmet TUNGA)

DİLEKÇE KONUSU : Müvekkillerim hakkında açılan kamu davasına ilişkin savunmadır.

“Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” (TCK m. 301) ve “Silahlı Örgüte Üye Olma ” (TCK m. 314) suçundan müvekkillerimden İsmet TUNGA ve “Silahlı Örgüt Yönetme” (TCK m. 314) suçundan müvekkilim Murat KARACA hakkında açılan kamu davasına karşı usule ve esasa ilişkin açıklamalarımızı sunduğumuz dilekçemizdir.

I- OLAYLAR :

1. Bir sivil toplum kuruluşunun başkanı olan müvekkilim İsmet TUNGA'nın 30.05.2005 tarihinde bir parti kurultayında yaptığı konuşmasında kullandığı ifadelerle dayanılarak 03.06.2005 tarihinde, müvekkilim yurtdışında bulunduğu sırada evi, saat 20.15'te kollukça yoldan geçen iki kişinin huzurunda hukuka aykırı bir biçimde aranmıştır. Arama sonucunda bulunan birtakım belge ve mektuplara Kanun'da gösterilen usul ve esaslara uyulmaksızın el konulmuştur. Müvekkilim İsmet TUNGA haklı olarak bu el koyma işlemine itiraz etmişse de, bu itiraz hâkim tarafından reddedilmiştir. Bu sırada, müvekkilimin cep telefonu konuşmaları hukuka aykırı olarak dinlemeye ve kayda alınmaya başlanmıştır. Savcılıkça, müvekkilim İsmet TUNGA'nın ifadesi alınmış, tutuklama istemi ile müvekkilim Sulh Ceza Hâkimliği'ne sevk edilmiştir. Sulh Ceza Hâkimliğince müvekkilimin sorgusu müdafii bulunmaksızın yapılmış ve tutuklanmasına karar verilmiştir. Yapılan arama, el koyma, ifade alma ve tutuklama işlemlerinin tümü hukuka aykırıdır. Bu aykırılıklara ilişkin açıklamalara aşağıda değinilecektir.
2. İsmet TUNGA'nın müdafii sıfatıyla soruşturma dosyasının bir suretini alma isteğimiz Sulh Ceza Hâkimliğince reddedilmiş ve dosyada bulunan belgeleri incelememize kısıtlama getirilmiştir.
3. Müvekkilim İsmet TUNGA aleyhinde "Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılamak" ve "Silahlı Örgüte üye olmak"; diğer müvekkilim Murat KARACA aleyhinde ise "Silahlı Örgüt Yönetmek" suçlarından kamu davası açılmıştır.

II- TCK m. 301'DE DÜZENLENEN SUÇA İLİŞKİN SAVUNMA SEBEPLERİMİZ

4. Müvekkililerimden İsmet TUNGA'ya 30.05.2005 tarihinde bir parti kurultayında yaptığı konuşmasından ötürü 5237 s. TCK m.301'de düzenlenmiş bulunan "Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama" suçu isnat edilmiştir.

Suç Genel Teorisi gereğince bir fiilin suç teşkil etmesi için, dört unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Bu unsurları "kanuni unsur, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur" olarak sıralamak mümkündür³⁹. Müvekkilim İsmet TUNGA'ya isnat edilen "Türklüğü, Cumhuriyeti,

39 DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir; "Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku"; Genel Kısım; C: I; Beta Yayınevi; İstanbul, 1997, Sh: 311.

Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama” suçuna ilişkin olarak manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden bu suçun oluştuğunu kabul etmek de mümkün değildir.

5. Müvekkilim İsmet TUNGA'nın suç oluşturduğu iddia edilen konuşmasında kullandığı ifadeler, eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları mahiyetinde olup, burada **hukuka uygunluk sebebi** bulunduğundan suç oluşmamaktadır. *Eleştiri hakkı*, Anayasamızda güvence altına alınan ifade özgürlüğünün doğal bir parçası olup kişilerin bu hakkı kullanmaları sonucu ortaya koydukları düşüncelerin suç oluşturmayacağı açıktır. Demokrasinin “olmazsa olmaz şartı” olan ifade özgürlüğü, birçok hak ve özgürlüğün temeli, kişisel ve toplumsal gelişmenin de kaynağıdır. Eğer bir toplumda düşünce özgürlüğü yerleşik düzeni eleştirme ve kınama hakkını kapsamıyor ve yalnızca onu övmeyi öngörüyorsa, orada bağınazlık kaçınılmaz hale gelir, gelişme durur.

İfade özgürlüğü sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenilmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. AİHM, Handyside / İngiltere kararında bu özgürlüğün kullanımına yaklaşımını şu şekilde ortaya koymuştur: “Düşünce özgürlüğü demokratik toplumun başlıca temel taşlarından kişinin ilerleyip gelişmesinin asal koşullarından birini teşkil eder. 2. fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla bu özgürlük sadece itibar gören veya zararsız yahut önemsiz sayılan haberler ya da fikirler bakımından değil, aynı zamanda Devlet ve halkın bir bölümü için aykırı, kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici cinsten olanlar için de geçerlidir.” Nitekim müvekkilim İsmet TUNGA, konuşmasında demokrasi ve insan hakları için mücadele ettiğini ve bu mücadelenin sonsuza dek süreceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, bu konuşma demokrasi mücadelesi yürüten bir kişinin demokrasinin kendisine bahsettiği bir **hakkı kullanmasından** ibarettir.

İfade özgürlüğü uluslararası temel metinlerde de yer almakta olup ilgili uluslararası normlara baktığımızda; özgürlüğü güvence altına alan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 19. maddesine göre “Herkesin görüş ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, karışmasız görüş edinme ve hangi yoldan ve hangi ülkede olursa olsun bilgi ve düşünceleri arama, alma ve yayma özgürlüğünü içerir.” İHAS m.9/f.I/c.1'e göre ; “Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir.”, İHAS m.10/f.I'e göre ise “Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir.”

İç hukuk normlarına baktığımızda ise; 1982 Anayasası'nın 25. maddesinde düşünce ve kanaat hürriyeti başlığı altında; “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. (...) Düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve **suçlanamaz**.”, 26. maddesinde ise, İHAS m.10/f.1’deki düzenlemeye benzer şekilde; “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. (...)” hükmüne yer verildiğini görmekteyiz.

Bunlarla birlikte gerek Birleşmiş Milletler gerekse Avrupa Konseyi belgeleri ile oluşturulan ortak standardın en önemli özelliği ifade özgürlüğünün çok geniş yer tutması olup, gerek AİHM kararlarında gerek Yargıtay kararlarında ifade özgürlüğü demokratik toplumun zorunlu dayanaklarından biri olarak kabul edilmiştir⁴⁰.

Düşünce özgürlüğü esasında iktidara ve toplumda dokunulmaz olarak bilinen bazı düşüncelere yönelik eleştirilerin özel olarak korunması ihtiyacından doğmuş olup TCK m.301 kapsamında yer alan kurum ve değerlere yönelik cezai korumanın da kamusal eleştiri hakkını **daraltıcı ve ortadan kaldıracı derecede bir baskı rejimine dönüşmemesi gerekir**.

Öte yandan, AİHM; birçok kararında istikrarlı bir biçimde, “yalnızca olağan, zararsız veya tarafsız düşüncelerin değil, Devlete ve toplumun belirli bir bölümüne aykırılık taşıyan, onları rahatsız eden, endişe uyandıran ve hatta şoke eden” düşüncelerin dahi demokratik bir toplumda yasaklanamayacağını kesin bir dille belirtmektedir⁴¹. Siyasi kimlik taşıyanların ve kamu görevlilerinin, vatandaşların eleştirilerine karşı daha fazla tahammül etmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine Amerikan Yüksek Mahkemesi birçok kararında AİHM kararları ile hemen hemen aynı görüşleri benimsemiştir⁴². Bu tutum da uluslararası alanda ifade, dolayısıyla eleştiri özgürlüğüne bakış açısının nasıl olduğunu anlamamıza yardımcı olmaktadır.

Ayrıca AİHM yine bazı kararlarında yargı organlarının da eleştirilebileceğini ortaya koymuştur⁴³. Bu kapsamda müvekkilimin mahkemeler, savcılar ve hâkimler hakkında sarf ettiği sözler yargı organlarının işleyişine yönelik eleştirilerden ibarettir. Keza, müvekkilim “savcılık” sıfatıyla, ağır iş yükü ve sistemdeki eksiklikler nedeniyle savcılık kurumundaki aksaklıkları dile

40 UYGUN, Oktay; “İfade Özgürlüğü: Ulusal ve Uluslararası Standartlar”; Güncel Hukuk Dergisi, s: 1, Sh: 26.

41 07.12.1976, Handyside / İngiltere Kararı

42 1931, Stromberg / California Davası; 1964, New York Times Co. /Suplivan Kararı

43 24.02.1997, De Haes ve Gijssels / Belçika Kararı; 25.07.2001, Perna / İtalya Kararı

getirmiş ve “hakem” sıfatıyla yargı bağımsızlığındaki problemleri ortaya koyarak bu kurumları eleştirmiştir. Başka kararlarında^{44, 45} AİHM, düşüncelerin sert bir üslupla ve hatta saldırgan ifadelerle açıklanabileceğini, diğer bir kararında⁴⁶ ise şiddet içermeyen direniş çağrısında bulunulabileceğini kabul etmiştir. Belirtmek gerekir ki; eleştiri hakkının temelinde yer alan düşünce ve düşünceyi yayma hürriyetinin sınırını “şiddete çağrı” oluşturmaktadır. AİHM içtihatları da bu doğrultudadır. Örneğin, AİHM Aksoy / Türkiye davasında⁴⁷ Türkiye Devleti’nin **mevcut düzenini sorgulayan** ancak şiddete çağrı içermeyen konuşma ve yayınların cezalandırılmasının düşünce özgürlüğünün ihlali olduğu sonucuna varmıştır. Nitekim, müvekkilimin Cumhuriyetle ilgili açıklamaları düzeni sorgulamaktan öteye geçmemiştir. Müvekkilimin konuşmasında şiddete veya silahlı direnişe teşvik edici hiçbir unsur bulunmamaktadır. Aksine, müvekkilim terörün ve şiddetin karşısında olduğunu; terör ve şiddet uygulamalarıyla bir yere varılamayacağını konuşmasının bütününde vurgulamaktadır. Yargıtay da bazı kararlarında⁴⁸ şiddet unsuru içermeyen ve kamu düzeni için açık ve yakın bir tehlike yaratmayan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağını belirtmiştir.

Öte yandan, 765 s. TCK m.159/f.son’daki düzenlemeye paralel olarak, kanunkoyucu TCK m.301/f.IV’te de “eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları”na bir hukuka uygunluk sebebi olarak yer vermiş, bu konudaki istikrarlı tutumunu korumuştur.

Müvekkilim İsmet TUNGA, yaptığı konuşmada eleştiri hakkının sınırları içinde kalmıştır. Konuşmada sarf edilen sözcüklerin huşunet (*sertlik, kabalık, katılık*)⁴⁹ içerdiği düşünülebilirse de; eleştiri amacıyla söylenen sözlerde huşunet bulunması doğaldır⁵⁰ ve huşunet niteliğini haiz her türlü görüş açıklamasını tahkir ve tezyif olarak adlandırmak doğru kabul edilemez. Bilindiği gibi, eleştiri, *niteliği gereği* ağırdır. Eleştirinin amacı doğru olmadığı düşünülen bir olguyu, durumu veya davranışı ortaya koymak olduğundan, var olduğuna inanılan eksiklik ve yanlışlıkların ifade edilmesinde şok edici, sarsıcı sözcük ve kavramlara yer verilmesi tabiidir. Nitekim, Ceza Genel Kurulu 2005 tarihli bir kararında⁵¹ “Eleştiri hakkı da kaynağını düşünce hür-

44 08.07. 1999, Ceylan / Türkiye Kararı

45 18.07.2000, Şener / Türkiye Kararı

46 09.06.1998, Incal / Türkiye Kararı

47 18.12.1996, Aksoy / Türkiye Kararı

48 CGK, 23.11.2004, E. 2004/8-130; K. 2004/2006, Aydar Kararı; CGK, 2005, E. 2004/8-201, K. 2005/30

49 **DEVELLİOĞLU**, Ferit, “Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat”; Ankara, 2002

50 **DÖNMEZER**, Sulhi; “Kişilere ve Mala Karşı Cürümler”; Beta Yayınevi;16. Bası; İstanbul, 2001; Sh: 313.; No: 247.

51 Yarg. 8. CD., E.2004/8-201, K. 2005/30

riyetinden alır (...) Açıklanan düşünce ve kanaatler eleştiri niteliğinde olunca, onun bir övgü olmaması, sert ve haşin olması doğal bir sonuçtur.(...)” demek suretiyle eleştiri hakkının çerçevesi konusunda bir belirleme yapmıştır. Bu bağlamda, müvekkilimin eleştiri hakkının sınırını aşmadığı ortadadır.

6. Ekleme gerekir ki; müvekkilimin yapmış olduğu konuşma hukuka uygun olmakla birlikte, konuşmanın bütününe bakıldığında, müvekkilimde “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” iradesinin de bulunmadığı anlaşılmaktadır. Zaten, müvekkilimin konuşmasının bir bütün olarak değerlendirilmeyip, sözcüklerin cımbızla seçilircesine, bütünden bağımsız olarak ele alınması, müvekkilimin iradesini gerçeğe uygun olarak ortaya çıkmasına engel olmaktadır.

İfade özgürlüğünün sınırlarının tayininde, salt kullanılan ifadelerin içeriği değil, aynı zamanda bu ifadeleri kullananların gayesi de çok önemlidir, çünkü bizzat söylenen sözler veya yazılan kelimeler anlamlarını failin gayesinden almaktadırlar⁵². Bu noktada, **manevi unsurun** tespiti önem arz etmektedir.

Müvekkilim İsmet TUNGA'ya isnat edilen “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama” suçunun manevi unsurunu, doktrindeki baskın görüşe göre, özel kast teşkil etmektedir⁵³. *Özel kast*, “kullanılan ifadelerin tahkir içerdiğini bilmek ve aleniyete de bilerek sebebiyet vermekten ibaret olup, ayrıca müesseselerin prestijlerini düşürmek, alay etmek, halkın değersiz ve düşük telakki etmesine maruz bırakmayı istemek” tir⁵⁴.

Müvekkilim kullandığı ifadelerle memleketin içinde bulunduğu olumsuz şartlardan dolayı duyduğu üzüntüyü dinleyici kitleleriyle paylaşmak istemiş ve her hangi bir tahkir kastı taşımaksızın öncelikle sorunları ortaya koymak ve sonrasında çözüm yolları bulmak amacıyla hareket etmiştir.

Çağdaş, demokratik toplumun vazgeçilmez bir gereği olan sivil toplum kuruluşları, halkın taleplerini meşru bir zeminde dile getirmek, bu talepleri hayata geçirmek için vardır. *Parti kurultayları* bu sivil toplum kuruluşlarının demokrasi taleplerini somutlaştırdıkları, fikirlerini ve eleştirilerini dile getirdikleri, ideallerini, hedeflerini ortaya koydukları yasal düzlemlerdir.

52 **SENKERİ**, Tarık; “Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri”; İstanbul, 1996; Sh: 255.

53 **EREM**, Faruk; “Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku”; Özel Hükümler, C:III; Sh: 146.; **ERMAN**, Sahir; “Hakaret ve Sövme Cürümleri”; İstanbul, 1950; Sh: 156.

54 **ERMAN**; a.g.e.; Sh: 160.; **EREM**; a.g.e., Sh: 106.; **ÖZEK**, Çetin; “Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu”; İstanbul, 1972; Sh. 473. (**SENKERİ**’den naklen, a.g.e.; Sh: 256.)

Müvekkilim İsmet TUNGA, bu parti kurultayında yaptığı konuşmasında demokrasi mücadelesinin sonuna kadar süreceğini dile getirerek bu yöndeki **meşru** amacını ortaya koymuştur. Müvekkilimde Cumhuriyeti ve Devletin kurumlarını aşağılamak kastının bulunması şöyle dursun; müvekkilim aksine cumhuriyet rejiminin gerektirdiği tatminkar uygulamaların ortaya konması için uğraşı vermektedir.

Sonuç olarak, isnat edilen suçla ilişkin hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediği gibi; müvekkilim söz konusu suçun manevi unsurunu oluşturan özel aşağılama kastını taşımamakta, hatta bu suçla ilişkin bir genel kast dahi müvekkilimde bulunmamaktadır.

III. TCK m.314'TE DÜZENLENEN SUÇA İLİŞKİN SAVUNMA SEBEPLERİMİZ

7. Müvekkilim İsmet TUNGA'ya; evinde bulunan dokümanlara, mektuplara ve telefon görüşme kayıtlarına dayanılarak TCK m.314/f.II'de düzenlenen silahlı örgüte üye olma suçu, müvekkilim Murat KARACA'ya telefon görüşme kayıtlarına dayanılarak TCK m.314/f.I'de düzenlenen silahlı örgüt yönetme suçu isnat edilmiştir.
8. Müvekkilim İsmet TUNGA'nın 30.05.2005 tarihli konuşması üzerine, 03.06.2005 tarihinde, müvekkilimin konutunda arama yapılmıştır. 5271 sayılı CMK'nin 116-121. maddeleri "arama"yı düzenlemektedir. 116. maddede uyarınca; yakalanabileceği veya **suç delillerinin elde edilebileceği** hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. Öncelikle belirtmek isteriz ki; aramanın şartları oluşmamıştır. Şöyle ki; Cumhuriyet Savcısı veya polis somut bir suç ile ilgili hâkimden arama kararı elde ettiğinde, bu kararın **dayanağını teşkil eden suç** ile ilgili arama yapmalıdır⁵⁵. Müvekkilime isnat edilen suçla konu edilen konuşmanın video kaydı poliste bulunmaktadır, niteliği itibarıyla bu suçla ilişkin ne tür bir delilin aramayla elde edilebileceğini anlamak mümkün değildir.

Kolluk kuvveti, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet Savcısı'nın emriyle arama yapacaklarını ileri sürmüşse de; bu emir CMK m.119/f.I'de düzenlenen yazılılık şartına uymamaktadır. Öte yandan, arama esnasında Cumhuriyet Savcısı hazır bulunmamıştır. CMK m.119/f.IV gereğince, Cumhuriyet Savcısı olmaksızın yapılan konut aramalarında, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin hazır bulun-

55 ŞEN, Ersan; "Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu"; Beta Yayınevi; İstanbul, 1998, Sh: 39-40.

durulması gerekmektedir. Oysa müvekkilimin konutu aranırken ne ihtiyar heyetinden ne de komşulardan iki kişinin hazır bulunmasına gerek duyulmuştur. Kanun'a aykırı hareket edilmiş ve yoldan geçen iki kişinin arama hazır bulundurulmasıyla yetinilmiştir. Kanun koyucunun bu fıkra hükmünü düzenlerken güttüğü amacın, Cumhuriyet savcısının yokluğunda **herhangi** iki kişinin arama mahallinde olmasını sağlamak olmadığı açıktır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, müvekkilimin konutu kendisi yurtdışındayken aranmıştır. Bu nedenle, CMK m.120 uyarınca arama sırasında müvekkilimiz konutunda olmadığından müvekkilimizin temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya müvekkilimle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu aramada hazır bulundurulmalıdır. 120. maddede sayılan bu kişilerden hiçbiri arama sırasında konutta hazır bulunmamıştır.

CMK m.121 arama sonucunda verilecek belgeyi düzenlemektedir. Oysaki kolluk kuvvetlerince düzenlenmiş böyle bir belgeye rastlayamamaktayız. Bu nedenle, soruşturma konusu fiilin niteliği hakkında bilgi sahibi olunamamıştır.

9. Yapılan bu arama sırasında, müvekkilime ait bazı doküman ve mektuplara el konulmuştur. CMK m.123 uyarınca *“ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır.”* Görüldüğü üzere, muhafaza altına alınacak değerlerin *ispat aracı* olarak yararlı görülmesi muhafaza altına almanın şartını oluşturmaktadır. Oysa müvekkilim hakkında, yaptığı konuşma nedeniyle TCK m.301 uyarınca soruşturma başlatılmıştır. Dolayısıyla, bu suç isnadına konu olan konuşma da Savcılığın elinde bulunduğu müvekkilime ait mektupların *nasıl bir ispat aracı* teşkil edeceği anlaşılamamaktadır. Bu nedenle, el koymanın temel şartı oluşmamıştır. Öte yandan, arama yapan kolluk görevlisinin açık kimliğinin de yer aldığı el koyma işlemine ilişkin bir tutanak tutulmamış, CMK m.127'ye aykırı hareket edilmiştir.

10. Müvekkillerim aleyhinde, TCK m.314'e istinaden soruşturma başlatılmış ve soruşturma başlatılmasının hemen ardından müvekkilim İsmet TUNGA'nın cep telefonu Savcılıkça dinlemeye ve kayda alınmıştır. CMK m.135 gereğince *“bir suç nedeniyle yapılan soruşturmalarda, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve **başka surette delil elde edilmesi imkanının bulunmaması** durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir. Cumhuriyet Savcısı kararını derhal **hâkimin onayına sunar** ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir”*. Öncelikle dikkat etmek gerekir ki; kanunkoyucu, iletişimin tespi-

ti, dinlenmesi ve kayda alınmasını **başka surette delil elde edilmesi imkânının bulunmamasına** bağlamıştır. Ancak, isnat edilen söz konusu suça ilişkin müvekkilim aleyhinde **delil elde etmek için başka hiçbir işlem yapılmamış, soruşturmanın başlatılmasının hemen ardından** İsmet TUNGA'nın cep telefonu dinlemeye ve kayda alınmıştır. Dinleme ve kayda alınmanın bu bağlamda Kanun'un açık hükmüne aykırı olduğu ortadadır. Ayrıca, cep telefonunun dinlenmesi ve kayda alınması kararı Kanun'da belirtilen süre içinde **hâkim onayına sunulmamıştır**. Bu noktada, CMK m.137/f.III uyarınca hâkim onayı alınmadığı için dinleme ve kayda alınmaya Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal son verilmeli, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar yine Cumhuriyet Savcısı'nın denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilmelidir. CMK m.137/f.IV gereğince de; mevcut kayıtlar yok edildikten sonra en geç on beş gün içinde, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında müvekkilime Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından bilgi verilmelidir.

11. Ceza Muhakemesi Hukuku, kişi hak ve özgürlükleri ile yakın temas hâlinindedir. Kendisine suç isnat edilen kimsenin, yani sanığın, 1982 Anayasası'nın m.38/f.IV hükmü uyarınca **“masumiyet karinesi”** güvencesinden yararlanacağı, yani suçluluğu, kesinleşmiş bir mahkeme hükmü ile sabit olmadıkça masum sayılacağı ve sanığın **“adil yargılanma hakkı”**na sahip olacağı görülmektedir. Bu güvenceler ışığında, adli makamlar ceza yargılaması işlemlerine başvururken, o işlemlere ilişkin hukuk kurallarına uymak ve bu kurallar dairesinde delil toplamakla yükümlüdür. Bu kurallara aykırı davranışlar suretiyle elde edilen her delil, **“hukuka aykırı delil”** niteliğini taşıyacaktır.

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu *“vicdani delil sistemi”*ni benimsemiştir. Buna göre, yargılama makamı, toplanan delilleri serbestçe değerlendirebilecek ve kanuni ispat kuralları ile bağlı olmadan bir sonuca ulaşacaktır. Delil toplama ve değerlendirme ile ilgili bu sistem sınırsız değildir. Bu noktada getirilen en önemli sınırlama, ceza yargılaması normlarında öngörülen yasaklara ve delil toplama yollarına aykırı olarak toplanan delillerin, yani hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılamamasıdır.

Ceza muhakemesi normlarına aykırı olarak elde edilen deliller, “hukuka aykırı delil” niteliğini taşıdıklarından, hukuka uygunluğun baştan sona hüküm süreceği ceza yargılamasında kullanılamaz ve hükme esas alınamaz⁵⁶. Anayasamızın ve İHAS'ın çeşitli maddelerinde bu kuralın çeşitli görünümle-

56 ÖZTÜRK, Baki / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖZBEK, Veli Özer; “Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”; Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, Sh: 518.

ri bulunmakla birlikte, Anayasamızın 38. maddesinin çok açık hükmünü, burada bir kez daha belirtmek isteriz; “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*”

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 116. maddesi ve devamında, arama ve el koyma tedbirlerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Gerek el koyma, gerek arama, gerekse arama sonucunda elde edilen tahkikat konusu nesnelere el koyma ve bunları inceleme tedbirlerinin tümü birer delil elde etme yoludur. Bu delillere ulaşmak için delil elde etme ile ilgili gösterilen usul ve esaslara uyulması zorunludur. Aksi takdirde, hukuka aykırı biçimde elde edilen delillerin hukuka uygunluğundan söz edilemeyecektir⁵⁷.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun, yukarıda işaret ettiğimiz, arama, el koyma ve iletişimin dinlenmesi ve kaydına ilişkin usul ve esaslarına uyulmamış olması, yapılan bu işlemlerin ve bu işlemler sonucunda elde edilen delillerin “hukuka aykırı” olduklarını göstermektedir. Sonuç olarak, bunlar yargılamada kullanılmamalı; soruşturma dosyasından çıkartılmalıdır.

12. Soruşturma sürecinde, müvekkilim İsmet TUNGA tutuklama istemiyle Sulh Hâkimliğine sevk edilmiş ve müdafii bulunmaksızın yapılan sorgulaması sonunda tutuklanmıştır. CMK m.101/f.III mucibince, tutuklama istenildiğinde şüpheli veya sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlandırılmalıdır. Oysa müvekkilimin tutuklandığı duruşmada, müdafii hazır bulunmamış, Kanun’un öngördüğü usul ve esaslara uyulmamıştır.
13. Dosyanın bir suretini almak istediğimizde ise, bu belgelerde devlet sırrı bulunması ve bunların bu aşamada alınmasının soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği gerekçesi ile talebimiz Sulh Hâkimliğince reddedilmiştir. Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi CMK m.153’te düzenlenmiş ve aynı maddenin 2. fıkrasında bu yetkiye kısıtlama getirebilme imkânından söz edilmiştir. Müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanabilmesi için; soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi gerekçesinin var olması gerekmektedir. Soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesinden; soruşturmanın geciktirilmesi, soruşturmanın engellenmesi veya olayın aydınlatılmasının zorlaştırılması anlaşılmalıdır⁵⁸. Olayda bu türden bir ihtimal yoktur, nitekim Sulh Hâkimliği de kararında böyle bir gerekçeye yer vermemiştir; yer verilen gerekçe ise bu belgelerde devlet sırrı bulunuyor olmasıdır. Salt “devlet sırrı”nın varlığından bah-

57 ŞEN; a.g.e.; Sh: 34.

58 CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide; “Ceza Muhakemesi Hukuku”; BetaYayınevi; İstanbul, 2003; Sh: 150.

sedilip, bunun soruşturmanın amacını ne şekilde tehlikeye düşüreceğinin açıklanmaması muğlak bir gerekçe doğurmakta ve bu durum her şeyden önce gerekçelendirme müessesesi ile ulaşılmak istenen amaca aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla, dosyaya ulaşmamız engellenerek müvekkilimin savunma hakkı ihlal edilmektedir.

14. Devletimiz, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "*insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olma*" ilkesini, yine AY m.4 ile Cumhuriyetimizin değiştirilemeyecek nitelikleri arasında kabul etmiştir. Devletin organlarından birisi olan yargı organı da faaliyetlerini, bu ilke ve bu ilke ışığında öngörülmuş hukuk normları çerçevesinde gerçekleştirmelidir. Bir başka deyişle; yargı organı, "**insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olma**" ilkesi doğrultusunda yasama organı tarafından kanunlaştırılan ceza muhakemesi ile ilgili hukuk normlarını göz önüne almak ve onlara bağlı kalmak suretiyle yargılama yapacaktır.

Bir insan hakkı olarak kabul edilen ve hukuk normlarında yerini alan "*Adil yargılanma hakkı*" İHAS m.6 ve AY m.19 ve m.38 ile hukuki güvence altına alınmıştır. Adil yargılanma hakkı; bir ceza tahkikatında sanığa yeterli savunma imkânı tanınması ve hukuka aykırı sayılabilecek yollara başvurulmaması olarak tanımlanabilir⁵⁹. Bu hakkın en önemli anayasal güvencelerini, AY m.2'de yer alan "*hukuk devleti*" ilkesi ile m.36'da yer alan "*hak arama hürriyeti*" oluşturmaktadır.

"Hukuk devleti" ilkesinin gereği olarak, devlet organları faaliyet gösterirken insan haklarına saygılı olmalı ve en önemlisi hukuk kurallarına işlem ve eylemleri sırasında bağlı kalmadır. Bu nedenle, cezalandırabilme yetkisine sahip olan devlet, yargı organı aracılığıyla yargılama yapıp adaleti gerçekleştirirken hukuk kurallarına bağlı olmak zorundadır. Ceza tahkikatındaki bir hukuka aykırılığı göz ardı etmek; hukuk devleti ilkesini çiğnemek ve herkesin yararına konulmuş olan hukuk kuralları yürürlükte iken, bu kuralların ihlaline izin vermek anlamına gelir. "Hukuk devleti" ilkesini benimseyen bir devlet, hukuk kurallarının ihlaline göz yumamaz ve bu ihlal sonucu ortaya çıkan hukuka aykırılığın, sanki *hukuka uygunmuş gibi* ceza muhakemesinde kullanılmasına sessiz kalmaz.

Dürüst yargılanma hakkının bir diğer anayasal güvencesi ise, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi "**hak arama hürriyeti**"dir. AY m.36/f.I hükmüne göre; meşru vasıta ve yolların kullanılmasının gerektiği yargılamada, herkesin iddia ve savunma hakkı vardır. Görüldüğü gibi, bir ceza yargılamasında sanık

59 "Dürüst Yargılanma Hakkı" konusunda geniş bilgi için; Bkz.: SCHROEDER / YENİSEY; "Dürüst Yargılanma Hakkı" (Free Trial); İstanbul, 1997

veya sanıkların suç işleyip işlemediklerini belirlerken mutlaka hukuk kuralarının çizdiği sınırlarda kalmak ve hukukun dışına çıkmamak, yani hukuka aykırı yollara başvurmak suretiyle yargılama yapmamak gerekir⁶⁰.

Daha önce de işaret ettiğimiz gibi, CMK m.101/f.III mucibince, tutuklama istenildiğinde şüpheli veya sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlandırılmalıdır. Görüldüğü gibi; müdafinin, sanığın ifadesi alınması veya sorgusunun yapılması sırasında sanığın yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenmeli ve kısıtlanmamalıdır. Bu hak engellenir veya kısıtlanırsa, bu şekilde elde edilen delillerin de hukuka aykırı delil niteliği taşıyacağı aşikârdır.

15. Savcılıkça bilirkişi incelemesi yapmak üzere Bünyamin IŞIK görevlendirilmiştir. Savcının, deliller için bilirkişi görevlendirebilmesi ancak teknik bir ihtiyaç söz konusu olduğu zaman mümkündür; bu görevlendirme, gecikmesinde tehlike olan hallerin mevcudiyetine bağlıdır⁶¹. Bazı izlerin kaybolma ihtimali bu duruma örnek gösterilebilir. Olayda ise ne teknik bir gereklilik ne de gecikmesinde tehlike doğabilecek bir hal mevcuttur. CMK'nin 65. maddesine göre hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez. Oysa bilirkişi, raporunda suçun unsurlarının oluştuğuna dair kanaatini bildirmektedir. Suçun unsurlarının mevcut olup olmadığına karar vermek hâkimin çözmesi gereken bir meseledir. Bu sebeple, olayda bilirkişilik müessesesine başvurmak Kanuna açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir.

Öte yandan, eklemek gerekir ki teknik uzmanlık gerektiren bir konu nedeniyle bilirkişi Bünyamin IŞIK'a başvurulmuş olsa idi dahi bu bilirkişi raporuna itibar etmek mümkün olmayacaktı çünkü CMK'nin 69. maddesi itibarıyla bilirkişinin reddine başvurulabilmesinin şartları oluşmuştur. Bilirkişi olarak atanan Bünyamin IŞIK'ın bir siyasi partinin sempatisini olduğu ve siyasi görüşlerinin herkes tarafından bilindiği aşikârdır. Dolayısıyla, müvekkilimize isnat edilen suçun mahiyeti ve müvekkilimizin kamuoyuna açıklanmış siyasi görüşleri göz önüne alındığında bilirkişi Bünyamin IŞIK'ın **tarafsızlık** vasfını yitirdiği sonucuna varılmak gerekir.

16. Hukuka aykırı delillere başvurulmasının ve bilirkişilik müessesesinin kanuna aykırı uygulamasının yukarıda açıkladığımız nedenlerle, müvekkilimin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sabittir. Ceza muhakkemesi normları "*adil yargılanma*" ilkesine ve sonuçlarına saygılı olmak

60 ŞEN; a.g.e.; Sh. 55.

61 CENTEL / ZAFER; a.g.e.; Sh. 195.

şartıyla adalete ve toplumda düzene ulaşmaya yönelik düzenlemelerdir. Bu hedefe ulaşmak ise ancak yürürlükteki kanunların uygulanması ile mümkün olur. Ortada bir hukuka aykırılık ve o aykırılık neticesinde elde edilmiş bir delil var ise, artık “**adalet**” ve “**hukuka uygunluk**” kavramlarına dayanan ceza muhakemesinde bu delillerin kullanılması mümkün değildir. Bir taraftan hukuka aykırı uygulamaları ödüllendirmek, hukuk kurallarına aykırı hareketler sonucu elde edilen ve bu nedenle de adalete ters düşen delilleri ceza yargılamasında kullanmak, yürürlükte olan sistemimize tartışmasız bir aykırılık teşkil etmektedir.

17. Devletin korunması, bir toplumda devletin varlığını sürdürebilmesi yönünden en üst bir menfaat ise de, devletin korunması amacı ve kavramı da sınırsız değildir⁶². Anayasamızın 2. maddesinde öngörüldüğü gibi Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. “Hukuk devleti” kavramı vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır⁶³. Bir suçun saptanması ve ortaya çıkartılması için; güvenlik kuvvetleri ve yargı yetkilileri tüm olanakları kullanmak hakkına sahiptir. Fakat bu olanakların, hangi amaç için olursa olsun, hukuka uygun nitelik taşıması gerekir. Yetkili organlar, devlet aleyhine işlenen suçları ortaya çıkartmak için de olsa, yetkilerini hukuka uygun biçimde kullanmak zorundadır.
18. Devletin şahsiyetine karşı suçların genellikle “tehlike suçu” olarak kabul edilişi cezalandırmada bazı özellikler getirmekte ve bu “fiil” mevcut bulunmadığı halde, kişilerin cezalandırılabilmesi tehlikesi doğmaktadır. Bu özel cezalandırma sistemleri konunun önemi ve niteliği sonucudur. Fakat bütün bu hallerde dahi, yine de ceza hukukunda sorumluluk yönünden kabul edilen ana ve temel ilkelerin tümünden inkârı söz konusu olmamakta, keyfi bir cezalandırmaya olanak bırakılmamaktadır⁶⁴. Fakat müvekkilim İsmet TUNGA'nın suçun maddi unsurunu oluşturacak herhangi bir hareketi yeterli delillerle ortaya konulmadığı halde, müvekkilime keyfi olarak suç isnat edilmektedir. Müvekkilime isnat edilen TCK m.314/f.II'de düzenlenen suçun maddi unsuru silahlı bir örgüte “üye olmak”tır. Yargıtay, kararlarında örgütün “birkaç kişinin süreklilik içinde bir araya gelerek, birden fazla cürüm işlemek üzere yine süreklilik içerisinde ve eylemli ortaklık unsurlarını içerecek şekilde bu suçları işlemek amacıyla emir komuta zinciri altında, üyelerinin iş bölümü yapımları halinde var olacağını” dile getirmiştir. Kollukça hukuka aykırı olarak yapılan arama sonucunda yasadışı silahlı bir örgüte ait olduğu ileri

62 ÖZEK, Çetin; “Devlete Karşı Suçlar”; İstanbul, 1976; Sh. 34.

63 ÖZBUDUN, Ergun; “Türk Anayasa Hukuku”, Ankara, 2004; 8. baskı, Sh.113.

64 ÖZEK, Çetin; a.g.e., Sh. 42.

sürülen dokümanların müvekkilimizin evinde bulunmuş olması bu örgüt ile üyelik çerçevesinde bir bağlantısı olduğu anlamına gelmez. Sözlük anlamı ile *üye*, “herhangi bir topluluğu oluşturan bireylerden her biri”dir⁶⁵. Kişinin örgüt üyesi olması için, bilerek ve isteyerek örgüte ve dolayısıyla örgütün amaçlarının gerçekleştirilmesine az da olsa bir katkı sağlamış olması gerekir⁶⁶. Örgüt üyesi olmak, örgütün niteliğini amacını bilerek; örgütün hayatta kalmasına güçlenmesine, amaçlarını gerçekleştirmesine yönelik nedensel değeri olan somut bir katkı olması gerekir.⁶⁷ Müvekkilimin bu örgüte katkı sağladığını gösteren bir bulgu var olmadığı gibi, müvekkilimin buna yönelik bir çabasının, hazırlık faaliyetinin olduğu da iddia edilemez.

Bununla birlikte, örgütlenmede birden fazla belirsiz sayıda suçun işlenmesine yönelik bir programın gerçekleştirilmesi amacıyla üyeler arasında **sürekli bir örgütsel bağ** söz konusudur⁶⁸. Yargıtay bu bağı “planlı ve disiplinli bir örgütlenme içinde bir araya gelme”⁶⁹, “planlı ortaklık ve eylemli paylaşma”⁷⁰ şeklinde tanımlamıştır. Müvekkilim İsmet TUNGA’nın bahsedilen silahlı çete ile herhangi bir şekilde bir araya geldiğine, örgütün planlarına dâhil olduğuna dair hiçbir delilin olmadığı göz önünde bulundurulduğunda süreklilik arz eden bir ilişkisinin olmadığı açıktır.

Örgüt üyesi olmak için, emir komuta zinciri içinde hiyerarşik yapıya dâhil olmak gerekir ve bunun temelinde de örgütün amacına uygun bir görev bilincine sahip olmak ve örgüte somut katkıda bulunmak yatmaktadır. Savcılık İsmet TUNGA’nın, Murat KARACA’dan talimat aldığını ileri sürerek, kendisinin hiyerarşik yapıya dâhil olduğunu iddia etmiş, ancak bunu ortaya koyabilecek bir delil sunamamıştır. Dayanıldığı iddia edilen telefon görüşmeleri dahi hukuka aykırı olarak elde edildiğinden, müvekkilim aleyhine kullanılması söz konusu olamaz.

Öte yandan, müvekkilim Murat KARACA’nın, aynı hukuka aykırı delillere dayanılarak bahsi geçen silahlı örgüt ile ilişkisi olduğu iddia edilmiştir. CMK m.172 göz önünde bulundurulduğunda Savcılığın şüphe oluşturacak delil bulamadığı halde müvekkilim Murat KARACA’ya bahsi geçen suçu isnat etmesi hukuka uygun değildir. Müvekkilimin söz konusu örgüt ile ilişkisi olduğuna ve aralarında emir komuta zinciri olduğuna dair Savcılığın iddiası dayanaksız ve yersizdir.

65 www.tdk.gov.tr

66 SONAY EVİK, Vesile; “Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu”; İstanbul, 2004; Sh.216.

67 SONAY EVİK, Vesile; a.g.e.; Sh. 258.

68 SONAY EVİK, Vesile; a.g.e.; Sh.247.

69 Yarg. 8.CD 21.12.2000 E.23672, K.21537; www.kazanci.com.tr

70 Yarg. 8.CD 18.12.2000 E:20133 K.21170; www.kazanci.com.tr

IV- SONUÇ VE İSTEM :

- 19. 1.** Müvekkilim İsmet TUNGA'nın TCK m.301'de düzenlenen "Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama" suçundan beraatine,
- 2.** Yukarıda açıkladığımız, arama, el koyma, iletişimin dinlenmesi yoluyla hukuka aykırı olarak elde edilmiş bulunan delillerin dosyadan çıkarılmasına,
- 3.** Müvekkilim İsmet TUNGA'nın TCK m.314'te düzenlenen "Silahlı Örgüte Üye Olma" ve Murat KARACA'nın yine TCK m.314'te düzenlenen "Silahlı Örgüt Yönetme" suçlarından beraatine,
- 4.** Müvekkilim İsmet TUNGA'ya ait olan ve hukuka aykırı biçimde el konan mektupların müvekkilime iadesine,

Karar verilmesini bilvekilere ARZ ve TALEP ederiz.

Müdafii Hüseyin GÜLMEZ

İMZA