

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2017/2



JÜBİTAK
ULAKBİM

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 87
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 66

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

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

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Başkan)
Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz
Doç. Dr. Tuba Akçura Karaman
Araş. Gör. Dr. Ali Cenk Keskin
Araş. Gör. Burcu Alkış

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Cemal Bâli Akal (İstanbul Bilgi Üni.)
Prof. Dr. Baki İlkay Engin (İstanbul Üni.)
Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu (Yakın Doğu Üni.)
Prof. Dr. M. Turgut Öz (Kültür Üni.)
Prof. Dr. Oktay Uygun (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Çetin ARSLAN
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ
Prof. Dr. O. Korkut KANADOĞLU
Prof. Dr. Zekeriya KURŞAT
Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ
Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ
Prof. Dr. Oktay UYGUN
Prof. Dr. Duygun YARSUVAT
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN
Doç. Dr. Eylem AKSOY RETORNAZ
Doç. Dr. S. Anlam ALTAY
Doç. Dr. Tolga AYOĞLU

Doç. Dr. Burak ÇELİK
Doç. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU
Doç. Dr. Mehmet ERDEM
Doç. Dr. Emre ESEN
Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA
Doç. Dr. Aslı MAKARACI
Doç. Dr. Z. Derya TARMAN
Doç. Dr. Hülya TAŞ KORKMAZ
Doç. Dr. Ali YEŞİLİRMAK
Dr. Bleda R. KURTDARCAN
Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ
Dr. Sinan YÜKSEL

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2017 yılının Aralık ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj: Beta Basım A.Ş. / Veysel Coşkun

Baskı-Cilt : Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.

Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza

1. Levent/Beşiktaş/İst. Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No: 20179)

Kapak Tasarımı: Veysel Coşkun

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.

Narlıbahçe Sokak No: 11 (Sertifika No. 16136)

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: hukukfd@gsu.edu.tr

İçindekiler

KAMU HUKUKU

- Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ**.....3
Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu
The Crime of Preventing the Exercise of the Right to Petition
- Yrd. Doç. Dr. Ayşe ÖZKAN DUVAN**17
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında
Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı
*The Right to Equality and Non Discrimination in Decisions of the European
Court of Human Rights and Turkish Constitutional Court*
- Arş. Gör. Yahya Berkol GÜLGEÇ**81
Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının
Değerlendirilmesi
*Evaluation of the Basic Norm and the Rule of Recognition as the Theoretical
Source of International Law*
- Arş. Gör. Didar ÖZDEMİR**149
Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı
The Right to Silence in Turkish Criminal Procedure Law

ÖZEL HUKUK

- Doç. Dr. Mehmet ERDEM**.....189
Vasinin Göreve Başlaması ve Görevinin Sona Ermesi Aşamasında Vesayet
Dairelerinin Görev ve Yetkileri
*The Powers and Duties of Guardianship Offices at the Beginning and after
the Expiry of the Guardian's Duty*
- Yrd. Doç. Dr. Nur BOLAYIR**.....219
Fransız Hukuku'ndaki Reform Çalışmaları Işığında Temyiz İncelemesinin
Kapsamı
Scope of Cassation Review in Light of Reform Work in French Law

Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT	259
Milletlerarası Tahkime Konu Uyuşmazlıklarda Hakemlerin Geçici Koruma Tedbirlerine Hükmedebilme Yetkisi ve <i>Imperium</i> Kavramı <i>Arbitrator's Power to Order Provisional Measures in International Arbitration and Imperium</i>	
Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT	295
Uluslararası Satım Sözleşmelerinin Maddi Kurallar İçeren Konvansiyonlarla Düzenlenmesi Bağlamında Bir Yeknesaklaştırma Başarısı: 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Viyana Konvansiyonu) <i>International Sale Contracts Arranged by Conventions Including Material Rules and A Success of Uniformity: United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods (CISG)</i>	
Dr. Berk DEMİRKOL	325
Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği <i>Validity of Non-Exclusive Arbitration Agreements</i>	
Dr. F. Beril ÖZCANLI	355
Şirketler Topluluğu Hukukuna İlişkin Avrupa'da Ortaya Çıkan Yeni Yaklaşımlar <i>New Approaches in Europe about Corporate Group Law</i>	
Av. Cihan DOĞAN	389
Algoritma ve Rekabet Hukuku: 4. Madde İhlallerinin Dijital Görünümleri <i>Algorithm and Competition Law: Digital Versions of Article 4 Infringements</i>	

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazılar, hukukfd@gsu.edu.tr e-posta adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa öz (*abstract*), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.
5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır.
6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca en az iki hakemin incelemesine

sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir.

7. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.
8. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
9. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜRÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

A- Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a- Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

aa- Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

11. Kaynakçada gösterim:

Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfabetik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlenme yapılabilir.

- a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), Basım sayısı, Yayınevi, Yayın yeri, Yayın yılı. (normal)

Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16.bası, Beta, İstanbul, 2013.

Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör),, ..

Çeviri kitaplar için:

SARTORİ Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoglu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.

İki yazarlı kitaplar için:

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. bası, Beta, İstanbul, 2015.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray /BACAKSIZ Pınar, vd., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

b) Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, **Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), “Makale başlığı” (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları. (Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)

Örnek: KOÇ Sedef, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu”, **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir.

Big Data, Crime and Security, Parliamentary Office of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/POST-PN-470/POST-PN-470.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

12. Dipnotlarda: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece kalın harflerle yazarın soyadı; eserin yayın yılı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İkinden fazla yazar olması durumunda ilk yazarın soyadını “ve diğ./et al.”

ifadesi takip eder. Eğer aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa basım yıllarının sonuna kaynakçadaki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: KOÇ, s. 17.

- b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynak.

Y. 13. HD, E. 2016 / 5823, K. 2016 / 13745, 30.05.2016, YKD, c. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

- 13.** Dergimizin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi **15 Mayıs**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **15 Kasım**'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

KAMU HUKUKU

Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu

Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ*

Öz: Hak arama hürriyetinin etkin bir şekilde kullanılması, bireylerin hak arama hürriyetlerini kullanacakları konu hakkında bilgi sahibi olmaları halinde sağlanacaktır. Bu nedenle TCK'da hak arama hürriyetinin kullanılmasını korumak ve dilekçe hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu ihdas edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Dilekçe hakkı, bilgi edinme hakkı, hürriyete karşı suçlar, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi

The Crime of Preventing the Exercise of the Right to Petition

Abstract: In order to enjoy the right to legal remedies, persons shall be informed about the particular case which gives rise to the use of legal remedies. Therefore, preventing the exercise of the right to petition is criminalized within the Turkish Criminal Code, to protect effective use of legal remedies and the right to petition

Keywords: Right of petition, right of information, offences against liberty, obstacle to the right of petition.

I. GENEL OLARAK

1982 Anayasası'nın 74. maddesinde düzenlenen dilekçe hakkı, şikâyetlerin iletilmesini sağlayacak bir hak olarak görülmektedir¹. Madde

* Makale gönderim tarihi: 30.10.2017 Makale kabul tarihi: 16.11.2017.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (eaksoy@gsu.edu.tr).

¹ HIZ Yüksel/YILMAZ Zekeriya, **Açıklamalı-Notlu-Gerekçeli Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı**, Ankara, 2004, s. 23.

düzenlemesinde bireylerin kamu ile ilgili dilekleri ve şikâyetleri konusunda yazılı başvuru yapabilecekleri öngörülmüştür.

Dilekçe hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğüne sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Hak arama özgürlüğünün etkinliğini sağlayan bir unsur olarak değerlendirilmektedir². Dilekçe hakkı, bilgi edinme hakkıyla da ilişkili bir haktır. Bu doğrultuda, 2010 yılında yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanunla Anayasa'nın 74. maddesinin 4. fıkrasına herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu ifadesi eklenmiştir.

Anayasa'nın 74. maddesinde dilekçe hakkının kullanılma şeklinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. 3071 Sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılması Hakkında Kanun³, Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların dilek ve şikâyetleri hakkında yazılı olarak yetkili makamlara başvurma haklarının kullanılma biçimini düzenlemektedir⁴.

Türk hukukunda bilgi edinme hakkının içeriğine ve kullanımına ilişkin esaslar ise 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'yla⁵ belirlenmiştir.

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu TCK'nın 121. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 121- Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi

(1) Kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi halinde, fail hakkında altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur.

A. YTCK İLE ETCK KARŞILAŞTIRMASI

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi fiili, ilk kez 5237 sayılı TCK'da bir suç olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçuna yer verilmemiştir.

² YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, c. III (Madde 86-146)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 3853; YENERER ÇAKMUT ÖZLEM, "Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m.121)", **MUHF - HAD**, c. 23, s.1, 2017, s. 46

³ Resmi Gazete, Sayı 18571, Tarih 10/11/1984.

⁴ 3071 sayılı Kanun m. 1.

⁵ Resmi Gazete, Sayı 25269, Tarih 24/10/2003. Kanun'un 32.maddesinde Resmi Gazete'de yayınından itibaren altı ay sonra yürürlüğe gireceği düzenlendiğinden 24.04.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

B. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu ile korunan hukuki yarar, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere anayasal bir hak olan dilekçe hakkının kullanılmasının güvence altına alınmasıdır. Hak arama hürriyetinin etkin bir şekilde kullanılması, bireylerin hak arama hürriyetlerini kullanacakları konu hakkında bilgi sahibi olmaları halinde sağlanacaktır. Bu nedenle maddede, dilekçe hakkının toplu ya da bireysel olarak etkin bir şekilde kullanılmasının yanı sıra hak arama hürriyetinin kullanılmasının da korunması amaçlanmıştır⁶.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSUR

1. Fail

Madde metninde bireyin kanunla yetkili kılınmış bir kamu makamına dilekçeyi vermesi arandığından, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, özgü bir suçtur⁷. Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, sadece kamu görevlisi⁸ tarafından yahut özel kanunlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülen kimseler tarafından işlenebilir.

3071 Sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılması Dair Kanun'un 2. maddesinde anılan Kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisi ile idarî makamlara yapılan dilek ve şikâyetler hakkındaki başvuruları kapsadığı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme nedeniyle anılan Kanun kapsamındaki dilekçeleri almakla görevli kamu görevlilerinin suçun faili olabileceği sonucuna varılmaktadır.

⁶ ARSLAN Çetin/AZİZAĞAOĞLU Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, 2004, s. 552; **Yenerer Çakmut**, s. 47.

⁷ **Arslan/Azizağaoğlu**, s. 553; HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 222; ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Nihat, "Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi", **V. Ö. Özbek, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), 2, Özel Hükümler (Madde 76-169)**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 821; PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. I, (Madde 1-140)**, Ankara, 2007, s. 958; **Yenerer Çakmut**, s. 48.

⁸ 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir.

Bireylerin dilekçelerinin bilgi talebi içermesi de mümkün olduğundan, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamındaki başvuruları kabul etmeyen kamu görevlileri de dilekçe hakkının engellenmesi suçunun faili olacaklardır⁹.

2. Mağdur

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun mağduru, dilekçe verme hakkına sahip olan kimselerdir¹⁰. Mağdur bir kişi olabileceği gibi, kanunun olanak tanıdığı hallerde dilekçe veren birden fazla kişi de olabilir¹¹. 3071 sayılı Kanunun 3/2 maddesi uyarınca Türkiye’de ikamet eden yabancılar karşılıklılık esası gözetilerek, dilekçenin Türkçe yazılması kaydıyla dilekçe hakkından yararlanabilirler. 3071 sayılı Kanunda belirtilen şartları taşıyan dilekçeleri kamu görevlileri tarafından kabul edilmeyen yabancılar da bu suçun mağduru olabilirler.

3. Suçun Konusu

TCK m. 121’de düzenlenen suçun konusu dilekçedir. Dilekçe, “*kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına yazılı olarak yaptığı başvuruyu ifade eder*”¹².

Dilekçede bulunması gereken unsurlar, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılması Hakkında Kanun’un 4. maddesinde sayılmıştır. Söz konusu düzenleme uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne veya yetkili makamlara verilecek olan dilekçelerde, dilekçe sahibinin adı-soyadı; imzası; iş veya

⁹ Aynı yönde TAŞKIN Cankat, “Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi**, sayı 99-100, Kasım-Aralık 2012, s. 187, Aksi yönde görüş için bkz **Hız/Yılmaz**, s. 115; KAYA Cemil, **İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 290. YAŞAMIŞ Firuz Demir, “Anayasa ve İnsan Hakları Bağlamında Bilgi Edinme Kanunu”, **Bilgi Edinme Hakkı, Panel**, Ankara, 5 Mayıs 2004, Türkiye Barolar Birliği Yayınları no: 62, s. 52.

¹⁰ **Arslan/Azizağaoğlu**, s. 553; ŞEN Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, I (m.1-140)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 507; **Yenerer Çakmut**, s. 48;

¹¹ **Hafizoğulları/Özen**, s. 223.

¹² Madde gerekçesi için bkz. CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005. s. 215.

yerleşim yeri adresinin bulunması şarttır. Bu unsurlardan birinin yokluğu halinde dilekçeden bahsetmek mümkün değildir¹³.

Elektronik ortamda veya elektronik imzayla yapılan başvuruların, TCK m. 121 anlamında dilekçe olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusu akla gelebilir¹⁴.

3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'da elektronik başvuru olanağı düzenlenmemiştir. Ayrıca, anılan Kanununun 3. maddesinde yetkili makamlara yazı ile başvurulması, 4. maddesinde dilekçenin mutlaka imza taşıması gerekliliği düzenlenmiştir. 3071 sayılı Kanununun 6. maddesinde ise yazılılık ve imza şartını taşımayan dilekçelerin incelenmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeler karşısında 3071 sayılı Kanun kapsamındaki dilekçenin mutlaka yazılı ve ıslak imzalı olması zorunludur.

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 6. maddesine göre, bilgi edinme başvurusu, kişinin kimliğinin ve imzasının veya yazının kimden neşet ettiğinin tespitine yarayacak başka bilgilerin yasal olarak belirlenebilir olması kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun¹⁵ 5. maddesinde ise güvenli elektronik imzanın, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğuracağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede, güvenli elektronik imza ile imzalanmış her türlü dilekçenin yanı sıra Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenen elektronik başvurunun güvenli elektronik imzayla imzalanmış olması şartıyla, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun konusunu oluşturacağı kanaatindeyiz.

4. Hareket ve Netice

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun maddî unsuru, yetkili kamu makamlarına verilen dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın

¹³ **Hafizoğulları/Özen**, s. 223; GÖKCEN Ahmet, "Hürriyete Karşı Suçlar (TCK 106-122)", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, 25.12.2012. (Erişim Tarihi: 20/10/2017), s. 33.

¹⁴ **Taşkın**, s. 184.

¹⁵ Resmi Gazete, Sayı: 25355, Tarih: 23/1/2004.

kabul edilmemesidir. TCK m. 121’de düzenlenen suç, ihmali hareketle işlenen bir suçtur¹⁶. Suç, serbest hareketli bir suçtur¹⁷.

Dilekçe belli bir hakkı kullanmak üzere verilmelidir¹⁸. Belli bir hakkın kullanılması amacı taşımayan, örneğin sadece bir sorun ya da dilek içeren dilekçelerin kabul edilmemesi halinde dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu oluşmayacaktır¹⁹.

Sözlü olarak yapılan başvurularda, 3071 sayılı Kanun anlamında bir dilekçe söz konusu değildir. Ancak Kanun sözlü olarak yapılan beyanın tutanak altına alınmasını öngördüğünde beyanın tutanak altına alınmaması halinde de TCK m. 121’de düzenlenen suç oluşacaktır²⁰.

Mevzuatta belli bir sürede, belli bir makama veya belli bir şekilde uygun olarak dilekçenin verilmesine ilişkin olarak özel bir düzenleme bulunabilir. Bu durumda, mevzuattaki özel düzenlemeye uygun olmayan dilekçeyi kabul etmeyen kamu görevlisinin fiili, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunu oluşturmaz²¹. Dilekçe ve Bilgi Edinme Hakkı Dilekçe ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılması hakkındaki 2004/12 sayılı Başbakanlık Genelgesi²² uyarınca “*ad, soyad ve adres bulunmayan, imza taşımayan, belli bir konuyu içermeyen, ya da yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili dilekçeler cevaplandırılmayacaktır. Ancak, bu unsurları ihtiva etmemekle birlikte, başvurulara olayla ilgili inandırıcı mahiyette bilgi ve belgeler eklenmiş veya somut nitelikte bilgi, bulgu ya da olaylara dayanılıyor ise, bu hususlar ihbar kabul edilerek idarece işlem yapılabilir.*”

TCK m. 121 gerekçesinde süreli işlemlerde, dilekçenin süresinde verilmesine karşın, kabulünün geciktirilmesi halinde de dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun oluşacağı ifade edilmektedir²³.

16 **Hafizoğulları/Özen**, s. 223, **Özbek/Kanbur**, s. 822; **Yenerer Çakmut**, s. 49, **Taşkın** ise söz konusu suçun icrai hareketle de işlenebileceği görüşündedir. Bkz **Taşkın**, s. 188.

17 **Taşkın**, s. 188

18 **Hafizoğulları/Özen**, s. 223.

19 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 3855; **Özbek/Kanbur**, s. 822; **Yenerer Çakmut**, s. 49.

20 **Hafizoğulları/Özen**, s. 223; **Gökçen**, s. 33,

21 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 3856-3857. **Yenerer Çakmut**, s. 50.

22 Resmi Gazete, Sayı 25356, Tarih 24/01/2004.

23 **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 215.

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, neticesi harekete bitişik bir suçtur²⁴. Kamu görevlisinin dilekçeyi kabul etmemesiyle suç meydana gelir²⁵.

Suçun meydana gelmesi için dilekçenin kabul edilmemesi, dilekçenin yetkili makam tarafından alındıktan sonra kayda alınmaması gereklidir²⁶. Yargıtay, bir avukatın müvekkilinin alacaklı olduğu icra takip dosyalarından bir kısmının suretlerinin kendisine verilmesini talep ettiği bir olayda, icra müdürü olarak görev yapmakta olan failin avukatın dilekçesini inceleyerek herhangi bir havale ya da işlem yapmayarak dilekçeyi iade etmesini TCK m. 121 kapsamında değerlendirmiştir²⁷.

Dilekçe kayda alındıktan veya sözlü beyan tutanağa geçirildikten sonra dilekçedeki taleplere ilişkin olarak hiçbir işlem yapılmaması halinde dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu oluşmayacaktır. Kabul edilen dilekçedeki talebin hukuka aykırı olarak yerine getirilmemesi durumunda, şartları olduğu takdirde başta TCK m. 257’de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu veya TCK’da düzenlenen başka suçlar oluşabilir²⁸.

5. Teşebbüs

Dilekçe hakkının engellenmesi suçu soyut tehlike suçudur. Yetkili kamu makamlarına verilen dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi yeterlidir, ayrıca bir zararın tehlikesinin oluşması ya da zararın meydana gelmesi aranmamaktadır²⁹. İnceleme konusu suç, teşebbüse elverişli değildir³⁰.

B. MANEVİ UNSUR

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, kasten işlenebilen bir suçtur³¹. Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun oluşa-

²⁴ Özbek/Kanbur, s. 822; Taşkın, s. 190; Yenerer Çakmut, s. 50.

²⁵ Hafizoğulları/Özen, s. 223.

²⁶ Şen, s. 508; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3857; Yenerer Çakmut, s. 50.

²⁷ Y. 5. CD, E. 2013/15104, K. 2015/17621 22/12/2015.

²⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3857; Özbek/Kanbur, s. 821; Yenerer Çakmut, s. 50.

²⁹ Taşkın, s. 188; Yenerer Çakmut, s. 52.

³⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 223; Özbek/Kanbur, s. 822; Parlar/Hatipoğlu, s. 958; Taşkın, s. 190; Şen, s. 509; Yenerer Çakmut, s. 52; Aksi yönde Arslan/Azizağaoğlu, s. 555; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3858.

³¹ Özbek/Kanbur, s. 822; Taşkın, s. 199; Yenerer-Çakmut, s. 51.

bilmesi için, kamu görevlisinin dilekçeyi kabul etmeye kanunen görevli ve yetkili olduğunu, hukuken dilekçeyi kabul etmemek için bir neden olmadığını bilmesi ve istemesi gerekmektedir³².

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka uygunluk sebepleri bakımından TCK m. 24/1’de düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirmenin uygulanması söz konusu olabilir. Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun meydana gelmesi için, kamu görevlisinin dilekçeyi hukuka aykırı olarak kabul etmemesi gerekir³³. Kamu görevlisi kanunun görevli kıldığı veya yetki verdiği hallerde bir dilekçeyi kabul etmediğinde fiil hukuka uygun olacak ve suçun oluştuğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır³⁴.

D. SUÇU ETKİLEYEN HALLER

1. Hafifletici nedenler

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu bakımından madde metninde düzenlenmesinde özel bir hafifletici neden düzenlenmemiştir.

2. Ağırlaştırıcı Nedenler

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu bakımından madde metninde düzenlenmesinde özel bir ağırlaştırıcı neden de düzenlenmemiştir.

III. Suçların Birleşmesi Ve İştirak

A. Suçların Birleşmesi

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu zincirleme suç olarak işlenebilir³⁵. Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik

³² Parlar/Hatipoğlu, s. 958, Yenerer Çakmut, s. 51.

³³ “(...) TCK’nın 24/3. maddesinin “Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez, aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur” hükmü gereğince, yakınanın Ziraat Odası Başkanlığına üye olmak amacıyla yazdığı dilekçeyi içeren posta gönderisini Oda Başkanı olan sanığın talimatı ile kabul etmeme şeklindeki eylemde, atılı suçun unsurları sanık yönünden mevcut olmakla, tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilemeyeceği (...)”, Y. 4. CD, E. 2012/28459, K. 2013/4036, 13/02/2013.

³⁴ Özbek/Kanbur, s. 822; Yenerer Çakmut, s. 51

³⁵ Özbek/Kanbur, s. 822; Yenerer Çakmut, s. 52. Aksi yönde bkz. Şen, s. 505.

zamanlarda bir kişiye ait dilekçeleri reddetmesi halinde zincirleme suç söz konusu olacaktır. Aynı şekilde, kamu görevlisi, birden fazla kişiye ait dilekçeyi tek bir fiille reddettiğinde de TCK m. 43/2 uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

İnceleme konusu suç, kamu idaresine karşı işlenen özel niteliği haiz bir görevi kötüye kullanma suçudur³⁶. Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu asli norm, TCK m. 257’de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu ise yardımcı norm niteliğindedir³⁷. Yardımcı normun sonralığı ilkesi nedeniyle asli norm uygulanabildiği sürece yardımcı norm uygulanma alanı bulmaz³⁸.

B. İştirak

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun faili yukarıda da belirtildiği üzere yalnızca kamu görevlisi olabilir. TCK’nın 40/2 maddesinde, özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişinin fail olabileceği, bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişilerin ise, azmettiren veya yardım eden olabileceği düzenlenmiştir.

TCK m. 40/2 hükmü karşısında dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun dolaylı faillğe neden olacak şekilde kamu görevlisine uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu yanıtlamak gerekir³⁹.

³⁶ Özbek/Kanbur, s. 822.

³⁷ Y. 5. CD, E. 2013/7283, K.2015/11885, 26/05/2015 “Belediye Başkanı olarak görev yapan sanık H...’in talimatıyla maiyetinde memur olan sanık S...’ün, suç tarihinde katılanlar adına avukatları tarafından verilen akaryakıt istasyonu işletme ruhsatı talebi içerikli dilekçe ve eklerini kabul edip kayda almadığının dosya kapsamıyla sübuta erdiği, ancak TCK’nın 257. maddesinin genel, tali ve tamamlayıcı bir hüküm olup görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu için eylemin Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanmamış olması gerektiği, sanıkların eylemlerinin ise TCK’nın 121/1. maddesinde “kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukukî bir neden olmaksızın kabul edilmemesi” şeklinde tanımlanan dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yanılı ve dosya kapsamıyla örtüşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraat hükümleri kurulması,...)”. Aynı yönde Y. 5. CD, E. 2014/682, K. 2016/2199, 29/02/2016.

³⁸ HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bs, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 530; İÇEL Kayıhan, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, sayı 14, 2008, s. 40.

³⁹ ÖZGENÇ İzzet, **Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İBB Kültür AŞ Yayınları, İstanbul, 1996, s. 207.

Öğretide bir görüşe göre TCK m. 28’de yer alan ve cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişinin suçun faili sayılacağına ilişkin düzenleme TCK m. 40/2’ye getirilen bir istisnadır. Bu görüşe göre, tehditin varlığı nedeniyle kamu görevlisinin dilekçeyi kabul etmesini engelleyen kimse fail olarak kabul edilecektir⁴⁰.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise bu sorunun TCK m. 37/2 çerçevesinde dolaylı faillik kurumundan yararlanarak çözülmesi gerektiğini belirtmektedir, böylece kamu görevlisini yanıltarak suç islemesine neden olan ve gerekli hukuki niteliklere sahip olmayan kişi kamu görevlisinin yerine geçmek suretiyle sorumlu olacaktır⁴¹.

IV. Yaptırım ve Yargılama

A. Yaptırım

TCK m. 121 hükmündeki suçun cezası altı aya kadar hapis cezasıdır. Maddede cezanın alt sınırı açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle TCK m. 49/1’de yer alan süreli hapis cezasının, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az olamayacağı düzenlemesi gereği suç sabit görüldüğünde hükmedilen ceza bir aydan az olamayacaktır.

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçuna ilişkin ceza altı aya kadar hapis cezası kadar olduğundan TCK’nın 50. maddesi kapsamında seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkündür. Bu suçtan dolayı mahkumiyet halinde TCK m. 53 uyarınca belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılabilir.

B. Yargılama

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun kovuşturulması ve soruşturulması şikâyete tabi değildir.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 11. maddesi uyarınca TCK m. 121’de düzenlenen suç kovuşturmayla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

⁴⁰ Hakeri, s. 526.

⁴¹ DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12.bs, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 524; Şen, s. 130.

TCK m. 121’de düzenlenen suç kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği bir suçtur. Bu nedenle, dilekçe hakkının kullanılmasını engelleyen kamu görevlisinin yargılanması, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 1. ve 2. maddeleri uyarınca anılan Kanun’un hükümlerine tabidir. Kamu görevlisi olan failin yargılanması için yetkili merciin izin vermesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ARSLAN Çetin/AZİZAĞAOĞLU Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, 2004.
- CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.
- DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12.bs, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- GÖKCEN Ahmet, “Hürriyete Karşı Suçlar (TCK 106-122)”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, 25.12.2012. (Erişim Tarihi: 20/10/2017)
- GÜRAN Sait, “Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu”, **Anayasa Yargısı**, c. 9, Ankara, 1992, s. 23-41.
- HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.
- HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bs, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- HIZ Yüksel/YILMAZ Zekeriya, **Açıklamalı-Notlu-Gerekçeli Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı**, Ankara, 2004.
- İÇEL Kayıhan, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, sayı 14, 2008, s. 35-49.
- KAYA Cemil, **İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Nihat, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi”, V. Ö. Özbek, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı)**, 2, **Özel Hükümler (Madde 76-169)**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- ÖZGENÇ İzzet, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İBB Kültür AŞ Yayınları, İstanbul, 1996.
- PARLAR Ali/HATIPOĞLU Muzaffer, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, c. I, (Madde 1-140), Ankara, 2007.
- TAŞKIN Cankat, “Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi**, sayı 99-100, Kasım-Aralık 2012, s. 172-236.

ŞEN Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, I (m.1-140)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, c. III (Madde 86-146)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

YAŞAMIŞ Firuz Demir, “Anayasa ve İnsan Hakları Bağlamında Bilgi Edinme Kanunu”, **Bilgi Edinme Hakkı, Panel, Ankara, 5 Mayıs 2004**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları no: 62, s. 21-76.

YENERER ÇAKMUT ÖZLEM, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m.121)”, **MUHF - HAD**, c.23, s.1, 2017, s. 45-55.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı

Yrd. Doç. Dr. Ayşe ÖZKAN DUVAN*

Öz: Eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı, tüm insanların temel haklardan faydalandırılması düşüncesinin ürünüdür. Bu bakımdan insan hakları hukukunun tarihsel açıdan en eski olarak nitelendirilebilecek ilkelerinin uzantısıdır. Bu çalışmada eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki yansımaları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerindeki değişiklikler nazara alınarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede Mahkeme içtihatlarında ayrımcılık yasağına ilişkin geliştirilen yargısal ilkeler ve bunların uygulanmasından doğan sonuçlar ele alınmaktadır. Ardından Türk Anayasa Mahkemesi'nin 2012 yılı öncesinde, soyut ve somut norm denetimi yoluyla ayrımcılık yasağına ilişkin içtihadı konu alınmaktadır. 2012 yılında mevzuatımıza giren bireysel başvuru mekanizmasının uygulanması sonucu Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorum ilkeleriyle karşılaştırılarak değerlendirilmektedir.

Anahtar sözcükler: eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, 12 No'lu Protokol, AİHS 14. madde.

The Right to Equality and Non Discrimination in Decisions of the European Court of Human Rights and Turkish Constitutional Court

Abstract: Right to equality and non-discrimination is the outcome of the philosophy that all people should benefit from human rights. In this regard it is a kind of continuation

* Makale gönderim tarihi: 04.08.2017. Makale kabul tarihi: 10.11.2017.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı (ayse.duvan@istanbul.edu.tr).

of one of the oldest principles in human rights history. In this article, reflections of the right to equality and non-discrimination in the case law of the European Court of Human Rights are assessed by considering the changes in the provisions of the European Convention on Human Rights. Within this context the judicial principles developed in relation to non-discrimination in the case law of the Court and the consequences of their implementation are addressed. Then the judgements of the Turkish Constitutional Court regarding the discrimination law within the scope of norm inspection given until 2012 are examined. The individual application mechanism entered into legislation in 2012 and decisions of the Constitutional Court are examined by comparison with the decisions made by the European Court of Human Rights.

Keywords: right to equality and non-discrimination, European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court, Protocol No. 12, Article 14 of ECHR.

GİRİŞ

İnsan hakları hukuku, dünya üzerindeki tüm insanların ortak temel haklar katalogundan faydalanması düşüncesine dayalıdır. Bu düşüncenin uzantısı olarak kanun önünde eşitlik ilkesi, demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından biri olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla tüm genel insan hakları enstrümanları eşitlik hakkı ve onu bütünleyen ayrımcılık yasağını düzenlemekte; bazıları ise belirli ayrımcılık biçimlerine karşı özel koruma sağlayan düzenlemeler içermektedir. Ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesinin bütünleyicisidir. Eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı ilkesi çoğu zaman birbirinin yerine kullanılmıştır. Aynı temel prensibin biri pozitif, diğeri ise negatif ifadesini oluşturmaktadır¹. Bu anlamda ayrımcılık yasağı, yasa önünde eşitlik, yasalar tarafından eşit derecede korunma gibi ilkeleri içinde barındıran temel bir prensip olarak kabul edilmektedir. Eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağını bir elmanın iki yarısı olarak niteleyen anlayış² aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacak olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulamasında da karşılık bulmaktadır³.

¹ Moeckli Daniel, "Equality and Non-Discrimination", **International Human Rights Law**, Moeckli Daniel Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran (Editör), Oxford University Press, New York 2010, ss. 189-208, s. 190.

² Arnardóttir Oddný Mjöll, **Equality and Non- Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-New York 2003, s. 6-7.

³ Council of Europe Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 04.11.2000, paragraf 15, s. 3.

Tarihsel süreçte eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı ilkesi, liberal devlet teorisinin özünü teşkil etmiştir. Eşitliğin toplumsal yaşamı düzenleyen bir ilke olarak ortaya çıkışı feodal toplum yapısının aşınmaya başlamasıyla eş zamanlıdır. 17. yüzyıl düşünürlerinden Locke 1690 yılında “Hükümet Üzerine İki İnceleme” adlı eserinde insanların doğalarının bir gereği olarak bağımsız, eşit ve özgür olduklarını ve eşitliğin siyasal sistemin temel ilkelelerinden biri olduğunu savunmuştur. 18. yüzyılda “İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı” adlı eserinde Rousseau, eşitsizliğin kötülüklerinden söz etmiştir.

Mevzuat düzleminde eşitlik ilkesi ilk kez 1787 yılında Amerikan Anayasasının değiştirilmesine yönelik değişiklik önergesinde norm haline getirilmiştir. Amerika’da 1791 yılında kabul edilen *Federal Bill of Rights*’ta eşitlik ilkesine yer verilmiş ve 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 1. maddesinde tüm insanların doğuştan özgür ve eşit oldukları vurgusu yapılmış, sosyal farklılıkların ancak kamu yararına dayanabileceği hükmü getirilmiştir. Fransız Devriminin “eşitlik, kardeşlik, özgürlük” sloganı dünya çapındaki siyasal sistemlerin ilham kaynağı haline gelmiştir.

Türk hukuk tarihinde 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanında eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Eşitlik prensibi “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” olarak ilk kez 1961 Anayasasında yer almasına karşın “eşitlik ilkesi” biçiminde 1876 Anayasasında da 1924 Anayasasında da yer almıştır. 1961 Anayasası döneminde benimsenen eşitlik anlayışı anayasa yargısında eşitliğin yorumlanması biçimini de etkilemiş, Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesini bağımsız bir ilke olarak değil, hukuk devletinin bir unsuru olarak değerlendirmiştir⁴. 1982 Anayasasında eşitlik, 10. maddede devlet yönetiminin dayanağı olan bir genel esas olarak, devletin varlık nedenleri arasında kabul edilmiştir⁵. Eşitlik normunun kapsamı ve koruma güvenceleri bakımından 1982 Anayasasının en kapsamlı düzenlemeyi getirdiği kabul edilmektedir⁶.

1. Uluslararası Hukukta Ayrımcılık Yasağı Kavramı

Günümüzde uluslararası sözleşmelerde ayrımcılığın doğrudan bir tanımı yapılmamış ancak birçok sözleşmede farklı bağlamlarda da olsa kendine

⁴ Anayasa Mahkemesi, 1970/1E., 1970/31K., 16.06.1970.

⁵ Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 4. Basım, Ankara 1995, s. 113.

⁶ Anayasa Mahkemesi, 1986/11E., 1986/26K., 04.11.1986.

yer bulmuştur. Bunlar arasında, Birleşmiş Milletler bünyesindeki Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (ICCPR) 2. maddesi, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin (ICESCR) 2. maddesi, Avrupa Konseyi bünyesindeki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 2. maddesi özellikle belirtilebilir. Birleşmiş Milletler Şartı'nın 3. maddesi ile İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1. maddesinde yer alan eşitlik hakkı ve 2. maddesindeki ayrımcılık yasağı düzenlemesi, 1947 yılında BM sisteminde İnsan Hakları Komisyonu'na bağlı olarak oluşturulan "Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu" aracılığıyla eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde yürütülen çalışmalarla geliştirilmiştir. Alt Komisyon tarafından 1966 yılında "Her Tür Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi" (CERD)⁷ açıklanmış ve bu Sözleşme çerçevesinde İnsan Hakları Komisyonuna bireysel başvuru hakkı kabul edilmiştir. Bireysel başvuru usulünü düzenleyen 14. madde 6. fıkrada tek tek bireylere veya birey gruplarına Sözleşmede düzenlenen hakların ihlali nedeniyle mağdur oldukları iddiasıyla Komiteye başvuru imkanı tanınmıştır. 1. ve 2. maddede ise ırk temelinde ayrımcılık yapılması yasaklanmakta, insan hak ve özgürlüklerinden eşit yararlanma hakkı teminat altına alınmaktadır⁸. Sözleşmede terim olarak kullanılan ırk ayrımcılığı yasağı sadece ırk temelli konularda değil, her alanda ayrımcılığı ifade etmektedir. Sözleşmeye göre, fark gözetme (*distincton*), dışlama (*exclusion*), yeğleme (*preference*) gibi eylemler ırk, renk, aile kökeni, ulus ya da soy kökeni temelinde yapıldığında ırk ayrımcılığı gerçekleşmiş olmaktadır⁹.

Her Tür Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi'nin hemen ardından 1966 yılında kabul edilip imzaya açılan Uluslararası Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin¹⁰ 2. maddesi 2. fıkrasında yine ırk, dil, din, cinsiyet, millî ya da soyal ya da ekonomik köken farkına dayanılarak ayrımcılık

⁷ United Nations General Essembly, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UNTS 660, 21 Aralık 1965, s. 195.

⁸ Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi: Genel Tavsiyeler ve Türkiye Taraf Devlet Raporu, İnsan Hakları Ortak Platformu, Ankara, Aralık 2010, s. 202-204.

⁹ Akıllıoğlu Tekin, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, İmaj Yayınevi, Ankara 2010, s. 295-296.

¹⁰ United Nations General Assembly, International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, UNTS Vol. 993, 16 Aralık 1966, s. 3.

yapılması yasaklanmaktadır. CERD'in 2. maddesi ile ICESCR 2. maddesinin 2. fıkrasıyla getirilen ayrımcılık karşıtı düzenleme bundan sonraki insan haklarını konu alan tüm uluslararası hukuk metinlerinde tekrarlanacak olan standart bir kalıp haline gelecektir¹¹. Görüldüğü gibi Milletler Cemiyeti'nin ardından Birleşmiş Milletler ile devam eden ve bölgesel ya da evrensel diğer uluslararası örgütlenmelerle sürdürülecek olan yaklaşım, azınlıkların eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde korunması anlayışına dayanmaktadır. Bu konuda ilk kırılma noktasının Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesi olduğu kabul edilmektedir. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 26. maddesi kanun önünde eşitlik ilkesine yer vermekte ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesinden farklı olarak eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağının Sözleşme kapsamındaki haklarla sınırlı olmadığı şeklinde değerlendirilmektedir¹². Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ayrımcılığa uğratılmama hakkının özerk bir hak (*autonomous right*) olduğunu kabul etmiştir¹³. Sözü geçen 26. maddeyi takip eden 27. madde ise ayrımcılık yasağını farklı bir boyuta taşıyarak azınlık haklarını düzenlemektedir¹⁴. Bu maddede azınlık haklarının ayrımcılık yasağı kalıbından ayrılarak yeniden kendine özgü karakteristiği ile gündeme gelmesi sağlanmıştır.

Sözü geçen uluslararası sözleşmelere taraf olan devletler, kendi ülkelerinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ve benzeri statüler bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin ilgili sözleşmelerde tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlü tutulmuştur. Eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı 25 Haziran 1993 Viyana Deklarasyonuna konu edilmiş, Dünya İnsan Hakları Konferansında “uluslararası insan hakları hukukunun temel kuralı” olarak nitelendirilmiştir. Ayrımcılık yasağının uluslararası buyurucu kural (*jus cogens*) niteliğinde olduğu, uluslararası kamu hukukunun, çekince konulamaz temel amir hükmü haline gel-

¹¹ Shoraka Kirsten, **Human Rights and Minority Rights in the European Union**, Routledge, London and New York, 2010, a.g.e., s. 5.

¹² United Nations Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 18: Non-Discrimination, 10 Kasım 1989, s. 3.

¹³ Gemalmaz Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 1, Legal Yayınevi, 8. Basım, İstanbul, Aralık 2012, s. 178-179.

¹⁴ United Nations General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, UNTS Vol. 999, 16 Aralık 1966, s. 171.

diği kabul edilmektedir¹⁵. Çeşitli uluslararası sözleşmelerde yer alan ayrımcılık yasağının kapsamında bazı farklılıklar olmasına karşın, temel olarak maddelerin ortak özelliği ilgili sözleşmelerde yer alan haklar konusunda ayrımcılığı yasaklamış olmalarıdır. Ayrıca ayrımcılığı yasaklayan söz konusu maddeler bazı hallerde kendi başlarına değil, sözleşmelerdeki diğer haklarla birlikte gündeme gelmektedir. Bu anlayış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukukunda da tercih edilmiştir.

Uluslararası sözleşmelerde kullanılan bir kavram olarak ayrımcılık, temelde doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık olarak iki türde tanımlanmaktadır. Doğrudan ayrımcılık, kişilerin ya da kişi topluluklarının kendileriyle kıyaslanabilir durumdakilerle karşılaştırıldığında hak ve özgürlüklerden eşit yararlanmayı engelleyen ya da bozan her türlü muameleyi ifade eder¹⁶. Salt cinsiyete dayalı ücret farklılıkları, farklı ırk ya da etnik kökene sahip bireylere aynı suç nedeniyle farklı cezalar uygulanması gibi durumlar doğrudan ayrımcılık uygulanmasına örnektir. Dolaylı ayrımcılık ise görünüşte eşitliği gözetilen düzenlemelerin belirli bir gruba mensup kişileri bu gruba mensup olmayan kişilere kıyasla dezavantajlı durumda bırakmasıdır. Başka bir deyişle dolaylı ayrımcılık AİHS ve AB hukukunda kabul gören anlayışa göre, farklı durumda bulunan kişilere aynı şekilde muamele edilmesi sonucunda ortaya çıkan ayrımcılıktır. AİHM ilk kez 2000 yılında *Thlimmenos v. Greece*¹⁷ davasında farklı durumda bulunan kişilere eşit muamelede bulunulmasının ayrımcılık oluşturabileceğini kabul etmiş¹⁸, 2008 yılına ait bir kararında¹⁹ dolaylı ayrımcılığın da AİHS'nin 14. maddesi kapsamındaki ayrımcılık yasağına dahil olduğunu vurgulamıştır²⁰. "Aynı durumdakilere aynı, ayrı durumdakilere ayrı" davranış öngören eşit muamelenin sağlanabilmesi

15 Akıllıoğlu Tekin, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, İmaj Yayınevi, Ankara 2010, a.g.e., s. 295.

16 Doğan İlyas, **İnsan Hakları Hukuku**, Astana Yayınları, 2. Basım, Ankara, Eylül 2015, s. 693.

17 ECHR, *Thlimmenos v. Greece*, App. No. 34369/97, 06.04.2000.

18 **Arnardóttir Oddný Mjöll**, a.g.e., s. 11.

19 ECHR, *DH and Others v. the Czech Republic*, App. No. 57325/00, 13.11.2007.

20 McColgan Aileen, **Discrimination, Equality and the Law**, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2014, s. 10; Devroye Jennifer, "The Case of D.H. and Others v. the Czech Republic", **Northwestern Journal of International Human Rights**, Cilt 7, Sayı 1, Yaz 2009, ss. 80-101, s. 81.

için birtakım ayrımlar yapılması zorunludur²¹. Böylece insan hakları hukuku bir yandan muamelede ayrımcılık uygulanmasını ifade eden doğrudan ayrımcılığı (*direct discrimination*) yasaklarken, öte yandan eşit olmayanlara eşit muamelede bulunulmasını ifade eden dolaylı ayrımcılığı da (*discrimination in outcome, indirect discrimination*) yasaklamaktadır.

BM tarafından kabul edilen ayrımcılıkla ilgili sözleşmelerde ayrımcılık türleri tanımlanmamış, ancak sözleşmelere bağlı olarak çalışan komitelerin faaliyetlerinde dolaylı ve doğrudan ayrımcılık kavramlaştırması yapılmıştır. Buna karşın AB hukukunda başvuru ayrımcılık kavramlarının ilgili direktiflerde tanımlanması yoluna gidilmiştir²². AB özellikle dolaylı ayrımcılık kavramının gelişiminde rol oynamıştır²³. AB Konseyi tarafından kabul edilen Irk Eşitliği Yönergesi'nin 2(2). maddesine göre “bir kimse ırk veya etnik köken temelinde benzer bir durumda başka bir kimsenin gördüğü, görmüş olduğu veya göreceği muameleyle kıyasla daha zararına bir muamele görürse doğrudan ayrımcılık olduğu kabul edilir”²⁴. Benzer şekilde İstihdamda Eşitlik Yönergesi, madde 2(2)(a); Cinsiyet Eşitliği Yönergesi, madde 2(1)(a); Mal ve Hizmetler Yönergesi, madde 2(a)'da aynı formülasyona dayanak teşkil etmektedir. Konsey Yönergesi'nin uygulama alanı, istihdam, eğitim, meslekî eğitim, sosyal koruma, kamuya açık mal ve hizmet arzına erişim gibi konularda, tüzel kişiler ile üçüncü ülke vatandaşları da dahil olmak üzere, tüm kişileri kapsamaktadır²⁵. Sadece ulusal kanunlara ve idari işlemlere değil, bireysel ve kolektif akitlere, özel hukuk sözleşmelerine, kâr amacı gütmeyen kurumların iç kurallarına da uygulanmaktadır. AB Yönergelerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinden en büyük farkı dolaylı ve doğrudan ayrımcılık kavramlarının uygulama alanını da ayırmış

-
- 21 Akıllıoğlu Tekin, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, İmaj Yayınevi, Ankara 2010, s. 294.
- 22 Bell Marc, “The Right to Equality and Non- Discrimination”, Hervey Tamara/ Kenner Jeff (Editör), **Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective**, Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon 2003, ss. 91-110, s. 95.
- 23 European Council Directive 1997/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, **Official Journal of the EU**, L 014, ss. 6-8.
- 24 European Council Directive 2000/43/EC 29 of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, **Official Journal of the EU**, L 180, ss. 22-26.
- 25 Özkan Duvan Ayşe, **Avrupa Birliği Hukukunda Azınlık Hakları**, Astana Yayınları, 2. Basım, Ankara 2016, s. 220.

olmasıdır. Başka bir deyişle AB hukukunda doğrudan ayrımcılık ancak açık istisnaları düzenlenmişse meşrulaştırılabilirken; dolaylı ayrımcılık objektif gerekçelendirmeye daha açık bir anlayış düzeyini ifade etmektedir²⁶.

Uluslararası hukukta genel olarak ayrımcılık yasağı ihlallerinin icrai ya da ihmali şekilde yapılmış olup olmaması, ihlalin gerçekleşmiş sayılması bakımından önem arz eden hususlardan değildir²⁷. Ayrımcılık teşkil eden nedenlerle bireyin işe alınmaması, ihmali hareketle ayrımcılık iken; bir kamu görevlisinin sözlü ya da yazılı olarak ayrımcı muamelede bulunması durumu icrai hareketle ayrımcılık yasağı ihlali oluşturmaktadır. Ayrımcılık yasağı ihlalleri ceza hukuku kapsamına sokulduğunda ise, prensip olarak kastla gerçekleştirilebilecekleri kabul edilmektedir. Gerek karşılaştırmalı hukukta, gerekse doktrinde geniş kabul gören anlayışa göre ayrımcılık suçunun özel kastla işlenebileceği, dolayısıyla taksirli eylemlerle ayrımcılık suçunun gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmektedir²⁸.

Ayrımcılık yasağı sadece negatif anlamda ayrımcılığın yasaklanmasını değil, ayrımcılığa karşı pozitif anlamda korunmayı da içermektedir. Kişinin ayrımcılık unsurlarından birine dayanılarak eşitlerinin sahip olduğu hak ve yetkilerden yararlandırılmaması negatif ayrımcılıktır. Pozitif ayrımcılık olarak da adlandırılan yaklaşım ise, dezavantajlı bireyler lehinde olumlu önlemlerle eşitliğin fiilen sağlanmasını amaçlamaktadır. Ayrımcılığa karşı korunma hususunda devletin pozitif yükümlülükleri bulunduğu için ayrımcı muameleyle geleneksel olarak maruz kalan belirli grupların korunması gereği ortaya çıkmaktadır. Örneğin, resmî dili konuşamayan kişiler için kamu hizmetlerinde ücretsiz tercümanlık hizmeti sağlanması veya ortopedik engelli birinin bir kamu hizmetine erişimi için rampa, asansör vs. gibi gerekli ihtiyaçların temini bu kapsamda değerlendirilmektedir. Genellikle resmî kurumlar bünyesinde koruma altında bulunan dezavantajlı bireylerin istismara uğraması durumunda da devletin pozitif yükümlülüğü anlayışı esas alınmaktadır²⁹.

²⁶ Bell Marc, a.g.e., s. 97-98.

²⁷ Moeckli Daniel, "Equality and Non-Discrimination", **International Human Rights Law**, Daniel Moeckli/ Sangeeta Shah/ Sandesh Sivakumaran (Editör), Oxford University Press, New York 2010, ss. 189-208, s. 189.

²⁸ Demren Dönmez Burcu, "Ayrımcılık Suçu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 102, Yıl 2012, ss. 9-58, s. 48-49.

²⁹ ECHR, X and Y v. the Netherlands, App. No. 8978/80, 26.03.1985.

7 Mayıs 2004 tarihinde Türk Anayasasının 10. maddesine eklenen düzenleme de pozitif ayrımcılığı tanımlamaktadır. 10. maddenin 2. fıkrasında yer verilen hükme göre “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz”. Bu çerçevede somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bazı düzenlemelerde kadınlar lehine pozitif ayrımcılık getiren hükümlere ilişkin olarak verdiği kararlarında³⁰ bu anlayışı yansıtmaktadır. Uluslararası insan hakları yargısında da kadınlar lehine belirli mesleklerde kota uygulanması gibi pozitif ayrımcılık örnekleriyle sıkça karşılaşmaktadır. 10. maddenin 2. fıkrasına anayasal düzeyde pozitif ayrımcılık hükmünün eklenmesiyle birlikte cinsiyet, ırk ve istihdamda eşitliği düzenleyen AB direktiflerinin gerekliliklerine de uyum sağlanmış olmaktadır³¹.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı Anlayışı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ayrımcılık yasağını düzenleme konusu yapan pek çok uluslararası insan hakları anlaşmalarından biridir. Sözleşmeyi diğerlerinden ayıran yanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının bağlayıcılık ve uygulanabilirlik gücü yönünden ortaya çıkmaktadır. Ayrımcılıkla ilgili komplike sorunlarda, özellikle azınlıkları ilgilendiren ayrımcılık uyuşmazlıklarında Strazburg Mahkemesi etkili bir çözüm mekanizması olarak işlemektedir. BM İnsan Hakları Komitesi ya da AK Çerçeve Sözleşme Danışma Komitesi ile karşılaştırıldığında, gerek kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığı yönünden, gerekse daha sınırlı bir devletler topluluğuna hitap etmesi yönünden AİHS hukuku diğer sözleşmelerden ayrılmakta ve oldukça etkili işleyen bir sistem sunmaktadır³².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukukunda ayrımcılık yasağının uygulama anlayışını değerlendirirken ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Ana Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden itibaren Mahkeme içtihatlarında yer bulma-

³⁰ Anayasa Mahkemesi, 2005/86 E, 2010/111 K, 08.12.2010; Anayasa Mahkemesi 2009/19 E, 2011/4 K, 06.01.2011.

³¹ Ulucan Devrim, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Özel Sayı, Yıl 2014, ss. 369-383, s. 372.

³² Medda Windischer Roberta, **Integration of Old and New Minorities in Europe: Different or Similar Policies and Indicators**, European Academy of Bolzano/Bozen Institute for Minority Rights, Integrim Papers, Ekim 2014, s. 8.

ya başlayan 14. maddeye göre ayrımcılık yasağı ve 2005 yılında yürürlüğe giren 12. Protokol'ün 2. maddesine göre ayrımcılık yasağı uygulaması şeklinde iki başlık altında değerlendirme yapılabilir.

2.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 14. Maddesinde Ayrımcılık

Ayrımcılık yasağına ilişkin düzenleme, Sözleşmenin 14. maddesinde “ayrımcılık yasağı” başlığı altında yer almaktadır. Buna karşın düzenlemede “yasa önünde eşitlik” kavramına başvurulmamıştır. Her ne kadar kavramsal olarak iki terimi birbirinden ayrı tutmanın isabetli olmayacağı kabul edilmiş olsa da, ayrımcılık yasağı düzenlemesinde eşitlik ilkesine yer verilmemesini, ayrımcılık yasağını Sözleşme ile korunan haklarla sınırlı tutma endişesine bağlayan görüşler ileri sürülmüştür. 14. maddenin hükmü şöyledir:

“Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır”.

Maddenin “Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma”da ayrımcılığı yasaklaması, bağımsız bir eşitlik ilkesi getirilmediğini ortaya koymaktadır. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 26.-27. maddeleri hükmüyle karşılaştırıldığında AİHS hükmünün daha zayıf bir koruma getirdiği ifade edilebilir. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 26. maddesi genel eşitlik ilkesini düzenlemekte, 27. maddesi de azınlıklara yönelik ayrımcılığı yasaklamaktadır. İki sözleşme hükmü karşılaştırıldığında İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki 14. maddenin getirdiği ayrımcılık gütmeye yasağı sınırlı bir uygulama alanını karşılamaktadır³³. Çünkü hükmün lafzında kullanılan ilk bölüm getirilen ayrımcılık yasağını doğrudan Sözleşmenin diğer maddelerine bağlı kılmaktadır. Nitekim 4. Protokol'ün hazırlık çalışmaları esnasında Danışma Meclisi genel eşitlik ilkesini Sözleşmeye dahil etmek istemiş ancak bu teklif Uzmanlar Komitesi tarafından ertelenmiş ve Sözleşmede tanınan haklarla sınırlı ay-

³³ Harris D. J./ O'Boyle M./ Warbrick C., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford-New York 2009, İkinci Basım, s. 577-578.

rımcılık ilkesinin ön plana çıkarılması gerektiği üzerinde uzlaşmıştır³⁴. O halde lafzî ve tarihsel yorumla bakıldığında 14. maddenin bağımsız bir karaktere sahip olmadığı söylenebilmektedir. Buna göre 14. maddenin ihlali ancak Sözleşmedeki bir başka hakkın ihlal edilmiş olması halinde gündeme gelebilecektir. Başka bir deyişle 14. madde tamamlayıcı nitelikte bir hüküm olarak işlev üstlenmiştir. Mesela AİHM içtihatlarına göre bir devletin azınlık konularına değinen derneklerin kurulmasını yasaklaması, açık olarak kutlamaları yasaklaması ve marşları engellemesi yahut programına göre azınlıklar bakımından önemli, ancak şiddet içermeyen politikaları hedefleyen siyasi partileri yasaklaması durumunda AİHS'nin 14. madde dolayısıyla 11. maddesi ihlal edilmiş kabul edilmektedir. Ayrımcılık yasağının diğer Sözleşme hükümleriyle bağlantılı olması koşuluyla ihlal edildiğine hükmedilebilecek olması doğrultusundaki bu yaklaşım, AİHM yargısında standart bir hukuk uygulaması vasfı kazanabilecek potansiyelde değerlendirilmiştir. Ancak *Belgian Linguistic* davasında³⁵ verdiği kararda İnsan Hakları Mahkemesi, başka bir maddenin ihlal edilmemiş olması halinde dahi 14. maddeden ihlallerin değerlendirilebileceğini kabul etmiştir. Eğer açık şekilde eşitsiz muamele, uyuşmazlık konusu vakanın temel boyutlarından birini oluşturuyorsa, diğer Sözleşme hükümleriyle birlikte 14. maddeden de ihlal değerlendirmesi yapılabilmektedir. *Chassagnou v. France* ve *Aziz v. Cyprus* davaları bu son kategoriye örnek olarak sayılabilir. Cinsel yönelim ve etnik temelli ayrımcılık vakalarında da çoğunlukla özel yaşamın gizliliği veya eğitim hakkı, polis şiddeti gibi nedenlerle 14. madde ile diğer maddeler birlikte değerlendirilmektedir³⁶.

14. maddenin bağımsız nitelikte olmadığı kabul edilmesine karşın Komisyon ve Mahkeme 14. maddeyi geniş yorumlamışlardır. Ancak prensip olarak Sözleşmedeki diğer haklardan bağımsız olarak uygulanabileceği de kabul edilmemiştir. Mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıkta 14. madde ile baş-

³⁴ İnceoğlu Sibel, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum**, Cilt 4, Sayı 11, Yıl 2006, ss. 45-62, s. 56.

³⁵ ECHR, *Belgian Linguistic Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium"* v. Belgium, App. No. 1474/62;1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.23.07.1968.

³⁶ Harris D. J./ O'Boyle M./ Warbrick C., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford-New York 2009, İkinci Basım, s. 578.

ka bir maddenin ihlalini bir arada incelemektedir. Bununla birlikte 14. maddenin ihlali sonucuna ulaşılabilmesi için bağlantılı bir hakkın ihlal edilmiş olması bir koşul olarak değerlendirilmemiştir³⁷. Bu sayede bağlantılı hakkın ihlali şartı aranmadığında Mahkemenin inceleme alanı 14. madde bakımından genişletilmiş olmaktadır. Bağlantılı bir hakkın ihlal edilmiş olması şartı arandığı takdirde ayrımcılık yasağı aksesuar bir hak olarak, sadece AİHS’de öngörülen diğer haklarla bağlantılı olarak incelenme olanağına sahip olacaktır³⁸.

14. maddenin diğer sözleşme maddeleriyle bağlantılı olarak değerlendirilmesi durumu 12. Protokol’ün 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle değişmiştir³⁹. Ayrımcılık yasağını kurala bağlayan bu Protokol, 14. maddeye göre Sözleşmede korunan haklarla sınırlı ayrımcılık yasağını genelleştirmiştir. Böylece Sözleşmede korunmayan haklarla ilgili olarak da ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla AİHM’ye başvuru yapılabileceği hususu açıklık kazanmıştır. 12. Protokol eşitlik ilkesine tam koruma sağlamakla AİHS koruma sistemini, BM ve AB koruma sistemlerine uyumlaştırmış olmaktadır. Buna göre davacılar herhangi bir hakkın ihlal edilmiş olduğunu veya kamu makamlarının herhangi bir eylem ya da işleminden dolayı iç hukuk yollarına başvurarak tatmin edici bir sonuca ulaşamazlarsa AİHM’ye ayrımcılık yasağı ihlali iddiasıyla başvuru yapabileceklerdir.

12. Protokol öncesi dönemde 14. maddeyle sınırlı olarak AİHM içtihatlarında başvurulan uygulama ilkeleri, ayrımcılık tanımı ekseninde şekillenmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi ayrımcılığı, içtihatlarında “nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi” şeklinde tanımlamıştır⁴⁰. Bu tanımdan yola çıkılarak Mahkemenin çalışma tekniğine ilişkin belirli prensiplere dair çıkarılabilir. Mutlak anlamda uyguladığından söz edemesek de bu prensipleri Mahkemenin çalışma tarzına ilişkin ipuçları olarak adlandırabiliriz. Bunlardan sıralamada birinci geleni, iddia konusu ihlallerin Sözleşme

³⁷ McCrudden Christopher and Prechal Sacha, **The Concepts of Equality and Non - Discrimination in Europe: A Practical Approach**, European Commission, Kasım 2009, s. 22; İnceoğlu Sibel, Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, **Çalışma ve Toplum**, Cilt 4, Sayı 11, Yıl 2006, ss. 45-62, s. 57.

³⁸ ECHR, EB v France, App. No. 43546/02,22.01. 2008.

³⁹ **Akılhoğlu Tekin**, a.g.e., s. 298.

⁴⁰ ECHR, Zarb Adami v. Malta, App. No. 17209/02, 20.06.2006.

kapsamındaki hükümlerin koruma alanına girip girmediğinin değerlendirilmesidir. İkincisi, 14. maddede sıralanan ayrımcılık kategorileri sınırlı sayılı olmadığı için, farklı muamelenin hangi temelde gerçekleşmiş olabileceğini değerlendirme kapsamına almaksızın farklı bir muamele mevcut mudur değil midir sorusuna cevap bulunmasıdır. Üçüncü prensip, uyumsuzluk konusunun muhatabı ile benzerlerinin karşılaştırılabilir pozisyonlarda bulunup bulunmadıklarına karar verilmesidir. Dördüncü adım karşılaştırılabilir pozisyonda bulunan muhataplardan başvuru olana farklı muamelede bulunmuş olması halinde, bu muamelenin nesnel ve makul bir gerekçeyle haklı kılınabilir mahiyette olup olmadığının değerlendirilmesidir.

İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının, toplumun menfaatlerinin korunması ile Sözleşmede güvence altına alınan haklara ve özgürlüklere saygı arasında adil bir denge kuran muamele farklılıklarını yasaklamadığına karar vermiştir. Mahkeme *Belgian Linguistic* davası⁴¹ kararında somutlaştırdığı 14. maddenin uygulanmasına ilişkin ölçütleri demokratik hukuk devleti anlayışından yola çıkarak belirlemeye yöneldiğini ifade etmektedir. Bu noktada “fark gözetme”nin makul ve nesnel bir gerekçeyle haklı kılınmaması durumunda eşit muamele ilkesinin ihlal edileceği belirtilmiştir. Mahkeme makul ve nesnel gerekçelerle haklı kılınan farklı muamelenin olup olmadığını da ölçmek için bu yolda alınmış tedbirin amacı ve etkisi ile bağlantılı olarak demokratik toplumlarda genellikle geçerli olan ilkeler göz önünde tutularak değerlendirme yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre Sözleşmede yer alan haklardan birinin kullanılmasında uygulanan farklı muamele aynı anda hem meşru bir amaç taşımalı, hem de kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olduğu açıkça ortaya konulmalıdır. Meşru amaç ile orantılılık unsurlarının gerçekleştiği açık şekilde ortaya konulmadığı takdirde 14. maddenin ihlal edilmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

12. Protokol öncesi döneme ait olan pek çok Komisyon ve Mahkeme içtihadı esas alındığında, temel olarak yukarıda belirtilen kriterlere göre ayrımcılık yasağı ihlallerinin değerlendirilmiş olduğu görülmektedir. Mahkemenin ayrımcılık anlayışındaki temel bakış, uygulamada ihtilafların çö-

⁴¹ ECHR, *Belgian Linguistic Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium*, App. No. 1474/62;1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64,23.07.1968.

zümünde daha işlevsel olan maddi eşitlik temelinde gerçekleşmektedir⁴². Mahkeme eşit durumda bulunanlara eşit muameleyi kabul etmekte, eşit olmayanlar arasında ayrımcılık yasağı ihlali bulunup bulunmadığını tespit etmekte ayrı değerlendirme kriterlerine başvurmaktadır. Eşit olmayanlar arasında ayrımcılık değerlendirmesi kriterlerinden birincisi, uyumsuzluk konusu tasarrufun nedeni ile sonucu arasındaki ilişki; ikincisi ise kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasındaki orantılılık ilişkisidir.

Ayrımcılık yasağının hangi durumlarda eşitler arasında, hangi durumlarda eşit olmayanlar arasında değerlendirileceğine ilişkin ayrıştırmayı yapabilmek için de bazı ölçütlere ihtiyaç bulunmaktadır. Buna göre öncelikle uyumsuzluk konusu durum ile kıyaslama konusu durumun birbirinden farklı mı yoksa birbirine eşit mi olduklarına karar vermek gerekmektedir. AİHM'nin burada kullandığı birinci ölçüt "kıyaslanabilirlik testi" olarak adlandırılmaktadır. Kıyaslanabilirlik testine göre iki durumun birbirine benzeyip benzediği ölçülür. Mahkemenin başvurduğu ikinci ölçüt "haklı neden testi"dir. Haklı neden testi kıyaslanabilirliği kabul edilen iki durum arasında ayırım yapılmasını gerektirebilecek makul bir neden bulunup bulunmadığının değerlendirilmesidir. Ancak buradaki "makul neden"i meşru amaç kavramıyla karıştırmamak gerekir. Çünkü genellikle uyumsuzluk konusu tasarrufta kamu yararı gibi meşru bir amaç güdülmüş olsa da eğer araç ile bu amaç arasında oranlılık bağı kurulmamışsa "makul neden" unsurunun bulunduğundan söz edilemeyecektir.⁴³

2.1.1. Ulusal Azınlığa Mensup Olma Temelinde Ayrımcılık

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 14. madde kapsamındaki ayrımcılık nedenlerinden biri "ulusal bir azınlığa mensup olma"dır. Azınlık haklarına ilişkin bir metin olmayan Sözleşmede, 14. madde lafzında "ulusal azınlık" terimi geçmekte ancak, azınlık haklarıyla ilgili müstakil bir maddeye yer verilmemektedir. Örneğin dil özgürlüğüne ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Resmi okullarda kendi diliyle eğitim hakkına yer verilmemiştir.

⁴² O'Connel Rory, "Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR", *Legal Studies: The Society of Legal Scholars*, Cilt 29, Sayı 2, Haziran 2009, ss. 211-229, s. 229.

⁴³ İnceoğlu Sibel, Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, *Çalışma ve Toplum*, Cilt 4, Sayı 11, Yıl 2006, ss. 45-62, s. 58.

Bununla birlikte, Sözleşmede bireysel hakların korunması bağlamında ayrımcılığın önlenmesi ve ulusal azınlık gruplarının Avrupa Konseyi organlarına ulaşabilmesi durumu, azınlıkların “geleneksel” ilgi alanlarıyla çakışmaktadır. Özet olarak bu sözleşmede ayrımcılığın önlenmesi ve eşit muamele bağlamında olmakla birlikte azınlıkların korunması vardır.⁴⁴ Bu bağlamda *X. v. Austria* uyuşmazlığında⁴⁵ Komisyon, AİHS’nin dilsel azınlıkların bu özellikleri nedeniyle hak sahibi olduğuna dair bir düzenlemeye yer vermediğinden bahisle, azınlık grubu üyelerinin korunmasının ancak, Sözleşmede yer alan diğer haklardan yararlanmalarının, azınlıkların bu özellikleri nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmaları haliyle sınırlı olduğuna karar vermiştir. Somut olayda da bir başka sözleşmesel hakkın ihlalinin mevcut olmadığından bahisle, ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴⁶.

“Ulusal Azınlık” tanımlanmamış olmasına rağmen, “herhangi bir kişiye, sivil toplum kuruluşuna veya bireylerden oluşan bir gruba” 14. maddede listelenen nedenlerden birinden dolayı, makul ve objektif bir neden olmaksızın ayırım yapıcı bir şekilde davranmanın AİHS’ye aykırı düştüğü kabul edilmektedir. Temel olarak 14. maddenin, tek başına duran ayrımcılık yasağı içeren bir madde olmadığı ve sadece Sözleşmedeki bir başka maddenin ihlal edildiği iddiasıyla kullanılabilmesi görüşü burada da ağırlık göstermektedir.⁴⁷ Buna karşın *Belgian Linguistic* davası⁴⁸ gibi Komisyon dönemine ait karar örnekleri tam aksine 14. maddenin ihlali iddiasının kabulünün başka bir Sözleşme hükmünün ihlal edilmiş olması kaydına bağlanamayacağını konu etmiştir⁴⁹.

⁴⁴ Minority Rights Under the European Convention On Human Rights, the UN Guide for minorities Pamphlet No. 7, High Commissionery for Human Rights, s. 1, bkz. Türkçe baskısı için, Birleşmiş Milletler Azınlıklar Rehberi, Kitapçık no.7, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Yayını.

⁴⁵ ECHR, *X. v. Austria*, App. No. 8142/78, 10.10.1979

⁴⁶ Hekimoğlu Mehmet Merdan, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Açısından Azınlık Hakları ve Türkiye**, Detay Yayıncılık, Ankara 2007, s. 187.

⁴⁷ Nal Sabahattin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda Azınlık Hakları**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, Nisan 2010.

⁴⁸ ECHR, *Belgian Linguistic Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium*, App. No. 1474/62;1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.23.07.1968.

⁴⁹ Harris D. J./ O’Boyle M./ Warbrick C., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford-New York 2009, İkinci Basım, s. 578.

Buradaki ayrımcılık sadece bir kişiye veya gruba, benzer bir gruptan daha kötü davranıldığı durumlarla sınırlı değildir. Farklı gruplara benzer şekilde davranmak da ayrımcılık olabilmektedir. Bu anlamda azınlıklara çoğunlukla aynı şekilde davranmak azınlığa karşı ayrımcılık yapılmasına neden olabilmektedir. AIHM, devletlerin azınlıkların durumunu iyileştirmek için -örneğin demokratik sürece katılımları konusunda- olumlu önlemler alması durumunda, çoğunluğun bu tür önlemler dolayısıyla ayrımcılık iddiasında bulunamayacağını kabul etmiştir⁵⁰. Buna göre azınlıklara adil davranılmasını temin eden ama ayrıcalıklı statülerini kötüye kullanmalarını da engelleyen bir denge sağlanması gerektiği değerlendirilmektedir.

Sözleşmeye göre, bireyler bir azınlığın üyesi oldukları için ayrıma uğradıklarında şikayette bulunabilirler. Ama bu “birey grupları” bir kolektivite gibi değil, bir bireyler topluluğu olarak muamele görürler; her bireyin adı belirtilir, temsil edildikleri kişi yönünden vekaletnamesi aranır⁵¹. Her üye ayrıca bir ayrımcılığın kurbanı olmuş olmalıdır ve başka grup üyelerine yapılanlardan dolayı şikayet yetkisine sahip değildir⁵². Sivil toplum kuruluşları yönünden de aynı şey söylenebilir, örgütün bizzat zarar görmüş olması gerekmektedir; üyelerinin zarar görmüş olması yeterli değildir. Bununla birlikte, bu sınırlamalar devlet şikayetlerine uygulanmaz. Bir devlet, başka bir devletteki azınlığa uygulanan muamele kendisine zarar vermese bile şikayette bulunabilir.

Siyasal görüş temelinde ayrımcılık iddiasıyla Mahkeme önüne götürülebilecek bir konu, siyasi parti mensuplarının bu mensupluk ilişkisi nedeniyle ayrımcılığa uğratıldıkları iddialarıdır. Ulusal bir azınlığa mensup olan bireylerin siyasi görüşleri nedeniyle ayrımcılığa uğratıldıkları iddiasıyla açılmış çok sayıda dava mevcuttur. Ancak Mahkeme siyasi görüş temelinde ayrımcılık iddiasıyla yapılan başvuruları çoğunlukla 14. madde yönünden incelemeyi gereksiz bulmaktadır. 14. maddenin ihlali, davanın temel yönünü teşkil etmiyorsa, Mahkeme Sözleşmedeki bir hakkın ihlalinin tespitinden sonra farklı muamelenin davanın “önemli bir yönünü” oluşturmadığı kanaatine ulaşmışsa 14. madde açısından inceleme yapmaya gerek görmemektedir.

⁵⁰ Pamphlet No.7 of the UN Guide for Minorities, a.g.e., s. 2.

⁵¹ Harris D. J./ O’Boyle M./ Warbrick C., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford-New York 2009, İkinci Basım, s. 602.

⁵² ECHR, Kalderas Gipsies v. FRG and Netherlands, App. No. 7823/ 77; 7824/77, 03.07.1977.

Bu kapsamdaki davalara bir örnek *Castells v. Spain* davasıdır⁵³. Bir İspanyol vatandaşı olan Miguel Castells, Bask bölgesinin bağımsızlığını savunan bir siyasi parti olan Herri Batasuna'nın listesinden seçilmiş bir senatördür. Başvurucunun yayınlanan bir makalesinde, Bask muhaliflerinin insafsızca avlandıklarını, hükümetin adamlarının faili meçhul cinayetlerin sorumlusu olabileceğini ifade etmiştir. Senato tarafından yasama dokunulmazlığını kaldırılan başvurucu tutuklanmış ve kefaletle serbest bırakılmıştır. Mahkeme başvuruyu ifade hürriyeti bakımından ele almıştır. İfade özgürlüğüne yönelik müdahalenin 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen meşru bir amaç barındırmadığını tespit ettikten sonra, 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmış ve 14. maddenin davanın temel yönünü teşkil etmediği gerekçesiyle ayrımcılık yasağı bakımından incelemeye gerek görmemiştir. Aynı yaklaşımı Mahkeme azınlık mensubu siyasi parti üyeleri⁵⁴ ve azınlık mensubu dernek üyeleri⁵⁵ tarafından açılmış davalarda da göstermiş, örgütlenme özgürlüğünden (AİHS 11. madde) ihlale hükmederken 14. maddeden inceleme yapmayı gerekli bulmamıştır.

14. maddeye dayanılarak AİHM'ye dil gibi kültürel unsurların da arasında bulunduğu farklı gerekçelerle birçok başvuru yapılmıştır. Dil özgürlüğüne ilişkin örnek olarak Belçika aleyhinde 14. madde bakımından ihlalin gerçekleştiğine hükmedilen Komisyon kararı⁵⁶ dikkat çekicidir. Başvurucu olan Fransızca konuşan bir grup aile, çocuklarının Brüksel bölgesindeki okullara kabul edilmemesi nedeniyle ihlal iddiasında bulunmuştur. Belçika makamları o bölgedeki okullara bölgede ikamet eden ailelerin çocuklarının kaydedilmesine izin vermiştir. Ancak Flamanca konuşan ailelerden bu koşulu yerine getirmeleri istenmemesine karşın, Fransızca dilinin yayılmasının engellenmesi için bunun sadece Fransızca konuşan ailelerden talep edilmesi Komisyon tarafından sert ve eğitim hakkında ayırım yapan bir uygulama olarak değerlendirilmiş, Sözleşmenin ihlal edildiği yönünde hüküm kurulmuştur. Bu davada diğer hükümlerden ihlal bulunmadığı hal-

⁵³ ECHR, *Castells v. Spain*, App. No. 11798/85, 20.04.1992.

⁵⁴ ECHR, *Freedom and Democracy Party (Özdep) v. Turkey*, App. No. 23885/94, 08.12.1999; *Socialist Party and Others v. Turkey*, App. No. 21237/93, 25.05.1998.

⁵⁵ ECHR, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, App. No. 57/1997/841/1047, 10.07.1998.

⁵⁶ ECHR, *Belgian Linguistic Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium*, App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.23.07.1968.

de 14. madde bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Dilsel haklara ilişkin bir tanımlamaya yer verilmemiş olsa da AİHS 6. madde 3 fıkrası bağlamında içtihatlar yoluyla kavramsal bir çerçeve oluşturulduğu söylenebilir. 6. maddesinin 3. fıkrasına göre ceza yargılaması bağlamında, herkesin kendi aleyhine yöneltilen suçlamaların anladığı bir dilde bildirilmesi hakkına sahip olduğu ve mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa bir tercüman bulundurulması hakkına sahip olduğu yönünde güvenceler içermektedir⁵⁷. Ancak Strazburg kuruluşları, devlet yönetimini ilgilendiren alanlarda, belirli bir dilin kullanımıyla ilgili bir hak bulunmadığı anlayışını benimsemiştir⁵⁸. Özel alanda veya azınlık grubu mensuplarının kendi aralarında azınlık dilinin kullanılması hakkının ise AİHS 10. maddedeki ifade özgürlüğü hükmüyle teminat altına alınmış bulunduğu kabul edilmektedir. Buna göre azınlık mensuplarının devlet ya da diğer bireyler tarafından engellenmeden kendi dilinde basılı veya görsel basın ve yayın araçlarını kullanma hakları ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmektedir. Buna karşılık 14. maddeye dayanılarak anadilde savunma yapma talebiyle açılan şüpheli ya da sanığın adli süreçte tercüman yardımıyla faydalanmaya ilişkin davaları, azınlık mensuplarının mahkemeleri siyasi propaganda aracı olarak kullanma amacı taşıdığı hallerde reddedilmektedir⁵⁹.

Norveç'te yaşayan Lap azınlıkla ilgili olarak dava konusu edilen geleneksel yaşam tarzını sürdürme hakkı da azınlık mensupları bakımından ayrımcılık yasağının koruması kapsamında kabul edilmiştir⁶⁰. Cinsel yönelim ve etnik köken temelinde gerçekleşen, azınlık mensuplarına yönelik ayrımcılık vakalarında çoğunlukla özel yaşamın gizliliğine ilişkin AİHS'nin 8. maddesi veya azınlık mensuplarına yönelik polis şiddeti ihtilaf konusu olmuş ise AİHS'nin 3. Maddesi, 14. madde ile birlikte değerlendirilmektedir.

⁵⁷ Handbook on European non-discrimination Law, a.g.e., s. 114.

⁵⁸ Pamphlet No.7 of the UN Guide for Minorities, a.g.e., s. 2.

⁵⁹ ECHR, Cengiz Ayar v. Turkey, App. No. 60244/12, 09.07.2015; Zeynettin Kuzu v. Turkey, App. No. 70676/11, 09.07.2015; Kamasinski v. Austria, App. No. 9783/82, 19.12.1989.

⁶⁰ Nal Sabahattin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda Azınlık Hakları**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, Nisan 2010, s. 144.

2.1.2. Din ya da Mezhep Temelinde Ayrımcılık

14. maddenin getirdiği bir diğer yasaklama konusu, kişiler arasında dinî inançları dolayısıyla ayırım yapılmasıdır. Ancak bu hususta Komisyona yapılan pek çok başvurunun reddedildiğini belirtmek gerekir. Örneğin Hollanda aleyhindeki bir başvuruda, Hollanda Emeklilik Kanununda yer alan, dinî inançları dolayısıyla sigorta yapılmasına tümüyle karşı çıkanlarla, bir kısım sigorta türlerini kabul etmeyenler arasında ayırım yaparak farklı emekli aylığı bağlanmasını öngören yasal düzenlemenin ayrımcılığı yasaklayan Sözleşme hükümleriyle çelişmediği sonucuna varılmıştır. Almanya aleyhindeki benzer bir başvuruda ise, Katolik veya Protestan mezhepleri dışındaki mezhep mensubu rahiplerin askerlik görevinden başışık tutulmalarında, Sözleşmeye herhangi bir aykırılık görülmemiştir. Komisyona göre ayırım yapmak bazı durumlarda makul ve haklı nedenlere dayandığı takdirde meşru olabilir⁶¹. 2000 yılında sonuçlanan Yunanistan aleyhinde Thlimmenos tarafından açılmış bulunan davada⁶², Mahkeme Yehova Şahitliği inancına sahip olduğu için orduya katılmayı reddeden başvurusunun, dinî inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. madde ve 14. maddedeki ayrımcılık yasağına göre başvurusunun kabulüne karar vermiştir. Kararın gerekçesi, dinî inancı nedeniyle askerlik hizmetinde alternatif bir hizmet şekli düzenlenmemiş bulunduğu ve seferberlik esnasında orduya katılmayı reddetmesi sonucu verilen hapis cezasını çekmiş bulunan vatandaşın iş sınavlarında yüksek puan almasına karşın ceza almış olması nedeniyle iş başvurusunun reddedilmesidir.⁶³

AİHM'nin *Hoffman v. Austria* kararında⁶⁴ bir kadının Yehova Şahitleri mezhebine mensup olması nedeniyle, boşanma davası sonucunda çocukların velayetinin, salt kadının bu dinî inancına dayanılarak babaya verilmesi, Sözleşmenin 8. ve 14. maddelerine aykırı bulunmuştur. Din özgürlüğünü ihlalden mahkumiyetle sonuçlanan bir başka dava⁶⁵ ise, Yehova Şahitlerine ait bir ibadet yerinin izin alınmadan inşa edildiği gerekçesiyle Yunanistan makamları tarafından kapatılması olayını konu almıştır. AİHM Aralık 1998'de verdiği bir başka kararda, Gümülcine müftüsünü mahkum eden Yunanistan'ın,

61 ECHR, Grandrath v. Germany, App. No. 2299/64, 12.12.1966.

62 ECHR, Thlimmenos v. Greece, App. No. 34369/97, 06.04.2000.

63 ECHR, Thlimmenos v. Greece, App. No. 34369/97, 06.04.2000.

64 ECHR, Hoffmann v. Austria, App. No. 001/57825, 20.12.2012.

65 Human Rights Watch (Organisation), Human Rights Staff, Human Rights Watch World Report 1997, Published 1996 Human Rights Watch, s. 223.

Sözleşme'nin din özgürlüğüne ilişkin hükmünü ihlal ettiğine karar vermiş, bir grubun rızasıyla kendini tabi olarak değerlendirdiği dinî liderin cezalandırılmasının, dinsel çoğulculuğu gerektiren demokratik toplum düzeniyle bağdaşmadığına karar vermiştir⁶⁶.

İnanç temeline dayalı ayrımcılık yasağına ilişkin bir başka örnek Köse ve diğerleri tarafından Türkiye aleyhinde açılan davadır⁶⁷. Bu dava okulda kız öğrencilerin başörtüsü takmalarını yasaklayan kıyafet yönetmeliği aleyhine açılmıştır. Başvurucular başörtüsü takmanın İslam dinine ait bir uygulama olması nedeniyle bu yasağın din temelinde ayrımcılık oluşturduğu iddiasında bulunmuşlardır. AİHM kıyafetle ilgili kuralların belirli bir dine mensubiyetle bağlantılı olmadığını, okullarda tarafsızlığı ve laikliği koruma amacına yönelik olduğunu ve bunun da karışıklığı önleyeceği, başkalarının kendi dinî inançlarına müdahale edilmemesi hakkını koruyacağını kabul etmiştir. Belirtilen gerekçelerle başvurucuların din temelli ayrımcılık iddiası kabul edilemez bulunmuştur. Leyla Şahin tarafından Türkiye aleyhinde açılan davada⁶⁸ da belirli kıyafet standartları bulunduğunu yasal olarak tespit eden Mahkeme tarafından, başörtüsüyle tıp fakültesi sınavlarına katılmak isteyen başvurucu aleyhinde Sözleşmenin 8., 10. ve 14. maddeleri ile 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesi yönünden ihlalin gerçekleşmediği yönünde hükme varılmıştır. Bu davalarda Mahkeme tarafından devletin karışıklığı önleme ve başkalarının haklarını ve özgürlüklerini koruma hedefine öncelik verilmiştir⁶⁹. Ancak söz konusu kararlar, gerekçelendirilmede yer alan bazı dayanaklar bakımından sert eleştirilere konu olmuştur.

Yehova Şahitleri Gldani Cemaati ve diğerleri tarafından Gürcistan aleyhinde açılan davada⁷⁰ Ortodoks grubun saldırısına uğrayan Yehova Şahidi'nin ihbarı polis tarafından dikkate alınmayınca, gerçekleşen saldırıya ilişkin soruşturmanın da sonuçsuz bırakılması inceleme konusu edilmiştir. Mahkeme, mağdurları ırkçı şiddetten korunmaması ve olaydan yeterli soruş-

⁶⁶ Human Rights Watch, World Report 2001: The Events of 2000, Published 2000, Human Rights Watch, s. 297.

⁶⁷ ECHR, Köse v. Turkey, App. No. 26625/02, 24.01.2006.

⁶⁸ ECHR, Leyla Şahin v. Turkey, App. No. 44774/98, 10.11.2005.

⁶⁹ Handbook on European non-discrimination Law: Case law update July 2010-December 2011, Council of Europe/European Court of Human Rights 2012, s. 113.

⁷⁰ ECHR, 97 Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses & 4 Others v. Georgia, App. No. 71156/01, 03.05.2007.

turma yapılmaması yönünden 3. madde (insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele veya cezalandırmadan uzak olmak hakkı) ve 14. maddeyle ilişkili olarak din özgürlüğünü koruyan 9. madde bakımından ihlal bulunduğu hükmetmiştir.

2.1.3. Irk ve Etnik Köken Temelinde Ayrımcılık

AİHM yargısında ele alınan bir başka ayrımcılık alanı, ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılıktır. Özellikle 1990'lı yıllarda Sözleşmeye taraf olan devletlerden gelen başvurular sonucu, Mahkeme ırkçılığı ve etnik nefreti mahkum eden güçlü yorumlar yapmıştır.

Ayrımcılık yasağının temel olarak istisnasız uygulanması anlayışını benimseyen Mahkeme, Yunanistan aleyhinde verdiği bir kararda⁷¹ kapsamlı değerlendirmelere yer vermiştir. Bu kararında AİHM, Hasan Bekir Usta ve altı arkadaşının kurmak istediği derneğin Türk sözcüğünü içermesi nedeniyle kuruluşunun engellenmesini, AİHS'nin 11. maddesinde yer alan dernek kurma ve toplantı özgürlüğünün ihlali niteliğinde görmüştür. Mahkemeye göre başvuru derneğin, üyelerinin şiddet veya anti demokratik yöntemler kullanmalarını savunan herhangi bir hükme bünyesinde yer vermemesi dikkate alındığında; salt Türk sözcüğünü kullandığı ve Lozan Antlaşmasında da etnik değil de sadece dinsel azınlıkların Batı Trakya'da mevcut olduğunu gerekçe olarak değerlendiren Yunan Mahkemesinin, adı geçen derneği Mart 1996 tarihinde sicile kaydetmeyerek, kuruluşuna müsaade etmemesi İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık oluşturmuştur⁷². Bu davada Mahkeme 14. maddeden değerlendirme yapmaya gerek bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

AİHS ile AB arasında ırk ve etnik köken temelli ayrımcılık yasağının kavramsal çerçevesi konusunda birtakım farklılıklar olduğu anlaşılmaktadır. AB Irk Eşitliği Yönergesi⁷³ "milliyet" kavramını açık şekilde "ırk ve etnik köken" kavramından ayırmaktadır. AİHS "milliyet ya da milli köken" kavramını ayrı bir temel olarak sayarken, AB Adalet Divanı içtihatları göstermektedir ki milliyet (*nationality*), etnik mensubiyetin bir kurucu unsuru

⁷¹ ECHR, Bekir Ousta and Others v. Greece, App. No. 35151/05, 11.10.2007.

⁷² Hekimoğlu Mehmet Merdan, a.g.e., s. 189.

⁷³ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 Implementing the Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin, Official Journal L 180, 19/07/2000.

olarak anlaşılabilir. Bunun nedeni AB hukukunda milliyet temelli ayrımcılığa müsaade edilmesi değil, AB hukukunun gelişim sürecinden dolayı milliyet temeline dayalı ayrımcılık düzenlemelerinin kişilerin serbest dolaşımıyla ilgili AB mevzuatı bağlamında düzenlenmiş olmasıdır. Bu nedenle Irk Eşitliği Yönergesi, milliyet kavramını açıkça kapsamı dışında bırakmıştır. Irk ve etnik köken kavramlarının tanımlamasını da yapmamaktadır⁷⁴. Timişev davasında⁷⁵ Çeçen kökenli bir başvurucuya bir kontrol noktasından geçme izni verilmemiştir; çünkü muhafızlar Çeçen kökenli kişilerin girişine müsaade etmemek için talimat almışlardır. Bu uyuşmazlığa ilişkin kararında AİHM şu açıklamayı yapmıştır:

“..Etnik mensubiyet ile ırk, bağlantılı ve örtüşen kavramlardır. Irk kavramı, insanların cilt rengi veya yüz özellikleri gibi morfolojik niteliklere göre alt türlere biyolojik tasnif düşüncesine dayanırken, etnik mensubiyetin kökeni olarak milliyet, kabile aidiyeti, dinî inanç, paylaşılan dil veya kültürel ve geleneksel kökenler ve temeller düşüncesinde yatar..”

Timişev tarafından açılan davada verilen kararlar birlikte AİHM yargısında ırk ve etnik köken temelinde ayrımcılığın hiçbir koşul altında kabul edilmeyeceği, dolayısıyla 14. maddenin istisnasız bir ayrımcılık yasağı getirdiği ortaya konulmuştur⁷⁶. Bu genel anlayışın dışında kalan karar örnekleri, içtihatların oldukça sınırlı bir bölümünü oluşturmaktadır. Etnik mensubiyet temelinde ayrımcılık vakası olarak incelenen ve Avusturya aleyhinde açılan bir başka davada, Sih dininden olan bir birey, bu dinin mensuplarınca taşınan tören kılıcını çıkarmayı reddetmesi nedeniyle bir Viyana Mahkemesine girmesine izin verilmediği gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur. Komisyon'un etnik mensubiyet temelinde ayrımcılık yönünden incelediği davada maddi olgulara göre farklı muamelenin emniyet gerekçesiyle haklı olduğuna karar verilmiştir⁷⁷. Benzer şekilde Hint kökenli Sih bir Fransa vatandaşının türban konulu davası güvenlik gerekçesiyle 14. maddeden ihlal bulunmadığı şeklinde sonuçlanmıştır⁷⁸.

⁷⁴ Handbook on European non-discrimination Law, a.g.e., s. 105.

⁷⁵ ECHR, Timişev v. Russia, App. No. 55762/00 - 55974/00, 13.12. 2005.

⁷⁶ Ellis Evelyn / Watson Philippa, **European Union Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, Oxford (UK) 2012, s. 109.

⁷⁷ Handbook on European non-discrimination Law, a.g.e., s. 106.

⁷⁸ ECHR, Phull v. France, App. No.35753/03, 11.01.2005.

Roman azınlıkların bulunduğu pek çok taraf devletin davalısı bulunduğu uyuşmazlıkların bir bölümü polis şiddetine ilişkindir. Bu tür davalarda Mahkeme, ırkçılık saikiyle gerçekleşmiş polis şiddetinin soruşturulmasına yönelik usul yükümlülüklerini değerlendirerek belirli standartlar ortaya koymuştur. Örneğin Bulgaristan’da yaşayan Romanlara yönelik adam öldürmeye ilişkin bir davada, 26 Şubat 2004 tarihli kararı ile AİHM Bulgaristan’ı mahkum etmiştir. Söz konusu davada Bulgar güvenlik güçleri, Bay Angelov ve Bay Petkov isimli silahsız iki Romalı tutuklamak üzereyken ellerinden kaçırmıştır. Güvenlik güçlerinin açtığı ateş sonucunda iki Roman hayatını kaybetmiştir. Komşunun tanıklığıyla sabit olduğu üzere polis memurlarından birinin “lanet Çingeneler” demek suretiyle küfür ettiği ortaya çıkmıştır. AİHM mahut olayda öncelikle AİHS’nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinin Bulgar güvenlik güçleri tarafından ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme’ye göre, AİHS’nin 2. maddesi gereğince öldürmenin meşru olduğu durumlarda mutlaka ateş açmanın kesin bir zorunluluk olması gerekmektedir. Bu bağlamda Mahkeme somut olayda orantısız şiddet kullanımının gerçekleştiği ve güvenlik güçlerinin ateş açmasının zorunluluk neticesi olmadığı sonucuna varmıştır. Kararda AİHM, öldürme eyleminin gayri meşru olduğu sonucuna ulaşmasının yanında, özellikle Bulgar adli ve idari makamlarının etkili bir soruşturma yapmaması nedeniyle yine AİHS’nin 2. maddesi ilk paragrafında yer alan, yaşama hakkının yasal koruma altında olduğuna dair ilkenin de Bulgaristan tarafından ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca olaydaki tanık ifadesiyle tespit edilen “lanet Çingeneler” şeklinde bağırarak polislerin öldürme eylemini ırkçı saiklerle gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin Bulgar güvenlik güçlerince soruşturulmamasını, AİHS 14. maddesinde yer alan ulusal bir azınlığa mensupluk bakımından ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir⁷⁹.

14. madde ile başka maddelerden ihlalin birlikte gerçekleştirildiğine hükmedilen başka bir dava Hırvatistan aleyhinde açılan Šečić davasıdır⁸⁰. Roman kökenli başvuran 1999 yılında demir hurdaları toplarken kimliği belirsiz iki kişi tarafından ırkçı içerikli hakaretlere uğratarak saldırıya maruz kalmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devlet yetkililerinin saldırganların kimli-

⁷⁹ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı 2010, s. 107.

⁸⁰ ECHR, Šečić v. Croatia, App. No: 40116/02, 31.05.2007.

ğini belirleme ve saldırganları tutuklamak için davada uzun bir süre ilerleme kaydedilmemesi veya somut delil elde edilmemesini değerlendirmiş soruşturmanın etkisizliği nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca, saldırının etnik nefretin bir sonucu olduğunun farkında olan polisin yürüttüğü soruşturmanın yedi yıldan fazla sürünce-medede bırakılması nedeniyle 14. maddenin de ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere 14. maddenin işlerlik kazanabilmesi için, Sözleşmedeki bir başka madde ihlalinin söz konusu olması çoğunlukla gerekebilmektedir. Ayrımcılık bir hakkın kullanımı çerçevesinde yapılan bir uygulama dolayısıyla söz konusu olabildiğinden 14. madde Sözleşmenin diğer hükümlerinin uygulanması çerçevesinde ve onlarla birlikte değerlendirilmiştir⁸¹. Örneğin Sözleşmenin 8-11 maddelerinin 1. paragrafları belirli hak ve özgürlükleri güvence altına almakta, 2. paragraflarında da, devletlere bazı koşullar altında bu hakları kısıtlama yetkisi vermektedir. Taraf devletler kısıtlamaya ilişkin bu yetkilerini kullanırken, Sözleşmenin 14. maddesini göz önüne almak zorundadırlar. Ayrıca kısıtlama sözleşmeye uygun olarak yapılmış olsa da, uygulama keyfi ve ayrımcı olduğu takdirde yine 14. maddeye aykırılık oluşmuş olacaktır. Bu nedenlerle anılan hükümlere ilişkin şikayetlerde 14. maddenin de ihlal edildiği iddia edilmektedir.

2.1.4. Milliyet ya da Vatandaşlık Temelinde Ayrımcılık

Genel anlamda ayrımcılığa karşı AİHS korumasının kapsam bakımından AB korumasından daha güçlü olduğu söylenebilir⁸². AB hukukunda milliyete göre ayrımcılığın yasaklanması kişilerin serbest dolaşımı bağlamında geçerlidir ve sadece AB üyesi devletlerin vatandaşlarına uygulanır; üçüncü ülke vatandaşlarına (AB vatandaşı olmayanlara) uygulanmaz. Buna karşın AİHS hukukunda milliyet ya da milli köken kavramları başlı başına bir ayrımcılık temeli olarak düzenlenmiştir ve milliyet temelinde ayrımcılık yasağı, AK üyesi ülkelerin vatandaşı statüsünde bulunmayan üçüncü ülke vatandaşlarına da uygulanmaktadır. Bu noktada "milliyet" kavramının etnik köken kavramını değil, birey ile vatandaş bulunduğu ülke arasındaki hukuksal ilişkiyi ifade etmek üzere kullanıldığını belirtmek ihtiyacı vardır. Teknik

⁸¹ Nal Sabahattin, a.g.e., s. 60.

⁸² Ellis Evelyn / Watson Philippa, *European Union Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford (UK) 2012, s. 104.

olarak “nationality” kavramına AİHS hukukunda ırk ya da etnik köken kavramlarından bağımsız olarak birey ile devlet arasındaki vatandaşlık ilişkisini ifade etmek üzere başvurulmaktadır⁸³. AİHM hukuki bir milliyet bağı olmamasını, genellikle belirli bir devletle maddi bağlantılar olup olmaması bakımından değerlendirmektedir. Bu konuda AİHM yaklaşımının özünde, bir bireyin belirli bir devlete maddi bağı, özellikle vergi ve benzeri ödemeler bakımından ne kadar sıkı olursa milliyet temelinde farklı muamelenin haklı bulunması ihtimalinin o kadar arttığı görüşü mevcuttur⁸⁴.

Zeybek v. Greece davasında⁸⁵, başvurucunun “büyük aileler” için öngörülen emeklilik hakkının verilmesi kabul edilmemiştir. Başvurucunun Yunan mevzuatında aranan sayıda çocuğu bulunmasına rağmen, emekli olma yaşına ulaştığı tarihte çocuklarından biri Yunan vatandaşlığına sahip değildir. Bu durumun sebebi daha önce tüm aile bireylerinin Yunan Vatandaşlık Yasası’na göre vatandaşlıktan çıkarılmış olması ve yeniden vatandaşlığa alınırken çocuklardan birinin vatandaşlığa alınmamış olmasıdır⁸⁶. AİHM özellikle Yunanistan’daki Müslüman vatandaşlara karşı bir vatandaşlık iptal politikası uygulanmış olduğundan emekli maaşı bağlamayı reddetmesinin Yunan milletini koruma temelinde haklı kılınamayacağını, zira bu düşüncenin milli köken temelinde ayrımcılık oluşturduğunu belirlemiştir.

Anakomba Yula v. Belgium davasında⁸⁷ ise ikamet izniyle Belçika’da yaşayan bir Kongo vatandaşı, eşinden boşandıktan sonra doğum yapmış, Belçika vatandaşı statüsüne sahip olan bebeği dolayısıyla kendi yasal ika-

83 *Nationality* kavramı Türkçe literatürde kullanılan milliyet kavramıyla değil vatandaşı bulunan devletin uyrukluğ anlamıyla özdeştir.

84 Handbook on European Non-discrimination Law, a.g.e., s. 107.

85 ECHR, *Zeybek v. Greece*, App. No. 46368/06, 09.07.2009.

86 1955 tarihli ve 3370 Sayılı Yunan Vatandaşlık Yasası’nın 19. maddesine göre “Grek olmayan etnik kökenden bir kişi, geri dönme niyeti olmaksızın Yunanistan ülkesinden ayrılırsa, bu kişinin Grek yurttaşlığını yitirdiğine hükmedilebilir. Bu hüküm yurt dışında doğmuş ve oturmakta olan Grek olmayan etnik kökenli kişilere de uygulanır. Ana-babasından ikisi birden ya da hayatta olanı yurttaşlığını yitirmiş olan reşit olmayan çocuklardan yurt dışında yaşayanlar da yurttaşlığını yitirmiş olarak ilan edilebilir.” 11 Haziran 1998 tarihine kadar yürürlükte kalan bu yasal düzenlemeyi AİHM, etnik kökene dayalı ayrımcılık politikasının uzantısı olarak değerlendirdiği için başvurucunun talepleri kabul edilmiştir. Bkz. Özkan Duvan Ayşe, “Yunanistan Türkleri Batı Trakya’da Uygulanan Azınlık Hukuku”, Erhan Türbedar (Editör), **Balkan Türkleri: Balkanlar’da Türk Varlığı**, ASAM Yayınları, Ankara 2003, s. 176.

87 ECHR, *Anakomba Yula v. Belgium*, App. No. 45413/07, 10.03.2009.

met süresini uzatımı için, ikamet izin süresinin bitmesine bir buçuk ay kala müracaatta bulunmak istemiştir. Ancak doğum yaptığı esnada eski eşi başkasıyla evli olduğu için bir yıllık hakdüşürücü süre içinde babalık davasını açmak zorunda kalmıştır. Söz konusu babalık davasını açarken de adli yardım talebinde bulunmuş, Belçika makamları bu talebi ülke vatandaşı olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Gerek ilk derece mahkemesinin, gerekse Yüksek Mahkemenin kararı da Belçika makamlarının kararını onaylamak şeklinde olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Belçika yargısının yasal ikamet iznini yenileme sürecinde bulunan başvuruçunun, adli yardım talebinin reddedilmesi ve Avrupa Konseyi üyesi bir devletin vatandaşlığını taşımadığı için babalık davasının yargılama giderlerini ödemeye mahkum edilmesi yönündeki kararın adil yargılanma hakkı ve ayrımcılık yasağı hükümlerini birlikte ihlal ettiği hükmünü vermiştir. Sözleşmenin 14. ve 6. maddelerinden ihlal iddiasında bulunan başvuruçunun talebini Mahkeme kabul etmiştir; çünkü bireyin ikamet iznini yenileme sürecinde bulunduğu esnada, devletin vatandaşlık statüsü bakımından ayırım yapması, objektif nedenlerden yoksun olarak vatandaşlık (*nationality*) temelli ayrımcılığa ve mahkemeye erişimin engellenmesine meydan vermiştir.

2.1.5. Cinsiyet ve Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık

Cinsiyet temelinde farklı muamele, İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında ancak çok önemli gerekçelerin bulunması halinde devlete tanınan takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir. Bunun nedeni bazı ayrımcılık unsurlarının Amerikan hukuku kökenli “şüpheli kategoriler” konseptinde yorumlanmasıdır⁸⁸. Bu konseptte göre ırk, din, cinsiyet ayrımcılığı gibi kategoriler tarihsel süreçte insanlığa ciddi zararların verilmesine sebep olmuştur⁸⁹. “Şüpheli kategoriler” kavramını lafzî olarak kullanmamakla beraber *Abdulaziz v. UK* davasında⁹⁰ Mahkeme, cinsiyet eşitliğinin majör bir hedef

⁸⁸ Rory O’Connell, “Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR”, **Legal Studies: The Society of Legal Scholars**, Cilt 29, Sayı 2, Haziran 2009, ss. 211-229, s. 224.

⁸⁹ Encarna Carmona Cuenca, “The Prohibition on Discrimination: New Content (Art. 14 ECHR and Protocol 12)”, Javier Garcia Lorca - Pablo Santolaya (Editör), **Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2012, ss. 467-484, s. 473.

⁹⁰ ECHR, *Abdulaziz Cabales and Balkandali v. UK*, App. No. 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985.

olması nedeniyle cinsiyet esasına dayalı bir farklı muamelenin Sözleşmeye uygun görülebilmesi için çok önemli sebeplerin ileri sürülmüş olması gerekecektir. Bu davada Mahkeme kadına yönelik her türlü ayrımcılığın kaldırılmasını Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ortak amacı olarak tanımlamış ve taraf devletler düzeyinde de genel bir ilke olarak ilan edildiğini vurgulayarak diğer bölgesel ve uluslararası sözleşmelere atıfta bulunmuştur. Sonraki pek çok içtihadında da Mahkeme cinsiyet eşitliğini majör hedef olarak değerlendirmeyi sürdürmüştür.

Türkiye aleyhinde Ünal Tekeli'nin başvurusu üzerine görülen davada⁹¹ başvuru kızlık soyadını evlendikten sonra da kullanma hakkına eşi gibi sahip olması gerektiği iddiasıyla 8. ve 14. maddenin ihlali iddiasında bulunmuştur. Mahkeme sadece 14. maddeden ihlal bulunduğuna, 8. maddeden ihlal bakımından inceleme yapmaya gerek bulunmadığına hükmetmiştir. Bu kararda kadının kendi soyadını kullanmaya devam etme ile eşinin soyadını kullanma arasında tercih hakkı bulunduğu hususunda Avrupa Konseyi üye ülkeleri arasında konsensüs bulunduğu yolunda gerekçelendirme yapılmıştır. Kararda Avrupa Konseyi'nin üye ülkeleri arasında Türkiye'nin -evliliğin tarafları başka bir düzenlemeyi tercih etse bile- kocanın soyadının çiftin soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının, evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını kaybetmesini yasalarla öngören tek ülke konumunda bulunduğu belirtilmektedir. Mahkeme, evli kadınların evlendikten sonra yalnızca kızlık soyadlarını yasal olarak kullanamamalarına karşın evli erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmeleri durumunun, benzer konumdaki kişiler arasında cinsiyete dayalı "farklı muamele" teşkil ettiğini kabul etmiştir. Davalı taraf olan Türkiye'nin, farklı muamele bakımından kocanın soyadı vasıtasıyla aile birliğini yansıtarak kamu düzenini sağlamaya yönelik meşru bir amaç güdülmekte olduğu savunması reddedilmiştir.

Tekeli kararında olduğu gibi cinsiyet temelinde kadınlara ve erkeklere yönelik ayrımcılık yapılmasına ilişkin benzer kararlarında genellikle AİHM, aile birliğine yönelik önlemler alınması söz konusu olduğunda devletlerin takdir hakkına sahip olduğunu yinelemektedir. Ancak takdir hakkına ilişkin vurgulamayı yaptıktan sonra, farklı muameleyi haklı kılacak tedbirlerin açık ve kesin bir zorunluluk durumunda meşru kabul edilebileceğine dikkat çekmektedir. Kadınların ve erkeklerin farklı yaşlarda emekli olabilmesine

⁹¹ ECHR, Ünal Tekeli v. Turkey, App. No. 29865/96, 16.11.2004.

olanak sağlayan uygulamanın dava konusu edildiği *Stec v. UK* kararında⁹² Mahkeme 14. maddenin ihlale uğratılmadığına hükmetmiştir. Bu kararda kadınlar lehindeki farklı muamelenin, kadınların dezavantajlı ekonomik durumunu düzeltmeye yönelik olması nedeniyle makul ve nesnel bir gerekçe oluşturduğu kabul edilmiştir.

Cinsiyet temelinde ayrımcılık iddiasıyla mahkeme önüne gelen uyuşmazlıklar bakımından ayrımcılığa temel oluşturan etken, 14. maddede sayılmış olduğu halde cinsel yönelim sayılmamıştır. AB Temel Haklar Şartı'nın ayrımcılık yasağına ilişkin 20. maddesinde cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık ayrı ayrı sayılmıştır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından 2000 yılında yayınlanan Görüşte⁹³ de 12. Protokol'de cinsel yönelimin ayrımcılığın yasaklandığı temeller listesine eklenmesi önerilmiştir. Kabul edilmemiş olmakla birlikte, öneride bulunulmuş olması cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa karşı benimsenen yaklaşımda gelişme yaşandığını yansıtmaları bakımından önem taşımaktadır. Bu yaklaşımın Mahkeme içtihatlarına yansıdığı da kabul edilmektedir. 12. Protokol öncesi dönemde de “cinsel yönelim” temelinin 14. madde kapsamına girdiği kabul edilmiş; ancak bazen “cinsiyet” temeli kapsamından⁹⁴, bazen de “diğer statü” temeli kapsamından⁹⁵ çıkarsama yapılarak içtihatlarda yer bulmuştur. “Ordudaki eşcinseller davası” olarak ünlenen *Smith and Grady v. UK* davasında⁹⁶ Mahkeme eşcinsellere yönelik farklı muameleyi 14. madde değil 8. madde kapsamında değerlendirmiştir. Yine de içtihatlardaki değişimin bir evresini oluşturması yönünden söz konusu kararın ayrımcılık yasağı hukukuna katkısı göz ardı edilemez⁹⁷.

Cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın Sözleşmenin bir başka hükmü ile birlikte 14. madde kapsamında değerlendirildiği ilk AİHM kararı 1999 yılında verilmiştir. Portekiz aleyhinde açılmış davada Mahkeme, başvuruçunun eşcinselliğinin, çocuğunun velayetinin diğer ebeveynin üzerinde bırakılma-

⁹² ECHR, *Stec and Others v. UK*, App. no 65731/01; 65900/01, 12.04.2006.

⁹³ Paliamentary Assembly of the Council of Europe, Opinion No. 216, Draft Protocol No 12 to the European Convention on Human Rights, 26.01.2000.

⁹⁴ UN Human Rights Committee, *Toonen v. Australia*, 04.04.1994, Doc CCPR/C/50/D/488/1992.

⁹⁵ ECHR, *Sutherland v. UK*, App. No. 25186/94, 27.03.2001.

⁹⁶ ECHR, *Smith and Grady v. UK*, App. No. 33985/96; 33986/96, 27.09.1999.

⁹⁷ Harris D. J./ O'Boyle M./ Warbrick C., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford-New York 2009, İkinci Basım, s. 595.

sında belirleyici etken olmasını, Sözleşmeyle bağdaşmayan bir farklı muamele olarak değerlendirmiştir. Bu nedenle hem önceki kararlarında olduğu gibi 8. maddeden, hem de önceki kararlarından farklı olarak 14. maddeden ihlal gerçekleştiği kararı verilmiştir. 2003 yılına ait bir kararında Mahkeme⁹⁸ 8. maddeyle birlikte 14. maddenin ihlal edildiği hükmünü vererek önceki içtihadını sürdürmüştür. Avusturya aleyhinde hükmedilen söz konusu kararda, Mahkeme Avusturya kanunlarında yetişkin erkeklerin 14-18 yaş grubundaki erkeklerle eşcinsel fiillerinin suç kabul edilmesine karşın aynı yaş grubundaki kızlarla ilişkilerinin suç sayılmamasını ayrımcılık yasağına aykırılık olarak değerlendirmiştir. 14. ve 8. maddenin birlikte ihlal edildiği sonucuna ulaşılan bir başka karar *Karner v. Austria*⁹⁹ kararıdır. Yerel mahkeme eşcinsel başvuruçunun birlikte yaşadığı partnerini, “hayat arkadaşı” olarak kabul etmediği için kira akdine halefiyetini de reddetmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi ise cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde farklı muamele hususunda taraf devletlerin takdir marjının dar olduğunu, geleneksel aile yapısının korunması amacıyla yapıldığı ileri sürülen müdahalenin, çok soyut bir kavrama dayandığını ve kiracılık yasası hükümleri bakımından eşcinsel başvuruçuya uygulanan farklı muamelenin bu amaca yönelik olduğunun ispatlanamadığına vurgu yapmıştır. *EB v. France* davasında¹⁰⁰ Fransız hukukunda tek başına evlat edinme hakkı bulunmasına karşın, eşcinsel başvuruçunun evlat edinme müracaatının reddedilmesinde eşcinselliğinin etkili faktör olduğu gerekçesiyle 8. ve 14. maddeden ihlal kararı verilmiştir. Bu kararla, aynı konuda aksi yönde sonuçlanan *Frette v. France*¹⁰¹ içtihadından dönülmüş olmaktadır. *Baczkowski and others v. Poland*¹⁰² davasında ise belirli bir ayrımcılık temeline gönderme yapmadan eşcinsellerin toplanma özgürlüğü bakımından 11. ve 14. maddelerden ihlal gerçekleştiği saptanmıştır.

2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 12. Protokole göre Ayrımcılık

Avrupa insan hakları hukukunda ayrımcılık yasağına ilişkin yeni bir boyut getirmesi nedeniyle önem taşıyan bir başka başlık, yukarıda kısmen

⁹⁸ ECHR, L and V v. Austria, App. No. 39392/98; 39829/98, 09.01.2003.

⁹⁹ ECHR, Karner v. Austria, App. No. 40016/98, 24.10.2003.

¹⁰⁰ ECHR, EB v. France, App. No. 43546/02, 22.01.2008.

¹⁰¹ ECHR, Frette v. France, App. No. 36515/92, 26.02.2002.

¹⁰² ECHR, Baczkowski and Others v. Poland, App. No. 1543/06, 03.05.2006.

irdelenen 12. Protokol'dür¹⁰³. 14. maddedeki eksikliği gidermek üzere kabul edilen 12. Protokol 2000 yılında imzaya açılmış, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12. Protokol'ün 3. maddesine göre, Protokolde yer alan 1. ve 2. maddeler Sözleşmeye ek maddeler olarak kabul edilerek Sözleşme'nin bütün hükümlerinin buna göre uygulanacağını öngörmektedir. 12. Protokol'ün 1. maddesi ayrımcılığı, Sözleşmenin içerdiği hak ve özgürlüklerle sınırlı olmaksızın genel olarak yasaklamaktadır¹⁰⁴. Genel ayrımcılık yasağını getirdiği kabul edilen Protokolü imzalayan Türkiye'nin de aralarında bulunduğu devletlerin bir kısmı onaylama yoluna henüz gitmemiştir. Bazı devletler, Protokolün çok fazla belirsizlik içerdiği ve çok geniş bir alanda uygulanma potansiyeli barındırdığı iddiasıyla onaylama konusunda isteksiz davranmaktadır¹⁰⁵. Protokole yönelik çekincesini en açık şekilde ifade eden devletlerden olan Britanya 12. Protokol'ü onaylamadan önce Mahkemenin Protokolü nasıl yorumladığını ve ne şekilde uygulayacağını görmek istediğini beyan etmiştir¹⁰⁶.

2.2.1. 14. Madde ile 12. Protokolün Karşılaştırılması

12. Protokol kanunla düzenlenen tüm hakların kullanımı bakımından ayrımcılığı yasakladığı için, sadece AİHS ile teminat altına alınan haklar bakımından geçerli olan AİHS 14. maddesine göre daha geniş bir koruma alanını ifade etmektedir. Her ne kadar Mahkemenin içtihat hukukuyla 14. maddenin normatif kapsamının ötesine geçilmişse de¹⁰⁷, 12. Protokol'ün çıkış amacının 14. maddenin ayrımcılığa karşı korunmada zayıf kalmış olması olduğu kabul edilmektedir. Özellikle 14. maddenin lafzında yer almayan ayrımcılık nedenlerine dayalı ayrımcılığa karşı korunmanın güçlendirilmesi, dolaylı ayrımcılığın yasaklanması ve ayrımcılığa karşı korunmada devletin

¹⁰³ Jovanovic Tamara, "National Minority Groups in Post-Lisbon Europe: the Presence of Europeanisation and Transnational Human Rights in One Policy Field", **ECMI Working Paper**, Ocak 2012, s. 8.

¹⁰⁴ Korkut Levent, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, Şubat 2009, s. 21.

¹⁰⁵ Harris D. J./ O'Boyle M./ Warbrick C., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford-New York 2009, İkinci Basım, s. 612.

¹⁰⁶ UK Parliament, Joint Committee on Human Rights- Seventeenth Report, 23 Mart 2005.

¹⁰⁷ Encarna Carmona Cuenca, "The Prohibition on Discrimination: New Content (Art. 14 ECHR and Protocol 12)", Javier Garcia Lorca - Pablo Santolaya (Editör), **Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2012, ss. 467-484, s. 468.

pozitif yükümlülükleri gibi hususlar içtihat hukukuyla 14. madde döneminde geliştirilen kapsam genişlemesinin sonuçlarıdır.

Avrupa Konseyi'nin Açıklayıcı Raporu'nda¹⁰⁸ 12. Protokol'deki terimlerin anlamı üzerine verilen açıklama, hükmün aşağıdaki ayrımcılık türleriyle ilgili olduğunu belirtmektedir:

*“..Ulusal hukuk kapsamında bir kişiye özel olarak verilen herhangi bir hakkın kullanımında ayrımcılık; ulusal hukuk kapsamında bir kamu makamının açık bir yükümlülüğünden çıkarsama yoluyla türetilen bir hakkın kullanımında, yani bir kamu makamının ulusal hukuka göre belirli bir şekilde davranmak zorunda olduğu durumda ayrımcılık; takdir yetkisinin kullanılmasında (örneğin belirli mali yardımların verilmesinde) bir kamu makamı tarafından yapılan ayrımcılık; bir kamu makamının başka her hangi bir eylemi ya da eylemsizliğiyle gerçekleşen (örneğin bir isyanı kontrol altına alırken yasağı uygulayan memurların davranışıyla oluşan) ayrımcılık..”*¹⁰⁹

Raporda ayrıca Protokol'ün esas olarak bireyleri devletin ayrımcılığına karşı korumakla beraber, özel kişiler arasında devletin normal olarak düzenlemesi beklenen ilişkiler, örneğin çalışmaya erişimin, restoranlara girişin veya özel kişilerce topluma sunulan sağlık hizmeti gibi hizmetlere veya su, elektrik gibi alt yapı hizmetlerine erişimin keyfi olarak kısıtlanması hususunu da kapsadığına işaret edilmektedir. 12. Protokolü Açıklayıcı Raporda¹¹⁰ AİHS 14. maddesinin, gerek İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 1. ve 7. maddelerinden gerekse Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 26. maddesinden farklı olarak, genel bir ayrımcılık yasağı ve eşitlik hakkı getirmediği üzerinde durulmuştur. Raporda 12. Protokol'ün bağımsız bir ayrımcılık yasağı düzenlemek için hazırlandığı belirtilmiş, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin uluslararası insan hakları hukukunun temel prensibi olduğu için bu konuda özel bir dikkat gösterildiği üzerinde durulmuştur.

¹⁰⁸ Council of Europe, Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on anti discrimination, 4 Kasım 2000, ETS 177, Roma, s. 2.

¹⁰⁹ Council of Europe, Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on Anti Discrimination, 4 Kasım 2000, ETS 177, Roma, s. 3.

¹¹⁰ Council of Europe Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 04.11.2000, s. 1.

Protokolün başlangıç bölümünde;

“Tüm insanların hukuk önünde eşit oldukları ve hukuk tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip oldukları temel ilkesinden hareketle; ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasının topluca uygulanması yoluyla herkesin eşit olduğunun vurgulanması için gerekli tedbirleri almayı kararlaştırarak; Ayrımcılık yapılmaması ilkesinin, Taraf Devletleri, tam ve etkin bir eşitlik sağlamak amacıyla objektif ve makul gerekçelere dayanan tedbirler almaktan alıkoymadığı...” ifadesi yer almaktadır.

Protokolün “Ayrımcılığın Genel Olarak Yasaklanması” başlıklı 1. maddesinde;

“Hukukten temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.” biçiminde düzenleme getirilmiştir.

Altı çizilmesi gereken bir husus, 14. madde eksenli olarak verdiği kararlarda ayrımcılık yasağının kapsamını belirlerken AİHM'nin genişletici yorumu benimsemiş olduğudur. Buna göre Mahkemenin yaklaşımı ilk adımda maddi bir hak ihlali bulunup bulunmadığına bakmaksızın 14. madde bakımından değerlendirme yapmaktır¹¹¹. İkinci olarak 2006 tarihli bir kararında Mahkeme, Sözleşme kapsamının, metnin lafzında geçen hakların ötesine geçtiğini, somut olayın gerçekleri Sözleşmede korunan hususlarla geniş anlamda bağlantılı bulunduğu takdirde uyuşmazlık konusunu ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendireceğini belirtmiştir¹¹². Bu durumda 14. madde dönemindeki genişletici yoruma dayalı içtihat hukukunun 12. Protokol dönemindeki içtihatlarla zemin hazırlayıcı bir mahiyet gösterdiği söylenebilir.

Sözleşmenin 14. maddesi ile 12. Protokol'ün 1. maddesi ilk fıkrası arasındaki tek fark, “bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yarar-

¹¹¹ ECHR, Sommerfeld v. Germany, App. No. 31871/96, 08.07.2003.

¹¹² ECHR, Zarb Adami v. Malta, App. No. 17209/02, 20.07.2006.

lanmada” kısmı yerine “hukuken temin edilmiş tüm haklardan yararlanma” ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Bunun dışında her iki düzenlemede sayılan ayrımcılık nedenleri aynıdır. Yeni ayrımcılık nedenlerinin 12. Protokol’e eklenmemiş olmasının nedeni, 14. maddeye dayalı içtihatlarda olduğu gibi Mahkemenin yeni kararlarıyla da her halükarda yeni ayrımcılık temelleri tanıyabilecek olduğu anlayışını sürdürme iradesidir. Ayrıca yeni ayrımcılık nedenlerinin Protokoldeki düzenlemeye eklenmesi halinde, ayrımcılık nedenlerinin sınırlı sayılı olarak algılanabilecek olması ihtimalinin önüne geçmek istenmiştir. Yeni düzenlemeye eklenecek nedenlerin kabul edilmesi durumunda eklenmemiş olanların düzenleme kapsamında kabul edilmemiş olduğu yanlışlığına düşülmesi önlenmek istenmiştir. Terminolojik olarak iki düzenlemenin birbiriyle uyumlu olması özellikle amaçlanmıştır¹¹³. Yapılan çalışmalarda yaş, engellilik ve cinsel eğilim gibi ayrımcılık nedenlerinin Sözleşmeye eklenmesi gündeme alındığı halde, Sözleşme hükmündeki ayrımcılık nedenlerinin sınırlı sayılı olmaması ilkesinin zarar görebilecek olması nedeniyle bu yöndeki teklifler kabul edilmemiştir. Hükme eklenecek yeni ayrımcılık nedenlerinin kabulü halinde eklenmeyen nedenlerin hüküm kapsamında değerlendirilmediği algısının önüne geçmek amaçlanmıştır¹¹⁴.

İki düzenleme arasında ortak olan bir başka husus her türlü farklı muamelenin ayrımcılık kapsamında değerlendirilmemesi hususudur. Ayrımcılık kavramı, 14. maddede olduğu gibi 12. Protokol’de de nesnel ve makul gerekçelere dayalı farklı muamelenin pozitif ayrımcılık addedildiği bir temele oturtulmuştur. Protokolün getirdiği kazanımla, ayrımcılık yasağı standartlarını sınırlayan 14. maddenin kapsamı genişletilmiştir; ancak kullanılan terminolojiyle bu genişlemenin sınırları nerede başlayıp nerde bitmektedir sorusunu gündeme getirmiştir. “Hukuken tanınmış tüm haklar” ifadesinden anlaşılması gerekenin, ulusal hukukta tanınmış haklar mı yoksa uluslararası hukukta tanınmış haklar mı olduğu üzerinde tartışmalar yapılmıştır. Eğer söz konusu ifadeden anlaşılması gerekenin ulusal hukuk olduğu hususunda mutabakat olursa genişlemenin sınırları üzerinde ortak sonuçlara ulaşılabilecektir. Ancak ifadenin uluslararası hukukta tanınmış haklar olarak anlaşılandırılması halinde imzacı devletlerin ulusal hukukları yönünden dra-

¹¹³ Council of Europe Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 04.11.2000. s. 4.

¹¹⁴ Ellis Evelyn ve Watson Philippa, a.g.e., s. 110.

matik yükümlülüklerin gündeme gelecek olması olasılığına dayalı endişeler gündeme taşınmıştır¹¹⁵.

12. Protokol'deki genişletilmiş ayrımcılık yasağı düzenlemesinin kapsamına ilişkin çerçeveyi belirlemek üzere 12. Protokole dair Açıklayıcı Rapor'da¹¹⁶ yer verilen ilkeler esas alınabilir. Buna göre öncelikle Protokoldeki 1. maddeyle öngörülen geniş kapsamlı koruma bireylerin ulusal hukukta tanınmış herhangi bir hakkının kullanılması bakımından söz konusudur. Ayrıca ulusal kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerinden kaynaklanabilecek, yani idarenin belirli bir biçimde işlemesi yükümlülüğünün bulunduğu durumlardan doğabilecek herhangi bir hakkın kullanılmasında geçerlidir. 1. maddenin getirdiği ayrımcılık yasağının uygulama alanı olarak tarif edilen üçüncü durum, ulusal makamların takdir yetkisini kullanmasıyla ilgili ortaya çıkabilecek ayrımcı muamelelerdir. Dördüncü olarak ise kamu makamlarının diğer herhangi bir icrai ya da ihmali eylemiyle gündeme gelebilecek ayrımcılık iddialarıdır. Raporun devamında, dört grupta ifade edilen söz konusu durumların hangilerinin 1. maddenin 1. fıkrası, hangilerinin 2. fıkrası uyarınca kabul edildiği ayrımının önem arz etmediği, maddenin her iki fıkrasının birbirini tamamlayıcı mahiyette olduğu vurgulanmıştır¹¹⁷.

1. maddenin özel kişiler arasında ilişkilerde ayrımcılığın önlenmesi yönünde getirebileceği pozitif yükümlülüğün kapsamı da Açıklayıcı Rapor'da değerlendirilen bir başka konu olmuştur. Önemle altı çizilmesi gereken husus, 1. maddenin özel kişiler arası ilişkilerde ayrımcılığın önlenmesi bakımından taraf devletlere pozitif yükümlülük getirmek amacıyla olmasındır¹¹⁸. Ayrımcılık yasağı bağlamında, bu alanda pozitif yükümlülük

¹¹⁵ Harris D. J./ O'Boyle M./ Warbrick C., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Oxford-New York 2009, İkinci Basım, s. 613.

¹¹⁶ Council of Europe Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 04.11.2000, s. 4

¹¹⁷ Council of Europe Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 04.11.2000, s. 5.

¹¹⁸ Kural olarak insan hakları belgelerinde devlet ile birey ilişkisi ve kamusal makamlarca gerçekleştirilen hak ihlalleri esas alınmaktadır; ancak özellikle içtihat hukukunda birey ile birey ilişkilerinde ortaya çıkan hak ihlallerini de devletle bağlantılandırarak yatay düzlemde insan hakları güvencelerinin kapsamını genişletme eğilimi mevcuttur, Bkz. Gemalmaz M. S., "Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 69, Sayı 1-2, Yıl 2011, ss. 141-240, s. 164.

getirmenin AİHS sistemine ve eki protokollere uygun bir vasıta olmadığı belirtilmektedir. Buna göre devletin özel kişiler arası ilişkilerde ayrımcılığın önlenmesi bağlamındaki pozitif yükümlülüğü ancak bu ilişkilerin kamusal bir boyutu varsa söz konusu olabilecektir. Mesela işe girişlerin keyfi olarak reddedilmesi ya da lokanta, sağlık hizmetleri, su ve elektrik temin edilmesi gibi özel kişilerce kamuya sunulan hizmetlerde erişimin engellenmesi gibi durumlarla sınırlı olarak devletlerin özel kişiler arası ilişkilerde pozitif yükümlülüğü kabul edilmiştir. Çünkü kamusal boyutu bulunmayan özel kişiler arası ilişkilerde ayrımcılığın önlenmesinde devletin pozitif yükümlülüğünün kabul edilmesi Sözleşmenin 8. maddesi hükmüyle çelişki yaratma potansiyelini barındırmaktadır¹¹⁹. Buna karşılık özel kişiler arası ilişkilerde ayrımcılığın önlenmesi bakımından yatay etki anlayışının kabul edilmiş olması, Protokolün yeni haklar üretmediği düşüncesi ve prensip olarak mevcut haklarla ilgili ayrımcılık yasağını düzenlediği anlayışıyla uyum göstermektedir¹²⁰.

2.2.2. 12. Protokolden Sonraki Dönemde İçtihat Hukuku

Protokole ilişkin ilk verilere bakıldığında, ayrımcılık tanımında bir değişikliğe ilişkin ibareye rastlanmamaktadır. AİHM'nin 12. Protokol Taslağına dair açıkladığı görüşünde 14. maddeye ilişkin içtihadında geliştirdiği ölçütler sıralanmıştır. Buna göre farklı muamele makul ve nesnel bir nedene dayanmıyorsa, meşru bir amaç gütmüyorsa, gerçekleştirmek istenen amaçla kullanılan araç arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa ayrımcılık yasağına aykırılık mevcut kabul edilmektedir. Söz konusu üç unsur yerleşik içtihadın kalıcı biçimde geliştirdiği ayrımcılık yorumu olarak değerlendirilmiştir.¹²¹

12. Protokol'ün 1. maddesi kapsamında AİHM önüne gelen ilk dava olan *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina*¹²² davasında AİHM, Sözleşme'nin genel bir ayrımcılık yasağı getirdiğini ortaya koymuştur. Mahkeme aynı zamanda ayrımcılık davalarının analizinin AİHS 14. maddesi bağlamında AİHM bünyesinde yapılan analiz yöntemiyle aynı olacağı hususuna da

¹¹⁹ Council of Europe Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 04.11.2000, s. 6.

¹²⁰ Harris D. J./ O'Boyle M./ Warbrick C., a.g.e., s. 613.

¹²¹ Opinion of the European Court of Human Rights on draft Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights, Doc. 8608, 06.12.1999.

¹²² ECHR, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, App. No. 27996/06; 34836/06,

açıklık getirmiş bulunmaktadır¹²³. *Belgian Linguistic* davasıyla hatları ortaya konulan 14. maddedeki ayrımcılık tanımınının 12. Protokol çerçevesinde geçerliliğini sürdüreceğini Mahkemenin Sejdic ve Finci kararından anlayabiliyoruz¹²⁴. AİHM'nin Sejdic ve Finci davasındaki kararı da enteresan bir örnek teşkil etmektedir. Başvurucular seçimlerde aday olamadıklarından şikayetçi olmuşlardır. Bosna'da doksanlı yıllarda yaşanan çatışma ortamını sona erdirmek amaçlı uzlaşma metni gereği bölgedeki üç büyük etnik grup arasında bir iktidar paylaşımı anlaşması yapılmıştır. Bu kapsamda seçimlerde aday olarak başvuru yapan herkesin Boşnak, Sırp veya Hırvat toplumuna aidiyetini beyan etmesi gerekli kılınmıştır. Bu halde Yahudi ve Roman kökenli başvurucular bunu yapmayı reddettikleri için ırk ve etnik mensubiyet temelinde ayrımcılığa uğratıldıkları iddiasında bulunmuşlardır. Verdiği kararda AİHM, daha önce sergilediği yaklaşımla tutarlı olarak ırk ve etnik mensubi-yete ilişkin açıklamasını tekrarlamış ve "bir kimsenin etnik kökeni nedeniyle uğradığı ayrımcılığın bir tür ırk ayrımcılığı olduğunu" eklemiştir. Mahkeme Dayton barış anlaşmasının hassas hükümlerine rağmen böyle bir ayrımcılığın haklı bulunamayacağını tespit etmiştir. Davada serbest seçim hakkını hükme bağlayan 1. Protokol'ün 3. maddesi ile 14. maddenin ihlal edildiği karara bağlanmıştır. Görülüyor ki AİHM 12. Protokol'ün kabulünden sonra karara bağladığı ilk davada da ırk ve etnik mensubiyet temelinde ayrımcılık yasağı konusunda oldukça katı bir tutum izlemiştir.

Sejdic ve Finci kararıyla birlikte anılan 12. Protokol sonrası dönemin bir başka kararı Hırvatistan aleyhindeki *Savez Crkava ve Rijec Zivota* kararıdır¹²⁵. Bu davada iki kilise birliği, Hırvatistan yasalarına göre diğer dinî birlikler gibi belirli yetkilere sahip olabilmek için tescil başvurusu yaptıklarında idare tarafından reddedilmişlerdir. İdare, başvuru kiliselerin mensup sayısı belirli bir düzeye ulaşmadığı ve 1941 yılından beri faaliyet göstermedikleri gerekçesiyle müracaatlarını reddetmiştir. Bunun üzerine ayrımcılığa uğratıldıkları iddiasıyla İdari Mahkemeye ve Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurular da sonuçsuz kalmıştır. AİHM'ye yapılan başvuruda diğer

¹²³ Janneke Gerards, "The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, Sayı 13, Yıl 2013, ss. 99-124, s. 104; Handbook on European non-discrimination Law, a.g.e., s. 64.

¹²⁴ Karan Ulaş, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 32, Yıl 2015, s. 238.

¹²⁵ ECHR, *Savez Crkava - Rijec Zivota and Others v. Croatia*, App. No. 7798/08, 09.12.2010.

pek çok maddeyle birlikte 14. madde ve 12. Protokol ile 9. maddeden ihlal iddiasında bulunulmuştur. İnsan Hakları Mahkemesi başvuruculara uygulanan farklı muamelelerin nesnel ve makul bir gerekçesi olup olmadığını, meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı ve araç ile amaç arasında orantısallık bulunup bulunmadığı hususlarında değerlendirme yapmıştır. Sonuç olarak davada oybirliğiyle 14. ve 9. maddelerin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Söz konusu bu kararlarda Mahkemenin sergilediği yaklaşımda, çoğulculuk ve farklı kültürlere saygı prensipleri üzerine kurulan çağdaş ve demokratik bir toplumda, yalnızca veya belirleyici bir ölçüde bir kimsenin etnik kökeni ya da dinsel inancı temelinde farklı muamele görmesinin nesnel olarak haklı bir nedene dayandırılmayacağı görüşü öne çıkmıştır.

Cinsiyet temelli ayrımcılıkla ilgili olarak 12. Protokol dönemine ait mahkeme kararlarına örnek vermek gerektiğinde ilk akla gelen Opuz -Türkiye davasıdır¹²⁶. Davada başvurucu, devlet yetkililerinin kendisini ve annesini aile içi şiddetten koruyamadığını, bunun annesinin ölümü ve kendisinin de kötü muameleyle uğramasıyla sonuçlandığını iddia etmiştir. Opuz davasında, kolluk görevlileri ile adli makamların aile içinde şiddetle ilgili mevzuatı uygulayamamış olması dolayısıyla, yaşam hakkı ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleden uzak olma hakkıyla bağlantılı olarak, cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılık olduğu tespit edilmiştir. Mahkeme 2. madde (yaşam hakkı) ve 3. madde (işkence yasağı) ile birlikte 14. maddenin ihlal edilmiş bulunduğu yönünde hüküm kurmuştur.

Opuz kararı Türkiye tarafından onaylanmayan 12. Protokolü dayanak göstermeksizin verilmesine karşın daha önceki cinsiyet temelinde ayrımcılık davalarından ayrılan özelliklere sahip olması bakımından önem taşımaktadır. Bu özelliklerden birincisi, 14. maddenin ihlali iddiasına yönelik iddiaları AİHM'nin, yaşam hakkı ve kötü muamele iddialarını davanın genel esasıyla birleştirerek AİHS'nin 2., 3. ve 14. maddeleri kapsamında inceleyeme yapmayı uygun bulmasıdır. Mahkemenin bu husustaki değerlendirmesi önemlidir; çünkü şiddete maruz kalma ile ayrımcılık bağlantısını oluşturmak suretiyle ayrımcılık yasağı kapsamına ilişkin yeni bir vurgulama getirilmiş olmaktadır. Başvurucu 2. ve 3. maddeler ile birlikte 14. madde bağlamında kendisi ve annesinin, cinsiyetlerine dayanılarak ayrımcılığa maruz bırakıldığından şikayetçi olmuştur. AİHM kararda AİHS hükümlerinin esasını ve amacını bir-

¹²⁶ ECHR, Opuz v. Turkey, App. No. 33401/02, 09.06.2009.

likte değerlendirmek suretiyle, uyuşmazlık konusunun uluslararası hukuktaki geçmişini de göz önüne alacağını belirtmiştir. Mahkeme alışlagelmiş yorum tarzının Sözleşme'nin bir hükmünün kapsamını yeterli düzeyde açıklık kazandırmaya yetmemesi durumunda, devletlerin çoğunluğunca kabul görmüş kurallar ve ilkelerden meydana gelen uluslararası veya iç hukuk esaslarının gereklerini göz önüne almak zorunda olduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda, kadınlara karşı yapılan ayrımcılığın tanımını ve kapsamını göz önüne alırken, ayrımcılığın kendi içtihadında belirlenen genel anlamına ek olarak Mahkeme, kadınlara yönelik şiddet hususunda daha spesifik olan uluslararası belge hükümlerini ve uluslararası kurumların kararlarını göz önünde bulunduracağını açıklamıştır. Bu kapsamda BM bünyesinde faaliyet gösteren Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi (CEDAW), aile içi şiddeti de kapsayacak biçimde kadınlara yönelik şiddetin, kadınlara karşı ayrımcılığın bir şekli olduğunu tespit etmektedir. Komite taraf devletlerin de cinsiyete dayalı şiddete karşı sorumlulukları bulunduğunu vurgulamaktadır¹²⁷. Paralel bir yaklaşım Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, cinsiyete dayalı şiddet ve ayrımcılık arasındaki bağlantıyı açıkça kabul ederek sergilemiştir¹²⁸. Bu noktada Opuz kararının ikinci özelliği öne çıkmaktadır. Bu özellik karara ilişkin gerekçelendirmede büyük ölçüde AİHS dışındaki uluslararası hukuk metinlerine başvurulmuş olmasıdır. Bu durum 12. Protokol döneminde çıkan bir karar olarak Opuz kararı bakımından ayrımcılık değerlendirmesinin genişlemesine katkıda bulunmuştur. Sonuç olarak AİHM'nin içtihat hukukuna yeni bir ayrımcılık türü olarak kadına yönelik şiddetin eklenmiş bulunması ayrımcılık yasağı kapsamının çerçevesini genişletmiş olmaktadır.

3. Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı

Türk hukukunda eşitlik ilkesinin birincil dayanağını Anayasa hükümleri oluşturmaktadır. 1961 Anayasasının 12. maddesi ve 1982 Anayasasının 10.

¹²⁷ Komite'nin "Kadına Yönelik Şiddet" konulu 19 No'lu Genel Tavsiye Kararı, United Nations General Recommendation No. 19 (11th session, 1992): Violence against women, UN CEDAWdoc, 1992.

¹²⁸ United Nations, Commission on Human Rights: Elimination of Violence Against Women, Resolution 2003/45'te "kadınlara yönelik şiddet, kadınlara karşı de jure (hukuki) ve de facto (fili) ayrımcılık ve toplumda kadınlara uygun görülen düşük statü kapsamında ortaya çıkar ve kadınların Devlete sığınarak çareler ararken karşılaştığı engellerle şiddetlenir" kararı ile vurgular.

maddesinde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Bu iki düzenleme eşitliğe ilişkin güvenceler getiren genel nitelikte hükümlerdir¹²⁹. Eşitliğe ilişkin özel nitelikte hükümler ise Anayasada¹³⁰, uluslararası sözleşmelerde ve yasalarda yer almıştır. Günümüzde genel hukuk prensibi olarak kabul gören eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı bakımından, Anayasa Mahkemesi içtihat hukuku da bağlayıcı bir şekli kaynak teşkil etmektedir. Bu nedenle bu bölümde eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağının Anayasa Mahkemesi içtihatlarındaki yorumunu ele almaktayız.

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminden başlayıp 1982 Anayasası dönemine gelen süreçte geliştirdiği eşitlik anlayışının temel dayanaklarından birini Anayasa hükümleri oluşturmuştur. Türk anayasa yapıcılarının da 1982 Anayasası 10. maddesi öncesi döneme ve 10. maddeye getirilen değişikliklere de bakılarak eşitlik ilkesini çeşitli formüllerle geçmişten günümüze gelirken, giderek daha açık ve daha kapsamlı düzenleme ve içeriğini genişletme eğiliminde bulunduğu göze çarpmaktadır¹³¹.

1982 Anayasasının “kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesi 1. fıkrasında “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”; 2. fıkrasında “kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz” şeklinde düzenlenmiştir. Eşitlik AİHS'den farklı olarak 1982 Anayasasında bağımsız bir hak olarak yer almıştır¹³². Burada devlete getirilen anayasal yükümlülük pozitif ayrımcılığın uygulanmasıdır¹³³. “Çocuklar, yaşlılar, özürülüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler...”i konu edinen 3. fıkra pozitif ayrımcılık kategorilerini genişleten bir hükümdür. Ardından devlete pozitif yükümlülük vasfını getiren 4. fıkrada “devlet organları ve idare ma-

129 Öden Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 121-122.

130 1982 Anayasasının 67/2.m, 70/2. m., 29/4. m., 42/5. m.leri özel nitelikli eşitlik hükümleri olarak kabul edilmektedir.

131 **Öden Merih**, a.g.e., s. 131.

132 **Nal Sabahattin**, a.g.e., s. 56.

133 Gülmez Mesut, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III – Bildiriler: 25-26 Ekim 2011**, Petrol-İş Yayınları, İstanbul 2011, s. 72.

kamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” düzenlemesi yer almaktadır. İlk fıkrada “benzeri nedenler” ifadesine yer verilmek suretiyle ayrımcılık unsurlarının sınırlı sayılı olmadığı ve kapsamının genişletildiği ortaya konmaktadır¹³⁴. Buna göre etnik köken, cinsel yönelim, yaş ve engellilik gibi AİHM içtihatlarında 14. maddedeki ayrımcılık yasağı çerçevesinde yargılamaya esas olan ayrımcılık unsurlarının Anayasanın 10. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi imkanı mevcuttur. Bu bağlamda, sayılan nedenler kategorisi ile benzeri nedenler kategorisi arasında anayasal koruma bakımından bir derece farkı bulunmadığını da vurgulamak gerekmektedir¹³⁵. Ayrıca “ayırım gözetilmeksizin” tabirine yer verilmek suretiyle, “eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı” olarak yerleşmiş bulunan anlayışı yansıtan uluslararası terminolojinin anayasal düzeyde pozitif hukukumuza aktarılması sağlanmıştır.

3.1. Anayasa Mahkemesi’nin Somut ve Soyut Norm Denetimi İctihadında Ayrımcılık Yasağı

Anayasa yargısı denetiminin tekil yargısal makamı olarak Anayasa Mahkemesi, Anayasa hükümlerini bağlayıcı şekilde yorumlayabilmektedir. Bu bakımından 10. maddenin anlamını somutlaştırmak için Anayasa Mahkemesi’nin eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı konulu içtihatlarından yola çıkmak gerekir. Eşitlik anlayışına ilişkin ilk Anayasa Mahkemesi kararı 1966 yılında verilmiştir¹³⁶. Anayasa Mahkemesi 1966/11 Esas ve 1966/44 Karar numaralı kararında¹³⁷, iptal davasına konu oluşturan yasa ile korunan hakim aday yasa üyeleri lehine, atanma sırası bekleyen yasa üyesi olmayan diğer hakim adayları aleyhine eşitsizlik ortaya çıkarıldığını ve bu eşitsizliğin haklı nedene dayanmadığını değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi, demokratik hukuk devleti ilkesini göz önünde tutarak dava konusu kanunun ilgili hükmünü 1961 Anayasası’nın 12. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Bu kararda Anayasa Mahkemesi’nin düşünce

¹³⁴ Anayasa Mahkemesi, 1986/11 E, 1986/26 K, 04.11.1986.

¹³⁵ **Gülmez Mesut**, a.g.e., s. 68.

¹³⁶ Yücel Bülent, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ilkesinin Yorumlanması ve Cinsiyet Ayrımcılığına Yargısal Bakış”, **Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması: 29-30 Eylül 2012**, Ozan Ergül (Editör), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2012, s. 278.

¹³⁷ Anayasa Mahkemesi, 1966/11 E, 1966/44 K, 29.11.1966.

ekseni, kişi ya da meslek grubunun hukuksal statüsü açısından araştırılması gereken “haklı neden”in kurumsal statü ve değerlerin karşılaştırılmasından çıkacak sonuç olmuştur. Anayasa Mahkemesi davaya ilişkin değerlendirmesinde kanun önünde eşitlik ilkesini tanımlamıştır. Buna göre “..*Kanun karşısında eşitlik demek, bütün yurttaşların hepsinin, her yönden aynı hükümlere tabi tutulması demek değildir. Birtakım yurttaşların başka hükümlere tabi tutulması, haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmasından söz edilemez...*”¹³⁸.

Anayasa Mahkemesi’nin eşitlik ilkesine ilişkin 1961 Anayasası dönemindeki ilk kararında “yurttaşlık” ve “haklı neden” ölçütlerine başvurulduğunu görmekteyiz. Ancak Mahkemenin bu döneme ait içtihadında “haklı neden”i tespit ederken standart bir ölçümleme yaptığından söz edilmemektedir¹³⁹. 1982 Anayasası hükümlerinin en azından ilk halinde önemli farklılık olmamasına bağlı olarak Mahkemenin içtihat hukukunda da dramatik bir değişim yaşanmadığını söyleyebiliriz. Genel anlamda Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasasının 10. maddesindeki eşitlik ilkesini 1961 Anayasası dönemindeki içtihadına uygun olarak yorumlamıştır¹⁴⁰. 1983 tarihli bir kararında¹⁴¹ Mahkeme, yurttaşlık ve haklı neden ölçütlerine “kamu yararı” ölçütünü, 1987 tarihli bir başka kararında¹⁴² “ölçülülük” ilkesini eklemiştir. 1992 yılına ait bir kararından¹⁴³ sonra ise kamu yararı ile haklı nedenin gerçekleşmiş sayılması için “anlaşılabilir olma”, “amaçla ilgili olma”, “makul ve adil olma” koşullarını aramaya başlamıştır.¹⁴⁴

Anayasa Mahkemesi’nin iptal davası ve itiraz yolu çerçevesinde verdiği kararlarından çıkarılabilecek iki temel ilke vardır. Birincisi, aynı koşullarda bulunan bireyler için aynı kuralların bağlayıcı olmasıdır. Buna göre farklı koşullarda bulunan bireylere farklı muamele yapıldığında yasaya aykırılık

¹³⁸ Anayasa Mahkemesi, 1966/11 E, 1966/44 K, 29.11.1966, **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, Sayı 5, Yıl 1968, s. 13.

¹³⁹ Çağlar Selda, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 2012, Sayı 3, a.g.e., s. 53.

¹⁴⁰ **Öden Merih**, a.g.e., s. 321.

¹⁴¹ Anayasa Mahkemesi, 1981/13 E, 1983/8 K, 28.04.1983.

¹⁴² Anayasa Mahkemesi, 1986/17 E, 1987/11 K, 27.05.1987.

¹⁴³ Anayasa Mahkemesi, 1991/13 E, 1992/10 K, 19.02.1992.

¹⁴⁴ **Özbudun Ergun**, a.g.e., s. 114; **Çağlar Selda**, a.g.e., s. 55.

oluşmayacaktır¹⁴⁵. İkinci olarak, eğer haklı gerekçeler varsa aynı koşullarda bulunan bireyler arasında ayırım yapılabilir. Kamu yararı gibi gerekçeler bireyler arasındaki farklılıkları haklı kılabilmektedir. Anayasa Mahkemesi, “haklı gerekçeler”in belirlenmesindeki ölçütleri tarif etmede, “anlaşılabilir”, “makul ve adil”, “amaca uygunluk” gibi terimleri tercih etmiştir¹⁴⁶. Anayasa Mahkemesi “haklı neden (gerekçe)” kavramını, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılığı önleyen bir istisna ve meşruluk kriteri olarak kullanmış, yasal düzenlemelerle getirilen farklılıkların “haklı neden”e dayanması koşuluyla eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş sayılmayacağını kabul etmiştir. Bu çerçevede yürütülen haklı neden niteliğine ilişkin araştırma her somut olayın özelliklerine göre yapılmıştır¹⁴⁷.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin Anayasa Mahkemesi yaklaşımını bireysel başvuru yolu açılmadan önceki soyut ve somut norm denetimi mekanizmalarından yola çıkarak somutlaştırabileceğimizi belirtmiştik. Anayasada sayılı ayrımcılık nedenlerine göre kategorize edersek, somut ve soyut norm denetimine konu olan uyuşmazlıklar, cinsiyet, din ve mezhep, dil-ırk-renk, siyasi düşünce-felsefi inanç gibi nedenlerle mahkeme önüne taşınmıştır.

Cinsiyet temelinde ayrımcılık barındırdığı gerekçesiyle açılmış olup da, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru öncesi süreçte karara bağlamış olduğu uyuşmazlıklarda cinsiyet temelinde ayrımcılığın mutlak ve kesin bir yasak olarak yorumlanmadığı değerlendirilmektedir¹⁴⁸. Medeni Kanun hükümlerinin kadın-erkek eşitliğine aykırı bulunduğu iddiasıyla açılan iptal davasında Mahkeme, kanun hükmündeki eşitsizliği sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluk olarak değerlendirmiştir. Buna karşılık din ve mezhep temelinde ayrımcılık gerekçesiyle açılan davalarda, bu ayrımcılık türünün “şüpheli kategoriler” grubunda kabul edildiği karar örnekleri mevcuttur. Eski Türk Ceza kanununun 175. ve 176. maddelerinin iptaline ilişkin kararında¹⁴⁹, Anayasa Mahkemesi din farkına dayalı eşitlik ilkesi ihlali bulunduğu sonucuna varmıştır. Siyasal görüş temelinde ayrımcılık teşkil ettiği iddiasıyla

¹⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, 1988/4 E, 1989/3 K, 12.01.1989.

¹⁴⁶ Korkut Levent, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, Şubat 2009, s. 33.

¹⁴⁷ **Çağlar Selda**, a.g.m, s. 52.

¹⁴⁸ **Öden Merih**, a.g.e., s. 334.

¹⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, 1986/11 E, 1986/26 K, 04.11.1986.

açılan TCK 141/1 ve 142/2. maddelerinin iptali davasında¹⁵⁰ da Mahkeme dar yorum yolunu benimseyerek eşitlik anlayışını sınırlandırmıştır.

Norm denetimi uyumsuzluklarının bir bölümü doğum temelinde ayrımcılık barındıran ulusal mevzuat hükümlerine ilişkindir. AİHM içtihatlarında doğum temelinde ayrımcılık uyumsuzlukları, evlilik içinde doğan ve evlilik dışı çocuklar arasında ayırım gözetilmemesi ekseninde gündeme gelmiştir. Strazburg Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi çocukların nesebine bakılmaksızın eşit muamele görmesi gerektiği prensibini katı biçimde uygulamıştır. İnsan Hakları Mahkemesi, medeni haklar bakımından evlilik içinde doğmuş çocuklar ile evlilik dışında doğan çocuklar arasında uygulanabilecek farklı muamelenin Sözleşme'ye uygun görülebilmesi için çok önemli sebeplerin bulunması gerektiğini vurgulanmıştır¹⁵¹. İki Mahkemenin bu konudaki yaklaşımları paralellik göstermektedir.

İtiraz yolu mekanizmasıyla 1988 yılında Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi önüne getirilen uyumsuzlukta, 743 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 443. maddesinde Anayasanın 10., 12., 35. ve 41. maddeleri uyarınca eşitlik ilkesine aykırılık bulunduğu ileri sürülmüştür. Medeni Kanunun iptali istenen hükmünde nesebi sahih olmayan bir çocuğun baba cihetinden mirasçı olabilmesi için, babasının kendisini tanımış olması veya mahkemece babalığa hüküm verilmiş bulunması koşuluna yer verilmiş olması bakımından eşitlik ilkesine aykırılık bulunduğu iddia edilmiştir. Buna gerekçe olarak da baba yönünden nesebi sahih olan çocuğun miras hakkını tam olarak alabilecek iken, nesebi sahih olmayan çocuğun, babası tarafından tanınmamış ya da süresinde babalık davası açılmadığı için babalığa mahkemece hüküm verilmemiş ise, bir kusuru olmadan babasının mirasından pay alamayacak olması gösterilmiştir. İtiraz davasının diğer nedeni babanın, nesebi gayri sahih olan çocuğunu tanımış ya da mahkemece babalığına hüküm verilmiş olması durumunda bile Medeni Kanun'un 443/2. maddesi uyarınca nesebi sahih kardeşlerine göre mirastan yarı pay almasına ilişkin hükmüdür. Aynı babanın çocuklarından bir kısmının mirastan pay alırken bir kısmının pay almaması, bir kısmının ise diğerlerine oranla yarı pay alması ayrımcılık yasağına aykırı görülmüştür¹⁵².

¹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, 1963/173 E, 1965/40 K, 26.09.1965.

¹⁵¹ ECHR, Inze v. Austria, App. No. 8695/79, 28.10.1987.

¹⁵² Anayasa Mahkemesi, 1987/1 E, 1987/18 K, 11.09.1987.

Anayasa Mahkemesi başvuru gerekçelerini yerinde bulmasının nedenlerini sıralarken, doktrinde evlilik içinde doğan ve evlilik içinde doğmayan çocuklar arasında ayırım yapılmakta olan Medeni Kanun hükümlerinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve değiştirilmesi gerektiği görüşüne yer vermiştir. Mahkeme, evlilik içinde doğmayan çocuklar bakımından hiç miras payı almama ya da yarı payda miras alma gibi sonuçlar getiren ayrımcı hükümlerin haklı bir nedene dayandırılmayacağı görüşünü açıklamıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin 18 Mayıs 1973 tarihli kararında, sahipsiz ve sahipsiz olmayan nesepli çocukların eşit hukuksal duruma sahip olmalarının ilke olarak benimsendiğini belirtmiştir. Sonuç olarak itiraz yoluna konu edilen her iki hüküm yönünden Anayasanın 10. maddesine aykırılık bulunduğu gerekçesiyle iptal yönünde hüküm kurulmuştur. Benzer bir başvuru Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından itiraz yoluna gidilen 1980 tarihli iki uyuşmazlıkta¹⁵³ gerçekleşmiştir. Ancak derdest davada Medeni Kanun'un 443. maddesinin uygulama alanı bulunmaması nedeniyle iptal istemi reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi incelemeyi evlilik dışında doğan çocuğun, babanın evliliğinin devam etmesi nedeniyle tanınmayacağını öngören Medeni Kanun'un 310. maddesiyle sınırlı olarak yapmıştır. Yargılama sonucunda Medeni Kanun'un 310. maddesinin eşitlik ilkesine aykırılık gerekçesiyle iptaline hükmedilmiştir.

İş hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıklar kategorisinde anayasa yargısı denetiminde, "kişilerin farklı durum ve konumları kendi iradeleriyle seçmesi" argümanı esas alınmıştır. Anayasa Mahkemesi bu alandaki eşitlik ilkesine aykırılık iddialarını değerlendirdiği kararların bir bölümünde, kişilerin kendi iradesiyle farklı durum ve konumları tecih etmesi durumunda, tercih ettikleri görevlere ilişkin kanunla getirilen kısıtlamaları da kabul etmiş sayılacaklarını kararlaştırmıştır. Böyle bir durumda kişilerin görevi tecih etmiş olmalarını, göreve ilişkin farklılığı getiren düzenlemenin haklı nedeni olarak değerlendirmiştir. Örneğin İş Kanunu'nda yapılan değişikliğin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucunda ulaştığı bir kararında¹⁵⁴ Mahkeme, "...bireyin İş Kanunu'ndan yararlanıp yararlanmamasının seçtiği iş koluna veya işyerine bağlı olduğuna ve böylece olayda kişinin iradesi hakim olduğuna göre.." gerekçelendirmesine başvurarak eşitliğe aykırılık oluşmadığına hük-

¹⁵³ Anayasa Mahkemesi, 1980/67 E, 1981/23 K, 21.05.1981; Anayasa Mahkemesi, 1980/29 E, 1981/22 K, 21.05.1981.

¹⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, 1963/172 E, 1963/244 K, 21.10.1963.

metmiştir. Benzer gerekçe belirli gruptaki jandarma personelinin evlenmesini izne tabi tutan yasanın iptali davasında¹⁵⁵ da kullanılmış ve Mahkemenin yaklaşımı eleştirilere hedef olmuştur.

1990'lı yıllardan itibaren Anayasa yargısında sonuçlandırılan norm denetimi davaları, önceki içtihat hukukuna nispetle belirli ölçüde farklılaşma ortaya koymuştur. 1990 yılında İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin itiraz yoluyla anayasa yargısına taşıdığı¹⁵⁶ Medeni Kanunun 159. maddesinde yer alan hüküm cinsiyet temelinde eşitsizlik barındırdığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Mahkeme iptal kararında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası belgelere değinmiş ve kadın-erkek eşitliği prensibine vurgu yapmıştır. Anayasa Mahkemesi 1996 yılında verdiği bir başka iptal kararında da uluslararası hukukun cinsiyete dayalı ayrımcılığı reddetmesini dayanak göstermiştir. Kararda Türk Ceza Kanunu'nun zina suçunu kadın ve erkek yönünden farklı unsurlarla düzenleyen 440. ve 441. maddelerini eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir¹⁵⁷. İtiraz başvurusu üzerine 1999 yılında¹⁵⁸, kadının kefalet akdini ancak sulh hukuk hakimliğinin onaylaması şartına bağlayan kanunun hükmünü eşitliğe aykırı bulmayarak Mahkeme bu kez geliştirmekte olduğu ayrımcılık yasağı anlayışında geri adım atmıştır.

Her ne kadar 1990 yılından itibaren verdiği kararlarda Anayasa Mahkemesi, haklı neden ve kamu yararı ölçütü gibi başvurmuş olduğu ölçütleri, objektif ve hukuksal temellere oturtma gayretini artırmış olsa da¹⁵⁹; total olarak ayrımcılık yasağına ilişkin genel eğiliminin daraltıcı yoruma dayandığı söylenebilir. 1996 ve 1998 yılına ait kararlarında¹⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, 10. madde ile, cinsiyet ayrımcılığını reddeden uluslararası belgeler arasında özde bir farklılık bulunmadığını belirtmiştir.¹⁶¹ Bu kararlar “özde uyum yaklaşımı” denilen, uluslararası hukuk belgelerinin Anayasal hükümlerle hukuksal değer bakımından özdeşliği anlayışını yansıtmış, ancak bu yaklaşım

¹⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, 1965/2 E, 1965/24 K, 05.04.1965.

¹⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, 1990/30 E, 1990/31 K, 29.11.1990.

¹⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, 1996/15 E, 1996/34 K, 23.09.1996.

¹⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, 1999/47 E, 1999/46 K, 28.12.1999.

¹⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, 1992/40 E, 1992/55 K, 31.12.1992.

¹⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, 1996/15 E, 1996/34 K, 23.09.1996; Anayasa Mahkemesi 1998/3 E, 1998/28 K, 23.06.1998.

¹⁶¹ **Karan Ulaş**, a.g.m., s. 289.

sürdürülememiştir¹⁶². Sonraki yıllarda soyut ve somut norm denetimi mekanizmalarında genel olarak anayasal yargı denetiminin yasamaya geniş takdir hakkı tanınması, uluslararası insan hakları hukuku gelişmelerinin gerisinde kalması sonucunu getirmiştir. Uluslararası insan hakları hukukunda *jus cogens* mahiyette kabul edilen ayrımcılık yasağının Türk Anayasa yargısındaki norm denetiminde belirli ayrımcılık türleriyle sınırlı olarak değerlendirilmesi istikrarlı bir ayrımcılık yorumu geliştirilmesi önünde engel teşkil etmiştir¹⁶³. Bu bağlamda bireysel başvuru mekanizmasının, norm denetimindeki standartların üzerine çıkmak suretiyle Anayasa yargısının uluslararası insan hakları hukukuna uyum sürecine katkıda bulunması olasıdır.

3.2. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru İçtihadında Ayrımcılık Yasağı

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının, bireysel başvuru mekanizmasında hangi koşullar çerçevesinde ileri sürülebileceğine ilişkin çıkarımda bulunmak için, soyut ve somut norm denetimi kararlarının yerine AİHM kararlarını esas almak gerekir. Önceki bölüm başlığı altında anayasa yargısının uluslararası insan hakları standartlarına uyum göstermesi bakımından bireysel başvuru mekanizmasının elverişli bir araç olabileceğini belirtmiştik. Ancak uygulamada böyle bir beklentinin karşılık bulup bulmadığını, 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren işlemeye başlayan bireysel başvuru sürecinde ortaya çıkan mahkeme kararlarına bakılarak değerlendirilebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin somut ve soyut norm denetiminde başvurduğu yukarıda belirtilen tanım çerçevesindeki değerlendirmeleri, bireysel başvuru incelemeleri bakımından bir işlev üstlenebilmiş değildir. Başka bir deyişle tanım olarak ayrımcılık yasağının soyut ve somut norm denetimi içtihatlarında yer bulmuş olmasının, bireysel başvuru içtihatlarının gelişimine ciddi bir katkıda bulunmadığı ifade edilebilir.

AİHM içtihadında, temel prensip olarak ayrımcılığın, meşru bir amaç ya da makul gerekçe gözetilmeksizin kişilere göreceli olarak benzer durumlarda farklı davranılması anlamına geldiği kabul edilmektedir. Bireysel

¹⁶² Oder Bertil Emrah, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 30, Yıl 2013, ss. 49-59, s. 59.

¹⁶³ Çağlar Selda, a.g.m., s. 84.

başvuru sürecinde gelişen Anayasa Mahkemesi içtihadında da ayrımcılığın tanımlanma biçimi farklı değildir. Anayasa Mahkemesi'ne göre ayrımcılık iddiasının kabul edilebilir olması için, başvurucunun kendisiyle benzer durumda olanlara kendisinden farklı bir muamele yapılmış olması ve bu farklı muamelenin meşru bir nedeni olmaksızın gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir¹⁶⁴. AİHS hükümlerine atıf yapılmak suretiyle içtihatlarda bu yönde tanımlamaya yer verilmiş olması bakımından AİHM yargısı ile Türk Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yargısı arasında müşterek bir boyut mevcuttur. Türk iç hukukunda ayrımcılık kavramlarının tanımlanmasını içeren mevzuat hükümlerine yer verilmemiştir. Ancak bu durum ayrımcılık türlerinin Anayasanın 10. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesine engel oluşturmamaktadır. Özellikle Tuğba Arslan kararında¹⁶⁵ Mahkemenin yaptığı ayrımcılık tanımına ilişkin değerlendirmeler, kavramsal çerçevenin gelişmesine ilişkin önemli bir emare olarak ifade edilebilir.

Mevzuat düzleminden bakıldığında eşitlik ilkesine aykırılık iddialarının, Anayasa ve AİHS hükümleri birlikte değerlendirilerek ve her iki metnin ortak koruma alanı tespit edilerek sonuçlandırılması gerekmektedir. Başka bir deyişle eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine yönelik iddialarda ilk olarak, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve AİHS'in 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı birlikte ele alınarak, iddiaların konu bakımından bireysel başvuru kapsamında olup olmadığına karar verilmesi gereği kabul edilmektedir. Bu nedenle başvurucuların ancak Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanındaki bir hakla bağlantılı olarak eşitlik ilkesinin ihlalini ileri sürebileceği belirtilmektedir. Bunun nedeni, eşitlik ilkesinin soyut olarak ele alınması durumunda, Türkiye'nin henüz onaylamadığı 12. Protokol'ün "ayrımcılığın genel olarak yasaklanması" kenar başlıklı 1. maddesinin Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'un açık hükmüne rağmen bireysel başvuruda uygulanmasıyla sonuçlanacak olmasıdır. Buna göre eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, kişinin bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerinden biri konusunda eşitlik ilkesine aykırı bir muameleyle maruz kaldığını ortaya koyması gerekir. Bireysel başvuru içtihadında Mahkeme eşitlik ilkesinin bireysel başvuru çerçevesinde bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmadığını, tamamlayıcı nitelikte bir hak olduğu

¹⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, Onurhan Solmaz, Başvuru No. 2012/1049, 26.03.2013; Anayasa Mahkemesi, Sadıka Şeker, Başvuru No. 2013/1948, 23.01.2014.

¹⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan, Başvuru No. 2014/256, 25.06.2014.

anlayışını benimsemiştir¹⁶⁶. Onurhan Solmaz kararında Mahkeme, bağımsız nitelikte bir hak olmadığı için derdest başvuru yönünden ayrımcılık yasağının Anayasanın 10. maddesi ile Sözleşme hükümleri kapsamında kabul edilmediğini hükme bağlayarak konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. Remezan Orak¹⁶⁷ kararında Mahkeme eşitlik ilkesinin (ayrımcılık yasağının) soyut olarak değerlendirilemeyeceğini, Anayasa ve AİHS kapsamındaki bir diğer hakla bağlantılı olarak ihlale konu olabileceğini belirtmiştir.

Sonuç itibarıyla başvurucu bireysel başvuru kapsamına giren haklarından birinin (hak arama hürriyeti, suç ve cezaların kanuniliği, özel hayata, aile hayatına, konut ve haberleşmeye saygı, sendikal haklar benzeri) ihlali iddiası çerçevesinde eşitlik ilkesinin ihlalinin ileri sürebilir. Ancak bunun için eşitlik ilkesi ya da ayrımcılık yasağına aykırılık şikayetinin temelinde olan başvuru kapsamındaki haklardan birinin, yaşama hakkı, işkence ve eziyet yasağı vb., mutlaka ihlal edilmiş olması şart değildir¹⁶⁸. Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenen bu yaklaşım İnsan Hakları Mahkemesi'nin ayrımcılık yasağına ilişkin içtihadıyla ortak özellikler göstermektedir. 2013 yılında yapılan bir bireysel başvuruya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararında¹⁶⁹, eşitlik ilkesi yönünden yapılan değerlendirmede, anayasal haklarının ihlal edildiğine yönelik iddialarının, bahsi geçen maddelerdeki ifadeler dikkate alındığında, soyut olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerektiği vurgusu yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre “... ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için kişinin, hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı sorusuna cevap verebilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla ayrımcılık yasağı, bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayıp, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ve korunmasını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte bir haktır”.

Ulusal hukukumuzda bireysel başvurunun kabul edildiği dönemin içtihatlarında, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının lafzî yorumla, maddi bir hakkın ihlali halinde değerlendirilebileceği, ancak bu halde 14. madde ih-

¹⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, Onurhan Solmaz, Başvuru No. 2012/1049, 26.03.2013; Anayasa Mahkemesi, Göksel Korkmaz, Başvuru No. 2012/860, 16.04.2014.

¹⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, Remezan Orak ve diğerleri, Başvuru No. 2013/2229, 03.02.2016.

¹⁶⁸ İkinci Hüseyin / Sağlam Musa, **Sorularla Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014, s. 8.

¹⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, Göksel Korkmaz, Başvuru No. 2012/860, 16.04.2014

laine hükmedebilmede maddi hak ihlalinin koşul olmadığı yaklaşımı benimsemiştir. Bu anlayış AİHM'nin belirli içtihatlarında benimsemiş olduğu yaklaşımla örtüşmektedir. AİHM içtihatlarını irdelediğimiz bölümde 14. maddenin bağımsız nitelikte olmadığı kabul edilmesine karşın İnsan Hakları Mahkemesi'nin 14. maddeyi geniş yorumladığını vurgulamıştık. Anayasa Mahkemesi Remezan Orak kararında, Sözleşmenin 14. ve Anayasanın 10. maddesinin bağımsız bir koruma işlevi bulunduğu kabul edilmese de, bunun ayrımcılık yasağına ilişkin uyumsuzluklarda genişletici yoruma başvurulmasına engel oluşturmadığını vurgulamıştır. Bu çerçevede ilgili hakkın ihlal edilmemiş olduğu sonucuna ulaşılsa bile, o hakla ilgili olarak sergilenen ayrımcı tutumun Anayasanın 10. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilecektir¹⁷⁰. Bu yorumlama şekli AİHM yargısının bireysel başvuru mekanizmasına etkisini somutlaştırmıştır.

AİHM içtihadına paralel olarak bireysel başvuru yargılamasında benimsemiş olan bir başka özellik, ilgili hükümde yer alan ayrımcılık nedenlerinin sınırlı sayılı olmaması ilkesidir. 10. maddedeki 1. fıkrada, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” düzenlemesi mevcuttur. “Benzeri nedenler” ifadesine yer verilmek suretiyle ayrımcılık unsurlarının tahdidi olmaması, dolayısıyla kapsamının genişlemesi öngörülmüştür¹⁷¹. Bu durumda etnik köken, cinsel yönelim, yaş ve engellilik gibi AİHM içtihatlarında 14. maddedeki ayrımcılık yasağı çerçevesinde yargılamaya esas olan ayrımcılık unsurlarının Anayasanın 10. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi imkanı mevcuttur. 2014 yılında verdiği bir kararda¹⁷² Mahkeme, anayasa hükmünün lafzında geçmeyen “etnik köken” temelinde ayrımcılığı 10. madde kapsamında kabul ettiğini açıklamıştır. Buna karşın aynı davada ileri sürülen “cinsel yönelim” temelinde ayrımcılığın düzenleme kapsamında değerlendirilip değerlendirilmediğine dair açıklık bulunmamaktadır. Anayasal hükümde sayılan nedenler kategorisi ile benzeri nedenler kategorisi arasında anayasal koruma bakımından bir derece farkı bulunmadığı görüşü de bu konunun farklı bir boyutuna işaret etmektedir¹⁷³.

¹⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, İhsan Asutay, Başvuru No. 2012/606, 20.02.2014; Anayasa Mahkemesi, Remezan Orak ve diğerleri, Başvuru No. 2013/2229, 03.02.2016.

¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi, 1986/11 E, 1986/26 K, 04.11.1986.

¹⁷² Anayasa Mahkemesi, Sadıka Şeker, Başvuru No. 2013/1948, 23.01.2014.

¹⁷³ **Gülmez Mesut**, a.g.e., s. 68.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru içtihadı ile AİHM kararları arasında uyum tartışmasına konu olabilecek bir başka mesele ayrımcılık ya-sağı bakımından “yatay etki”dir. Yatay etki, bir anayasal norm olarak eşitlik ilkesinin yalnızca devlet ile birey arasındaki ilişkilerde değil, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri arasındaki özel hukuk ilişkilerine de etki etme-sidir¹⁷⁴. “Anayasanın üçüncü kişilere etkisi” veya “anayasanın özel hukuka etkisi” gibi kavramlarla da ifade edilebilen yatay etki unsuru, ayrımcılık hu-kuku bakımından AİHM içtihadına yakın biçimde Türk Anayasa Mahkeme-si kararlarında da benimsenmiş görünmektedir¹⁷⁵. Yatay etki terimini kullan-mamış olmakla beraber Anayasa Mahkemesi, 2014 yılında verdiği kararda¹⁷⁶ “...Anayasa'nın 138. maddesinde hâkimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak karar vereceği öngörülmüştür. Dolayısıyla yargıcın uygulaya-cağı hukuk arasında Anayasa hükümleri de yer almaktadır. Anayasa'nın 11. ve 138. maddesi birlikte değerlendirildiğinde hâkimlerin Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesini uygulamakla görevli oldukları or-taya çıkmaktadır” değerlendirmesinde bulunmuştur. Bireysel başvuru yolu, Anayasanın yapısında var olan yatay etki anlayışının mahkeme kararlarına yansımaları açısından özel önem taşımaktadır. Anayasal hakların yatay etki-si konusunda dolaylı etki prensibinin de uygulanması AİHM içtihatlarına uygunluk sağlanabilmesinde etkili bir faktördür¹⁷⁷. Üstelik asıl olan sadece Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygun biçimde yasaları yorumlaması değil; anayasal değerlere uygun davranma yükümlülüğünün tüm ilk derece mahkemeleri ve temyiz mahkemeleri dahil olmak üzere tüm yargı yerlerine teşmil edilmesidir¹⁷⁸. Yukarıdaki bireysel başvuru kararı tam da bu görüşe uygun bir anlayışın Anayasa Mahkemesi tarafından benimsendiğini ortaya koymaktadır.

Anayasal hükümlerin yatay etkisi denildiğinde ilk akla gelen alanlar-dan biri, özel hukuk dalına ait olan iş hukuku uyuşmazlıklarıdır. Anayasa

¹⁷⁴ Sunay Reyhan, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 1, Yıl 2015, ss. 9-52, s. 11-12.

¹⁷⁵ **Karan Ulaş**, a.g.e., s. 255-256.

¹⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan, Başvuru No. 2014/256, 25.06.2014.

¹⁷⁷ Boyar Oya, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme**, İnceoğlu Sibel (Editör), Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, ss. 53-80, s. 69.

¹⁷⁸ **Harris D. J./ O'Boyle M./ Warbrick C.**, a.g.e., s. 613.

Mahkemesi'nin yukarıda vurguladığımız içtihat ilkeleri doğrultusunda diyebiliriz ki iş ilişkileri alanında derece mahkemeleri, iş hukuku mevzuatının yorum gerektiren hükümlerini uygularken doğrudan anayasa hükmüne dayanarak değerlendirme imkanına sahiptir. Geleneksel anlayış Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı da olsa iş mahkemeleri ve idari mahkemelerin, bir yasa hükmüne dayanan sözleşmeleri veya idari kararları norm denetimi yoluyla Anayasa yargısına götürebilmesini öngörmekteydi¹⁷⁹. Oysa “Eşit Davranma İlkesi” başlığı altında düzenlenmiş bulunan İş Kanunu'nun 5. maddesi¹⁸⁰ gibi bir yasa hükmü varken, Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik hakkının yatay etki prensibiyle yorumlanarak doğrudan derece mahkemeleri tarafından uygulanması fırsatı mevcuttur. Anayasa yargısına eklenen bireysel başvuru mekanizmasının öncüllük işlevi bu bağlamda ortaya çıkmaktadır.

Derece mahkemelerinin anayasaya uygun biçimde yasaları yorumlamasının ya da yatay etki prensibinin uygulamaya yansıtılması, Anayasa Mahkemesi'nin içtihat hukukuyla istikrarlı biçimde desteklediği takdirde güç olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi, Remezan Orak tarafından yapılan bireysel başvuruda, işe iade talepleri değerlendirilirken “üyeleri oldukları sendika dikkate alınarak farklı muamele yapılmasının “meşru bir amacı olmadığı” sonucuna varmış ve Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinin (ayrımcılık yasağının) ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁸¹.

Bazı ayrımcılık nedenlerinin İnsan Hakları Mahkemesi tarafından “şüpheli kategoriler” bağlamında değerlendirildiğini önceki konu başlıkları altında belirtmiştik. Bireysel başvurular açısından da Anayasa Mahkemesi'nin belirli ayrımcılık temellerini şüpheli kategoriler doktrini çerçevesinde değerlendirdiği görüşü mevcuttur. Bu bağlamda doktrinde Anayasanın 10. maddesi lafzında sayılan temeller açısından ayrımcılığı mutlak olarak yasaklandığı anlayışı savunulmuştur¹⁸². Bir başka görüş, Anayasa maddesinde sayılan temellerin eşitlik ilkesinin çekirdek alanını oluşturduğu yönünde geliştirilmiştir¹⁸³. Bu görüş bağlamında bireysel başvuru kararları içerisinde 10. maddenin ihlali kararıyla sonuçlanmış davalardan yola çıktığımızda din

179 **Korkut Levent**, a.g.m., s. 31-32.

180 4857 Nolu İş Kanunu, T.C. Resmi Gazete, Tarih 10.06.2013, Sayı 25134.

181 Anayasa Mahkemesi, Remezan Orak ve diğerleri, Başvuru No. 2013/2229, 03.02.2016.

182 **Öden Merih**, a.g.e., s. 196 ve s. 315-316.

183 **İnceoğlu Sibel**, a.g.e., s. 49.

ve mezhep temelinde ayrımcılık ile cinsiyete dayalı ayrımcılığa ilişkin karar örnekleri dikkat çekmektedir.

Din temelinde ayrımcılık Anayasa Mahkemesi'nin Tuğba Arslan kararına konu olmuştur. Avukat olarak çalışmakta olan başvuru, bir duruşmaya başörtülü olarak katılması nedeniyle hâkimin duruşmanın yapılamayacağını belirterek duruşmayı ertelemesinin ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Mahkeme "...Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında *"dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep"* sebeplerine dayanılarak ayırım yapılamayacağı belirtildikten sonra fıkranın devamında *"benzeri sebeplerle"* de ayırım gözetilmeyeceği belirtilmiştir. Böylece Anayasa koyucu bazı türde farklı muamelelere özel önem vermiş ve ismen saymış, ayrıca aynı fıkrada, *"benzeri sebepler"*le ayırım yapılamayacağı esasını getirilmiş olmakla, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır. Anayasa'nın ismen saydığı farklı muamele türlerini daha önemli gördüğü ve bu türlerde yapılan muamelelerin ancak *"çok önemli gerekçeler"* ileri sürüldüğü takdirde haklı kılınabileceği hususunda görüşünü belirtmiştir. Dava sonucunda bu gerekçelerle, Anayasa'nın 24. maddesiyle birlikte ele alınan Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Mahkemenin bu kararında, 10. maddede sayılı ayrımcılık temelleri ile sayılı olmayan benzeri nedenler kategorileri arasında hiyerarşik ilişki kurulması ve dolayısıyla bazı ayrımcılık kategorileri yönünden korumanın zayıflatılması riskini barındırması nedeniyle eleştiriye açık bir husustur. AİHM yargılaması yönünden kabul edilen anlayış, sayılı olan ve açıkça belirtilmeyen ayrımcılık temelleri arasında bir hiyerarşi oluşturmama yönündedir¹⁸⁴. Ayrıca Anayasa Mahkemesi norm denetimi kapsamında açılan ırk ve etnik temelli ayrımcılık davalarında burada oluşturulan kategorizasyona uygun değerlendirme yapmamıştır¹⁸⁵. Öte yandan sayılı temellerdeki *"daha önemli"* ayrımcılık temelleri yönünden farklı muamelede *"çok önemli gerekçeler"* ölçütünün kullanılmaya başlanması, en azından diğer sayılı ayrımcılık temelleri yönünden ayrımcılık yasağı korumasının genişlemesi

¹⁸⁴ Council of Europe Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 04.11.2000, s. 5.

¹⁸⁵ Anayasa Mahkemesi 2009/47 E, 2011/51 K, 17.03.2011 tarihli kararında 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan *"... yabancı ırk ve millet isimleriyle ..."* ibaresinin Anayasa'ya 10. madde bakımından aykırı olmadığına ve itiraz davasının redine hükmetmiştir.

olasılığını da gündeme getirmektedir. Mesela cinsiyet temelinde ayrımcılık iddiasıyla açılan belirli başvurularda ayrımcılık korumasının Mahkemece genişletilmiş bulunduğu söylenebilir.

Gülbu Özgüler¹⁸⁶ tarafından boşanma davası sonrasında velayet hakkı tanınan çocuğun soyadını değiştirme talebiyle açılan davanın reddi üzerine Anayasa Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlık, ayrımcılık yasağı, özel yaşamın korunması ve adil yargılanma hakları bakımından değerlendirilmiştir. Anayasa'nın 10. maddesi bakımından yaptığı değerlendirmede Mahkeme, “dil, ırk, renk, cinsiyet, siyâsî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep” sebeplerine dayanılarak ayırım yapılamayacağı belirtildikten sonra fıkranın devamında “benzeri sebeplerle” de ayırım gözetilmeyeceğini belirtmiştir.

“Bu kapsamda Anayasa'nın ismen saydığı farklı muamele türlerini daha önemli gördüğü ve bu türlerde yapılan muamelelerin ancak ” çok önemli gerekçeler” ileri sürüldüğü takdirde haklı kılınabileceği açıktır. Farklı muamele ne kadar ciddi kabul edilirse devletin bu farklı muameleyi haklı kılmak için daha önemli gerekçeler sunması ihtiyacı artacaktır. Başka bir deyişle potansiyel olarak ciddi bir ayrımcılık söz konusu olduğunda genellikle devlete tanınan takdir alanı daha dar olacaktır. Cinsiyete dayalı ayrımcılık da gerek uluslararası metinlerde gerek Anayasa'da açıkça yer verilen, önemli bir ayrımcılık temelidir.”

Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmesiyle, Tuğba Arslan kararıyla¹⁸⁷ oluşturduğu kategorizasyonu sürdürmüş ve başvuru lehinde hüküm kurmuştur.

Gelinen aşamada Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yargılamasında geliştirdiği “şüpheli kategoriler” anlayışının biçimlendiği, ancak kapsamının AİHM yargılamasındaki “şüpheli kategoriler” anlayışından daha dar bir çerçevede oluşturulduğu açıklık kazanmaktadır. Söz konusu karar metninden anlaşılmaktadır ki Anayasa Mahkemesi 10. maddede sayılan ayrımcılık temellerini şüpheli kategoriler kapsamında değerlendirmektedir. AİHM'nin şüpheli kategoriler kapsamındaki temeller ise, “ırk veya etnik

¹⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, Gülbu Özgüler, Başvuru No. 2013/7979, 11.11.2015.

¹⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan, Başvuru No. 2014/256, 25.06.2014.

köken”, “ulusal köken”, “cinsiyet”, “doğum”, “din veya inanç”, “cinsel yönelim” temelleridir. Buna göre Anayasa Mahkemesi’nin Tuğba Arslan kararında AİHM’den farklı olarak “ulusal köken”, “cinsel yönelim” ve “doğum” temelleri şüheli kategoriler alanının dışında bırakılmış olmaktadır. Anayasa Mahkemesi ile AİHM kararları arasındaki bu yönde ortaya çıkan farklılaşmanın, AİHM’nin içtihat hukukuna uyumlaştırılması ihtiyacını ortaya koyduğunu vurgulamak gerekir.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme hükmünün sınırlayıcılığına rağmen oldukça erken dönemde 14. maddenin diğer sözleşme hükümlerinden ihlal bulunması şartı aranmaksızın inceleme konusu yapılabileceğini öngörmüştür. Bu yaklaşımıyla Mahkeme ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesi işlevsiz kalma riskinden korumuştur. Bununla beraber 1970’li yıllar ile 1990’lı yılların başında ayrımcılık iddiasıyla açılan bazı kilit davalarda diğer hükümlerdeki maddi haklardan ihlale hükmederken 14. maddeden ihlal bulunduğu iddiasını değerlendirmemiştir. Yine de sonraki yıllarda içtihat hukukunda tercih edilen anlayışın, Sözleşmenin lafzına nispetle genişletici yoruma dayandığı söylenebilir. Bu alanda Mahkemenin doğum, cinsiyet, cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa dair zengin içtihatlar ortaya koyduğu kabul edilmektedir¹⁸⁸.

Mahkemenin içtihat hukukundaki önemli kazanımlarından biri, maddi haklardaki ihlal değerlendirmesinin 14. maddenin ve dolayısıyla 12. Protokolün uygulama alanını genişletmeye hizmet etmiş olmasıdır. Belirli kararlarında Mahkeme maddi bir hakkın ileri sürülebilmesi bakımından 14. maddeyle bağlantılı değerlendirmek suretiyle, 12. Protokolü onaylamamış olan taraf devletler için bile uygulanabilmesi imkanını yaratacak şekilde yorum yapmıştır¹⁸⁹. Oysa 12. Protokol öncesi dönemde ayrımcılık yasağının devletler lehinde yorumlandığı eleştirileri ağır basmıştır. Buna göre içtihatları yorumlarken sadece Sözleşme hükümlerindeki değişiklikleri değil, değişikliklerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yorum şekline yaptığı etkileriyle birlikte değerlendirmek zorunluluk haline gelmektedir.

¹⁸⁸ Harris D. J./ O’Boyle M./ Warbrick C., a.g.e., s. 613.

¹⁸⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Stec v. UK* (2006) ve *Frette v. France* (2002) kararlarında farklı gerekçelerle bu görüşe yer verilmektedir.

Taraf devletlerin ayrımcılık yasağına ilişkin mevzu düzenlemelerinin daha ayrıntılı olduğu gerekçesiyle, Mahkeme içtihatları aracılığıyla kapsamın genişletilmesinde teknik olarak isabet bulunmadığı görüşü ileri sürülmüştür. Bu yaklaşımın temel argümanı, Strazburg Mahkemesi'nin ulusal hukuk sistemleri karşısındaki konumunun ikincil nitelikte olduğu ve eşitlik standartlarını taraf devletlere dayatmanın Mahkemenin görevi olmadığı görüşüdür. Bu doğrultuda eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağının kısa ve öz biçimde düzenlendiği ve uygulamasının da bu doğrultuda yorumlanmak suretiyle kapsamının genişletilemeyeceği öne sürülmüştür¹⁹⁰. Buna karşılık iç hukukta ayrımcılığa karşı korunmada açık bir boşluk bulunan durumlarda, içtihat hukukuyla güçlendirilen devletin pozitif yükümlülüğü anlayışı devreye girmiştir. *X and Y v. the Netherlands*¹⁹¹ davasında olduğu gibi kamusal alanı ilgilendiren özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde ayrımcılık yasağının uygulama alanı bulması insan hakları hukukuna önemli bir katkı oluşturmuştur.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru içtihadında büyük ölçüde İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorum şekliyle uyumlu bir yaklaşım sergilendiği göze çarpmaktadır. Özellikle 14. maddenin bağımsız bir koruma işlevinin bulunmamasının genişletici yorumlamaya engel oluşturmayacağını Anayasa Mahkemesi çok sayıda kararında açıkça belirtmiştir. 12. Protokol öncesi AİHM'nin içtihat ilkeleriyle genişleyen ve 12. Protokolün getirdiği kazanımla birlikte ayrımcılık yasağı standartlarını sınırlayan 14. maddenin uygulama alanı genişlemeyi sürdürmüştür. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi anayasal bir hakkın tek başına incelendiğinde ihlal edilmediği sonucuna ulaşılsa bile, bu durumun o hakka ilişkin ayrımcı bir uygulama bulunmadığı anlamına gelmediği görüşündedir. AİHM'nin ayrımcılık iddiasıyla açılan davalarda başvurduğu "meşru amaç" ölçütünü Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi yolunda "objektif ve makul neden" ölçütü olarak¹⁹² ya da "haklı neden" olarak¹⁹³ kullanmıştır. Gerek AİHM gerek Anayasa Mahkemesi bu ölçütlerin unsurlarını somut olayın özelliklerine göre değerlendireceklerini vurgulamaktadır. Ayrıca her iki mahkemenin içtihatlarında şüpheli kategoriler konseptine başvurulmaktadır.

¹⁹⁰ Harris D. J./ O'Boyle M./ Warbrick C., a.g.e., s. 614.

¹⁹¹ ECHR, *X and Y v.the Netherlands*, App. No. 8978/80, 26.03.1985.

¹⁹² Anayasa Mahkemesi, 2008/42 E, 2008/167 K, 20.11.2008.

¹⁹³ Anayasa Mahkemesi, 1989/14 E, 1989/49 K, 19.12.1989.

Anayasa Mahkemesi'nin belirttiğimiz bu görüşleri AİHM içtihatlarıyla büyük ölçüde uyum göstermektedir. Buna karşın ayrımcılık nedenleri arasında yer aldığı kabul edilen “şüpheli kategoriler”in Türk Anayasa Mahkemesi içtihadında daha dar kapsamlı olarak kabul edilmesi anlayışı, iki mahkemenin kararları arasında uyumsuzluk meydana getirmektedir. Ayrımcılık yasağı konulu davalarda AİHM'nin normatif düzenlemelerin ötesine geçerek genişletici yorumu aracılığıyla eşitlik ilkesinin uygulama alanını geliştirmiş olması dikkate değer bir husustur. Paralel bir yaklaşım Anayasa Mahkemesi tarafından da esas alınabilir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin ayrımcılık nedenlerini kategorize ederek aralarında hiyerarşi oluşturulması noktasında geliştirdiği yaklaşım, bir başka uyumsuzluk unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. İki mahkemenin kararları karşılaştırıldığında, bunun gibi ilkel uyumsuzlukların, bireysel başvuru mekanizmasının gelişmesiyle aşılabilecek nitelikte olduğu kabul edilebilir. Bireysel başvuru mekanizmasının amacı ve işlevi açısından bakıldığında, norm denetimi içtihatlarında oluşan hukuksal standartların üzerine çıkılması beklenir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru içtihatlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla uyumlaştırılması mümkün görünmektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- AKILLIOĞLU Tekin, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, İmaj Yayınevi, Ankara 2010.
- ARNARDOTTIR Oddný Mjöll, **Equality and Non- Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-New York 2003.
- BELL Marc, “The Right to Equality and Non- Discrimination”, HERVEY Tamara/ KENNER Jeff (Editör), **Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective**, Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon 2003, ss. 91-110.
- BOYAR Oya, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme**, İNCEOĞLU Sibel (Editör), Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, ss. 53-80.
- CUENCA Encarna Carmona, “The Prohibition on Discrimination: New Content (Art. 14 ECHR and Protocol 12)”, GARCIA LORCA Javier / SANTOLAYA Pablo (Editör), **Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2012, ss. 467-484.
- ÇAĞLAR Selda, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 2012, Sayı 3, ss. 43-87.
- DEMREN DÖNMEZ Burcu, “Ayrımcılık Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 102, Yıl 2012, ss. 9-58.
- DEVROYE Jennifer, “The Case of D.H. and Others v. the Czech Republic”, **Northwestern Journal of International Human Rights**, Cilt 7, Sayı 1, Yaz 2009, ss. 80-101.
- DOĞAN İlyas, **İnsan Hakları Hukuku**, Astana Yayınları, 2. Bası, Ankara, Eylül 2015.
- EKİNCİ Hüseyin / SAĞLAM Musa, **Sorularla Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014.
- ELLIS Evelyn ve WATSON Philippa, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, Oxford (UK) 2012.
- GEMALMAZ Mehmet Semih, “Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 69, Sayı 1-2, Yıl 2011, ss. 141-240.

- GEMALMAZ Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 1, Legal Yayınevi, 8. Bası, İstanbul, Aralık 2012.
- GERARDS Janneke, “The Discrimination Grounds of Article14 of the European Convention on Human Rights”, **Human Rights Law Review**, Sayı 13, Yıl 2013, ss. 99-124.
- GÜLMEZ Mesut, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Ayrıkırı Düşünceler”, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III – Bildiriler: 25-26 Ekim 2011**, Petrol-İş Yayınları, İstanbul 2011.
- HARRIS D. J./O’BOYLE M./WARBRICK C.,**Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, İkinci Basım, Oxford-New York 2009.
- HEKİMOĞLU Mehmet Merdan, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Açısından Azınlık Hakları ve Türkiye**, Detay Yayıncılık, Ankara 2007.
- İNCEOĞLU Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, Cilt 4, Sayı 11, Yıl 2006.
- JOVANOVIĆ Tamara, “National Minority Groups in Post-Lisbon Europe: the Presence of Europeanisation and Transnational Human Rights in One Policy Field”, **ECMI Working Paper**, Ocak 2012.
- KARAN Ulaş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Sayı 32, Yıl 2015.
- KORKUT Levent, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, Şubat 2009.
- MEDDA WINDISCHER Roberta, **Integration of Old and New Minorities in Europe: Different or Similar Policies and Indicators**, European Academy of Bolzano/Bozen Institute for Minority Rights, Integrim Papers, Ekim 2014.
- MOECKLI Daniel, “Equality and Non-Discrimination”, **International Human Rights Law**, Moeckli Daniel /Shah Sangeeta /Sivakumaran Sandesh (Editör), Oxford University Press, New York 2010, ss. 189-208.
- MCCOLGAN Aileen, **Discrimination, Equality and the Law**, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2014.

- MCRUDDEN Christopher / PRECHALSacha, **The Concepts of Equality and Non - Discrimination in Europe: A Practical Approach**, European Commission, Kasım 2009.
- NAL Sabahattin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda Azınlık Hakları**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, Nisan 2010.
- O'CONNEL Rory, "Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR", **Legal Studies: The Society of Legal Scholars**, Cilt 29, Sayı 2, Haziran 2009, ss. 211-229.
- ODER Bertil Emrah, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 30, Yıl 2013, ss. 49-59.
- ÖDEN Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2003.
- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara 1995.
- ÖZKAN DUVAN Ayşe, **Avrupa Birliği Hukukunda Azınlık Hakları**, Astana Yayınları, 2. Bası, Ankara 2016.
- ÖZKAN DUVAN Ayşe, "Yunanistan Türkleri Batı Trakya'da Uygulanan Azınlık Hukuku", TÜRBEDAR Erhan (Editör), **Balkan Türkleri: Balkanlar'da Türk Varlığı**, ASAM Yayınları, Ankara 2003, ss. 168-190.
- SHORAKA Kirsten, **Human Rights and Minority Rights in the European Union**, Routledge, London - New York 2010.
- SUNAY Reyhan, İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 1, Yıl 2015, ss. 9-52.
- ULUCAN Devrim, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Özel Sayı, Yıl 2014, ss. 369-383.
- YÜCEL Bülent, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesinin Yorumlanması ve Cinsiyet Ayrımcılığına Yargısal Bakış", **Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması: 29-30 Eylül 2012**, ERGÜL Ozan (Editör), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2012.

Uluslararası Belgeler

- Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi: Genel Tavsiyeler ve Türkiye Taraf Devlet Raporu, İnsan Hakları Ortak Platformu, Ankara, Aralık 2010.
- Council of Europe Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Kasım 2000.
- Council of Europe Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Kasım 2000.
- Council of Europe, Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on anti discrimination, ETS 177, Roma,4 Kasım 2000.
- Opinion of the European Court of Human Rights on Draft Protokol No. 12 to the European Convention on Human Rights, Doc. 8608, 6 Aralık 1999.
- European Council Directive 1997/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, Official Journal of the EU, L 014.
- European Council Directive 2000/43/EC 29 of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Official Journal of the EU, L 180.
- Human Rights Watch (Organisation), Human Rights Staff, Human Rights Watch World Report 1997, Published 1996 Human Rights Watch.
- Human Rights Watch, World Report 2001: The Events of 2000, Published 2000, Human Rights Watch.
- Minority Rights Under the European Convention On Human Rights, the UN Guide for Minorities Pamphlet No. 7, High Commissioner for Human Rights.
- Opinion of the European Court of Human Rights on draft Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights, Doc. 8608, 6 Aralık 1999.
- Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Opinion No. 216, Draft Protocol No 12 to the European Convention on Human Rights, 26 Ocak 2000.
- UK Parliament, Joint Committee on Human Rights- Seventeenth Report, 23 Mart 2005.

United Nations General Assembly, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UNTS 660, 21 Aralık 1965.

United Nations General Assembly, International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, UNTS Vol. 993, s. 3, 16 Aralık 1966.

United Nations General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, UNTS Vol. 999, s. 171, 16 Aralık 1966.

United Nations Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination, 10 Kasım 1989.

United Nations Human Rights Committee, Toonen v. Australia, 04.04.1994, Doc CCPR/C/50/D/488/1992.

United Nations General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992, UN doc. CEDAW/C/1992/L.1/Add.15.

United Nations, Commission on Human Rights: Elimination of Violence Against Women, Resolution 2003/45.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi, 1970/1 E., 1970/31 K., 16.06.1970.

Anayasa Mahkemesi, 1986/11 E., 1986/26 K., 04.11.1986.

Anayasa Mahkemesi, 2005/86 E, 2010/111 K, 08.12.2010.

Anayasa Mahkemesi, 2009/19 E, 2011/4 K, 06.01.2011.

Anayasa Mahkemesi, 1966/11 E, 1966/44 K, 29.11.1966.

Anayasa Mahkemesi, 1981/13 E, 1983/8 K, 28.04.1983.

Anayasa Mahkemesi, 1986/17 E, 1987/11 K, 27.05.1987.

Anayasa Mahkemesi, 1991/13 E, 1992/10 K, 19.02.1992.

Anayasa Mahkemesi, 1988/4 E, 1989/3 K, 12.01.1989.

Anayasa Mahkemesi, 1996/15 E, 1996/34 K, 23.09.1996.

Anayasa Mahkemesi, 1998/3 E, 1998/28 K, 23.06.1998.

Anayasa Mahkemesi, 1986/11 E, 1986/26 K, 04.11.1986.

Anayasa Mahkemesi, 1963/173 E, 1965/40 K, 26.09.1965.

Anayasa Mahkemesi, 1987/1 E, 1987/18 K, 11.09.1987.

Anayasa Mahkemesi, 1980/67 E, 1981/23 K, 21.05.1981.

Anayasa Mahkemesi, 1980/29 E, 1981/22 K, 21.05.1981.

- Anayasa Mahkemesi, 1963/172 E, 1963/244 K, 21.10.1963.
- Anayasa Mahkemesi, 1965/2 E, 1965/24 K, 05.04.1965.
- Anayasa Mahkemesi, 1990/30 E, 1990/31 K, 29.11.1990.
- Anayasa Mahkemesi, 1996/15 E, 1996/34 K, 23.09.1996.
- Anayasa Mahkemesi, 1999/47 E, 1999/46 K, 28.12.1999.
- Anayasa Mahkemesi, 1992/40 E, 1992/55 K, 31.12.1992.
- Anayasa Mahkemesi, 2008/42 E, 2008/167 K, 20.11.2008.
- Anayasa Mahkemesi, 1989/14 E, 1989/49 K, 19.12.1989.
- Anayasa Mahkemesi, Onurhan Solmaz, Başvuru No. 2012/1049, 26.03.2013.
- Anayasa Mahkemesi, Sadıka Şeker, Başvuru No. 2013/1948, 23.01.2014.
- Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan, Başvuru No. 2014/256, 25.06.2014.
- Anayasa Mahkemesi, Göksel Korkmaz, Başvuru No. 2012/860, 16.04.2014.
- Anayasa Mahkemesi, Remezan Orak ve diğerleri, Başvuru No. 2013/2229, 03.02.2016.
- Anayasa Mahkemesi, İhsan Asutay, Başvuru No. 2012/606, 20.02.2014.
- Anayasa Mahkemesi, 1986/11 E, 1986/26 K, 04.11.1986.
- Anayasa Mahkemesi, Sadıka Şeker, Başvuru No. 2013/1948, 23.01.2014.
- Anayasa Mahkemesi, 2009/47 E, 2011/51 K, 17.03.2011.
- Anayasa Mahkemesi, Gülbu Özgüler, Başvuru No. 2013/7979, 11.11.2015.
- European Court of Human Rights, X and Y v. the Netherlands, App. No. 8978/80, 26.03.1985.
- European Court of Human Rights, DH and Others v. the Czech Republic, App. No. 57325/00, 13.11.2007.
- European Court of Human Rights, Inze v. Austria, App. No. 8695/ 79, 28.10.1987.
- European Court of Human Rights, Zeybek v. Greece, App. No: 46368/06, 09.07.2009.
- European Court of Human Rights, Zarb Adami v. Malta, App. No. 17209/02, 20.06.2006
- European Court of Human Rights, X. v. Austria, App. No. 8142/78, 10.10.1979.
- European Court of Human Rights, Kalderas Gipsies v. FRG and Netherlands, App. No. 7823/ 77-7824/77, 03.07.1977.
- European Court of Human Rights, Castells v. Spain, App. No. 11798/85, 20.04.1992.
- European Court of Human Rights, Freedom and Democracy Party (Özdep) v. Turkey, App. No. 23885/94, 08.12.1999.

- European Court of Human Rights, *Socialist Party and Others v. Turkey*, App. No. 21237/93, 25.05.1998.
- European Court of Human Rights, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, App. No. 57/1997/841/1047, 10.07.1998.
- European Court of Human Rights, Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium, App. No. 1474/62;1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968.
- European Court of Human Rights, *Cengiz Ayar v. Turkey*, App. No. 60244/12, 09.07.2015.
- European Court of Human Rights, *Zeynettin Kuzu v. Turkey*, App. No. 70676/11, 09.07.2015.
- European Court of Human Rights, *Kamasinski v. Austria*, App. No. 9783/82,19.12.1989.
- European Court of Human Rights, *Grandrath v. Germany*, App. No. 2299/64, 12.12.1966.
- European Court of Human Rights, *Thlimmenos v. Greece*, App. No. 34369/97, 06.04.2000.
- European Court of Human Rights, *Hoffmann v. Austria*, App. No. 001-57825, 20.12.2012.
- European Court of Human Rights, *Köse and Others v. Turkey*, App. No. 26625/02, 24.01.2006.
- European Court of Human Rights, *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, 10.11.2005.
- European Court of Human Rights, *97 Members of the Gldani Congregation of Jehovah’s Witnesses & 4 Others v. Georgia*, App. No. 71156/01, 03.05.2007.
- European Court of Human Rights, *Bekir Ousta and Others v. Greece*, App. No. 35151/05, 11.10.2007
- European Court of Human Rights, *Timishev v. Russia*, App. No. 55762/00, 55974/00, 13.12.2005.
- European Court of Human Rights, *Phull v. France*, App. No. 35753/03, 11.01.2005.
- European Court of Human Rights, *Šečić v. Croatia*, App. No. 40116/02, 31.05.2007.
- European Court of Human Rights, *Zeybek v. Greece*, App. No. 46368/06, 09.07.2009.
- European Court of Human Rights, *Anakomba Yula v. Belgium*, App. No. 45413/07, 10.03.2009.

- European Court of Human Rights, Abdulaziz Cabales and Balkandali v. UK, App. No. 9214/80 and 9473/81 and 9474/81, 28.05.1985.
- European Court of Human Rights, Ünal Tekeli v. Turkey, App. No. 29865/96, 16.11.2004.
- European Court of Human Rights, Stec and others v. UK, App. No. 65731/01 and 65900/01, 12.04.2006.
- European Court of Human Rights, Sutherland v UK, App. No. 25186/94, 27.03.2001.
- European Court of Human Rights, Smith and Grady v. UK, App. No. 33985/96 and 33986/96, 27.09.1999.
- European Court of Human Rights, L and V v. Austria, App. No. 39392/98 and 39829/98, 09.01.2003.
- European Court of Human Rights, EB v. France, App. No. 43546/02, 22.01.2008.
- European Court of Human Rights, Frette v. France, App. No. 36515/92, 26.02.2002.
- European Court of Human Rights, Savez Crkava - Rijec Zivota and Others v. Croatia, App. No. 7798/08, 09.12.2010.
- European Court of Human Rights, Opuz v Turkey, App. No. 33401/02, 09.06.2009.

Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi

Arş. Gör. Yahya Berkol GÜLGEÇ*

Öz: Bu makalenin amacı, uluslararası hukukun kaynağı olarak sırasıyla Kelsen ve Hart tarafından öne sürülen temel norm ve tanıma kuralı kavramlarını değerlendirmektir. Bu değerlendirmenin neticesinde hangi kavramın ve bu kavramlara ilişkin hangi düşünürün teorisinin uluslararası hukukun niteliği ile daha çok bağdaştığı ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu amaç doğrultusunda Kelsen'in temel norm ve Hart'ın tanıma kuralı kuramları ana hatlarıyla incelenecek ve bu kavramlara yöneltilebilecek olan eleştiriler ele alınacaktır. Ancak, buradaki amaç, bütün olarak temel norm ve tanıma kuralı kavramlarına yöneltilen eleştirilerin bir dökümünü sunmak değeril, söz konusu eleştirilerin bu kavramların uluslararası hukukun kaynağı olma niteliğini de etkileyeceğinin düşünlmesidir.

Anahtar Kelimeler: Temel norm, tanıma kuralı, hukuk uygulayıcıları, uluslararası hukukun kaynağı, uluslararası hukuk normlarının geçerliliği.

Evaluation of the Basic Norm and the Rule of Recognition as the Theoretical Source of International Law

Abstract: The purpose of this article is to evaluate the concepts of the basic norm and the Rule of Recognition developed consecutively by Kelsen and Hart. The motivation behind such evaluation is to reveal which concept and theory related to these concepts

* Makale gönderim tarihi: 15.04.2017. Makale kabul tarihi: 27.11.2017.

Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (yahyaberko@gulgec@yandex.com).

are more suitable for the nature of the international law. Bearing these purposes in mind, Kelsen's theory of the basic norm and Hart's understanding of the Rule of Recognition will be examined in broad strokes and criticism of these concepts will be investigated. However, this investigation is not to provide a full account of the criticism surrounding the basic norm and the Rule of Recognition, but the fact that these criticisms may affect the concepts' aptness as the basis of international law.

Keywords: Basic norm, Rule of Recognition, law applies, the basis of international law, validity of the norms of international law.

GİRİŞ

Hans Kelsen hukukun bir bilim olarak anlaşılmasında ve bu bilimin gelişmesinde en önemli rolü oynayan düşünürlerdendir. Kelsen'in hukuk teorisinin en çok göze çarpan niteliği, belli bir hukuk sistemini değil, hukuk kavramını bütünlükçü bir bakış açısıyla açıklamayı amaçlamasıdır. Kelsen, yalnızca merkezîleşmiş (*centralized*) iç hukuk sistemlerini değil, bu merkezîleşmeden yoksun olan (*decentralized*) uluslararası hukuku da aynı bilimsel temele oturtmaya çalışmıştır. Onun kadar bilimsellik kaygısı içinde olan bir düşünürün, hukukun ve hukuk normlarının geçerliliğinin temeline, bilimsel yöntemlerle tespit edilemeyen, temel norm adında bir varsayımı yerleştirmiş olması tuhaf karşılanabilir. Ancak, isabetle belirtildiği gibi, bu varsayımsal ve yalnızca hukukçunun zihninde var olan bilişsel kavram, bir yandan Kelsen'in teorisinin zayıf karnını oluştururken, diğer yandan teorisinin iç tutarlılığını sağlayarak saf hukuk kuramının farklı cephelerine gerçekleştirilen saldırıların bertaraf edilmesini sağlamaktadır¹.

Kelsen'in saf hukuk kuramına göre, uluslararası hukuk iç hukuk ilişkisinde her ikisinin de üstün olduğu bir kurgu mümkündür. Kelsen, bu iki kurgu arasında yapılacak olan tercihin hukuk kapsamında değerlendirilip eleştirilemeyecek, hukukî hipotezlere ilişkin bir tercih olduğunu vurgulamakta² ve kendi tercihinin uluslararası hukukun üstünlüğü yönünde yapmaktadır. Uluslararası hukukun normatif kaynağı niteliğindeki temel norm kavramından bahsedebilmek için Kelsen'in bu politik tercihinin takip etmek ve uluslararası hukukun iç hukuktan üstün olduğunu kabul etmek gereklidir. Aksi bir kabul, yani ulusal hukuk sistemlerinin uluslararası hukuktan

¹ Kalyvas, 2006, s. 574.

² Kelsen, 1949, s. 388.

üstün olduğunun kabulü, uluslararası hukukun kaynağında varsayımsal temel normun değil, iç hukukun pozitif bir normunun bulunduğu anlamına gelecektir. Bu olasılıkta, temel norm salt uluslararası hukuk için değil, ulusal hukuk sistemi için söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, spesifik anlamda uluslararası hukuka geçerlilik sağlayan bir temel norm kavramı için ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliklerini “etkililik prensibi” (*principle of efficacy*) adı verilen uluslararası örf ve âdet hukukunun pozitif bir normundan³ aldığı kabul edilmelidir⁴. Çizilen bu çerçevede, makalenin ilk kısmı Kelsen’in temel norm kavramını, bu kavrama yöneltile eleştirileri incelemeye ayrılmıştır.

Pozitivist hukuk okulunun bir başka önde gelen ismi ise H.L.A. Hart’tır. Hart’ı Kelsen’den ayıran en önemli husus, Hart’ın Kelsen’in benimsemiş olduğu metodolojik saflığı, yani hukukun sosyoloji, psikoloji, siyaset bilimi gibi diğer bilimlerden metodolojik olarak ayrılması gerektiği yönündeki düşüncüyü benimsememesi ve hukukun açıklanmasında sosyolojiden bolca yararlanmasıdır⁵. Dolayısıyla, Hart bir pozitivist olsa da tam anlamıyla bir saf hukuk kuramcısı değildir. Ahlâk ile hukukun ayrılığını savunan Hart⁶, aynı ayrılığı hukuk ve diğer sosyal bilimler açısından kabul etmemektedir. Hart’ta sosyoloji ile hukuk arasında geçiş olması, Kelsen’in olan/olması gereken (*Sein/Sollen*) ikiliği ile bağdaşmaz. Kelsen, ampirik alemdeki olgulardan normlara ulaşamayacağını, normların geçerliliğini olgulardan alamayacağını düşünmektedir⁷. Hart ise, hukuk sisteminin temelinde norma-

³ Etkililik prensibinin ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliğini belirlemesi ile ilgili olarak bkz. **Kelsen**, 2008, ss. 211-214; **Kelsen**, 1949, ss. 41-42.

⁴ Aslen, etkililik prensibinin ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliğini belirlediği kabul edildiğinde dahi uluslararası hukukun bir bütün olarak iç hukuk sistemlerinden üstün olduğu söylenemez. Çünkü, bir kere ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliklerini uluslararası hukukun pozitif bir normundan aldığı gösterildiğinde, başlangıçta “ulusal” ve “uluslararası” hukuk olarak kategorize edilen normlar bütünü birleşmekte ve tek bir bütün teşkil etmektedir. Bir başka deyişle, artık ortada iki ayrı normatif kategori kalmamakta, etkililik prensibi aracılığıyla Kelsen bu ikilinin tekliliğini göstermiş olmaktadır. Bir kere bu iki norm grubunun aynı normatif sisteme ait olduğu gösterildikten sonra bu ikili arasında kategorik bir üstünlük tesis etmek Kelsen’in teorisi ile tutarsızdır. Nitekim, etkililik prensibinin bütün ulusal hukuk normlarından üstün olması, uluslararası antlaşmaların da bu normlardan üstün olacağı yönündeki neticeye içkin değildir. Daha fazla bilgi için bkz. **Gülgeç**, 2016, ss. 65-66.

⁵ **Perreau-Saussin**, 2006, s. 378.

⁶ **Hart**, 1983a, ss. 49-87. Hart’ın görüşlerinin eleştirisi için bkz. **Fuller**, 1958, ss. 630-672.

⁷ **Kalyvas**, 2006, s. 576.

tif nitelik arz etmeyen ve yalnızca sosyal bir olgu olarak var olan tanıma kuralını yerleştirmektedir⁸. Bir başka deyişle, Hart'ta hukuk sistemi nihai geçerliliğini varsayımsal bir normdan değil, sosyal bir olgudan almaktadır. Bu anlamda, Kelsen ve Hart'ın hukuk sistemlerinin geçerliliğine ilişkin düşüncelerinde temel bir görüş ayrılığının bulunacağını ön görmek zor değildir. Her ne kadar işlevleri açısından temel norm ve tanıma kuralı arasında basit benzerlikler kurmak mümkün olsa da iki düşünürün benimsediği farklı bakış açıları bu kavramları bağdaşmaz kılmaktadır. Bu bağdaşmazlık Hart tarafından bizzat *The Concept of Law* isimli başyapıtının sonraki baskılarına eklenen notlarda da belirtilmiştir⁹.

Tanıma kuralının uluslararası hukukun temelinde yer alıp alamayacağı sorusu ise başlı başına bir sorundur. Hart, hukuk teorisinin özünü oluşturan *The Concept of Law* isimli eserinde uluslararası hukuka çok az yer vermiştir. Yer verildiği kadarıyla uluslararası hukuk bir “hukuk sistemi” değil, olsa olsa ödev ve yasak içeren bir kurallar bütünüdür¹⁰. Dolayısıyla, tanıma kuralının yalnızca hukuk sistemlerinde var olabileceğini düşünürsek, tanıma kuralının uluslararası hukukun temelini teşkil edebileceği ancak Hart'ın uluslararası hukuka yaklaşımı yanlışlanarak gerçekleştirilebilir. Hart'ın uluslararası hukukun bir hukuk sistemi olmadığı yönündeki düşüncesinin çürütülmesi ise bu makalenin odak noktası değildir. Biz Hart'ın uluslararası hukuk hakkındaki düşüncelerini eleştiren görüşlere yer vereceğiz. Ancak, bunu yaparkenki amacımız Hart'ı yanlışlamak değil, tanıma kuralının uluslararası hukukun temelinde yer alabileceğine dair bir olasılığı söz konusu etmektir. Ancak bu şekilde tanıma kuralı ile temel norm arasında uluslararası hukuka ilişkin bir kıyaslamaya gidilebilir.

Makalenin ikinci kısmı Hart'ın tanıma kuralını, bu kurala yönelik incelemeye ayrılmıştır. Hart'ın tanıma kuralına yönelik pek çok eleştiri ve soru ortaya atılmıştır. Bu eleştiri ve soruların ortaya atılmasında önemli sebeplerden bir tanesi de Hart'ın bu kavramlar ilişkili olarak kullandığı “yetkili” (*official*), “yargıç” vb. kavramların birbiri yerine kullanılıp kullanılmadığı her hukuk sisteminde bir tane mi yoksa birden fazla mı tanıma kuralı bulunduğu ve bu tanıma kuralının ödev yükleyen bir niteliğe mi yoksa diğer ikincil

⁸ Hart, 2012, ss. 106-110.

⁹ *Ibid.*, ss. 292-294.

¹⁰ Beckett, 2008, s. 56.

kurallar gibi yetki veren bir niteliğe mi sahip olduğu gibi konularda Hart'ın üslubunun belirsiz ve yer yer çelişkili olmasıdır. Bu sorunların önem teşkil etmesinin bir sebebi de, bu sorunlara bulunacak çözümlerin ve verilecek cevapların tanıma kuralının tanımını etkileyecek olmasıdır.

İki ana bölümün ardından sonuç bölümünde hangi kavramın uluslararası hukuku açıklamakta daha başarılı olduğu ortaya konmaya çalışılacaktır. Burada kullanılan başarı kriterinin de açıklanması gerekmektedir. Elbette ki tanıma kuralı ve temel norm kavramlarının kendisine yönelik olumsuz eleştirilerin başarısı, bu kavramların uluslararası hukukun kaynağı olarak başarısızlığını da beraberinde getirecektir. Ancak, makalenin tek bakış açısı bu olmayacaktır. Önemli olan bir başka husus, uluslararası hukukun kaynağı olarak gösterilecek olan kavramın çözdüğünden fazla sorun yaratmaması, uluslararası hukukun kaynakları arasındaki ilişkiyi açıklayabilmesi ve hepsinden önemlisi uluslararası hukukun geçerliliğini - ve dolayısıyla uluslararası hukukun hukuk niteliğini - şüpheye yer vermeyecek şekilde tesis etmesidir. Makalenin sonuç bölümünde temel norm ve tanıma kuralının uluslararası hukukun hukuk niteliğini tesis etmedeki başarısı değerlendirilerek bir sonuca varılacaktır.

I. ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAĞI OLARAK TEMEL NORM

Bu kısımda Kelsen'in temel norm kavramı, bu kavramın eleştirisi ve uluslararası hukukun temel normuna ilişkin sorunlar ele alınacaktır. Öncelikle, Kelsen'in hukuk teorisinden hareketle temel norm kavramının açıklanması gerekmektedir. Ancak öncelikle kısaca Kelsen'e göre normatif geçerlilik kavramını açıklayalım. Normatif geçerliliğin Kelsen'de ele alınışı, temel normu pratik açıdan zorunlu bir varsayım hâline getirmektedir.

1. Normatif Geçerlilik

Kelsen, norm kavramını “‘Norm’, bir kimsenin belirli bir şekilde davranması gerektiğini kimsenin o kişinin o şekilde davranması gerektiğini ima etmeden ifade eden bir kuraldır.”¹¹ şeklinde tanımlamaktadır¹². Bu kural ge-

¹¹ Kelsen, 1949, s. 35. (Çeviri yazara aittir.)

¹² Bu tanımdan Kelsen'in yalnızca genel ve soyut nitelik arz eden, muhatabı belli olmayan kuralları norm olarak algıladığı düşünülebilir. Ancak, açıkça birel nitelikteki idarî işlem

çerliliğini yalnızca başka bir normdan alabilir. Nitekim, Kant'ın olan/olması gereken düalizmini benimseyen Kelsen, hiçbir hukuk normunun geçerliliğini olgulardan almayacağını vurgulamaktadır¹³. Olgular olgular ile, normlar ise normlar ile ilişki içindedir. Olgular arasındaki ilişki illiyet iken, normlar arasındaki ilişki geçerliliklidir¹⁴. Bir başka deyişle, bir norm yalnızca bir başka normun öngördüğü usûlle ihdas edildiği veya öngörülen içerikte olduğu için geçerlidir. Bunlardan ilkinde dinamik prensip, ikincisine ise statik prensip ismi verilmektedir¹⁵. Kelsen'in teorisi hukukun dinamik yönüyle daha çok ilgilidir¹⁶. Buradan anlaşılacağı üzere, bir normun diğer bir normun geçerliliğini belirlemesinin iki yolu bulunmaktadır: Ya bu normun ihdas usûlünü ortaya koyar ya da onun içeriğini belirler/sınırlandırır¹⁷. Bu işlevlerin her ikisini de yerine getirebileceği gibi, bunlardan birinin varlığı söz konusu normun geçerliliğini belirlemek için yeterlidir. Geçerliliği belirleyen bu norma üst norm, geçerliliği belirlenen norma ise alt norm adı verilebilir.

Hukuk sistemi bir üst ve alt normlar zinciri olarak karşımıza çıkmaktadır. Normlar arasındaki hiyerarşiyi tesis eden de bu alt ve üst halkalar olarak düşünülebilir. Bu zincirdeki halkalar geçerlilik ilişkisiyle birbirine bağlanmıştır. Bu zincirdeki her norm geçerliliğini zincirde kendisinden daha üst konumda bulunan bir başka normdan, bu ilk üst norm da geçerliliğini yine daha üstteki bir başka normdan alacaktır. Ancak, doğa bilimlerinde olgular arasındaki illiyet bağının sonsuza dek sürdürülmesi mümkün iken hukukta geçerlilik zincirinin sonsuza uzanması imkânsızdır¹⁸. Olgular arasındaki ilişki zorunlu olarak bir neden-sonuç ilişkisiyken ve her olgu zorunlu olarak bir diğerinin nedeni ve sonucu konumundayken, normlar arasında bir geçerlilik ilişkisi vardır ve geçerlilik zinciri bir tavanda (temelde) düğümlenmedikçe, zincir asılı durmaz. Bu düğüm mevcut olmadıkça, zincirin hiçbir halkasının geçerliliğinden bahsedilemez. Nitekim, ne o zincirin bir üst halkasının ne de daha üst halkaların geçerliliği tesis edilememiştir. Bu neden-

ve mahkeme kararlarını da birer norm olarak kabul etmektedir. Bkz. **Kelsen**, 1973, s. 221; **Hauser**, 1968, ss. 12-13.

¹³ Bkz. **Kalyvas**, 2006, s. 576.

¹⁴ **Kelsen**, 1949, s. 46; **Hauser**, 1968, s. 20.

¹⁵ **Kelsen**, 2008, ss. 195-196.

¹⁶ **Weinberger**, 1973, s. 198.

¹⁷ **Kelsen**, 1949, s. 123; **Heckmann**, 1997, ss. 138-139, 146.

¹⁸ Bkz. **Kelsen**, 1973, s. 162; **Kelsen**, 2008, s. 194.

le, zincirdeki normların bütününe geçerliliği en üstteki halkanın bir tavana asılması ile mümkündür.

Bir normatif sistemin geçerliliğini sağlayacak olan şey, geçerliliği sorgulanmadan varsayılan temel normdur. Temel norm, normatif zincirin tavana bağlantı noktasıdır. Hukukçu, temel normu kabul etmeden (varsaymadan) sonsuza kadar konulmuş (*posited*) bir üst norm arayışı içine girerse, hiçbir zaman hukuk sisteminin geçerliliğini tesis edemeyecek ve hukuk bilimi nesnesi olan normun bilgisine asla ulaşamayacaktır¹⁹. Bir başka deyimle, hukuk bilimi, ancak temel normun varsayılması ile mümkün olabilir. Kelsen bu sonucu dayatıyor gibi görünse de bir başka olasılığa da açık kapı bırakmaktadır. Ona göre, temel normun varsayılmaması hukukî anarşizme, yani hukukun geçersizliğine yol açacaktır ki esasen bu çıkarımın yanlış olacağı söylenemez²⁰. Bir anlamda, Kelsen temel normun hukuk biliminin varlığı için varsayılması gerektiğini, bu varsayımın, amaçsal olduğunu itiraf etmektedir. Varsayımdan yola çıkarak gerçeğe ulaştığını iddia eden bütün düşünceler gibi, Kelsen'in teorisi de bu anlamda dinselşmektedir. Temel norm, normatif geçerliliğin yaratılışıdır.

2. Temel Normun Geçerliliği ve İçeriği

Temel normun “varsayılması” ne anlama gelmektedir? Temel normun varsayılmasının doğrudan bir sonucu hukukun veya temel normun muhatap aldığı hukuk sisteminin veya bu hukuk sisteminin en üstün pozitif normunun geçerliliğinin varsayılmasıdır. Ancak, bunun dışında, temel normun geçerliliğinin varsayılması da söz konusudur. Bir başka deyişle, temel normun varsayılması ile gerçekleştirilen şey hem muhatap hukuk sisteminin bütün normlarına dolaylı olarak geçerlilik tanınması, tanınan bu geçerliliğin nihaî olması içinse temel normun geçerli olduğunun varsayılmasıdır. Bu bilişsel faaliyetteki varsayım temel normun içeriğine ve geçerliliğine ilişkindir.

Temel normun varsayılması ile yapılan, aynı zamanda bu normun geçerli olduğunun varsayılması²¹ ve böylece sonsuza dek sürececek bir “üst-norm” arayışından kurtulmak olduğuna göre, temel normun geçerliliği sorgulanamaz. Temel norm ya varsayılır ya da varsayılmaz. Kelsen, normatif

¹⁹ Daha detaylı bilgi için bkz. Gülgeç, 2016, ss. 15-16.

²⁰ Delacroix, 2006, s. 37.

²¹ Hughes, 1971, s. 699.

sistemlerin bir temel normu olması gerektiğini hukuk dışı bir örnekle açıklamaktadır. Kelsen'in örneğinde bir baba çocuğuna okula gitmesini emreder. Neden okula gitmek zorunda olduğunu soran çocuğa babası çünkü öyle emrettiğini ve çocuğun babanın emirlerine uyması gerektiği şeklinde cevap verir. Eğer çocuk babasının emrine neden uyması gerektiğini sorarsa, bu kez babası Tanrı'nın böyle emrettiğini ve herkesin Tanrı'nın emirlerine uyması gerektiğini söyleyecektir. Çocuk Tanrı'nın emirlerine uymanın niçin zorunlu olduğunu sormaya kalkarsa, babası bir cevap vermeyecek, bu kuralın sorgulanamayacağını söyleyecektir. Bunun nedeni söz konusu normatif sistemde "Herkes Tanrı'nın emirlerine uymalıdır" şeklindeki normun geçerliliği gösterilemeyecek, varsayılması gereken temel norm olmasından kaynaklanmaktadır²².

Temel normun içeriği konusu ise oldukça tartışmalıdır. Kelsen'in temel norma somut bir içerik kazandırmaktan kaçınılmaktadır²³. Nitekim, temel normun içeriğinin varsayımsal olarak belirlenebileceği düşüncesi doğal hukuka yaklaşan bir düşünce olarak nitelendirilebilecektir²⁴. Kelsen'in temel normun içeriğini net ve tek bir cümle ile ifade etmemesini başka şekilde yorumlamak da mümkündür. Temel normun geçerlilik tanıdığı pozitif norm da dahil olmak üzere hiçbir pozitif norm temel norma aykırı olduğu gerekçesiyle geçerliliğini yitiremez. Çünkü, temel normun yaptığı şey, bir hukuk düzeninin en üstün pozitif normuna geçerlilik tanımaktan ibarettir²⁵. Temel norm, bir pozitif normun ihdas usûlüne ve içeriğine ilişkin şartlar getiremez. Peki ama temel norm niçin pozitif hukuk normlarının ihdas usûlü veya içeriğine ilişkin olmasın?

Bu sorunun açık ve ikna edici yanıtı Kelsen'in yazınında bulunmamaktadır. Ancak, Kelsen'in hukuk teorisinin genel hatları göz önüne alındığında bu soruyu yanıtlamak zor değildir. Kelsen, hukukun metodolojik anlamda ve bir bilim olarak diğer bilimlerden ayrılması gerektiğini düşünmektedir²⁶. Hukuka sosyoloji, psikoloji, siyaset bilimi gibi bilimlerin yöntemleriyle ve bunların bakış açısıyla yaklaşmak, bu bilimlerin konusu hukuk biliminin

²² Kelsen, 2008, ss. 196-197.

²³ *Ibid.*, s. 217.

²⁴ Delacroix, 2006, s. 55.

²⁵ Kelsen, 1949, s. 115.

²⁶ Weinberger, 1973, s. xi; Hauser, 1968, s. 1.

konusu olan normun bilgisi olmadığı için, hukuk biliminin sınırlarını belirsizleştirmekte, onu diğer alanların bir kolu hâline getirmektedir²⁷. Bunun dışında, Kelsen hukuk ve ahlakın ayrılığını da benimsemektedir. Ahlak da normatif bir sistemdir, ancak ahlak ve hukuk farklı temel normlara dayanan, farklı normatif kategorilerdir ve farklı normatif kategoriler dışlayıcıdır. Kelsen'in deyimiyle “kimse iki efendiye hizmet edemez.”²⁸. Bu da hukukî normatif kategorinin ahlakî normatifliği kabul etmeyeceği anlamına gelmektedir. Kelsen'in doğal hukuku reddinin de büyük ölçüde hukuk-ahlak ayrılığına dayandığı söylenebilir. Nitekim, açıkça ifade ettiği üzere doğal hukuk ve pozitivist hukuk anlayışlarının hukukun geçerliliğinin temeline yerleştiği şeyler birbirlerinden farklıdır²⁹. Doğal hukuk teorilerinde pozitif hukuk doğanın veya tanrının ürünü olarak görülmekte veya pozitif hukukun akıl yoluyla erişilebilecek genel ilkelerden türediği varsayılmaktadır³⁰. Pozitivist teoride ise bir hukuk normunun geçerliliği onun ihdas usûlünü veya içeriğini belirleyen üst normlara uygun şekilde konulup konulmadığına bağlıdır. Pozitivist teori bu anlamda başkaca herhangi bir kritere yer vermez.

Yukarıda Kelsen'in hukuk anlayışına ilişkin aktarılan bilgiler ışığında temel normun içeriğinin niçin hukuk düzenindeki normların ihdas usûlü veya içeriğine ilişkin olamayacağı ve bu normun niçin yalnızca hukuk sisteminin en üstün pozitif normuna geçerlilik tanınması gerektiği açığa çıkmaktadır. Aksinin kabulü halinde “adalet”, “iyilik” gibi ahlakî ölçütlerin varsayımsal temel normun içine sokulmasıyla hukukun saflığından mahrum bırakılması söz konusu olur. Kelsen'in bu korkusunda haklı olduğunu da söyleyebiliriz. İngiliz hukukundaki en üstün normun kanun (*Act of Parliament*) olduğu “parlamentonun üstünlüğü ilkesi”³¹ (*principle of parliamentary sovereignty/supremacy*) dolayısıyla kabul edilmektedir. Ancak, bu ilkenin *Common Law* kaynağını teşkil eden mahkeme içtihadıyla kabul edildiği düşünüldüğünde

27 **Kelsen**, 2008, s. 1.

28 *Ibid.*, s. 329.

29 **Kelsen**, 1973, ss. 30-31.

30 **Kelsen**, 1949, s. 392.

31 Siyaset bilimindeki egemenlik kavramı ile karışmaması için ilkenin Türkçeleştirilmesinde “supremacy” ifadesini kullanmayı tercih ettik. Nitekim, bu ilkenin ifade ettiği şey siyasî egemenliğin Parlamento'ya ait olması değildir. Zaten teorik olarak Birleşik Krallık'ta siyasî egemenlik hala monarka aittir. Bu ilke ile ifade edilen, Parlamento tarafından monarkın katılımı ile çıkarılan kanunun hukuk sistemindeki en üstün norm olduğu ve hukuken bu normu sınırlandıran veya sınırlandırabilecek başka bir norm bulunmadığıdır.

aslında kanunların bu gücü mahkeme kararlarından aldığı ve bu nedenle de *Common Law*'un en üstün kaynak olarak tanınması gerektiği düşünülebilir. Dolayısıyla, kanunlar sahip oldukları hukukî gücü içtihadı borçlu iken, bu içtihadın en üstün normun kanun olduğunu belirtmesi en hafif ifadeyle tuhafıktır³². Bu tuhafılığı önlemek amacıyla Neil Parpworth parlamentonun üstünlüğü ilkesinin İngiliz hukukunun temel normu olduğunu ileri sürmektedir³³. Kelsen'e göre, bu içerikte bir temel normun varsayılması mümkün değildir. Parlamentonun üstünlüğü ilkesi kanunların geçerliliğini tesis etmekle kalmamakta, bu normun hukukî kudretini de belirlemektedir. Dolayısıyla, kanunlar hukukî gücünü pozitif nitelik arz etmeyen, varsayımsal bir normdan, temel normdan almaktadırlar. Oysa, Kelsen'in teorisine göre olması gereken, temel normun kanunlara geçerlilik tanınması ve kanunlar ile diğer normlar arasındaki hiyerarşik ilişkinin pozitif temelde, hangi normun diğerlerine göre üst norm niteliği taşıdığı belirlenerek tespit edilmesi gerekirdi.

3. Temel Normun Hukukiliği

Temel normun varsayımsallığının onun geçerliliği ve içeriği hakkında ne ifade ettiğini yukarıda inceledik. Şimdi de temel normun bir varsayımdan ibaret olmasının onun hukukî niteliği üzerindeki etkisini ve bunun olası anlamlarını inceleyeceğiz.

Temel norm pozitif bir norm değil, yalnızca hukukçunun zihninde var olan ve bilişsel bir faaliyetle belirlenen bir varsayımdır. Bu anlamda temel norm hukuk dışı bir kavramdır³⁴. Bu nedenle, temel normun geçerliliğini tesis ettiği hukuk sisteminin bir parçası olması da mümkün değildir. Dolayısıyla, temel normun hukukîliği hakkında şu tespiti yapabiliriz: Temel norm, bir hukuk sistemine ait pozitif bir norm olmak anlamında hukukî değildir. Ancak, temel normun hukuk bilimine ait bir kavram olması dolayısıyla hukuk bilimine ait (*jurisprudential*) olduğu düşünülebilir.

³² İngiliz hukukunda parlamentonun üstünlüğü ilkesinin hukukî niteliğine dair bkz. **Gülgeç**, 2016, ss. 352-363.

³³ **Parpworth**, 2014, s. 71. Açıkça temel norm ifadesi kullanılsa da parlamentonun üstünlüğü ilkesinin İngiliz hukukundaki en üstün ilke olduğunu ifade eden bir başka görüş için bkz. **Youngs**, 2014, s. 18. Son olarak, Hart'ı takip ederek parlamentonun üstünlüğü ilkesinin tanıma kuralı niteliğinde olduğunu belirten bir görüş için bkz. **Allan**, 2013, ss. 133-134.

³⁴ **Teziç**, 2014, s. 42; **Delacroix**, 2006, s. 49.

4. Uluslararası Hukukun Geçerliliği

Bu kısma “uluslararası hukukun temel normu” başlığını değil de “uluslararası hukukun geçerliliği” başlığını seçmemizin sebebi, uluslararası hukukun geçerliliğinin Kelsen’in teorisine göre iki farklı şekilde tesis edilebilecek olmasıdır. Kelsen’e göre aynı derecede makul ve geçerli olan iki şekil arasında yapılacak olan seçim hukukçuya kalmıştır³⁵. Kelsen uluslararası hukuk- iç hukuk ilişkisinde monist bir anlayış benimsediği için, hukukçunun hangi sistemin geçerliliğini öncelikli olarak varsayacağı, bir başka deyişle, hangi normun geçerliliğini temel norma dayanarak kuracağı, diğer sistemin³⁶ geçerliliğinin tesisinde farklılığa yol açmaktadır. Nitekim, ulusal ve uluslararası hukuk sistemlerinin aynı sistemin parçaları olduğunu göstermek, bu ikisinin de geçerliliğini aynı temel normdan aldığına gösterilmesini gerektirir. Nitekim, aynı normatif sisteme ait olan normların nihaî geçerlilik kaynağı aynı temel normdur. Bu nedenle, aşağıda öncelikle Kelsen’in monist teorisini nasıl temellendirdiğini ve bunun uluslararası hukukun geçerliliğini nasıl etkileyeceğini inceleyeceğiz.

A. Uluslararası Hukukun Üstünlüğüne Dayanan Monist Anlayış

Uluslararası hukukun geçerliliğinin temel norma dayandırılması durumunda, ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliğini uluslararası hukukun pozitif bir normundan alıyor olması gerekecektir. Kelsen *Pure Theory of Law* eserinde bunu göstermek için öncelikle uluslararası hukukun hangi normunun ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliğini belirlediğini açıklamakta ve daha sonra geçerlilik zincirinde yukarı doğru ilerleyerek uluslararası hukukun temel normuna ulaşmaktadır. Bizim burada inceleyeceğimiz yöntem de bu şekilde olacaktır.

Kelsen, devrim, darbe ve savaş gibi olguların hukuk yaratan olgular olarak tanındığını düşünmektedir. Bu görüşünü desteklemek için Kelsen hukuk-devlet özdeşliğinden yola çıkar. Ona göre, devlet denilen mefhum

³⁵ Kelsen, 1949, s. 388.

³⁶ Aslen burada gerçek anlamda iki farklı sistemden bahsetmiyoruz. Kelsen’in yapmak istediği şey geleneksel görüş olan düalizmin farklı sistem anlayışının doğru olmadığını bu sistemlerden birinin geçerliliğini diğerinden aldığı göstermek suretiyle yanıtlamaktır. Bu amaçla biz de bu kısımda ulusal hukuk ve uluslararası hukuktan iki farklı sistem olarak bahsedeceğiz. Bunlardan birinin geçerliliğini diğerinin pozitif bir normundan alması zaten düalizmi yanıtlayacaktır.

hukuk biliminde ulusal hukuk düzeni ile özdeşdir³⁷. Başarılı devrimler, darbeler veya savaşlar neticesinde kurulan devletlerin, bu devrim, darbe ve savaşlar başarılı oldukça, yani yarattıkları hukuk düzenleri etkili biçimde uygulanabildikçe geçerli hukuk düzenleri ve meşru devletler olarak tanındıklarına dikkat çekilmektedir³⁸. Kelsen bu durumda, devrim, darbe ve savaşlar neticesinde yaratılıp etkili şekilde uygulanabilen hukuk sistemlerinin geçerli olduğu yönünde bir örf ve âdet hukuku kuralı olduğunu düşünmekte ve bu kurala “etkililik prensibi” (*principle of efficacy/effectiveness*) ismini vermektedir. Bu ilkeye göre, bir ulusal hukuk düzeni bir bütün olarak büyük ölçüde etkili ise geçerlidir³⁹. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hukuk düzenindeki belli bir normun veya norm grubunun değil, hukuk düzeninin genelinin etkililiğinin esas alınmasıdır. Dolayısıyla, tek veya bir hukuk düzeninin belli başlı normlarının uygulanmaması veya uygulanamaması bu hukuk düzeninin geçersizliği yönünde bir tespit yapmak için yeterli değildir. Bununla birlikte, etkililik ile tek bir normun geçerliliği arasında da belli bir ilişki bulunmaktadır⁴⁰.

Söz konusu ilke uluslararası örf ve âdet hukuku niteliği taşıdığına ve etkililik kriteri temelinde ulusal hukuk düzenlerinin geçerliliğini belirlediğine göre, artık uluslararası hukuk ve ulusal hukuk sistemlerinin tek normatif sisteme ait olduğu gösterilmiş olmaktadır. Buradan sonra yapılması gereken, uluslararası antlaşmalar ile uluslararası örf ve âdet hukukunun nasıl olup da geçerli birer hukuk yaratma yöntemi olduğunun gösterilmesidir. Uluslararası antlaşmalar ile uluslararası örf ve âdet hukukunu geçerli hukuk kaynakları olarak belirleyen norm, uluslararası hukuk ve ulusal hukuk sistemlerinin bütünü açısından ulaşılan en üstün norm olacaktır.

Kelsen’e göre bu norm *pacta sunt servanda* ilkesidir⁴¹. Kendisi de örf ve âdet hukuku yoluyla yaratılmış olan bu ilke⁴² hem uluslararası örf ve âdet hukuku hem de uluslararası antlaşmalar için geçerlilik kaynağı olmaktadır. Dolayısıyla, uluslararası hukuk alanındaki en üstün norm *pacta sunt*

37 Kelsen, 1949, s. 393.

38 Kelsen, 2003, ss. 415-416; Kelsen, 1949, s. 118.

39 Kelsen, 1949, ss. 118-119.

40 Kelsen, 2008, s. 11; Kelsen, 1949, ss. 119-120.

41 Kelsen, 2008, s. 324.

42 *Ibid.*

servanda ilkesi olmaktadır. Ulusal hukuk sistemleri ile mukayese edecek olursak, bu ilke anayasa konumundadır. Dolayısıyla, uluslararası hukukun temel normu da, bu ilkenin veya diğer normların ihdas usûlüne veya içeriğine ilişkin bir şey belirtmeden *pacta sunt servanda* ilkesine geçerlilik tanıyan bir içeriğe sahip olması ve bu şekilde varsayılması gerekir⁴³. Bu noktada, *pacta sunt servanda* ilkesinin uluslararası hukukun temel normu olduğu yanlışlığına kapılmak mümkündür. Ancak, Kelsen tarafından açıkça belirtildiği üzere, bu ilke pozitif bir örf ve âdet hukuku normudur. Hiçbir pozitif normun temel norm niteliği taşıması mümkün değildir. Temel norm zaten geçerliliğini başka bir pozitif normdan almayan norma geçerlilik tanıma işlevini yerine getiren varsayımsal, epistemolojik bir araç, bir varsayımdır⁴⁴.

Kelsen'in uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemlerinin birliğini etkililik prensibi aracılığıyla kurduktan sonra bu durumda uluslararası hukukun bir bütün olarak ulusal hukuk sistemlerine üstün olacağını düşünmesi eleştirilebilir. Çünkü, bir kere bu iki sistemin birliği gösterildiğinde, artık ortada birbirinden ayrı uluslararası hukuk ve ulusal hukuk kategorileri kalmamakta, bu kategorizasyon yanlışlanmaktadır. Bu kategorizasyonun devam ettirilmesi ise hatalara sebebiyet verebilir. Örneğin, örf ve âdet hukuku yoluyla yaratılmış olan etkililik prensibi ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliğini belirlediğine göre, bu normun ulusal hukuk sistemlerinden üstün olacağına şüphe yoktur. Bu bağlamda, diğer örf ve âdet hukuku kurallarının da ulusal hukuk sistemlerinden üstün olacağı savunulabilir. Ancak, bu tespit tek başına uluslararası antlaşmaların da ulusal hukuk sistemlerinden üstün olacağını göstermemektedir. Özellikle de Kelsen'in uluslararası örf ve âdet hukukunun uluslararası antlaşmalardan üstün olduğu yönündeki görüşü düşünüldüğünde, uluslararası antlaşmalar ile ulusal hukuk sistemlerinin, uluslararası örf ve âdet hukukunun hiyerarşik astları olarak kendi aralarındaki geçerlilik ilişkisinin de ayrıca irdelenmesi gerekirdi. Bu eksiklik Kelsen'in öğrencisi olan Albert Verdross tarafından da kabul edilmiş ve uluslararası hukuk düzlemindeki tek bir normun ulusal hukuk sistemlerinden üstünlüğü-

43 *Ibid.*

44 Uluslararası hukukun dikkate alınmadığı bir durumda kurucu iktidarın iradesini ulusal hukuk düzenlerinin temel normu ve uluslararası hukuku da göz önünde bulundurarak Kelsen'in etkililik prensibini, pozitif bir norm olduğu iddia edilmesine rağmen ulusal hukuk sistemlerinin temel normu olarak göreyek bu hataya düşen iki kaynak için sırasıyla bkz. **Bindreiter**, 2002, s. 88; **Kreijen**, 2004, s. 215.

ne dayanarak uluslararası hukukun bir bütün olarak ulusal hukuk sistemlerinden üstün olduğuna hükmedilmemesi gerektiği vurgulanmıştır⁴⁵. Ancak, çalışmamızda temel norm kavramının uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiyi değil uluslararası hukukun bir hukuk düzeni olarak varlığını nasıl açıkladığı ile ilgileneceğimizden bu eleştiriyi aşağıda Kelsen'in temel normunun uluslararası hukukun hukuk niteliğini nasıl tesis ettiğine yönelik eleştirileri ele alacağımız kısımda derinleştirmeyeceğiz.

B. Ulusal Hukukun Üstünlüğüne Dayanan Monist Anlayış

Uluslararası hukuk ile ulusal hukukun bütünlüğünü göstermenin tek yolu, ulusal hukuk sistemlerinin uluslararası hukukun pozitif bir normundan geçerlilik aldığını göstermek değildir. Buna göre, Öncelikle uluslararası hukukun ulusal hukuk sisteminin bir normundan geçerlilik aldığının gösterilmesi ve daha sonra ulusal hukuk sisteminin en üstün normunun temel norma dayandırılması da mümkündür⁴⁶. Bu olasılığa göre, uluslararası hukukun geçerliliğini ulusal hukuk sistemlerindeki anayasalardan aldığı söylenebilir⁴⁷. Aşağı yukarı her anayasa bir uluslararası antlaşmanın ne şekilde ve kimin tarafından yapılacağını ve ne şekilde geçerli hâle geleceğini düzenlemektedir. Bunun yanında, kimi zaman anayasaların “uluslararası hukukun genel ilkeleri” gibi örf ve âdet kuralı niteliğinde olduğu düşünülebilecek uluslararası hukuk kaynaklarına da yer verdiği görülebilir. Alman Anayasasının 24. maddesi bu duruma örnek teşkil eder. Alman Anayasasının 24. maddesine göre, uluslararası hukukun genel ilkeleri federal hukuk düzeninin bir parçasıdır ve bunlar federal kanunlardan üstün konumdadır⁴⁸. Bunun dışında Türk Anayasasının 90. ve 104. maddeleri uluslararası antlaşmaları akdetme yetkisini ve bu antlaşmaların hangi şartlar altında geçerli olacağını düzenlemektedirler.

Bu noktada, söz konusu geçerliliğin uluslararası hukuk bakımından söz konusu olduğu, bir antlaşmanın uluslararası hukuktaki geçerliliğinin iç hukuk süreçlerinden bağımsız olduğu ileri sürülebilir. Bir uluslararası hukuk

⁴⁵ Alfred Verdross, **Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung**, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1923, s. 134'ten aktaran: **Bernstorff ve Dunlap**, 2011, s. 98.

⁴⁶ **Kelsen**, 2009, ss. 333-336; **Kelsen**, 1949, ss. 382-386.

⁴⁷ **Kelsen**, 1949, s. 382.

⁴⁸ **Fürst ve Günther**, 1978, s. 163; **Burkens**, 2004, s. 381.

normu iç hukuk normunu geçersiz kılamayacağı gibi, bir iç hukuk normu da uluslararası hukuk normunu geçersiz kılamaz. Ancak, bu tür bir iddia da düalist öğretiyeye dayanmakta ve iç hukukun üstünlüğü temelindeki bir monist teoride uluslararası antlaşmaların geçerliliğinin pekâlâ iç hukukta belirlenen şartlara bağlı olabileceğini göz ardı etmektedir.

Bu durumda, uluslararası hukuk normlarının geçerliliklerini ulusal hukuk sistemlerindeki anayasal hükümlerden aldığı söylenebilir. Uluslararası hukuk normlarının ancak anayasada öngörülen süreçten sonra (aktarma, atıf vs.) o hukuk sistemi (devlet) açısından geçerli (bağlayıcı) olacağı görülecektir. Böylece Kelsen, düalist yazarların uluslararası hukukun iç hukuktaki geçerliliği için şart koştuğu atıf veya aktarma gibi iktibas usûllerinin de aslında ulusal hukuk sistemlerinin üstünlüğü temelinde monist bir sisteme işaret ettiğini iddia etmektedir⁴⁹.

Yukarıda uluslararası hukukun üstünlüğüne ilişkin getirdiğimiz eleştiri bu olasılıkta da ulusal hukuk sisteminin üstünlüğüne ilişkin olarak getirebiliriz. Kelsen yalnızca iç hukukta uluslararası hukuk normuna geçerlilik tanıyan normun uluslararası hukuktan üstün olduğuna işaret etmekte, ancak bu temelde ulusal hukuk sisteminin kategorik üstünlüğüne hükmetmektedir. Oysa, bir uluslararası hukuk normunun ulusal anayasanın altında ve kanunların üstünde olması da mümkündür. Alman Anayasasının 24. maddesine ilişkin olarak yukarıda verdiğimiz örnek bu duruma güzel bir örnektir. Bir kere bu iki alanın aynı normatif sisteme ait olduğu geçerlilik temelinde gösterildiğinde, kategorik bir hiyerarşik üstünlük neticesine varmaktansa, farklı normlar arasındaki hiyerarşik ilişkinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak, yine yukarıda belirttiğimiz gibi bu yöndeki eleştirinin detaylı şekilde tartışılması temel normun uluslararası hukukun dayanak noktası olarak göreceği işlev açısından gerekli değildir.

Uluslararası hukuk geçerliliğini bir ulusal normdan aldığına göre, nihaî geçerliliğini temel norma dayandırmamız gereken iç hukuk normu, o hukuk sisteminin anayasasıdır. Nitekim, anayasa geçerliliğini pozitif ve kendisinden üstün bir norma borçlu değildir. Bu noktada Kelsen ilk tarihî anayasadan bahsetmektedir⁵⁰. Kelsen'in ilk tarihi anayasa derken bahsettiği şey tam olarak bir devletin ilk anayasası olmayabilir. Örnekle açıklamak

⁴⁹ Gülgeç, 2016, s. 60.

⁵⁰ Kelsen, 1949, s. 115.

gerekirse, Türkiye Cumhuriyeti devletinin ilk anayasası 1921 Anayasası değil, yine 1982 Anayasası olacaktır. Nitekim, 1961 ve 1982 anayasaları hukuk boşluğu yaratan askerî darbeler neticesinde oluşturulmuştur ve bunların arasında hiçbir geçerlilik ilişkisi bulunmamaktadır. Şu halde, Türkiye Cumhuriyeti devletinin tarihi olarak ilk anayasası, 1982 Anayasasının değiştirilmemiş ilk şeklidir. Mühim olan hareket noktası bu anayasadır, nitekim bu anayasa üzerindeki değişiklikler aslî kurucu iktidar tarafından değil, tali kurucu iktidar tarafından gerçekleştirilmiştir ve 1982 Anayasasının ilk halinde öngörülen değişiklik usûllerine uyularak yapılmışlardır. Geçerliliğini başka hiçbir pozitif hukuk normuna borçlu olmayan bu anayasanın geçerliliğinin temel norma dayandırılması gerekmektedir. Bu bağlamda, ulusal hukuk sistemlerinin (ve dolaylı olarak uluslararası hukukun) temel normunun bu tarihî olarak ilk anayasayı koyan iradeyi, hukuk yaratan irade olarak tanıyan içeriğe sahip varsayımsal bir norm olduğu söylenebilir⁵¹. Bu hususta karşılaşılan bir sıkıntı, uluslararası hukukun temel normu açısından belirttiğimiz gibi, temel normun bu ilk tarihi anayasa olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır⁵². Oysa, ilk anayasa pozitif bir hukuk normudur ve hiçbir pozitif norm temel norm niteliği taşıyamaz. Geçerlilik zincirinin en üst kademesindeki bu pozitif norm, temel norm aracılığıyla geçerliliği tesis edilecek olan normdur.

Bu noktada akla gelebilecek bir başka soru birbirinden farklı ve bağımsız olan ulusal hukuk sistemlerinin birliğinin nasıl sağlanacağına dairdir. Kelsen bu sorunu ele almamaktadır. Yani, bir ulusal hukuk sistemi ile uluslararası hukukun birliği ulusal hukukun üstünlüğü yoluyla gösterilmekte, ancak farklı ulusal hukuk sistemlerinin yarattığı çokluk tekleştirilmemektedir. Kanımızca bu soruya, ulusal hukuk sistemlerinin temel normunun yalnızca bir anayasaya değil, bütün anayasalara veya o hukuk sisteminin en üstün pozitif normuna geçerlilik tanıdığı şeklinde yanıt verilebilir. Netice itibarıyla, farklı ulusların anayasaları arasında bir geçerlilik ilişkisi bulunmamaktadır. Her biri bir kurucu iktidar tarafından yaratılmıştır ve bunların geçerliliğini ortak bir temel norm ile tesis etmek, bu anayasalar arasında bir geçerlilik ilişkisi

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Bu sorun “temel norm” kavramının yeterince dikkatli şekilde kullanılmamasından kaynaklanmaktadır. Varsayımsal niteliğe sahip olan temel norm pozitif bir hukuk normu olan ilk anayasa değil, olsa olsa bu anayasanın geçerli olduğunu belirten bir varsayım olmalıdır. Bu konudaki yanlış bir kullanım için bkz. **Kreijen**, 2004, s. 215.

bulunmadığı düşünüldüğünde, teorik olarak sorunsuzdur. Böylelikle, temel norm bütün ulusal hukuk düzenlerinin aynı normatif sisteme ait olmasını sağlayacaktır. Bu durumda, uluslararası hukuk, ulusal hukuk sistemlerinin pozitif düzenlemelerine bağlı olarak, farklı hukuk düzenleri açısından geçerli olacak veya olmayacaktır. Ancak, bu durumda temel normun içeriğinin ulusal hukuk sistemlerinin anayasalarına geçerlilik tanıdığını söylemek yeterli olmayacaktır. Nitekim, böyle bir kurgu yeni hukuk düzenlerinin ortaya çıkışını ve eskilerinin geçerliliğini yitirliğini açıklamakta yetersiz kalır. Var olan veya olabilecek bütün anayasalara geçerlilik sağlayacak tek bir temel normun içeriğinin etkililik prensibi olarak belirlenmesi zorunlu görünmektedir. Temel norm “her anayasa etkili olduğu sürece ve etkili olduğu yerde geçerlidir” demektir. Böylece hem etkililiğini yitiren düzenlerin geçerliliğini yitirmesi, hem geçerli hukuk düzenlerinin ortaya çıkışı hem de bir ülkenin hukuk düzeninin niçin başka bir ülkede geçerli olmadığı açıklanabilir⁵³.

Ulusal hukuk sistemlerinin üstünlüğüne dayanan monist bir anlayış tercih edilse dahi Kelsen’e göre dar ve geniş anlamda ulusal hukuk arasında bir ayırım yapılmalı ve dar anlamda ulusal hukuk yine uluslararası hukukun hiyerarşik astı olarak görülmelidir. Geniş anlamda ulusal hukuk anayasa ve geçerliliğini anayasadan alan, ulusal düzeyde ihdas edilmiş bütün

⁵³ Bu konuda Joseph Raz’ın dikkat çekici bir görüşüne yer vermek gerekebilir. Raz’a göre Kelsen’in her hukuk sisteminin bir temel normu olması gerektiğini düşünmesi, bu temel normun aynı norm olması gerektiğini düşündüğü anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, hukuk sistemlerinin temel normlarının içeriği farklıdır. İçeriği farklı olan bu normların her birine temel norm denmesinin sebebi fonksiyonlarının aynı olmasıdır (Bkz. Joseph Raz, 2013, s. 1170). Ancak biz Kelsen’in bu kanaatte olmadığını düşünüyoruz. Esasen kanımızca da farklı hukuk sistemleri için farklı temel normlar benimsenebilir. Örneğin, İngiliz hukukunun temel normunun içeriği ile Türk hukukunun temel normunun içeriğinin farklı olduğu düşünülebilir. Nitekim İngiliz hukukunun temel normu “Queen in Parliament” süreciyle çıkarılan kanunlara geçerlilik tanırken, Türk hukukunun temel normu kurucu iktidarın koyduğu anayasaya geçerlilik tanıyacaktır. Zaten Kelsen’in sistemi içinde bunları farklı hukuk sistemleri olarak görmenin tek yolu da budur. Böylece farklı hukuk sistemleri birbirlerini geçerli olarak görmezler, farklı normatif sistemler olarak birbirlerini dışlarlar. Fakat, Kelsen’in monist teorideki ısrarı düşünüldüğünde ve uluslararası hukukun ulusal hukuk sistemlerine üstün olduğu bir monist sistemi yeğler gibi görüldüğü dikkate alındığında hukukun bu tür “çoğul normatif sistemler” şeklinde tasvir edilmesine karşı çıkacağını düşünüyoruz. Bununla birlikte, bu düşüncemizi Kelsen’in yazınından örneklerle desteklemekte başarısız olduk. Yine de okuyucular, ulusal hukuk sistemlerinin üstünlüğüne dayalı monist kurguda hukukun tekliğini ve birliğini sağlayacak bir temel norm arayışımızdaki çabamızı bu görüşümüz doğrultusunda değerlendirebilirler.

normlar ile uluslararası hukuk normlarının toplamına verilen isimdir⁵⁴. Dar anlamda ulusal hukuk ise münhasıran ulusal düzeyde ihdas edilen normları ifade etmektedir⁵⁵. Kelsen'e göre uluslararası hukukun pozitif bir normu olan etkililik prensibi bu durumda da dar anlamda ulusal hukuk sisteminin geçerlilik kaynağı olduğu için uluslararası hukuk dar anlamda ulusal hukuktan üstün tutulmalıdır⁵⁶. Onun deyiimiyle, “...uluslararası hukuku tanıyan devlet böylelikle ona teslim olmuş olur.”⁵⁷. Biz Kelsen'in bu tespitine katılmıyoruz. Her şeyden önce, bir kez ulusal hukuk sistemi ile uluslararası hukuk sisteminin nihâf olarak aynı temel normdan geçerliliğini aldığını kabul ettikten sonra bu ikisi arasında kategorik bir hiyerarşik üstünlük anlayışı belirlemek, bu belirlemeyi spesifik normların birbiriyle ilişkisini dikkate almadan yapmak doğru değildir. Artık birbirinden kesin çizgilerle ayrılacak böyle iki kategori yoktur, hukuk sisteminin birliği sağlanmıştır. Bu iki tür normun yapıcılarının farklı olduğu söylenebilir. Ancak, salt yapıcılarının farklılığına dayanarak iki normatif kategori arasında hiyerarşik kurulamaz. En azından bu yapıcılarının hukukî otoritesi, gücü arasında hiyerarşik kuran bir hukuk normu olması gerekir⁵⁸. Kaldı ki Kelsen'in uluslararası hukukun etkililik prensibi normunun hâlâ iç hukuk sisteminin geçerliliğini belirlediği yönündeki iddiası şüphe götürür bir iddiadır. Ulusal hukuk sisteminin varlığı bile bir hayli şüpheli olan böyle bir norma geçerlilik tanımadığı durumda ne olacaktır? Kanımızca “ulusal hukukun üstünlüğüne dayanan monist sistem” kurgusunda uluslararası hukukun yeri sorusu ancak incelemeye konu hukuk sistemlerinin spesifik düzenlemeleri göz önüne alınarak cevaplanabilir⁵⁹.

54 **Kelsen**, 1949, s. 340.

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*

58 Örneğin, Türk hukukunda hiyerarşik üst konumundaki makamın yönetmelikleri hiyerarşik astın yönetmeliklerinden üstündür (Bkz. **Güneş**, 1965, ss. 192-193; **Gözler**, 2009, s. 1270.). Ancak, bu üstünlük normların yapıcılarının kendilerine has niteliklerinden değil, hukuk düzeninde üste astın kararlarını değiştirebilme yetkisi verilmesinden kaynaklanmaktadır. Ulusal hukuk sisteminin geçerliliğinin temel norm aracılığıyla varsayıldığı bir seçenekte, uluslararası norm koyuculara bu türden bir yetki verilip verilmediğini araştırmadan uluslararası hukuk ile dar anlamdaki ulusal hukuk arasında böyle bir hiyerarşinin varlığına hükmedilemez.

59 Bu konuda daha detaylı bir tartışma için bkz. **Gülgeç**, 2016, ss. 61-62.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Kelsen monist teoride uluslararası hukuk veya ulusal hukukun üstünlüğünün politik bir tercih olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla, hukukçu, ulusal hukukun veya uluslararası hukukun geçerliliğini temel norma dayandırarak politik bir tercihte bulunmaktadır. Bu tercihin hukukî değerlendirmesini yapmak mümkün değildir. Her iki anlayış da monist ve meşrudur. Kelsen'in bu görüşünün, onun hukuk teorisinin saflığını olumsuz etkilediği söylenebilir. Nitekim, hukuk normları ancak ve ancak başka normlardan kaynaklanacağına göre, ya ulusal hukuk sistemlerinin uluslararası hukuktan ya da uluslararası hukukun ulusal hukuk sistemlerinden kaynaklanması gerekirdi. Aksi takdirde monist bir teoriden bahsedilemez. Bu olasılıklardan her ikisinin de mümkün olması bilimsel bir yaklaşım gibi görünmemektedir. Bu tartışma, kuşkusuz ki temel norma ilişkin bir eleştiri getirmemektedir. Ancak, amacımız temel normun uluslararası hukukun geçerliliğinin tesisinde oynadığı rolü tespit edip tartışmak olduğundan, ulusal hukuk sistemlerinin üstünlüğüne dayanan monist anlayış bizim makalemiz açısından işlevsizdir. Nitekim, bu olasılıkta uluslararası hukukun geçerliliği bizzat temel norm tarafından değil, ulusal hukuk sistemlerinin anayasalarında bulunan normlar tarafından tesis edilmektedir. Dolayısıyla, Kelsen'in temel normunun uluslararası hukukun geçerliliğini tesis edişini incelerken, uluslararası hukukun üstünlüğüne dayanan monist anlayışı ele alacağız. Nitekim, diğer olasılıktaki temel norm uluslararası hukukun değil, anayasaların geçerliliğini tesis etmektedir. Bu anlamdaki temel normun dolaylı olarak uluslararası hukukun geçerliliğine olan etkisini incelemek yetersiz olacaktır.

5. Temel Norm Kavramına Yöneltilen Eleştiriler

Kelsen'in temel norm kavramı pek çok eleştirinin konusu olmuştur. Bu eleştirilerinin tümünün bir dökümünü ve tartışmasını sunmak bu çalışmanın amacını aşacaktır. Ancak, en azından uluslararası hukukun geçerliliğinin tesis edilmesi konusunda temel norma dayanacağımıza göre, bu eleştirilerin başlıcalarını tartışmak ve temel norm kavramının başarısını bu eleştiriler temelinde değerlendirmek gerekecektir.

Temel norma yöneltilebilecek olan ilk eleştiri bilimsellik cephesinden gelecektir. Pozitivist bir hukuk teorisinin, bütün bir hukuk sisteminin geçerliliğini bir varsayıma dayanarak açıklamak zorunda kalmasının eleştirilmesi doğaldır. Ancak, bu eleştiride fazla ileri gitmek de haksızlık olacaktır. Nitekim, Kelsen'in teorisinde temel norm kavramı zorunlu bir kötülük olarak al-

gılanmalıdır. Bir başka deyişle, temel norm, bütün bir pozitif hukuk düzeninin geçerli olarak algılanabilmesi ve bu sistemin normları arasındaki ilişkinin neredeyse eksiksiz bir tutarlılık ile incelenebilmesi amacıyla varsayılmaktadır. Bir hukuk sisteminin geçerliliğini tesis etmek amacıyla sınırlı da olsa belli bir içeriğe sahip olan temel normun varsayılmasına bilimsellik açısından eleştiri yöneltilebileceğinin farkında olan Kelsen, bir anlamda bu eleştirileri kabul etmekte; ancak, bu durumda hukukun geçerli olarak kabul edilmesinin mümkün olmayacağını dile getirmektedir⁶⁰. Bu anlamda temel norm, Kelsen'in teorisinde "saf olmayan" bir unsurdur. Ancak bu unsur, hukukî metodun saflığına hizmet eden bir görevi yerine getirmektedir. Yine de, en azından, Kelsen'in temel normun varsayılması zorunluluğu konusunda ikna edici olmadığını ve bir nevî hukukçulara "al ya da bırak" şeklinde formüle edilebilecek bir teklifte bulunduğunu söyleyebiliriz. Bu anlamda, hukukçu Kelsen ve hukukî anarşizm arasında kalmamıştır. Farklı hukuk teorileri de mevcuttur.

Bilimsellik dışında temel norm kavramına yöneltilebilecek olan başka bir eleştiri de temel normun amaçsallığıdır. Belirttiğimiz gibi, temel normun varsayılmasında önemli bir amaç vardır. Ancak ve ancak temel normun varsayılması yoluyla hukukun geçerliliği tesis edilebilmektedir. Bu anlamda temel norm, hukukun geçerli kılınmasının epistemolojik aracıdır⁶¹. Ayrıca, temel normun içeriğinin niçin en üstün normun geçerli olduğunun belirtilmesinden başka bir hususa yer veremeyeceğini anlamak zordur. Pozitivist teorinin hukuku ahlaktan soyutlama çabası içinde olduğu ve temel normun içeriğinde "adalet" ve "iyi" gibi kavramlara yer verilmesi halinde doğal hukuk teorileri ile pozitivizm arasında bir fark kalmayacağı açıktır. Ancak, bu noktada temel norm varsayımının yanında bu normun içeriğinin de amaçsal olduğu ve hukukun ahlaktan veya doğal hukuktan soyutlanması amacıyla temel normun içeriğine bu şekilde bir sınırlama getirildiği açığa çıkmaktadır. Burada eleştirebileceğimiz husus, bu şekildeki amaçsal teorik altyapıların pozitivizmden ziyade doğal hukuka özgü yöntemler olmasıdır.

Kemal Gözler de Kelsen'in temel normunu benimseyememektedir. Yazara göre, Kelsen'in teorisi anayasa altı seviyede bulunan ulusal hukuk normlarının geçerliliğini açıklamakta çok başarılı iken, temel norm kavramı anayasanın niçin hukuken geçerli olması gerektiğini açıklamakta yetersiz

⁶⁰ Kelsen, 2008, s. 200; Hauser, 1968, ss. 85-86.

⁶¹ Gustafsson, 2007, s. 86.

kalmaktadır⁶². Temel norm kavramı yerine kurucu iktidarın iradesinin yerleştirilmesi önerilmektedir⁶³. Kurucu iktidarın hukukla sınırlı olmayan bir iktidar olduğu kabul edilirse⁶⁴, kurucu iktidarın iradesi ile konulan anayasanın hukukî geçerliliğini tesis etmeye çalışmak nafîle bir uğraş gibi görülebilir. Bu durumda, pekâlâ anayasanın geçerliliğinin normatif bir husus olmadığı ve anayasanın varlığının sosyal bir olguya, yani hukuken sınırlanamayan kurucu iktidarın iradesine dayandığı iddia edilebilir. Belki de bu açıklama pek çok hukukçu açısından daha tatmin edici olurdu. Ancak, Kelsen'in niçin bu tür bir yola başvurmadığını anlamak zor değildir. Kant'ın olan ve olması gereken düalizmini benimseyen Kelsen için herhangi bir "olan"dan "olması gereken" türetilmesi mümkün değildir. Pozitif bir norm olan anayasanın hukukî varlığının bir olguya dayandırılması, bu olgunun hukuken sınırlı olup olmadığından bağımsız olarak, normatif geçerliliğinin olgulardan kaynaklanabileceği anlamına gelir. Bu durumda ise diğer normların geçerliliğini üst normlardan değil de olgulardan almaması için bir sebep kalmaz. Özetle, Kelsen teorisinin bütünlüğünü gözetmek istiyorsa, anayasanın geçerliliğini varsayımsal olsa dahi bir normdan ziyade olguya dayandıramazdı.

Kelsen'in uluslararası hukukun temel normuna yönelik özel bir eleştiriden söz etmek de mümkündür. Aslında bu eleştiri, temel norm aracılığıyla geçerliliği tesis edilecek olan uluslararası hukuk normuna ve bu tercihin sonuçlarına ilişkin bir eleştiridir. Kelsen, *pacta sunt servanda* ilkesinin uluslararası hukukun en üstün pozitif normu olduğunu düşünüyordu⁶⁵. Bu durumda, uluslararası hukukun temel normunun içeriği bu pozitif norma geçerlilik sağlar nitelikte olmalıydı. Ancak, *pacta sunt servanda* ilkesinin kendisinin de örf ve âdet hukuku kaynaklı olması⁶⁶ bazı sorunlara yol açar. Bu durumda, uluslararası antlaşmaların üst normu olan, onlara kaynaklık eden bu ilke, örf ve âdet yoluyla yaratıldığı için, örf ve âdet hukuku uluslararası antlaşmalardan üstün, uluslararası antlaşmaların geçerliliğini belirleyen bir konumdadır. Bu husus Kelsen tarafından da kabul edilmektedir⁶⁷. Bu durumda ise,

62 Gözler, 2013, s. 211.

63 *Ibid.*

64 Bu konudaki tartışmalar için şu kaynağa bakılabilir: Gözler, 1998a, ss. 55-61.

65 Kelsen, 2008, s. 324.

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*, ss. 323-324.

aynı konuda bir örf ve âdet hukuku kuralı ile uluslararası antlaşmanın hükmü çatıştığında, *lex posterior*⁶⁸ veya *lex specialis*⁶⁹ ilkelerine başvurulamaz. *Lex superior* uyarınca uluslararası örf ve âdet hukuku kuralının uygulanması gerekecektir. Bu husus da devletlerin uluslararası antlaşmalar ile örfî davranış şekillerini değiştirmelerinin mümkün olmadığını göstermektedir⁷⁰. Bir başka deyişle, Kelsen'in temel norm aracılığıyla geçerlilik sağladığı ilke, uluslararası hukuk normlarının çabuk değişebilmesini, devletlerin tâbi olacakları hukuku serbestçe uluslararası antlaşmalar ile düzenleyebilmelerini açıklayamamaktadır.

II. ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAĞI OLARAK TANIMA KURALI

Makalenin ikinci kısmında H.L.A. Hart'ın tanıma kuralını ve bu kuralın uluslararası hukuku açıklamakta ne derece yeterli olduğunu tartışacağız. Kelsen'in aksine Hart olan ve olması gereken arasında bir ikilik bulunduğunu düşünmüyordu. Dolayısıyla, Hart'ın teorisinde olgulardan norm türetmek mümkündür. Bu açıdan bakıldığında, Hart'ın teorisinde temel normdan kaynaklanan sıkıntıların giderilebileceği düşünülebilir. Ancak, Hart'ın teorisi de, bir kısmı üslubun belirsizliğinden kaynaklanan, kendine özgü pek çok sorun taşımaktadır.

Bu sorunlardan ilki ve en önemlisi tanıma kuralının uluslararası hukuku açıklamakta kullanılıp kullanılamayacağıdır. Bu tartışmanın nedeni de *The Concept of Law* isimli eserinin 10. bölümünde Hart'ın uluslararası hukukta ikincil kuralların bulunmadığı ve bu nedenle de uluslararası hukukun bir hukuk sistemi olmadığı yönündeki düşüncesidir. Dolayısıyla, ilk olarak Hart'ta uluslararası hukukun niteliğini tartışmamız ve benimsemiş olduğu görüşü eleştirerek uluslararası hukukun da bir tanıma kuralının olabileceğini göstermemiz gerekir.

1. Hart'ta Uluslararası Hukuk

H.L.A. Hart, *The Concept of Law* başlıklı eserinin 10. kısmını uluslararası hukuka ayırmıştır. Ancak, her şeyden önce bu kısmın gerek hacim,

⁶⁸ *Lex posterior derogat legi priori.*

⁶⁹ *Lex specialis derogat legi generali.*

⁷⁰ **Pazarıcı**, 2013, s. 21.

gerekse içerik bakımından kitabın geri kalanının yanında çok zayıf kaldığı eklenmelidir. Hatta belki de Hart'ın teorisi incelenirken uluslararası hukuk ile ilgili kısmın göz ardı edilmesi teorinin faydasına olur. Ancak, kitabın sonraki baskılarında da bu kısmın aynen korunmuş olması, Hart'ın bütün eleştirilere rağmen aynı görüşü savunduğunu gösterir niteliktedir⁷¹.

Hart tanımcı bir hukuk teorisi geliştirmemektedir⁷². Kendisinin de ifade ettiği gibi, *The Concept of Law*'un amacı bir hukuk tanımı sunmak değildir⁷³. Dolayısıyla, Hart'ın uluslararası hukukun "hukuk" olarak isimlendirilmesinin tam olarak doğru olmadığı yönündeki görüşünü⁷⁴ öncel olarak benimsenmiş bir hukuk tanımına değil, uluslararası hukuk ile iç hukuk sistemleri arasındaki göz ardı edilemeyecek farklılıklara bağlamak icap eder. Bu kısımda Hart'ın uluslararası hukuk hakkındaki görüşlerini detaylandırıp bu görüşlerin bir eleştirisini sunacağız. Ancak, öncelikle Hart'ın hukuk teorisi ile ilgili incelememiz gereken birtakım temel kavramlar bulunmaktadır.

A. Hukuk Sistemi Kavramı

Hart'ın hukuk sistemi kavramından ne anladığını, hukuk sistemi teşkil eden ve etmeyen düzenlerin bir karşılaştırmasını yaparak anlayabiliriz. Hart'a göre, ilkel toplumlarda yalnızca toplumu oluşturan bireylerin davranışlarına ilişkin sosyal davranış kuralları mevcuttur⁷⁵. Böyle bir toplumda, var olan kuralların hepsi toplum mensuplarının davranışlarını düzenlemeyi konu edinir. Bu türden kurallara birincil kurallar ismi verilmektedir⁷⁶. Hart birincil kuralların yükümlendirici nitelikte olduklarını düşünmektedir⁷⁷. Bu görüşü ise eleştiriye açıktır. Her şeyden önce tebaaya kendi aralarındaki ilişkilerin sözleşmeler ile düzenleme yetkisi veren bir kuralı ele alalım. Kuşkusuz bu tür bir kural kişilerin davranışlarının düzenlenmesini amaç edinmektedir. Ancak, söz konusu kuralın yükümlendirici bir kural olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu kuralın, kişilerin sözleşmesel ilişkilere girmesini sağlayan, yetki veren bir kural olduğu açıktır. Bu nedenle de Hart,

⁷¹ Beckett, 2008, s. 57.

⁷² *Ibid.*, s. 55.

⁷³ Hart, 2012, s. 17.

⁷⁴ Beckett, 2008, s. 52.

⁷⁵ Hart, 2012, s. 91.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Mullock, 1974, s. 23; Hart, 2012, s. 91.

sözleşme yapılmasına ilişkin kuralların birincil, yani yükümlendirici, değil; ikincil, yani yetki veren, kurallar olduklarının kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir⁷⁸. Aşağıda göreceğimiz gibi, ikincil kurallar, diğer kurallar hakkındaki kurallardır⁷⁹. Dolayısıyla, uygulamada karşısına çıkan ayrık durumlar karşısında Hart, istisnalar üretmek durumunda kalmaktadır. Ancak, Kelsen'in bakış açısından söz konusu tartışma için bir istisna üretmeye lüzum kalmamaktadır. Nitekim, özel hukuk sözleşmeleri dahi, sözleşmenin taraflarınca ihdas edilen ve tarafların davranışları açısından bir olması gereken teşkil eden birel nitelikteki birer normdur⁸⁰. Sözleşmeler de, diğer bütün normlar gibi geçerliliklerini üst normlardan almaktadırlar. Bunların birel nitelik arz etmeleri, muhataplarının belirlenebilir olması, onları norm olmaktan çıkarmaz. Nitekim, normların genel nitelik arz etmesi zorunlu değildir⁸¹. Bu durumda ise, sözleşme yapma yetkisi veren bir kuralın, başka bir kural (norm) hakkında bir kural olduğu tartışmasızdır. Vasiyetnameler açısından da aynı istisnayı benimseyen⁸² Hart'ın birincil kuralların yükümlendirici olduğu yönündeki tespiti, kişilerin sözleşme özgürlüğü dışındaki temel hak ve özgürlüklerin tanınmasına dair kuralların niteliğini açıklayamamaktadır. Sözleşmenin aksine, seyahat salt olgusal bir husustur. Dolayısıyla, kişilere seyahat özgürlüğü tanıyan bir kural, açıkça birincil nitelik arz edecektir. Böyle bir kuralın ise yükümlendirici olduğunu söylemek mümkün değildir. Özellikle, bir kuralın bazı kesimler için yükümlendirici, diğerleri için yetki veren bir nitelik arz ettiği düşünüldüğünde yükümlendirici-yetki veren ayrımı daha da anlamsız hale gelmektedir. Örneğin, kişilere seyahat özgürlüğü tanıyan bir kuralın, bu seyahat özgürlüğüne müdahale etmeme yükümlülüğünü de içerdiği düşünülemez mi⁸³?

⁷⁸ Waldron, 2013, s. 388.

⁷⁹ Aslında Hart ikincil kuralların birincil kurallara ilişkin kurallar olduğunu açıklamaktadır. Bkz. Hart, 2012, s. 94; Şahin-Ceylan, 2014, s. 114. Ancak, bizim benimsediğimiz görüşe göre (Marmor, 2011, s. 50.) bir sistemde hiyerarşik şekilde sıralanmış birden fazla tanıma kuralı bulunması ve bu tanıma kurallarının birbirlerine ilişkin geçerlilik kriterleri getirmesi mümkün olduğu için, ikincil kuralların yalnızca birincil kurallar değil, diğer kurallar hakkındaki kurallar olarak tasvir edilmesini uygun gördük.

⁸⁰ Bkz. Kelsen, 2008, s. 258.

⁸¹ Kelsen, 1973, s. 221.

⁸² Waldron, 2013, s. 388.

⁸³ Bu konuda Austin'in düşüncesinin daha isabetli olduğu kanısındayız. Austin saf yetki veren kurallar olamayacağını, ama saf yükümlendirici kurallar olabileceğini düşünmektedir. Bkz. Austin, 2011, ss. 33-34.

İlkel toplumlarda yalnızca birincil kuralların bulunması, bu düzenlerde belli eksikliklerin oluşmasına yol açmaktadır. Bunlardan ilki belirsizlik olarak ifade edilmektedir. İlkel toplumlarda, yalnızca birincil kurallar bulunduğu ve bu birincil kuralların belirlenmesine, tespitine yarayan ikincil kurallar olmadığından, kişiler bir kuralın varlığı hakkında belirsizlik içindedirler⁸⁴. İkinci olarak, yalnızca birincil kuralların bulunduğu bir yerde kurallar statik nitelik taşır. Kuralların oluşması ve değişmesi için yavaş bir gelişim süreci gerekir. İlk başta seçimlik ve tercihe bağlı görülen birtakım davranışlar zamanla pek çokları tarafından uygulanır hale gelir ve en nihayetinde de zorunlu olarak görülmeye başlanır⁸⁵. Burada bir nevî örf-âdet hukukundan bahsetmek mümkündür. Kuralların gelişimi ve değişimi yavaştır. Son olarak, uyuşmazlıkların çözümünde kuralların etkisiz olduğu söylenebilir⁸⁶. Bu eksikliği belirsizlik ile de açıklamak mümkündür. Hart'a göre böyle bir toplumda, uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirilmiş belirli organlar olmadığı için, bir kuralın belli bir davranışı gerektirip gerektirmediği konusunda devamlı tartışmalar yaşanacaktır⁸⁷. Bu eksikler, gelişmiş bir "hukuk sistemi"nde var olan ikincil kurallar tarafından giderilmektedir⁸⁸.

İkincil kurallar birincil kuralların veya diğer ikincil kuralların ihdası, değiştirilmesi veya kaldırılması, hangi kuralların hukuk kuralı olarak görüleceğinin belirlenmesi ve hukukî uyuşmazlıklarla ilgili yargılama yapacak organın belirlenmesi ve yetkilendirilmesi ile ilgili kurallardır⁸⁹. Bu anlamda, Hart'ın ikincil kurallarıyla, Kelsen'in üst normları arasında bir paralellik bulunmaktadır. Her iki grup da belli başka kuralların var olabilmesi, geçerli olarak tesis edilebilmesi için belli kriterler öngörürler. Hart, ikincil kuralların yalnızca salt birincil kurallardan müteşekkil bir düzenin eksiklerini gidermekle kalmadığı, ikincil kuralların varlığının aynı zamanda hukuk sistemine geçişi de simgelediği kanısındadır⁹⁰. Bu anlamda, bir "hukuk sistemi"nin varlığı ancak birincil ve ikincil kuralların birlikteliği ile mümkündür.

84 **Hart**, 2012, s. 92.

85 *Ibid.*, ss. 92-93.

86 *Ibid.*, s. 93.

87 *Ibid.*

88 *Ibid.*, s. 94.

89 Bkz. **Surlu**, 2008, ss. 52-54.

90 **Hart**, 2012, s. 94.

Hart'a göre ikincil kurallar nitelikleri itibariyle yetki veren kurallardır⁹¹. Bunlar, başka bir ikincil kuralın veya birincil kuralların ihdası, değiştirilmesi ve kaldırılmasına ilişkin yetkiler verirler. Ancak, Hart'ın bu tespiti de son derece tartışmalıdır. Nitekim, bu yetkiyi veren ikincil kurallar aynı zamanda bu koyma, değiştirme veya kaldırma işlemleri için belli kriterler getirebilirler. Bu durumda ikincil kuralların veren niteliğinin yanında yükümlendirici bir niteliği de ortaya çıkar⁹². Örneğin, anayasalar kanunları koyacak, değiştirecek ve kaldıracak organlara yetki verirler. Ancak, bu yetkilerin kullanımı belli şartlara bağlanmıştır (parlamentoda gereken çoğunluk, uyulması gereken usûlî süreçler vb.). Zaten yukarıda da belirttiğimiz gibi, yükümlendirici-yetki veren temelinde bir sınıflandırma her zaman anlamlı değildir. İkincil kurallar pekâlâ bir organı yetkilendirirken, bu organın yetkilerini kullanmasında belli sınırlar öngörmüş olabilir.

Netice itibariyle, uluslararası hukukun “hukuk sistemi” olarak adlandırılmasının doğru olmaması, uluslararası hukukun ilkel düzenlerdekine benzer bir yapısının olması, bir başka deyişle, uluslararası hukukta ikincil kurallara yer verilmemiş olmasıdır⁹³. Hart'ın uluslararası hukukun hukuk niteliğini reddetmediği, hatta böyle bir olasılığa açık kapı bıraktığı ifade edilmektedir⁹⁴. Nitekim, Hart uluslararası hukukun bir hukuk sistemi olmadığını vurgulamakta, ancak hukukun hukuk sistemi ile ilişkilendirilmesi gerektiğini öne sürmektedir⁹⁵. Hart, çalışmasının bu kısmında yalnızca uluslararası hukukun hukuk niteliği hakkında şüphe yaratan ve uluslararası hukukun iç hukuk ile karşılaştırılmasından ortaya çıkan iki duruma yer vereceğini belirtmiştir⁹⁶. Dolayısıyla, aşağıda Hart'ın uluslararası hukuk hakkında inceleyeceğimiz görüşleri, tanıma kuralının uluslararası hukuka uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili kesin yargılar değil, birtakım şüpheleri ifade etmektedir. Biz de bu şüpheleri gidermeye çalışarak tanıma kuralının uluslararası hukuk alanında da uygulama bulabileceğini göstermeye çalışacağız.

⁹¹ **Raz**, 1971, ss. 807-808, 24. dipnot.

⁹² *Ibid.*

⁹³ **Payandeh**, 2011, s. 975; **Waldron**, 2013, s. 378.

⁹⁴ **Beckett**, 2008, s. 56.

⁹⁵ **Hart**, 2012, s.213.

⁹⁶ *Ibid.*, ss. 215-216.

B. Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliğine İlişkin Şüpheler

Hart, uluslararası hukukun hukuk niteliğini detayıyla tartışmak yerine uluslararası hukukun hukuk niteliğine şüphe düşüren hususların tartışmasını gerçekleştirmiş ve kendi teorisinin bu şüpheler karşısındaki durumunu aktarmıştır. Bu anlamda, Hart'ta uluslararası hukuk teorisinin en iyi anlamda tamamlanmamış olduğu söylenebilir⁹⁷. Ancak, Hart'ın pozitivist teorisi, Austin'in hukuku güç kullanma tehdidi ile desteklenen bir emirler bütün olarak gören teorisinden uzaklaştığı için bu teorisinin uluslararası hukuka dair ne söylediğinin incelenmesi önemli görülmüştür⁹⁸. Bununla birlikte, Hart'ın uluslararası hukuk hakkındaki görüşleri değerlendirilirken, *The Concept of Law*'un yazılmasının ardından geçen uzun süre ve bu sürede uluslararası hukuktaki gelişmeler de dikkate alınmalıdır⁹⁹.

Uluslararası hukukun hukuk niteliğine dair ilk tehdit uluslararası hukukta merkezî bir yaptırım mekanizmasının yokluğudur¹⁰⁰. Hart bu görüşü değerlendirirken Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından Birleşmiş Milletler Şartı'nın (o zamanki adıyla Milletler Cemiyeti) 7. Bölümü kapsamında uygulanabilecek olan yaptırımların merkezî yaptırıma örnek olarak kabul etmemeye karar vermiştir¹⁰¹. Bunun nedeni, Hart'ın bunların merkezî yaptırımlara örnek teşkil edemeyeceğini düşünmesi değil, bir hukuk düzeninin güç kullanma tehdidi ile desteklenen emirler bütünü olmadığı yönündeki Austin eleştirisine dayanarak bu görüşü reddetmek istemesidir. Hart, yaptırım korkusuyla itaat ve yükümlülüğün aynı anlama gelmediğini düşünmektedir¹⁰². Bu anlamda bir kişinin bir kurala uymazsa yaptırıma tâbi tutulacağını düşünmesi ile bu kurala uymakla yükümlü ve görevli olduğunu düşünmesi arasında fark vardır¹⁰³. Hukuk kuralının muhatabının söz konusu kuralın bağlayıcılığı konusundaki görüşünü Hart "içsel bakış açısı" (*internal point of view*) olarak adlandırmaktadır¹⁰⁴. Dolayısıyla, uluslararası hukuk normlarının ihlal edilmesinin daha kolay olması, tek başına bunların

97 **Payandeh**, 2011, s. 968.

98 *Ibid.*, s. 970.

99 Örn. Bkz. **Waldron**, 2013, s. 378.

100 **Hart**, 2012, s. 217.

101 *Ibid.*

102 *Ibid.*, ss. 217-218.

103 *Ibid.*, s. 218.

104 **Lamond**, 2013, s. 186.

bağlayıcı olmadığını göstermemektedir. Hart, uluslararası hukukta pek çok kuralın ihlal edildiğini, ancak bu ihlallerin gerekçesi olarak bu kuralların bağlayıcı olmadığını iddia edilmediğini ve bunun yerine kuralı ihlal eden olguların çarpıtıldığını veya saklandığını ifade etmektedir¹⁰⁵. Bir normun geçerli olması için, normun muhataplarının her zaman bu norma uygun davranması gerekmez. Hatta, bir norma her zaman, yüzde yüz uygun davranılıyorsa, o normun bir norm olmadığı akla gelmelidir. Bu norm büyük ihtimalle bir hukuk normu değil, olgulara ilişkin bir doğa bilimi kuralıdır.

Uluslararası hukukun hukuk niteliğine dair bir başka eleştiri klasik uluslararası hukuk teorisine göre “egemen eşit” durumdaki devletlerin hukuk kuralları ile bağlı olamayacağı düşüncesine dayanmaktadır¹⁰⁶. Devletlerin egemenliği karşısında uluslararası hukukun kaynağı ve uluslararası hukuk kurallarının bağlayıcılığı “rıza” temelinde açıklanmaktadır¹⁰⁷. Buna göre, devletlerin egemenliği ilkesi ile uluslararası hukuk kurallarına atfedilen bağlayıcılık, “gönüllülük” ve “ahde vefa ilkesi” gibi araçlar tarafından bağdaştırılmaktadır¹⁰⁸. Bu noktada bir iç hukuk düzeninin bireyler üzerindeki bağlayıcılığının sosyal sözleşme aracılığıyla tesis edilmesine benzer şekilde, uluslararası hukukun aynı bireyler gibi kural olarak özgür ve egemen olan devletlerin üzerindeki bağlayıcılık da rıza unsuru ile açıklanmaktadır¹⁰⁹. Hart’a göre, egemenlik kavramının niçin bir “kendini sınırlandırma” (*auto-limitation*) olarak anlaşılması gerektiği açık değildir¹¹⁰. Devletlerin egemenliğinin, bir devletin yalnızca rızası doğrultusunda uluslararası yükümlülüklerle tâbi olabilmesini gerektirdiğini kabul etmek için ortada pek bir sebep bulunmamaktadır¹¹¹. Aslında Hart, uluslararası hukukun bağlayıcılığının devletlerin rızası temelinde açıklanabileceğini, ancak bunun için devletlere rızaları söz konusu olmadan uygulanabilecek bir tür üst kuralın bulunması gerektiğini düşünmektedir¹¹². İç hukukta kişiler arasında akde-

¹⁰⁵ Hart, 2012, s. 220.

¹⁰⁶ Şahin-Ceylan, 2014, s. 235.

¹⁰⁷ Hart, 2012, s. 224.

¹⁰⁸ Şahin-Ceylan, 2014, s. 236.

¹⁰⁹ *Ibid.*, ss. 236-237.

¹¹⁰ Hart, 2012, s. 224.

¹¹¹ *Ibid.* Hart, bu gerekliliğin şimdiye kadar sıkça tekrar edilmiş olması dışında, bu tip bir egemenlik anlayışını kabul etmek için sebep bulunmadığını belirtmektedir.

¹¹² *Ibid.*, s. 225.

dilen sözleşmelerin bağlayıcılığı, bu noktada kıyas için kullanılabilir. Nasıl, iç hukukta sözleşmelerin bağlayıcılığı, bu sözleşmeleri yapılabileceğini ve bağlayıcılığını öngören, sözleşmelere aykırılık halinde mahkemelerin harekete geçmesini sağlayan ve bağlayıcılığı kişilerin rızasına bağlı olmayan hukuk kuralları içeriyorsa, uluslararası hukukta da devletlerin rızaları ile yükümlülük altına girebileceğini öngören ve devletlerin rızası dışında bağlayıcı olan bir kural bulunmak zorundadır¹¹³. Böyle bir kuralın varlığı gösterilmeksizin rıza temelli uluslararası hukuk teorisinin kabulü mümkün değildir. Kaldı ki, Hart, egemenlik kavramının dışsal bir şekilde uluslararası hukukun bağlayıcılığını belirleyemeyeceğini, bu kavramın kendisinin uluslararası hukukun kapsamında ve uluslararası hukuk kurallarına göre belirlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹¹⁴. Bu noktada Kelsen'e dönerek ulusal hukuk sisteminin uluslararası hukuktan üstün olduğu monist sistem tasarımıyla yararlanabiliriz. Kelsen uluslararası hukuk ve ulusal hukuk olmak üzere iki ayrı hukuk düzeni olamayacağını, farklı normatif sistemlerin dışlayıcı olduğuna dayanarak açıklar¹¹⁵. Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk arasındaki üstünlük ilişkisi ise temelde hangisinin geçerliliğinin temel norm aracılığıyla varsayıldığına bağlıdır¹¹⁶. Eğer öncelikle ulusal hukuk sisteminin geçerliliği varsayılacak olursa, bu hukuk sisteminin temel normu, kurucu iktidarın yetkili bir norm koyucu olduğunu belirleyen egemenlik ilkesi olacaktır¹¹⁷. Uluslararası hukukun geçerliliğinin ise bu ulusal hukuk sisteminin belirli normlarından kaynaklandığı gösterilerek ulusal hukukun uluslararası hukuka üstün olduğu monist bir sistem kurulmuş olur¹¹⁸. Egemen devletler ancak rıza gösterdikleri uluslararası hukuk normlarıyla bağlı olacaklarını iç hukukun pozitif bir normuyla öngördükleri için uluslararası hukuk rızaî bir temele sahiptir. Egemenlik ilkesi ile uluslararası hukukun devletlerin rızası üzerine bağlayıcılık kazanmasını bağdaştıran rıza teorileri, egemenlik ilkesinin bir uluslararası hukuk normu olarak nasıl olup da devletlerin rızası dışında var olabildiğini açıklamalıdır. Eğer devletlerin egemenliği hukuk dışı bir kavram olarak benimseniyorsa (Kelsen'in temel norm varsayımında olduğu

113 *Ibid.*

114 *Ibid.*, s. 224.

115 **Kelsen**, 2008, s. 329.

116 *Ibid.*, ss 335-336.

117 **Kelsen**, 1949, s. 367.

118 **Kelsen**, 2008, s. 336.

gibi), bu durumda bu hukuk dışı kavram ile uluslararası hukukun rızaya bağlılığı arasındaki ilişkinin gösterilmesi gerekmektedir. Bu ikinci olasılığın da (Kelsen'in temel normunda olduğu gibi) pek çok eleştiriyi karşılayacağı düşünüldüğünde, Hart'ın uluslararası hukuk normlarının devletlerin rızası ile bağlayıcılık kazandığını kurallaştırıp ve kendisi bu rızaya bağlı olmadan oluşan bir uluslararası hukuk kuralı arayışı anlam kazanmaktadır.

Uluslararası hukuk, ikincil kuralların bulunmadığı, birincil kurallardan müteşekkil ilkel bir toplumda mevcut olan kurallarla benzeştiği için ahlâkla özdeşleştirilmektedir¹¹⁹. Bunun temeli, yaptırım tehdidi ile desteklenen emirlerin bulunmadığı bir kurallar bütünüdür ancak ahlak olabileceği düşüncesidir¹²⁰. Daha önce, Hart'ın, hukuku egemenin yaptırım tehdidiyle desteklenen emirleri olarak gören Austinci anlayışı eleştirdiğini belirtmiştik. Bu eleştiri uluslararası hukukun ahlâk niteliğinde olduğu hususunda da kendini hissettirecektir. Hart'ın uluslararası hukukun bir ahlakî kurallar bütünü olmadığını düşünmesinin bazı temel sebepleri bulunmaktadır.

Hart ilk olarak, uluslararası hukuk kapsamındaki ilişkilerin çoğunlukla ahlâktan bağımsız ve hatta gayriahlaki sebeplerle kurulduğuna dikkat çekmektedir¹²¹. Devletlere ilişkin erdemlerden biri kuşkusuz uluslararası hukuka uymaktır¹²². Ancak, tek başına bu husus uluslararası hukuk ile ahlâkın özdeşliğini kanıtlamamaktadır¹²³. Devletlerin davranışlarının uluslararası hukuka uygunluğunun etik açıdan değerlendirilmesiyle aynı davranışa ilişkin uluslararası hukuk kurallarının yaklaşımı çok farklıdır. Ahlak kurallarından birine aykırılığın yaptırımı “suçlu hissettirme” veya “utandırma” iken uluslararası hukuka aykırılık tazminat talebi gibi daha somut yaptırımlara yol açabilmektedir¹²⁴. Toplumun tepkisinden bağımsız bu tür somut yaptırımların ahlakî temelli olduğu savunulamaz. Uluslararası hukuktaki yaptırımlar devletlerin birbirini kınamasından ibaret değildir.

Hart'ın uluslararası hukukun hukuk sistemi olmadığı düşüncesi uluslararası hukukta ikincil kuralların yokluğuna dayanmaktadır. Kişilere ödev

¹¹⁹ Hart, 2012, s. 227.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*, s. 228.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

yükleyen ve doğrudan bunların davranışını konu alan birincil kurallar, “diğer kurallar hakkındaki kurallar” olarak kısaca açıklayabileceğimiz ikincil kurallar ile desteklenmedikçe, ortada bir hukuk sisteminin bulunduğu bahsedilemez¹²⁵. Birincil kuralları, ikincil kuralları ve bunların birliğinden müteşekkil olan hukuk sistemi kavramlarını aşağıda inceleyeceğiz. Burada kısaca şöyle diyebiliriz: Hart, uluslararası hukukun hukuk niteliğine ilişkin klasik eleştirilerden farklı bir bakış açısı benimsemektedir. Bu bakış açısının kökleri kendi teorisine dayanmaktadır. Hart’ın teorisine göre, her ne kadar devletler genel olarak uluslararası hukuk kurallarına uysa ve etkisizlik temelinde uluslararası hukukun “hukuk” olmadığı iddia edilemese de, ikincil kuralların yokluğu uluslararası hukuku bir “hukuk sistemi” olmaktan uzaklaştırarak, birincil kurallardan oluşan ilkel bir toplum düzenine yaklaştırmaktadır¹²⁶. Birincil ve ikincil kurallara ilişkin tartışmalara girmeden, Hart’ın uluslararası hukukta ikincil kuralların bulunmadığı düşüncesinin sebebini incelemeliyiz.

Hart, uluslararası hukuka yöneltilen klasik ve alışılmış eleştirilerden yalnızca merkezî bir yasama ve yargı organının bulunmamasını dikkate almaktadır¹²⁷. Ulusal hukuk sistemleri ve uluslararası hukuk arasındaki bu farklılık o derece büyüktür ki iki düzenin farkı hakkında yol gösterici olabilir¹²⁸. Hart’ın uluslararası hukukta ikincil kuralların yokluğundan yola çıkarak uluslararası hukukun bir hukuk sistemi olamayacağını söylemesi, uluslararası hukuka şüpheli yaklaşımları destekler gibi görünmektedir¹²⁹.

Hart uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemleri arasında merkezî yasama ve yargı organlarının bulunmaması gibi büyük bir yapısal fark olduğunu düşünmektedir¹³⁰. Bu yapısal farklılığı en aza indirmek için uluslararası hukukun hukuk olduğunu savunan yazarlar tarafından girilen uğraş da Hart açısından ikna edici değildir¹³¹. Savaş ile yasama işlemi arasında, eğer neticesinde bir antlaşma ile ülke toprağı alınıp verilmekte ise, bu işlemin de dayatılan bir hukukî değişiklik olduğundan bahisle benzerlik kuran görüş örnek

¹²⁵ *Ibid.*, s. 214.

¹²⁶ *Ibid.*, s. 236.

¹²⁷ *Ibid.*, s. 232.

¹²⁸ **Waldron**, 2013, s. 384.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ **Hart**, 2012, s. 232.

¹³¹ *Ibid.*

olarak gösterilebilir¹³². Ancak, ulusal hukuk sistemlerinin şiddet neticesinde imzalatılan sözleşmelerin geçerliliğini genellikle tanımazken, uluslararası hukukta bu şekilde geçerli bir antlaşma imzalanması mümkün olduğundan, bu hususun bir benzerlik değil olsa olsa bir farklılık teşkil ettiği söylenebilir¹³³. Benzer şekilde, uluslararası yargı organlarının kararlarına devletler tarafından uyuluyor olması da uluslararası ve ulusal yargı organları arasında bir benzerlik olduğu anlamına gelmez. Nitekim, ilkinde devletler ancak kendi rızalarıyla yargılanabiliyorken, ulusal hukuk sistemlerinde rızaya bağlı bir yargılama söz konusu değildir¹³⁴. Son olarak Birleşmiş Milletleri devlet ile özdeşleştirmeye meyleden görüşe karşı, Birleşmiş Milletler'in karar alma sürecinin veto yetkisi ve güçlü devletlerin ittifakı ile tıkandığını hatırlatmaktadır¹³⁵. Öte yandan, uluslararası antlaşmaların akdedilmesine ilişkin kurallara yer veren uluslararası antlaşmaların da gerçek anlamda birer ikincil kural olduğu söylenemeyecektir. Nitekim, bir kuralın ikincil kural olarak kabul edilebilmesi için yalnızca birkaç devlet tarafından kabul edilmesi yetmez¹³⁶. Hart'ın yazdığı bu kısım incelendiğinde argümanlarının özensizce seçildiği anlaşılmaktadır¹³⁷. Hart'ın uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemlerinin yapısal farklılığına ilişkin düşüncelerini kısaca eleştireceğiz.

Her şeyden önce uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemleri arasındaki yapısal farklılıkların niçin bu denli önemli olduğu sorusuna yanıt verilmelidir. Kuşkusuz, bu farklılıkların önemi, tanıma kuralı, “yargılama kuralı” (*rule of adjudication*) ve “değişiklik kuralı” (*rule of change*) şeklinde ifade edilen ikincil kuralların varlığına ilişkindir. Nitekim, bunlardan tanıma kuralı yoksa, kabaca hangi kuralların o hukuk sistemine ait olduğu, yargılama kuralı yoksa kural ihlallerinin hangi organ tarafından hangi usûllerle yaptırımı bağlanacağı ve değişiklik kuralı yoksa da mevcut kuralların hangi usûllerle değiştirileceği bilinemez. Eğer, uluslararası hukukta ihlalleri yaptırımı bağlayacak bir yargı organı veya mevcut kuralların değiştirilmesi için belli bir usûl yoksa, uluslararası hukukta ikincil kuralların bulunmadığı ve dolayısıyla uluslararası hukukun bir hukuk sistemi olarak kabul edilemeyeceği söylenebilir.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*, ss. 232-233.

¹³⁵ *Ibid.*, s. 233.

¹³⁶ **Waldron**, 2013, ss. 389-390.

¹³⁷ *Ibid.*, ss. 383-384.

Savaş neticesinde akdedilen bir antlaşma ile yasama işlemlerini bir tutan görüşün zayıf olduğu konusunda hemfikiriz. Ancak, niçin uluslararası antlaşmaların yasama işlemi olarak değerlendirilmediğinin açıklanması gerekmektedir. Eğer uluslararası antlaşmaların kendilerinin yasama işlemi olmaması merkezî bir yasama organından çıkmıyor olması ise, buradaki “merkeziliğin” önemi açıklanmalıdır. Dahası, zaten ulusal hukuk sistemlerinin öncelikle hukuk sistemi olarak nitelendirilip, bu sistemin yapısal özelliklerinden yola çıkılarak hukuk sistemini kavramaya çalışmak, yapısal anlamda bu sistemlere benzemeyen düzenlerin hukuk sistemi olmadığını gösterebileceği gibi, mevzu bahis teorinin bütün hukuk sistemlerini açıklamak konusunda yetersiz kaldığını da gösterebilir. Bu noktada Hart’ın niçin yasama faaliyetini gösteren organın merkeziliğine dayandığını kendi teorisine göre anlamlandırmak zordur. Nitekim, fonksiyonel bir bakış açısı benimsendiğinde, uluslararası hukukta da, biçimsel olarak ulusal hukuktakilere benzemese de¹³⁸, kural koyma faaliyeti bulunduğunu görmek zor değildir. Hart, ulusal hukuk sistemlerinde sözleşmelerin akdedilmesine ilişkin kuralların ikincil kurallar olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir¹³⁹. Ancak, söz konusu uluslararası hukuk olduğunda, antlaşmaların akdedilmesine ilişkin kuralların yalnızca bir iki devlet tarafından benimsenen kurallar değil, genel olarak antlaşmaların kabul edilmesine ilişkin kurallar olması gerektiğini düşünmektedir¹⁴⁰. İsbetle belirtildiği gibi, bu tür kuralların değişiklik kuralı olarak kabul edilmesi için niçin taraf olmayan devletleri de bağlaması gerektiği anlaşılmamaktadır¹⁴¹. Hart’ın bu düşüncesini iki hususa bağlamak mümkündür. İlki, Hart’ın *The Concept of Law*’u yazarken 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nden haberdar olmamasıdır. Ancak, bu sözleşmenin zaten o döneme kadar var olan örf ve âdet hukuku kurallarını kodifiye ettiği düşünülürse, bu sözleşmeden önce de uluslararası hukukta değişiklik kurallarının bulunduğu sonucu çıkarılabilir¹⁴². İkincisiyse Hart’ın uluslararası antlaşmaların çoğunluğunun iki taraflı olduğunu, bu yönden de ulusal hukuk sistemlerindeki yasama işleminden farklılık arz ettiğini düşün-

138 İkincil kuralların niçin tam da ulusal hukuk düzenlerindeki yasama ve yargı organlarına benzer organların varlığını gerektirdiği hususu anlaşılmamaktadır. *Ibid.*, s. 385.

139 *Ibid.*, ss. 388-389.

140 *Ibid.*, ss. 389-390.

141 *Ibid.*, s. 388.

142 *Ibid.*, s. 389.

mesidir¹⁴³. Toplam yüz yirmi sekiz devlet tarafından imzalanmış ve bunların yüz on dördü tarafından onaylanmış¹⁴⁴ bulunan bir antlaşmanın yalnızca birkaç devlet tarafından kabul edildiğini söylemek mümkün değildir.

Uluslararası hukukta merkezî bir yargı organının yokluğuna ilişkin tespit açısından da benzer bir tespit yapılabilir. Hart, uluslararası hukukta merkezî bir yargı organının ve dolayısıyla bir yargılama kuralının bulunmadığını düşünmektedir¹⁴⁵. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) gibi uluslararası mahkemelerin yargı yetkisi olsa bile bu yargı yetkisi zorunlu değildir. Hiçbir devlet bir uyuşmazlığı UAD önünde çözmeye zorlanamaz¹⁴⁶. Kuşkusuz UAD'nın yargı yetkisinin zorunlu olmadığı ve dolayısıyla da devletler arasındaki bir uyuşmazlığın mutlaka UAD önünde çözülmesi gerektiği tespitleri günümüz açısından da doğrudur. Ancak, Hart'ın bu gerçekten çıkardığı sonuçların temellendirilmesinde bir sorun olduğu açıktır. Örneğin, yargı organı olmak için bu yargı organının niçin zorunlu yargı yetkisine sahip olması gerektiği açıklanamamaktadır¹⁴⁷. Bu tespit de yargı organı kavramının mutlaka ulusal hukuk sistemlerinde tezahür ettiği şekilde algılanmasından kaynaklanmaktadır. Oysa, Hart'ın yargılama kuralına ilişkin açıklamalarından, bu kuralın norm ihlallerinin hangi organ tarafından ve ne şekilde çözülebileceğine ilişkin bir kural olduğu anlaşılakta, zorunlu yargı yetkisi bu kurala için bir konu olarak ortaya çıkmamaktadır¹⁴⁸. Bu bağlamda pekâlâ Birleşmiş Milletler Şartı ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün ilgili hükümleri yargılama kuralı niteliğindeki ikincil kurallar olarak görülebilir. Aşağıda da vurgulayacağımız gibi, yargılama kuralları, belli organların birincil kuralların ihlal edilip edilmediğini bağlayıcı şekilde tespit etme yetkisi veren kurallardır. UAD'nın yargılama neticesinde verdiği kararların bağlayıcı olduğu, bu bağlayıcılığın yalnızca sözde kalmayarak Güvenlik Konseyi tarafından Birleşmiş Milletler Şartı'nın 94/2 maddesi uyarınca yaptırıma bağlanabileceği ve uygulamada uyuşmazlık tarafları devletlerin UAD'nın kararlarına

¹⁴³ *Ibid.*, s. 390.

¹⁴⁴ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en, Erişim Tarihi: 17.11.2015.

¹⁴⁵ **Hart**, 2012, ss. 232-233.

¹⁴⁶ *Ibid.*, s. 232.

¹⁴⁷ **Waldron**, 2013, ss. 386-387.

¹⁴⁸ *Ibid.*, s. 386.

büyük ölçüde uyduğu¹⁴⁹ gibi konular göz önünde bulundurulduğunda, zorunlu yargılama yetkisi bulunmasa dahi UAD'nın yürüttüğü faaliyetin, Hart'ın yargılama kuralları tarafından öngörülen “birincil kuralların ihlalinin bağlayıcı şekilde tespiti” tanımına girdiğini düşünmekteyiz¹⁵⁰.

Sonuç olarak bu konuda şunu söyleyebiliriz: Hart, uluslararası hukukun bir “hukuk sistemi” olmadığı kanısına, tanıma kuralı, yargılama kuralı ve değişiklik kuralına sahip olan ulusal hukuk düzenlerindeki yargılama ve yasama organlarının uluslararası düzlemde bulunmadığı, daha doğru bir ifadeyle “aynı şekilde” bulunmadığından yola çıkarak ulaşmaktadır. Ancak, yargılama ve değişiklik kuralları tespit ettikleri organların yapısı ve niteliğine ilişkin zorunlu şartlar belirlemeyebilir. Dolayısıyla, ulusal ve uluslararası düzlemdeki yasa koyucu veya yargı organlarının farklı olduğundan bahisle uluslararası hukukta yargılama ve değişiklik kurallarının olmadığı sonucuna varmak tutarsızdır. Bu gözlem, bu organların ifa ettiği fonksiyonlar yargılama ve değişiklik kurallarınca öngörülenle aynı olduğu sürece, olsa olsa iki düzenin yargılama ve değişiklik kurallarının farklı içerikte olduğunu göstermektedir. Bir başka deyişle, uluslararası hukuktaki yargılama kuralı yargı organını farklı şekilde oluşturmuş, norm koyma faaliyetini merkezî tek bir organa vermek yerine, birden fazla norm koyucu tespit etmiştir.

Hartçı bir uluslararası hukuk teorisi mümkün mü? Yukarıda Hart'ın uluslararası hukukun bir hukuk sistemi olmadığına dair görüşünün uluslararası hukukta ikincil kuralların yokluğuna dayandığını belirtmiştik. Hart uluslararası hukukta tanıma kuralının da bulunmadığını düşünmektedir¹⁵¹. Bu noktada Hartçı uluslararası hukukun olup olamayacağı sorusu esasen uluslararası hukukta hukuk uygulayıcılarının bulunup bulunmaması sorusuyla paraleldir. Eğer uluslararası hukukta hukuk uygulayıcıları mevcutsa, bu hukuk uygulayıcıları tarafından benimsenecek bir tanıma kuralının var-

¹⁴⁹ **Llazamon**, 2008, *passim*; **Waldron**, 2013, s. 387.

¹⁵⁰ Dünya Ticaret Örgütü ve Avrupa Birliği gibi uluslararası (veya uluslararası) yapıların hukuk düzenini inceleyen Michael Giudice, uluslararası hukukun bağımsız birincil kurallardan oluşan ilkel bir hukuktan öteye geçtiğini fark etmektedir. Buna göre, bu tür örgütler belirli değişiklik kurallarına ve uyuşmazlık çözüm yollarına sahiptir. Dolayısıyla, tek bir uluslararası hukuk sisteminden bahsedilemeyecek bile parçalı uluslararası hukuk sistemlerinden bahsedilebilme ihtimalini gündeme getirmektedir. Bkz. **Giudice**, 2013, s. 171.

¹⁵¹ **Hart**, 2012, s. 214.

lığı da mümkündür¹⁵². Ayrıca, bu hukuk uygulayıcılarının ihtilaf çözüme, karar alma, kural değiştirme vb. faaliyetlerine yönelik bütün kurallar da diğer ikincil kurallar olarak nitelendirilebilecektir. Uluslararası hukukta hukuk uygulayıcılarının olup olmadığı sorusu ise esasen uluslararası hukukun hukuk olup olmadığı ile ilgilidir. Nitekim, uluslararası hukuku uygulayan örgütlerin bulunduğu açıktır. Birleşmiş Milletler ve diğer uluslararası örgütler uluslararası hukukun uygulayıcılarıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uluslararası hukukun uygulayıcısıdır. Uluslararası hukukta hukuk uygulayıcılarının bulunmaması, uygulayıcıların bulunmamasından değil, uygulananın hukuk olmamasından kaynaklanabilir. Dolayısıyla, Hart uluslararası hukukun hukuk sistemi olmadığı düşüncesine, hukuk uygulayıcılarını muhatap alan ikincil kuralların yokluğundan başka bir dayanak bulmalıydı. Mevcut durumda en azından Hartçı bir uluslararası hukuk teorisinin mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, bizim amacımız bu teoriyi kurmak veya bu teoriyle ilgili tartışmayı derinleştirmek değil, yalnızca böyle bir teorisinin oluşturulması hâlinde tanıma kuralının ne derece etkili ve eksiksiz bir rol oynayabileceğini tespit etmektir.

C. Kelsen'in Monist Teorisinin Eleştirisi

Hart, Kelsen'in uluslararası hukuk ile ulusal hukuku tek bir sistem olarak teorileştiren monizminin şiddetli bir karşıtıdır. Bu karşıtlık doğrudan Hart'ın uluslararası hukukun hukuk sistemi olmadığı düşüncesinden kaynaklanmamaktadır. Karşı çıkılan daha ziyade, Kelsen'in uluslararası hukuk ve ulusal hukuk sistemlerinin birliğini gösterirken dayandığı argümanlardır. Hart'ın Kelsen'in hukuk teorisine *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law* isimli makalesinde getirdiği eleştiriler, iki teorisyenin düşünceleri arasındaki temel farkları ortaya koyacak niteliktedir. Bu incelemenin ardından, Hart'ın hukuk teorisinin incelenmesine geçmek, anlaşılabilirlik açısından daha doğru olacaktır.

Yöneltelen eleştirilerden ilki hukukun saf teorisinin normların içeriğine önem atfetmesine, ikincisi uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemleri arasında çatışma olmadığı görüşüne ve sonuncusu da hukuk düzenlerinin tekliğinin geçerlilik temelinde açıklanmasına yönelmektedir. Biz bu üçüncü ve son eleştiriye ilk eleştiri ile birlikte ele alıp, kısaca ikinci eleştiriye değineceğiz.

¹⁵² Tanıma Kuralının detaylarına aşağıda yer verilecektir.

Hart, Kelsen'in ve onun hukukun saf teorisinin, çıkarımda bulunurken normların içeriğine çok fazla önem attığını düşünmektedir¹⁵³. Bu tespit başlangıçtan itibaren ilgi çekicidir. Nitekim, Kelsen dinamik ve statik prensipler olmak üzere iki prensipten bahseder. Bunlardan ilki şeklî ve usûlî geçerlilik ilişkisine işaret ederken, diğeri içeriksel geçerlilik ilişkisine değinmektedir¹⁵⁴. Kelsen, statik prensibi reddetmese de, hukukun genellikle dinamik prensiple ilgili olduğuna, normlar arasındaki temel ilişkinin usûlî ve şeklî bir ilişki olduğuna dikkat çekmektedir¹⁵⁵. Dolayısıyla, Hart, ya Kelsen'in bu tespitine rağmen teorisinin dayanağını normların içeriksel incelemesinden aldığını ya da söz konusu uluslararası hukuk ile iç hukuk düzenlerinin birliği olduğunda biçimsel bakış açısını terk ettiğini düşünmektedir.

Normların içeriğinden o normların hukukî niteliğine ve bağlayıcılığına ilişkin sonuç çıkarılmasının sakıncalarına ilişkin olarak Hart tarafından verilen ilginç bir örneği aktarmak gerekir¹⁵⁶: Hart'ın tam da *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law* başlıklı makalesini yazdığı Oxford Üniversitesi Dekan Yardımcısından “Kelsen'in monist hukuk anlayışı üzerine bir makale yaz.” şeklinde bir talimat aldığını varsayalım. Olgusal olarak Hart'ın bu makaleyi yazmış olması, Dekan Yardımcısının talimatına uyduğunu, bu talimatı bağlayıcı bir talimat olarak görüp, talimatı yerine getirmek gibi bir yükümlülük hissettiğini göstermeye yeterli midir? Hart bu soruya olumsuz yanıt vermektedir. Nitekim, bu soruya olumlu yanıt verebilmek için öncelikle bu talimatın Hart'a ulaşip ulaşmadığı, bu mesajın yükümlülük doğuran bir talimat olarak algılanıp algılanmadığı ve söz konusu makalenin bu talimata uymak için yazılıp yazılmadığı gibi soruların cevabı araştırılmalıdır¹⁵⁷. Belki de Hart, Dekan Yardımcısından gelen talimat değil de, meslekî bir sorumluluk hissiyle hareket etmiştir ve söz konusu talimat olmasaydı da makaleyi yazacaktır. Hart, bir norma “uymamak” (*not to obey*) ile o normu “ihlal etmek” (*disobey*) arasında fark bulunduğunu belirtmektedir¹⁵⁸. Bu tespiti biraz açmak gerekirse, olgusal olarak bir kişinin davranışı ile norm arasında uyumsuzluk olmaması, o kişinin belli bir norma uymak amacıyla hareket ettiğini gös-

153 Hart, 1983b,v s. 313.

154 Kelsen, 2008, ss. 195-196.

155 *Ibid.*, s. 198.

156 Hart, 1983b, s. 312.

157 *Ibid.*, s. 313.

158 *Ibid.*

termez. İçsel bir motivasyon ile de hareket edilmiş, veyahut aynı davranışı öngören başka bir norma (hatta belki de ahlakî bir norma) uygun davranma iradesi gösterilmiş olabilir. Bu durumda normun öngördüğü davranış ile olgusal olarak gerçekleştirilen davranış arasındaki uyum, söz konusu norma uygun davranma iradesini de beraberinde getirmez. Kanımızca Hart'ın cümlesi ancak bizim açıkladığımız şekilde anlaşılabilir. Bu durumda ise, Hart'ın, bir norma “uymamak” ile o normu “ihlal etmenin” farklı şeyler ifade ettiği yönündeki tespiti, Kelsen'in hukuk teorisi açısından zaten anlamsızlaşmaktadır. Kelsen'in saf hukuk teorisi, bir norma niçin uyulduğu ile ilgilenmez. Normun muhatabının bir hukuk normunu bağlayıcı olarak görüp görmemesi, söz konusu normun geçerliliğini etkilemeyeceği gibi, muhatap söz konusu norma uygun davrandığı sürece bu uygun davranışın hangi saikle gerçekleştirildiğinin de bir önemi yoktur. Sonuç olarak, norm - davranış ilişkisinde yalnızca iki durum söz konusu olabilir: Uygun davranış veya ihlal. Hukuk normu açısından “uymamak” ancak ihlal anlamına gelebilir. Eğer Hart, bir normun buyruğunu bağlayıcı bir yükümlülük olarak görmek ile o norma uygun davranmak arasında fark olduğunu söyleseydi, kuşkusuz doğru söylemiş olurdu. Örneğinin nihaî olarak ifade ettiği husus bundan farklı değildir. Kişinin, norma uygun davranmak yönünde bir yükümlülük hissetmemesi ve başka motivasyonların etkisinde, kişinin norm hakkındaki görüşü ve davranışı arasında bir illiyet bağı olmaksızın, norma uygun davranması o norma “uymamak” değil, uymaktır. Normun içeriği ile davranış örtüşmektedir. Bu nedenle, Hart'ın eleştirisi için aşağıda İngiliz Parlamentosu ve Sovyet kanunlarına ilişkin vereceğimiz örneğin daha yerinde olduğunu düşünüyoruz.

Hart'ın mevzubahis örneklerle ulaşmak istediği nokta şudur: Kelsen, “etkililik prensibi” adını verdiği ilkenin yalnızca içeriğini dikkate alarak, ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliklerini uluslararası hukukun bir normundan aldığını ve bu nedenle de bu ikisinin zorunlu olarak tek bir hukuk sistemi oluşturduğunu düşünerek hataya düşmektedir¹⁵⁹. Şu örneği ele alalım: İngiliz Parlamentosu “Sovyetler Birliği tarafından çıkarılan kanunların geçerliliği İngiliz hukukuna uygunluklarına bağlıdır.” hükmünü içeren bir kanun çıkarmıştır. İngiliz hukuku bakımından bu içerikte bir kanunun çıkarılmasına engel bir norm bulunmamaktadır. Nitekim, İngiliz Parlamentosu tarafından çıkarılan kanunlar herhangi bir konuyu, herhangi bir şekilde düzenlemek

¹⁵⁹ *Ibid.*

konusunda serbesttir¹⁶⁰. Bu durumda, salt söz konusu kanunun içeriği göz önünde bulundurularak, Sovyet kanunlarının İngiliz hukukundan geçerlilik aldığı ve İngiliz hukukuna uygun olmayan Sovyet kanunlarının geçersiz olacağı söylenebilir mi¹⁶¹? Hart'a göre söz konusu sorunun cevabı olumsuzdur. Çünkü Sovyet hukuk uygulayıcıları bu yöndeki İngiliz kanununa geçerlilik tanımayacak, onu uygulamak konusunda bir yükümlülük hissetmeyecektir¹⁶². Dolayısıyla, etkililik prensibinin salt içeriğinden yola çıkarak bu normun ulusal hukuk sistemlerinin zamansal ve mekansal geçerliliğini belirlediği sonucuna ulaşmak da yanlış olacaktır¹⁶³. Bu ilkenin ve bu ilke dolayısıyla ulusal hukuk sistemlerinden üstün olduğu söylenen diğer uluslararası hukuk kurallarının iç hukuktaki hukuk uygulayıcıları tarafından yükümlülük doğurucu normlar olarak görülüp görülmediği de ayrıca araştırılmalıdır.

Bu noktada, Hart'ın eleştirisi Kelsen'in etkililik prensibinin bağlayıcı gücü ve genellikle normların hiyerarşik ilişkisine dair düşüncelerini yanlış anlamasından kaynaklanmaktadır. Etkililik prensibinin ulusal hukuk sistemleri ve bunların hukuk uygulayıcıları üzerindeki bağlayıcılığı içeriğinden kaynaklanmamaktadır. Hukukun saf teorisinde normların bağlayıcı gücü, bu normların geçerlilik aldığı üst normlardan kaynaklanmaktadır. Bir üst normun alt normun ihdas usûlünü veya içeriğini belirliyor olması, yalnızca bu normun içeriğinden değil, bu normun üst normunun söz konusu gücünü öngörmüş olmasından kaynaklanmaktadır. Etkililik prensibinin bir örf ve âdet hukuku kuralı olduğunu belirtmiştik. Etkililik prensibinin ulusal hukuk sistemleri ve dolayısıyla bu sistemlerin hukuk uygulayıcıları tarafından bağlayıcı olmasının nedeni, bu normun örf ve âdet kuralı niteliğinde olmasından, yani onun biçimsel niteliğinden kaynaklanmaktadır. Nitekim, en nihayetinde uluslararası hukukun temel normu tarafından geçerli kılınan *pacta sunt servanda* ilkesi hem sözleşmeler hem de örf ve âdet yoluyla yaratılan normların ulusal hukuk düzenleri açısından bağlayıcı olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, etkililik prensibinin içeriği de ulusal hukuk sistemleri açısından, bu normun içeriğinin kendisinden değil, o normun ihdas usûlünden dolayı bağlayıcıdır.

¹⁶⁰ Barnett, 2002, s. 192; Weyland, 2002, ss. 4-5.

¹⁶¹ Hart'ın örneği için bkz. Hart, 1983b, ss. 319-320.

¹⁶² *Ibid.*, s. 319.

¹⁶³ Hart, 1983b, s. 321.

Şimdi İngiliz Parlamentosu ve Sovyet kanunlarına ilişkin örneği bu açıklama ışığında değerlendirelim. Sovyet kanunlarının ancak İngiliz hukukuna uygun olduğu takdirde geçerli olacağını düzenleyen bir İngiliz kanunu, şüphesiz ki hem şekil hem de içerik açısından geçerlidir. Ancak, salt bu normun içeriğinden hareketle, Sovyet kanunlarının İngiliz hukukuna uygun olması gerektiği söylenemez. Bu durum Kelsen'in teorisinde de farklı değildir. Bir kere, etkililik prensibi, İngiliz hukukunun zamansal ve mekânsal geçerliliğini belirlediğine göre ve İngiliz hukuk sistemi, yer bakımından bütünüyle etkisiz olduğu Sovyetler Birliği topraklarında geçerliliğini yitireceği için, bırakın söz konusu düzenlemeye cevaz veren bir normu, bu türden bir normun, "Sovyetler Birliği topraklarında" geçerli olmasını yasaklayan bir pozitif normdan bahsetmek mümkündür¹⁶⁴.

Görüldüğü gibi, Hart, normların içeriğinden yola çıkarak birbirinin içeriğini veya ihdas usûlünü belirlemesini "görünüşte geçerlilik sağlama" (*validating purport*) olarak değerlendirmektedir¹⁶⁵. Bu nitelendirmenin doğru olmadığını yukarıda açıkladık. Dolayısıyla, bu nitelendirmeden yola çıkılarak yapılan diğer tespitler de yanlış olacaktır. Hart, iki kural dizisinin aynı normatif sisteme ait olduğunun geçerlilik kriteri temelinde belirlenemeyeceğini düşünmektedir¹⁶⁶. Nitekim, saf teorinin bahsettiği geçerlilik "görünüşte geçerlilik" olarak nitelendirilir. Dolayısıyla, İngiliz kanunları görünüşte Sovyet kanunlarına geçerlilik sağlasa, yani bu yönde bir içeriğe sahip olsa da, tek başına bu durum İngiliz ve Sovyet hukuk düzenlerinin tek bir normatif sistem oluşturduğunu göstermez. Hart'a göre, bu görünüşteki geçerliliği doğrulamanın tek yolu, söz konusu geçerlilik kriterinin diğer hukuk sisteminin uygulayıcıları tarafından tanınıp tanınmadığının araştırılmasıdır¹⁶⁷. Dolayısıyla, Kelsen'in, iki kurallar dizisinin aynı normatif sisteme ait olup olmadığının, bu dizileri oluşturan normların geçerliliğinin aynı temel norma dayandırılıp dayandırılmayacağına bakılarak anlaşılacağı yönündeki düşüncesi Hart'a göre anlamsızdır. Nitekim, Kelsen'in yöntemiyle ancak normların

¹⁶⁴ Buradaki ifadelerimiz etkililik prensibinin bir uluslararası hukuk normu olarak varlığını tanıdığımız anlamına gelmemektedir. Hart'ın argümantasyonunu test etmek amacıyla, söz konusu normun Kelsen'in oluşturduğu haliyle var ve geçerli olduğunu varsayıyoruz. Yoksa, yukarıda belirttiğimiz gibi, bu normun maddî varlığına ilişkin şüphelerimiz mevcuttur.

¹⁶⁵ Hart, 1983b, s. 321.

¹⁶⁶ *Ibid.*, s. 338.

¹⁶⁷ *Ibid.*, s. 338.

görünüşteki geçerliliğinin temel norma dayanıp dayanmadığı anlaşılabilir ki, iddia edildiği üzere bu bilgi iki dizinin aynı normatif sisteme ait olup olmadığının anlaşılması için yeterli değildir¹⁶⁸. Hart, yalnızca geçerlilik kriterinin monist bir anlayış için yeterli olmadığını vurgulamakla kalmamakta, aynı zamanda temel norm kavramını da eleştirmektedir. Ona göre, uluslararası hukukun temel normunun içeriği ancak “devletler geleneksel olarak davrandıkları şekilde davranmalıdır.” olabilir¹⁶⁹. Bu ise, belli kuralların devletler tarafından benimsendiğini söylemekten farksızdır¹⁷⁰.

Hart’ın, hukukun saf teorisinin normların içeriğine çok fazla önem atfederek çıkarımlarını “görünüşte geçerlilik” üzerinden kurduğu yönündeki düşüncesine katılmadığımızı ve itirazlarımızın sebeplerini yukarıda belirtmiş-tik. Dolayısıyla, temel norm kavramının kendisinden kaynaklanan sıkıntılar göz ardı edilirse, bir dizi normun aynı sisteme ait olmasının, bu normların geçerliliğini nihaî olarak aynı temel normdan alması ile açıklanamayacağı düşüncesine katılmıyoruz.

Hart’ın Kelsen’e getirdiği eleştiriler, uluslararası hukukun ikincil kural- lar ve dolayısıyla da tanıma kuralına sahip olmadığı için bir hukuk sistemi olamayacağı düşüncesine açıklık kazandırmaktadır. Eğer, saf teori normların içeriğinden hareketle görünüşte geçerlilikten yola çıkıyorsa, Kelsen’in ulus- lararası hukukun kaynakları arasında bir hiyerarşi olduğu görüşünü¹⁷¹ be- nimsemek için de bir sebep yoktur. Nitekim, eğer uluslararası hukukun kay- nakları arasında, üst normun alt normun geçerliliğini belirlediği hiyerarşik

¹⁶⁸ *Ibid.*, s. 339.

¹⁶⁹ Şahin-Ceylan, 2014, s. 242; Hart, 2012, s. 236. Hart, uluslararası hukukun da bir temel normunun veya tanıma kuralının bulunması gerektiği yönündeki görüşü dile getirirken Kelsen’in ismini zikretmektedir (Bkz. Hart, 2012, s. 234.). Yalnızca iki sayfa sonra ulus- lararası hukukun temel normu olarak pacta sunt servandanın gösterilmesi bize Kelsen’in teorisine göre uluslararası hukukun temel normunun, aslında Kelsen tarafından uluslararası örf ve âdet hukukunun pozitif bir normu olarak dile getirilen bu ilke olduğunun ileri sü- rüldüğünü düşündürmüştür. Yukarıda da açıkladığımız bir bu görüş yerinde olmayacaktır. Nitekim, ancak varsayımsal bir norm temel norm olabilir.

¹⁷⁰ Şahin-Ceylan, 2014, s. 242; Hart, 2012, s. 236.

¹⁷¹ Kelsen’e göre uluslararası hukukun kaynaklarını hiyerarşik olarak şu şekilde sıralayabiliriz: Örf ve âdet hukuku, uluslararası sözleşmeler, uluslararası sözleşmelerce kurulmuş yargı or- ganlarının kararları. Kelsen, 2008, ss. 323-324. Kanımızca, hiyerarşinin son basamağındaki kaynağı genel olarak “uluslararası sözleşmelerce kurulmuş organların kararları” şeklinde belirlemek daha doğru olacaktır. Nitekim, uluslararası hukukta yargı organlarının dışında da bağlayıcı karar alma, norm tesis etme yetkisine sahip olan başka organlar bulunmaktadır.

bir yapı olsaydı, Hart'ın uluslararası hukukta ikincil kuralların bulunmadığı yönündeki tespiti yanlışlanmış olacaktı. Çünkü bu durumda, hiyerarşik astın geçerlilik kriterlerini belirleyen normlar tanıma kuralı, değiştirilme usûlünü düzenleyenlerse değişiklik kuralı olarak değerlendirilebilecektir.

Hart, “görünüşte geçerlilik” temelindeki saf teori eleştirisinin dışında, Kelsen'in aynı normatif sisteme mensup normlar arasında çatışma olmayacağı düşüncesini de eleştirmektedir. Kelsen'e göre, uluslararası hukuk ve ulusal hukuk düzenlerinin birliği için olumlu şart geçerliliklerini nihaî olarak aynı temel normdan almaları iken, bu birliğin negatif şartı da uluslararası hukuk ve iç hukuk normları arasında çatışma olmamasıdır¹⁷². Böyle bir çatışmanın varlığı halinde, her iki sistemin birbirinden bağımsız şekilde geçerliliğinin kabulü değil, bunlardan bir tanesinin geçerliliğinin reddedilmesi söz konusudur¹⁷³. Kelsen'in ifade ettiği gibi: “Kimse iki efendiye birden hizmet edemez.”¹⁷⁴.

Çatışmanın, iki norma da uymanın mantıksal imkânsızlığı şeklinde tanımlanabilir¹⁷⁵. Çatışmanın en açık örneği, bir davranışa ilişkin olarak yasaklayan ve emreden normlar arasında gerçekleşir¹⁷⁶. Çatışmanın bu tanımı, çatışan normların aynı sistemde bulunup bulunamayacağı sorusuna cevap vermemektedir¹⁷⁷. Bir başka ifadeyle, çatışan normların her ikisine de uymak mantıksal olarak mümkün olmasa da, bu normların aynı sistem içerisinde var olması mümkün olabilir¹⁷⁸. Kelsen ise bir davranışın bir norm tarafından emredilmesi, diğer bir norm tarafından ise yasaklanmasını, ampirik alemde bir şeyin hem olduğu hem de olmadığını söylemek kadar anlamsız görmektedir¹⁷⁹. Ancak, burada bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir. Ampirik olarak bir olgunun var olduğu ve yok olduğu önermelerinden bir tanesinin “yanlış” olduğu kabul edilebilirken, çelişen yükümlülükler içeren normların “varlığı”, yani “geçerliliği” için aynı hususu kabul etmek mümkün değildir. Kanun normunu ele alalım. Anayasalar kanunların içeriğini adam öldürme-

¹⁷² *Ibid.*, ss. 330-331.

¹⁷³ **Hart**, 1983b, s. 324.

¹⁷⁴ **Kelsen**, 2008, s. 329.

¹⁷⁵ **Hart**, 1983b, s. 325.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.*, ss. 325-326.

¹⁷⁸ *Ibid.*, s. 326.

¹⁷⁹ **Kelsen**, 1949, ss. 374-375; **Hart**, 1983c, s. 306.

nin yasak olup olmadığı konusunda sınırlandırmadığı sürece, parlamento adam öldürmeyi yasaklayan bir kanun çıkardıktan sonra adam öldürmeyi emreden bir kanun da çıkarabilir. Bu kanunun ihdas usûlü bakımından anayasaya uygun olduğu kabul edilirse, içerik anlamında bu iki kanunun da geçerli, yani hukuken var olduğu aşıkardır. Bu durumda, çatışan normların her ikisine de uymanın mantıksal açıdan mümkün olmadığından hareketle, bu normlardan yalnızca birinin somut durumda uygulanması gerektiği kabul edilebilirse de, ikisinin de aynı anda var olmayacağı kabul edilemez. En azından, yalnızca her iki norma da uymanın mantıken imkânsız olması doğrudan bu sonuca yol açmaz ve bu sonucun ayrıca gösterilmesi gerekir¹⁸⁰.

Hart, uluslararası hukuk ve ulusal hukuk sistemlerinde de çatışmalar olabileceğini Kelsen'in örnekleri içinde kalarak göstermektedir. Hart'ın örneğini ele alalım: A ve B ülkeleri arasında bir uluslararası antlaşma imzalanmıştır ve antlaşmanın hükümlerine göre B ülkesindeki azınlıklar da çoğunlukla aynı siyasî haklara sahip olmalıdır¹⁸¹. B ülkesinde, azınlıkları siyasî haklarından mahrum bırakan bir kanun çıkarıldığında uluslararası antlaşma ile kanunun çeliştiği söylenebilecek midir? Düalist teoriye göre, geçerliliğini uluslararası hukuktan alan antlaşma ile B ülkesinin hukuk düzeninden alan kanun çatışır¹⁸². Ancak, Kelsen bunun bir çatışma olmadığını şu temelde iddia eder: Söz konusu uluslararası antlaşma, anayasa gibi, kanunların içeriğini sınırlandıran bir norm değildir. Antlaşma ile hukuka aykırı hale getirilen ve yasaklanan şey, kanunların belli bir içeriğe sahip olması değil, belli içerikteki kanunların ihdasına yönelik bir irade ortaya konmasıdır¹⁸³. Dolayısıyla, iki norm arasında bir çatışma bulunmamaktadır. Fakat, Hart'ın isabetle gösterdiği gibi, kanun ile uluslararası antlaşma arasındaki çatışmayı ortadan kaldırmayı amaçlayan Kelsen, mantıken başka bir çatışmanın varlığını kabul etmek durumundadır: Söz konusu kanun koyucu iradenin gösterilmesine izin veren Anayasa hükmü ile bu iradeyi yasaklayan uluslararası antlaşma arasındaki çatışma¹⁸⁴. Dolayısıyla, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk dü-

¹⁸⁰ Daha detaylı bir tartışma için bkz. **Hart**, 1983b, ss. 330-332.

¹⁸¹ *Ibid.*, s. 332.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ **Kelsen**, 2008, s. 331.

¹⁸⁴ **Hart**, 1983b, s. 333. Bu örnekteki anayasa hükmü emredici olabileceği gibi izin veren ("permitting") nitelikte de olabilir. Bir başka deyişle, anayasa hükmünden söz konusu iradenin gösterilebileceği anlaşıldığı sürece, anayasanın o iradeyi emretmesinin veya bu iradenin

zenlerinin normları arasında çatışma olamayacağı yönündeki iddiayı kabul etmek de pek mümkün görünmemektedir.

Hart'ın Kelsen eleştirisinin bu şekilde incelenmesi iki teorisyenin uluslararası hukuka, uluslararası hukuk - iç hukuk ilişkilerine bakışı ve teorilerinin temel farkları açısından aydınlatıcı olduğunu düşünüyoruz. Şimdi, Hart'ın uluslararası hukuk ve Kelsen'in uluslararası hukuk teorisi hakkındaki düşüncelerinden hareketle, tanıma kuralı temelinde bir uluslararası hukuk teorisinin mümkün olup olmadığını tartışacağız.

2. Tanıma Kuralı

Bu kısımda, Hart'ın teorisinde tanıma kuralını ele alacağız. Hart'ın tanıma kuralı, her ne kadar Kelsen'in temel normundan önemli ölçüde farklılaşsa da, Kelsen'in yazınından etkilenmiştir ve ona çok şey borçludur¹⁸⁵. Burada tanıma kuralına ilişkin bir hususun da altını çizmek isteriz. Bir hukuk sisteminde birden fazla tanıma kuralı bulunmaktadır. En basit şekli ile, bir normun geçerliliği için belli şartlar öngören, bu normun ihdası için belli bir usûl veya bu normun içeriğine ilişkin belli bir kısıtlama getiren, bir geçerlilik kriteri barındıran her ikincil kural bir tanıma kuralı olacaktır¹⁸⁶. Ancak, bunun yanında bir de, bir hukuk sistemindeki bütün normların nihaî geçerliliğini tesis eden ve bu normların hukuk normu olarak hukuk uygulayıcılarınca tanınmasını sağlayan en üstün tanıma kuralı bulunmaktadır¹⁸⁷. Aşağıdaki incelemelerde, onu diğer tanıma kurallarından ayırt etmek için, en üstün tanıma kuralından bahsederken “Tanıma Kuralı” yazacağız.

Yargılama ve değiştirme kurallarının yanında üçüncü bir ikincil kural türü de tanıma kurallarıdır. Tanıma kuralları modern bir hukuk sisteminde çok önemli bir rol oynar. Daha önce değindiğimiz gibi, ilkel düzenlerin en büyük eksikliklerinden bir tanesi hukukî belirsizliktir. Bu belirsizlik, ancak bireylerin ve hukuk uygulayıcılarının neyin bir hukuk kuralı olup olmadığını

gösterilmesine izin vermesinin bir önemi yoktur. Nitekim, Kelsen, izin veren normlar ile yasaklayan normlar arasındaki çatışmanın da mantıken mümkün olmadığını düşünmektedir. **Kelsen**, 2008, s. 18.

¹⁸⁵ **Hughes**, 1971, s. 695.

¹⁸⁶ **Marmor**, 2011, s. 50. Bununla birlikte, bizim benimsediğimiz bu görüşün yaygın kabul görmüş bir görüş olmadığını belirtelim.

¹⁸⁷ **Barber**, 2000, s. 135; **Uygur**, 2003, s. 148.

anlamasına yarayan bir kuralın varlığı ile çözülebilir¹⁸⁸. Bu anlamda tanıma kuralları, yargılama ve değiştirme kuralları ile birlikte hukuk sistemine geçişi simgeler.

İfa ettiği fonksiyon nedeniyle tanıma kuralı kavramı Hart'ın teorisinin temelini teşkil eder. Ancak, kanımızca bu hayatî önemi bütün tanıma kurallarına değil, bizim de çalışmamızın konusunu teşkil eden Tanıma Kuralına atfetmek gerekir. Hart tarafından belirlendiği şekliyle Tanıma Kuralına ilişkin doktrinde pek çok tartışma yapılmış, belirsizlikler giderilmeye çalışılmış ve bu kavramın eleştirisi sunulmuştur. Bütün eleştirilerin bu makale kapsamında ele alınması mümkün olmayacaktır. Bazı eleştirilere yalnızca değinmekle yetineceğiz. Ancak, çok önemli ve konumuzla ilgili gördüğümüz bazı eleştirileri daha detaylı şekilde inceleyeceğiz.

Hart, teorisini tanımcı bir anlayışla oluşturmamıştır. Bizim de önce Tanıma Kuralının tanımını verip daha sonra bu kavramın özelliklerini incelememiz uygun olmaz. Başlıca özelliklerinden ve bir hukuk sistemi içinde gördüğü fonksiyondan yola çıkarak Tanıma Kuralının ne olduğunu anlamaya çalışacağız. Bu kapsamda, tanıma kuralına ilişkin incelememiz temel olarak şu başlıklardan oluşmaktadır: A. Tanıma Kurallarının Yapısı ve Fonksiyonu, B. Tanıma Kuralının Toplumsal Niteliği, C. Tanıma Kuralının İçeriğinin Çeşitlik Nitelikleri, D. Hukuk Uygulayıcıları Kavramı

A. Tanıma Kurallarının Yapısı ve Fonksiyonu

Tanıma kuralları, hukukî belirlilik sağlayan ve hem hukuk uygulayıcılarının hem de bireylerin bir hukuk kuralının o hukuk sistemine ait olup olmadığını anlamak için başvurdukları bir kuraldır¹⁸⁹. Bu anlamda, tanıma kurallarının, birer ikincil kural olarak, diğer kuralların geçerliliği için kriterler belirleyen normlar olduklarını söyleyebiliriz. Bir hukuk kuralı ancak tanıma kuralında belirlenen kriterlere uygunsuzsa geçerlidir¹⁹⁰. Dolayısıyla, bir hukuk

¹⁸⁸ Şahin-Ceylan, 2014, s. 115.

¹⁸⁹ Surlu, 2008, s. 55; Hart, 2012, s. 100. Hart, her ne kadar birincil kuralların belirlenmesinden bahsetmekteyse de, daha önce belirttiğimiz gibi diğer ikincil kurallar gibi tanıma kuralının da yalnızca birincil kuralların belirlenmesine değil, ikincil kuralların da belirlenmesine hizmet ettiği düşünülmelidir. Nitekim, ikincil kuralların kendi arasında da bir hiyerarşi bulunması mümkündür. Hart'ın tanıma kuralının birincil kurallara dair rolüne yaptığı vurguyu, çağdaş hukuk sistemlerini ilkel toplumların düzeninden ayırmaya yönelik olarak yorumlama eğilimindeyiz.

¹⁹⁰ Barber, 2000, s. 135.

düzeninde bir başka normun geçerli olarak ihdas edilebilmesi için uyulması gereken husus ve sahip olunması gereken içerik gibi hususlar tanıma kuralları tarafından belirlenmektedir. Bu tespitin bazı sonuçları vardır. İlk olarak, bir hukuk düzeninde birden çok sayıda tanıma kuralı bulunmaktadır. Türk hukukunda nasıl kanunlar tüzükler açısından ikincil kural niteliği taşıyabilirse, tüzükler de yönetmelikler açısından ikincil kural niteliği taşıyabilir. İkinci olarak, tanıma kuralı niteliğindeki her ikincil kural bir başka kurala ilişkin olduğundan ve tanıma kuralları diğer kuralların geçerlilik koşullarını belirlediğinden, tanıma kuralları arasında bir hiyerarşi olduğundan bahsedebiliriz. Dolayısıyla, hukuk normları arasındaki geçerlilik ilişkisi de esasında o hukuk sistemindeki tanıma kuralları tarafından tesis edilmektedir.

Bu hiyerarşinin en tepesinde Tanıma Kuralı bulunmaktadır ve bu kural diğer tanıma kurallarından farklılık arz etmektedir. Her şeyden önce, diğer tanıma kuralları konulmuş kurallardır. Bu kurallar ve barındırdıkları geçerlilik kriterleri belli organların iradesi neticesinde meydana gelmiştir. Oysa, hiyerarşinin en tepesinde bulunan Tanıma Kuralı, hiçbir organ tarafından başkaca bir kurala uygun olarak ihdas edilmemiştir ve sosyal bir olgu olarak vardır¹⁹¹. Tanıma Kuralı ancak hukuk uygulayıcıları tarafından belirlenebilir¹⁹². Hart'ın hukuk uygulayıcıları ile tam olarak kimi kastettiği ve Tanıma Kuralının hem hukuk uygulayıcılarını muhatap alması hem de onlar tarafından belirlenmesi gibi hususlara yeri geldiğinde değineceğiz. Şimdi, Tanıma Kuralının fonksiyonu hususuna gelelim.

Hart, Tanıma Kuralının iki farklı fonksiyon ifa ettiğini söylemektedir. Bunlardan ilki hangi kuralların hukuk kuralı olduğunu belirlemek, diğeri ise hukuk sisteminin geçerliliğini sağlamaktır¹⁹³. İlk fonksiyon, bir anlamda hukuk sisteminin kaynaklarının belirlenmesi olarak görülebilir¹⁹⁴. Hangi kuralların var olduğunu ve hukuk uygulayıcıları tarafından dikkate alınması gerektiğini belirler. İkinci olarak ise, en üstün kural olarak diğer normların ihdası konusunda belli organ veya kişilere yetki verir¹⁹⁵. Tanıma Kuralının ilk işlevine epistemolojik fonksiyon, ikincisine ise ontolojik fonksiyon adı

¹⁹¹ Hart, 2012, ss. 109-110.

¹⁹² Adler, 2006, s. 1671.

¹⁹³ Hart, 2012, s. 100, 105. Ayrıca bkz. Surlu, 2008, ss. 91-92.

¹⁹⁴ Bkz. Surlu, 2008, ss. 62-63.

¹⁹⁵ Eisele, 1987, s. 365.

verilmektedir¹⁹⁶. Nitekim, bu fonksiyon ile bir sistemde nelerin hukuk kuralı olduğu belirlenmekte, keşfedilmektedir. İkinci fonksiyon ise sistemdeki hukuk normlarının hukukî varlığını, yani geçerliliğini tesis eder¹⁹⁷. Bu anlamda Tanıma Kuralının ikinci fonksiyonu Kelsen’de temel normun gördüğü işlevi yerine getirmektedir. İkincil kurallar birincil kuralların veya diğer ikincil kuralların geçerliliğini belirler ve bu zincir en tepede bulunan ve geçerliliği ya da geçersizliği değil, ancak varlığı tartışma konusu edilebilecek olan Tanıma Kuralına kadar uzanır. Yani, Tanıma Kuralı bir hukuk sistemindeki nihâî geçerlilik kriteridir.

Tanıma Kuralının ilk fonksiyonu ile ilgili iki sorunu ele alacağız. Bunlardan biri Hart’ın “hukuk uygulayıcıları” ile kimi kastettiğidir. Buna aşağıda yer vereceğiz. Burada incelemeyi uygun gördüğümüz husus ise Tanıma Kuralının hem hukuk uygulayıcılarını muhatap alması hem de bu kuralın hukuk uygulayıcıları tarafından belirlenmesinin paradoksal niteliğidir. Bir başka deyişle, hukukta “norma uygun davranış” (*norm-governed behavior*) uygun davranılan normun da norma uygun davranış ile yaratılmasını gerektirdiğinden, bir noktada durulması gerekecektir¹⁹⁸. Shapiro’ya göre Hart’ın Tanıma Kuralı çözümü “yumurta - tavuk” çıkmazını¹⁹⁹ ortadan kaldırmaktadır. Nitekim, Hart’a göre hukuk uygulayıcılarının Tanıma Kuralını belirleme yetkisinin bulunması için başkaca hukuk kurallarının belli kişilerin hukuk uygulayıcısı olacağını belirlemesine ihtiyaç yoktur. Hukuk uygulayıcıları Tanıma Kuralını belirledikleri için bu sıfatı kazanırlar²⁰⁰.

Marmor Tanıma Kuralı ve hukuk uygulayıcılarının hukukî statüsü arasındaki açmazı satranç alegorisi ile cevap verir. Satranç kuralları, oyuncular tarafından belirlenen ve kabul edilen kurallardır. Satranç oyuncuları da, esasen bu kuralları belirleyen ve kurallara tâbi olarak oyunu oynayan kişilerdir²⁰¹. Eğer bu tanımlamalar kabul edilebilirse, hukuk uygulayıcılarının Tanıma Kuralını belirlemesi ve aynı zamanda “hukuk uygulayıcıları” sıfatını bu kuraldan kazanmasında çelişkili bir yan bulunmamaktadır²⁰².

¹⁹⁶ Coleman, 1982, s. 141.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Shapiro, 1998, s. 473.

¹⁹⁹ *Ibid.*, ss. 469-472.

²⁰⁰ *Ibid.*, s. 474.

²⁰¹ Marmor, 2011, s. 56.

²⁰² *Ibid.*

Biz Tanıma Kuralının hem hukuk uygulayıcılarını muhatap alması hem de bu kuralın hukuk uygulayıcıları tarafından belirlenmesinin paradoksal niteliğinin bu kadar kolay giderilebileceğini düşünmüyoruz. Belki bu argümanlar lehine şu akıl yürütme gerçekleştirilebilir: Her hukuk sisteminde sözleşmeler vardır ve sözleşmenin tarafları bu sıfatlarını bizzat o sözleşmeyi yapmakla kazanırlar. Keza bu taraflar sözleşmenin koşullarına da tâbi olurlar. Bu şekilde düşünüldüğünde hukuk uygulayıcılarının sırf Tanıma Kuralını benimsemekle hukuk uygulayıcısı sıfatını kazanacağını ve yine bu Tanıma Kuralına tâbi olacaklarını öne sürmenin neresi paradoksaldır? Sözleşme açısından kabul edilen bir husus niçin söz konusu Tanıma Kuralı olduğunda reddedilmektedir? Her şeyden önce bu alegoride bir hata vardır. Hiçbir sözleşmenin tarafı “o sözleşmeyi akdetmek” olgusundan dolayı bu sıfatı kazanmaz. Hukuk düzenlerinde hangi sözleşmenin kimler tarafından ve hangi şartlar altında akdedilebileceği belirlenmiştir. Temyiz kudretinden yoksun birisinin akdettiği sözleşme geçersizdir. Bu kişi sözleşmenin tarafı sıfatını kazanamaz. Ahlâka aykırı sözleşmeler de geçersizdir. Yani sözleşme normu hukuk sistemlerinde hem yapıcısı hem de içeriği anlamında sınırlı ve belirlenmiştir. Tanıma Kuralı açısından sorun, hangi içerikte bir Tanıma Kuralının kimin tarafından benimsenebileceğini belirleyen bir üst-kuralın yokluğudur. Shapiro’nun akıl yürütmesinde “Tanıma Kuralını her kim belirlerse hukuk uygulayıcısı sıfatını kazanır” veya “Tanıma Kuralını belirleyen hukuk uygulayıcıları bu andan itibaren bu kurala tâbidir” anlamında bir gizli üst-norm veya temel normun bulunmadığını söyleyebilir miyiz? Benzer şekilde Marmor’un akıl yürütmesindeki “Satranç oyuncuları da, esasen bu kuralları belirleyen ve kurallara tâbi olarak oyunu oynayan kişilerdir” tespiti olgusal bir gerçeklik midir yoksa normatif bir tanım mı? Satranç oyuncusunun Satranç Federasyonunun belirlediği kurallara göre oyunu oynayan kişi olduğu iddia edilemez mi? Kanımızca, Hart pek çok zafiyete gebe varsayımsal bir temel normdan kaçınmaya çalışmakta, ancak yine de hukukun “sıfır noktasını” tutarlı ve çelişkisiz bir şekilde kurmakta başarısız olmaktadır.

Hart’ta hukuk kuralının geçerliliği bu kuralın tanıma kuralında belirlenen kriterlere uygun olup olmamasına bağlıdır²⁰³. Dolayısıyla, hukukî geçerlilik normatif temelde tanımlanmakta, bu noktada olgusal hususlara yer verilmeyerek Hume Kanununa uymaktadır. Yalnız, burada bir hususu belirt-

²⁰³ Şahin-Ceylan, 2014, s. 126.

mek gerekmektedir. Birincil kurallar ile ikincil kurallar arasındaki hiyerarşik ilişkiyi değerlendirirken ikincil kuralların ve birincil kuralların bizim hukuk sistemlerinden aşına olduğumuz norm ayrımlarına denk gelmediğini göz ardı etmemeliyiz. Bir başka şekilde ifade etmek gerekirse, “kanunlar ikincil kurallardır.” yahut “yönetmelikler birincil kurallardır.” gibi kategorik ifadeler, ikincil ve birincil kuralların yapısıyla bağdaşmaz. Hatırlanacağı üzere, bir kuralın ikincil kural olmasının tek nedeni doğrudan bireylerin davranışlarını düzenlemeye yönelik olmasıdır. İkincil kurallar ise diğer kurallara ilişkin muhakeme, değiştirme veya tanıma kurallarıdır. Bir kanun veya yönetmelik hükmü doğrudan bireylerin davranışlarını konu edinebileceği gibi, başka bir norma ilişkin muhakeme, değiştirme veya tanıma şartı da getirebilir. Dolayısıyla, bir kanunun veya yönetmeliğin içinde hem ikincil hem de birincil kuralların bir arada bulunması mümkündür. Benzer şekilde, bir tanıma kuralı ile birincil kural da aynı normun içinde yer alabilir. Tanıma kurallarıyla birincil kurallar arasında doğrudan bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Her kural, ister birincil ister ikincil kural niteliği taşıyın, kendi Tanıma Kuralına uygun olmak zorundadır. Bir normun (örneğin Anayasa) içinde pozitif nitelikte tanıma kuralı olabileceği gibi, doğrudan bireylerin davranışını düzenlemeye yönelik birincil nitelikte bir kural da olabilir.

Tanıma Kuralının fonksiyonuna ilişkin bir başka sorun ise ilk ve ikinci fonksiyonun bağdaştırılmasına ilişkindir. Hart, bir sistemde, Tanıma Kuralı dışındaki kuralların, ki bu tanıma diğer tanıma kuralları da dahildir, geçerliliği ile varlığının aynı anlama geldiğini kabul etmektedir²⁰⁴. Sistemin ihdas edilmiş normları, tanıma, değiştirme ve muhakeme kurallarından geçerlilik kazanmaktadır. Örneğin, Türk hukuk sisteminde kanunlar açısından hem tanıma hem değiştirme hem de muhakeme kuralları Anayasada yer almaktadır. Bu durumda, mahkemeler ve diğer hukuk uygulayıcıları bir kanunun o hukuk düzeninin bir parçası olup olmadığını belirlerken, kendi benimsedikleri bir norma, en üstün Tanıma Kuralına değil, Anayasaya dayanırlar. Yani, Tanıma Kuralı, ihdas edilmemiş bir norm olarak, kanunların o sisteme aidiyetini konu almaz. Ancak, söz konusu Anayasanın hukuk sistemine aidiyeti olduğunda, hukuk uygulayıcılarının dayanabileceği pozitif bir norm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Anayasanın hukuk düzenine aidiyetinin, hukuk uygulayıcıları tarafından benimsenen, ihdas edilmiş olmayan konvansiyonel

²⁰⁴ Hart, 2012, s. 110.

bir Tanıma Kuralına atfen belirlenmesi gerekir²⁰⁵. Bu bağlamda, kanımızca Tanıma Kuralını diğer tanıma kurallarından ayıran husus, toplumsal bir kural olarak Tanıma Kuralının diğer normların değil, o sistemdeki en üstün tanıma, değiştirme ve muhakeme kuralının veya kurallarının aidiyetine ilişkin olmasıdır.

Görüldüğü gibi Hart her hukuk sisteminde mevcut olan tek bir Tanıma Kuralından bahsetmektedir. Tanıma Kuralının teklifi hukuk teorisyenleri arasında tartışma konusu olmuştur. Bir eleştiriye göre hukuk sistemindeki farklı hukuk uygulayıcılarının farklı normlar uygulaması söz konusu olabilir. Bu durumda her hukuk uygulayıcısının aynı Tanıma Kuralına tâbi olması mümkün olmayacaktır. Tanıma Kuralının birden fazla norm, birden fazla “olması gereken” ihtiva etmesi gerekir ki bu durumda tek bir kuraldan bahsedilmesi anlamsızdır²⁰⁶.

Biz yukarıda Tanıma Kuralının hukuk sisteminin hiyerarşik olarak en üstün normunu geçerli kılmasının niçin yeterli olduğunu açıklamıştık. Diğer normların tanıma kuralları toplumsal bir kural olan Tanıma Kuralında değil, hukuk düzeninin ihdas edilmiş normlarında bulunacaktır. Örneğin, Tanıma Kuralı hukuk sisteminin anayasasına ilişkin geçerlilik kriteri getiren kuraldır. Kanunların tanıma kuralı anayasada, tüzüklerinki anayasa veya kanunlarda, yönetmeliklerinki ise anayasa, kanun veya tüzüklerde yer alacaktır. Dolayısıyla, söz konusu hukuk sisteminde en üstün norm tek bir normatif form (örn. anayasa veya kanun gibi) olarak karşımıza çıktığı sürece, bu hukuk sisteminin birden fazla Tanıma Kuralına ihtiyaç duymayacağını söyleyebiliriz. Elbette, salt teorik temelde bir hukuk sisteminin en üstün pozitif normunun iki ayrı norm olması mümkündür. Ancak, biz şimdiye kadar normlar hiyerarşisinin en tepesinde iki ayrı normatif form olan bir hukuk sistemine rastlamadık²⁰⁷.

Hart’ın Tanıma Kuralı teorisine ilişkin bir başka eleştiri ise bu teorinin bir hukuk sistemine ait olan normlar kümesini aşırı genişlettiğine ilişkindir.

²⁰⁵ *Ibid.*, s. 107.

²⁰⁶ **Raz**, 1979, ss. 95-96.

²⁰⁷ Örneğin, hukuk sistemi Kıta Avrupası hukuk sisteminden oldukça farklı olan İngiltere ve federal yapıya sahip olan Almanya’da aynı hiyerarşik güce sahip iki normatif formun (İngiltere’de kanun ve içtihat, Almanya’da federal Anayasa ile federe anayasalar) bulunabileceği düşünülebilir. Fakat biz incelememiz sonucunda bu hukuk sistemlerinde dahi normlar hiyerarşisinin en tepesinde tek bir normatif formun bulunduğu kanaat getirdik. Bkz. **Gülgeç**, 2016, *passim*.

Hukuk sistemindeki yargıçlar kanunlar ihtilafı vb. durumlarda başka hukuk sistemine ait normları uygulamakta, Hart'ın Tanıma Kuralı teorisiye bu yabancı normları da o hukuk sisteminin içine dahil etmektedir²⁰⁸. Bu bakış açısıyla ilgili iki sorun vardır. İlk olarak, kanunlar ihtilafı durumunda yargıçların bir yabancı hukuk normunu uyguladığı şüphelidir. Kuşkusuz “hâkimin yabancı hukuku uyguladığından” bahsedilmektedir. Ancak, şöyle bir kurgu mümkün değil midir?: Yabancılık unsuru taşıyan bir davada yabancı hukuk normunun uygulanmasını öngören bir kanun hükmünü ((B) ülkesinin [b] kanunu) ele alalım. Önüne gelen davada bu kanun hükmünü esas alarak (A) ülkesinin [a] kanununu dikkate alan hâkim bu metinden çıkardığı anlama göre karar vermektedir. Kanımızca bu durumda hâkimin yine de (B) ülkesinin [b] normunu uyguladığı iddia edilebilir. Çünkü, [b] normu içeriğinin somutlaştırılmasında referans olarak [a] normunun esas alınmasını istemektedir. [a] normu kendi başına (B) ülkesinin hâkimi için uygulanabilecek bir norm oluşturmaz. Her şeyden önce söz konusu norm hiçbir şekilde Türk mahkemelerini muhatap almamaktadır. Söz konusu normun içeriğine paralel bir içeriğin Türk hukukunda uygulanmasını sağlayan norm [b] normudur. Dolayısıyla, uygulanan normun yine [b] normu olduğu, ancak [b] normunun uygulanabileceği her durumda bu normun içeriğinin bir yabancı hukuk normu ([a], [c], [d]...) esas alınarak belirlenebileceğini söyleyebiliriz.

Yukarıdaki açıklama kabul edilmeyebilir. Her ne kadar biz bu açıklamanın hukuk teorisi açısından kabul edilebilir olduğunu düşünsek de “yabancı hukukun uygulanması” ifadesinin lafzına ağırlık verilerek kanunlar ihtilafı durumunda gerçekten de o hukuk sisteminin kurallarına göre ihdas edilmiş, başka bir normatif sisteme ait bir normun uygulandığı düşünülebilir. Bu durumda yabancı hukuk normunun kanunlar ihtilafının söz konusu olduğu sisteme ait bir norm olduğunun kabul edilmesi alışılmış bir durum değildir. Zaten bu durumda yabancı hukuka ait bir normun uygulandığından bahsedilemez. Ancak, bu husus Shapiro'nun iddia ettiği kadar açık ve net değildir²⁰⁹. Her şeyden önce açık ve net olan hususun kolaylıkla açıklanabilmesi gerekir ki Shapiro herhangi bir açıklama sunmamaktadır. Hart'ın teorisine göre söz

²⁰⁸ **Raz**, 1979, ss. 97-98; **Shapiro**, 2008, ss. 12-13.

²⁰⁹ Bkz. **Shapiro**, 2008, s. 13 (“*On Hart’s treatment of the rule of recognition as a duty-imposing rule, however, the New Jersey law would automatically become incorporated into New York’s law because judges would be under a legal obligation to apply it in certain cases. But this is clearly wrong...*”).

konusu yabancı hukuk normunun hukuk sisteminin bir parçası hâline geldiği pekâlâ ve tutarlı bir şekilde savunulabilir. Yabancı hukuk normunun uygulanmasını öngören kanun hükmü [b] hukuk sisteminin ihdas edilmiş normunda ifadesini bulan bir tanıma kuralıdır (“Tanıma Kuralı” değil). [a] normunun uygulanabilmesi, o hukuk sistemi için geçerli kabul edilebilmesi için belli kriterler getirmektedir ve yargıçlar, bu kriterlerin sağlanması hâlinde o normu uygulamak durumundadır. Dolayısıyla, [a] normu [b] normunun tespit ettiği koşullarda (B) ülkesinin hukuk sisteminin bir parçası olduğu kabul edilebilir. Gelgelelim, bu durumda bir sorun varsa bile bu sorun Hart’ın Tanıma Kuralı teorisinden kaynaklanmamaktadır. Çünkü söz konusu [a] normunun uygulanmasını öngören hüküm B ülkesinin hukuk sisteminin Tanıma Kuralı değil, bu hukuk sistemindeki bir tanıma kuralıdır²¹⁰.

B. Tanıma Kuralının Toplumsal Niteliği

Hukuk uygulayıcıları tarafından benimsenecek olan Tanıma Kuralı, kağıt üzerine harflerle ifade edilmiş bir kural değildir. O, toplumsal bir kuraldır. Dolayısıyla, Tanıma Kuralı da önceden belirlenen bir “ikincil kural”ın belirlediği usûlle değil, karmaşık toplumsal uygulamalar ve gayri resmî usûllerle benimsenmiştir²¹¹. Tanıma kuralının toplumsal (*social*) bir kural olması onun örfî (*customary*) nitelikte olduğu yönünde yorumlanmıştır²¹². Bir başka deyişle, “[T] tanıma [K] kuralı, hukuk uygulayıcısı yetkililerin belirli bir zaman dilimindeki davranışlarından kaynaklanan örfî bir kuraldır.”²¹³. Toplumsal bir kural olduğu ve herhangi bir başka tanıma kuralına dayanılarak yaratılmadığı için Tanıma Kuralının geçerliliği değil, olgusal varlığı söz konusu olur²¹⁴. Bir hukuk sisteminde normatif geçerliliğin dışında kalan tek kural Tanıma Kuralıdır. Bununla birlikte önemle vurgulanmalıdır ki Tanıma Kuralı olgusal olsa da salt olgusal değildir. Bir başka deyişle, normatif anlamda geçerliliği söz konusu olmayan bu kural, olgusal olsa da normatif

²¹⁰ Shapiro ve Raz söz konusu eleştiriyi tanıma kurallarına değil, Tanıma Kuralına yöneltmektedir. Yazarların “*rule of recognition*” ifadesini “*the rule of recognition*” şeklinde kullanmaları buna işaretler. Bkz. **Raz**, 1979, ss. 97-98; **Shapiro**, 2008, ss. 12-13.

²¹¹ **Şahin-Ceylan**, 2014, s. 125.

²¹² **Spaak**, 2005, s. 408.

²¹³ **Raz**, 1972, s. 851. Köşeli parantezler yazarın eklemeleridir.

²¹⁴ **Hart**, 2012, s. 110.

sonuçlara yol açar²¹⁵. Dolayısıyla, Tanıma Kuralının olan/olması gereken arasındaki perdeyi yırtan, olanla olması gerekeni birbirine karıştıran bir yapısı vardır.

Tanıma Kuralının toplumsal bir kural olması, bu kuralın bireyler tarafından da kabul edilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir²¹⁶. Bu kuralın, hukuk uygulayıcıları tarafından içsel bir bakış açısıyla belirlenmiş olması yeterlidir²¹⁷. Bir hukuk sisteminin varlığı için Tanıma Kuralının (ve diğer ikincil kuralların) hukuk uygulayıcıları tarafından benimsenmiş olması ve bireylerin de birincil kurallara uyması gereklidir²¹⁸. Öyle ki, bireylerin bu birincil kuralları uyulması zorunlu birer kural olarak görüp görmemeleri, yani içsel bakış açısından bu kuralları benimsemeleri değil, ister yaptırım korkusundan ister başkaca sebeplerle olsun, bu kurallara uyması aranmaktadır²¹⁹.

Dworkin ve Shapiro, Tanıma Kuralının toplumsal bir kural olması ile ilgili belli sorunlara dikkat çekmektedirler. Dworkin'e göre, bir kuralın toplumsal bir kural olması, yalnızca belli bir grubun çoğunluğunun belli bir şekilde davrandığını ifade etmekten öteye gidememektedir²²⁰. Örneğin, sigara içmeye karşı bir kural varsa ve bu yasağı delen bir kimseyle karşılaşırsak, bu kişiyi eleştirirken insanların çoğunun burada sigara içmediğini söylemekle kalmayız. Başkalarının burada sigara içmediğini ve içenleri eleştireceğini söyleriz²²¹. Dolayısıyla, bir kuralın kural olmasında yalnızca o kuralı benimseyenlerin kuralın içeriğine ilişkin psikik durumu, yani kuralın kural olarak kabulü yeterli olmamaktadır. Hart Tanıma Kuralını hukuken geçerli olmasa da hukuken bağlayıcı bir kural olarak görmekte²²², fakat salt olguların nasıl normatif sonuçlar yaratabileceğini açıklamakta başarısız olmaktadır.

C. Tanıma Kuralının İçeriğinin Çeşitli Nitelikleri

Tanıma Kuralının içeriğinin yetki verici mi yükümlülük yükleyici mi olduğuna dair tartışmalar doktrinde yürütülmüştür. Bu iki olasılık dışında,

²¹⁵ Bu konuda bkz. **Shapiro**, 2008, ss. 13-14.

²¹⁶ **Surlu**, 2008, ss. 58-59.

²¹⁷ **Sebok**, 2014, s. 1552.

²¹⁸ **Hart**, 2012, ss. 116-117.

²¹⁹ *Ibid.*, s. 117.

²²⁰ **Dworkin**, 1978, ss. 50-51.

²²¹ **Shapiro**, 2008, s. 13.

²²² **Raz**, 1979, s. 95.

Tanıma Kuralının bir geçerlilik kriteri olduğu, tek fonksiyonunun bir hukuk sisteminin en üstün değiştirme kuralına geçerlilik sağlamak olduğu, hem yükümlülük yükleyen hem de geçerlilik kriteri sağlayan bir norm olduğu gibi çeşitli olasılıklar da değerlendirilmiştir. Bu konuda Hart'ın düşüncesi Tanıma Kuralının yükümlülük yükleyen ve hukuk uygulayıcılarına belli normları o hukuk sisteminin normları olarak kabul etmesini buyuran bir kural olduğu yönündedir²²³. Shapiro, Tanıma Kuralının yetki verici bir kural olamayacağını, nitekim yetki verdiği kabul edilen bir Tanıma Kuralının değiştirme kuralı hâline geleceğini düşünmektedir²²⁴. Örneğin, İngiltere'de "*Queen in Parliament* süreciyle yaratılan her şey hukuktur." şeklinde bir Tanıma Kuralı olduğunu düşünürsek, İngiltere'de hukuk koyan, kaldıran ve değiştiren organı belirlemiş oluruz ki bu durumda Tanıma Kuralı ile değiştirme kuralı arasında hiçbir fark kalmaz²²⁵. Konu anlamında bu iki kural arasında bir fark kalmayacağı açıktır. Nitekim, bu durumda Tanıma Kuralı da belli organlar (bu durumda Avam Kamarası - Lordlar Kamarası - Kraliçe) tarafından ve yine belli usûlle (Avam Kamarası süreci - Lordlar Kamarası süreci ve Kraliçe'nin onayı) hukuk yaratılması ve değiştirilmesini konu edinmektedir²²⁶.

Öte yandan, Shapiro, Tanıma Kuralının, Hart'ın oluşturduğu şekliyle, hukuk uygulayıcılarına yükümlülük yükleyen ve onlar tarafından belirlenen bir kural olarak var olamayacağını düşünmektedir²²⁷. Tanıma Kuralı ancak minimal anlamda, belli bir hukuk sisteminin geçerlilik kriteri veya hukukî faaliyetlerin "ortak planının" (*shared plan*) norm yaratan ve uygulayan bir hükmü olarak var olabilir²²⁸.

Pino da Hart'ın oluşturduğu şekliyle Tanıma Kuralının içeriğine ilişkin çeşitli nitelendirmeleri inceledikten ve bunların eksikliklerini dile getirdikten sonra Tanıma Kuralının içeriğinin yükümlülük yükleyici veya hem yükümlülük yükleyici hem de geçerlilik kriteri sağlayan bir içerik olduğunu düşünmenin, mahkemelerin bazen geçerli hukuku uygulamama yükümlü-

²²³ Shapiro, 2008, ss. 5-6.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*, s. 5.

²²⁶ Zaten, değiştirme kuralının bulunduğu bir sistemde Tanıma Kuralına gerek olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur. Biz Tanıma Kuralına odaklandığımız için bu konuya girmiyoruz. Bkz. Waldron, 2013, s. 392.

²²⁷ Shapiro, 2008, s. 32.

²²⁸ *Ibid.* Shapiro'nun "ortak plan" iyi kastettiğini anlamak için bkz. *Ibid.*, ss. 19-20.

lûğü altında olabildiği için doğru olmadığını; Tanıma Kuralının içeriğinin yetki verici olduğunu düşünmenin ise Tanıma Kuralı ile değiştirme ve muhakeme kurallarını birbirine karıştırdığını ileri sürmüştür²²⁹.

Biz temel olarak normların yetki verici ve yükümlendirici olarak ayrılmasına sıcak bakmıyoruz. Nitekim, bir kuralın dilbilimsel ifadesi ile bu ifadenin yorumlanması yoluyla ulaşılan anlam, yani norm, aynı şey değildir. Metin ve norm birbirinden farklıdır²³⁰. Örneğin, “herkes düşüncesini ifade etmekte özgürdür.” şeklindeki bir normun, dilbilimsel ifadesi açısından yetki verici bir görünüme sahip olduğundan bahisle bu şekilde nitelendirilmesi doğru değildir. Bu metnin yorumlanması yoluyla ulaşılan norm, yalnızca bireylere bir yetki vermemekte, aynı zamanda diğer bütün bireylere ve devlete bu özgürlüğe müdahale etmeme yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla, “Kanunlar Parlatmentonun salt çoğunluğu ile kabul edildiği takdirde geçerlidir.” şeklindeki bir kural metninin de, kişi veya organlara doğrudan hitap etmediği için ne yetki verici ne de yükümlülük getirici olduğunu söylemek doğru değildir. Bu metnin yorumu ile elde edilecek olan norm hem Parlamento’ya salt çoğunluk ile kanun koyma yetkisini hem de azınlıkla kanun koymama yükümlülüğünü getirmektedir.

Tanıma Kuralının içeriğinin niteliğine ilişkin tartışma çok detaylı şekilde ele alınabilecek ve halihazırda başkaları tarafından ele alınmış bir konudur. Bizim bu çalışmadaki maksadımız bu içeriğine niteliğini netleştirmek değildir. Eğer, Hart’ın Tanıma Kuralı temelinde geliştirdiği teorisinin uluslararası hukuka uygulanabilir olup olmadığını görmek ve bu uygulamayı temel norma dayanarak Kelsen’in geliştirdiği teori ile kıyaslamak niyetindeyse, Tanıma Kuralının Hart’ın teorisinde gördüğü işleve odaklanmalıyız. Dolayısıyla, gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk için olsun, Tanıma Kuralını Hart doğrultusunda hukuk uygulayıcılarının bir hukuk normunun o hukuk sistemine ait olup olmadığını belirlemelerine yarayan, ihdas edilmemiş, konvansiyonel bir kural olarak tanımlamamız gerekmektedir. Bu durumda bu kuralın yetki verici mi yoksa yükümlülük yükleyici mi olduğunun veya belli bir geçerlilik kriteri sağlayıp sağlamadığının tespiti bizim açımızdan önem teşkil etmemektedir. Zaten içeriği kesin bir şekilde bilinmeyen ve fonksiyonel olarak tanımlanan bir norm kategorisinin kendiliğinden yetki veren veya yükümlü-

²²⁹ Pino, 2011, s. 288.

²³⁰ Kelsen, 2008, ss. 3-4.

lük yükleyen bir karaktere sahip olması kanımızca mümkün değildir. Yetki vermek veya yükümlülük yüklemek, normun metnine ilişkin değil, kendisine ilişkin bir husustur. Nitekim, yetki ve yükümlülük hukukî kavramlardır. Metin ise, yorum yoluyla bu metinden çıkarılan norm tespit edilmedikçe, hukukî bir ifade değildir. Söz konusu olan ihdas edilmemiş bir sosyal kural olan Tanıma Kuralı olduğunda, bu kuralın içeriğinin niteliği hakkındaki tartışma genellikle onun olası metinsel ifadeleri üzerinden gerçekleştirilmektedir ki Kanımızca bu yaklaşım açıkladığımız sebeple yetersiz kalmaktadır.

D. Hukuk Uygulayıcıları Kavramı

Bu kısımda ele alacağımız sorun Tanıma Kuralının kim tarafından benimseneceğine ilişkindir. Hart'ın bu konuda kullandığı terminoloji bir hayli karışıktır. Hart, Tanıma Kuralı söz konusu olduğunda kim zaman bir hukuk sisteminin bütün yetkililerinden (*officials*), kimi zamansa yalnızca mahkemelerden bahsetmektedir²³¹.

Her şeyden önce belirtilmeli ki diğer tanıma kurallarının, yani bir hukuk düzeninin pozitif metinlerinde rastlanılan tanıma kurallarının kim tarafından benimseneceği ve kime yükümlülük yüklediği konularında bir tartışma yoktur. Bunlar bir hukuk metninde ifadesini bulan normlar olduklarına göre, bunları benimseyecek organ söz konusu hukuk normunun ihdas etmeye yetkili olan organ, bunların yükümlülük yüklediği organ da metinde doğrudan adı geçen veya yükümlülüğün mahiyeti gereği doğrudan belirtilmesine gerek olmayan organlardır. Diğer tanıma kuralları pozitif normlar olacağı için, bunların muhatabı ve yapıcısı bellidir. Ancak, söz konusu olan Tanıma Kuralı olduğunda işin rengi değişmekte, su biraz daha bulanmaktadır.

Shapiro, Tanıma Kuralının yalnızca mahkemelere, değişiklik ve yargılama kurallarının ise kural koyan veya hukukî uyuşmazlıkları çözen ilgili organlara yükümlülük yüklediği görüşünün, başka sorunlara yol açacak olsa da, Hart'ın terminolojisindeki tutarsızlığı giderebileceğini düşünmektedir²³². Bu görüşün ifade ettiği husus en nihayetinde bir hukuk sisteminin nihaî geçerlilik kaynağı olan Tanıma Kuralı'nın o hukuk sistemindeki hâkimlere yükümlülük yüklediği ve - Tanıma Kuralı'nın yükümlüsüyle yapıcısı aynı olduğu için - bu kuralın hâkimler tarafından benimseneceğidir.

²³¹ Shapiro, 2008, ss. 6-7.

²³² *Ibid.*, s. 7.

Tanıma Kuralı'nın hâkimler tarafından benimseneceği iddia edilebilir. Nitekim, bir hukuk sistemindeki en üstün kurallar niteliğindeki anayasal kurallar nihaî olarak onlar tarafından yorumlanıp, uygulanır. Başka bir deyişle, bu kuralların otantik yorumcusu hâkimlerdir. Anayasal kurallar, nihaî olarak hâkimler tarafından uygulanacağından, bu kuralların niçin geçerli olduğunu belirleyen Tanıma Kuralı da hâkimler tarafından belirlenecektir. Ancak, istisnaî durumlar mevcuttur. Aşağıda Türk hukukundan alınmış bir örneği inceleyeceğiz.

1982 Anayasasının 148. maddesinin 1. fıkrasına göre, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim dönemlerinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararnemelerin Anayasa Mahkemesi veya başka bir mahkeme önüne gelmesi mümkün değildir²³³. Buna karşılık, Anayasada bu kararnemeleri düzenleyen 121. ve 122. maddeler olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnemelerine ilişkin “olağanüstü hâl veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda” ve “olağanüstü hâl veya sıkıyönetim süresince” çıkarılma şartlarını kim değerlendirecektir? Başka bir deyişle bu anayasa normunu kim uygulayacaktır? Bu bakış açısına göre, örneğin, söz konusu anayasa normu Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnemelerinin siyasî denetimi sırasında uygulanabilir. Bu durumda söz konusu anayasa normunun (121 ve 122. maddeler) niçin bağlayıcı ve geçerli olduğuna dair olgusal Tanıma Kuralı'nın Meclis tarafından belirleneceği ve bu örnekte Hart'ın terimleriyle hukuk uygulayıcısının Meclis üyeleri olduğu iddia edilemez mi?

Kanımızca bu iddia kabul edilebilir bir iddiadır. Dolayısıyla Tanıma Kuralı'nın her zaman mahkemeler tarafından belirlenmediğine kanaat getirebiliriz. Shapiro da Amerika Birleşik Devletleri'ndeki “siyasal sorun” (*political question*) doktrinine gönderme yaparak, bir hukuk sistemindeki kuralların yalnızca hâkimler tarafından uygulanan kurallardan ibaret görülemeyeceğini belirtmektedir²³⁴. Sonuç itibariyle, bir hukuk sisteminde-

²³³ Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnemelerinin yargısal denetimi konusunun Türk doktrininde çok tartışmalı olduğunun, bizim belirttiğimiz görüşün aksine görüşlerin de bulunduğu farkındayız. Burada bu tartışmanın detaylarına girmemiz mümkün değildir. Bizim görüşümüz ve gerekçelerimiz için bkz. **Gülgeç**, 2016., ss. 202-206. Ayrıca konu hakkında daha detaylı tartışmalara şu kaynaklardan ulaşılabilir: **Arıkan**, 2011, *passim*; **Çelik**, 2010, *passim*; **Gözler**, 1990, *passim*; **Tülen**, 2004, *passim*; **Gözler**, 2000, *passim*.

²³⁴ **Shapiro**, 2008, s. 7.

ki hukuk uygulayıcılarının, yani Tanıma Kuralını benimseyecek olanların hâkimlerden ibaret olmayacağını söyleyebiliriz. Ancak şu da eklenmelidir ki hukuk uygulayıcıları ancak ve ancak anayasayı (veya o hukuk sistemindeki en üstün pozitif normu) doğrudan ve nihaî olarak uygulama imkânına sahip olan organ veya organlara ait olabilir. Nitekim, hukuk sistemindeki en üstün norm dışındaki normların o hukuk sistemine ait olmasını sağlayan Tanıma Kuralı değil, hukuk metinlerinde ifadesini bulan tanıma kurallarıdır.

Son olarak, Tanıma Kuralının hukuk uygulayıcıları tarafından benimsenmesine dair bir eleştiriye değinelim. Hart'ın Tanıma Kuralının var olabilmesi için hukuk uygulayıcıları arasında bir konsensüs olması gerektiği düşünülmektedir²³⁵. Bu konuyla ilgili olarak Shapiro Amerika Birleşik Devletleri'nde Kongre tarafından çıkarılmış, Başkan tarafından imzalanmış ve eyaletler arası ticareti düzenleyen bir normun, hukuk sisteminin yargıçları belli bir Tanıma Kuralı benimsediği ve söz konusu norm bu Tanıma Kuralında belirlenen geçerlilik kriterlerini sağladığı için geçerli olduğu örneğini vermektedir²³⁶. Dolayısıyla, bu konsensüsün olmadığı durumlarda, Tanıma Kuralı'nın içeriği belirlenemeyecek ve Tanıma Kuralının - dolayısıyla da hukuk sisteminin - var olmadığı sonucuna ulaşmak gerekecektir²³⁷. Konsensüs vurgusu Hart'ın metninde doğrudan yer almasa da, Tanıma Kuralının hukuk uygulayıcıları tarafından benimseneceği yönündeki tespit Tanıma Kuralının içeriğine ilişkin anlaşmazlıklar durumunda ne olacağı sorusu bâkidir. Ancak, burada bu itirazın zayıf bir yönüne vurgu yapmakta fayda vardır. Daha önce de vurgulandığı gibi, Tanıma Kuralı bir hukuk sisteminde hukuku uygulamakla görevli yetkililerin uygulamaları neticesinde benimsenir. Tanıma Kuralı hukuk uygulayıcıları belli şekilde davrandığı ve bu şekilde davranmak zorunda hissettikleri için (içsel bakış açısı) belli bir içeriğe sahiptir. Tanıma Kuralının içeriği konusunda hataya düşmek demek, teorik değil ampirik bir hata yapmak demektir (Ya hukuk uygulayıcıları belli şekilde davranmıyordur ya da o davranışı sergilemek konusunda bir yükümlülük hissetmiyordur)²³⁸. Dolayısıyla, söz konusu anlaşmazlığın tarafı olan hukuk uygulayıcıları ya tutarsızdır ya da samimiyetsiz²³⁹. Yargıçların belli bir uygulamada bulunup

²³⁵ *Ibid.*, s. 14.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ Bkz. **Leiter**, 2009, s. 1222.

²³⁹ **Shapiro**, 2008, s. 15.

bulunmadığı konusu ampirik bir gözleme, doğru/yanlış değerlendirmesine konu olabileceği de neticede psişik bir konu olan “belli bir şey yapmakla yükümlü hissetmenin” ne derece ampirik gözleme konu olabileceği şüphelidir²⁴⁰. Dolayısıyla, Tanıma Kuralının benimsenmesi konusunda konsensüsün gerekli olduğu düşüncesine mesafeli yaklaşarak, Tanıma Kuralının içeriği konusunda anlaşmazlığa düşülmesi sonucunda ne olacağının Hart’ın teorisinde belirsiz olduğunu söyleyebiliriz.

SONUÇ YERİNE: TEMEL NORM MU, TANIMA KURALI MI?

Temel norm ve Tanıma Kuralı’nın teorik eksikliklerini gördükten sonra hangi kavramın uluslararası hukukun teorik temelini tesis etmeye daha uygun olduğunu tespit etmemiz gerekmektedir. Temel normun bir varsayımdan ibaret olması ve bir hukuk sisteminin en üstün pozitif normuna geçerlilik tanımaktan öte bir fonksiyonunun olmaması onun Tanıma Kuralı karşısındaki hem en önemli avantajı hem de en büyük zaafıdır. Nitekim, temel normun varsayımsal niteliği onun varlığının ispatlanmasını lüzumsuz kılmaktadır. Pekâlâ bir hukuk sistemindeki en stratejik konumdaki normun geçerli olduğunun varsayılmasıyla - ki temel normun benimsenmesi hiyerarşik olarak en üstün konumdaki hukuk normunun geçerliliğinin varsayılması anlamına gelmektedir - hukuk sisteminin geri kalanının geçerliliği çok daha kolay şekilde gösterilebilir. Kelsen’in uluslararası hukukun temel normuna ilişkin izlediği stratejiyi bir düşünelim: *Pacta sunt servanda* ilkesi çok az hukukçunun kabul etmekten kaçınabileceği bir ilkedir. Uluslararası hukukun hukuk olduğu kabul edilecekse, devletlerin rızasına dayalı bir bağlayıcılığın temeli açıklanabilmelidir. Bu ilke uluslararası sözleşmelerin bağlayıcılığını tesis etmektedir ve bu nedenle de ilkenin temeli sözleşmesel olamaz. Kelsen, bu gerçeğin bilincinde olarak, *pacta sunt servanda*nın örfî bir hukuk kuralı olduğunu düşünür ve temel normun içeriğinin örf ve âdet yoluyla norm yaratılmasını mümkün kılan, örf ve âdet hukuku kurallarına geçerlilik tanıyan bir nitelikte olduğunu ileri sürer.

²⁴⁰ Bu konuda Profesör Brian Leiter ile konuştum. Profesör Brian Leiter, insanların hareket ve sözlerinden onların iç dünyalarına ilişkin çıkarımların yapılabileceğini düşünüyor. Bu bakış açısı ile ilgili sorun şu: Eğer kişilerin hareket ve sözleri onların iç dünyalarına, psişik durumlarına ilişkin doğru veriler sağlıyorsa, Tanıma Kuralının içeriği konusunda anlaşmazlığa düşen kişilerin hataya düştükleri, tutarsız davrandıkları söylenebilirse bile, samimiyezsiz davrandıkları söylenemeyecektir.

Kelsen'in bu kurgusunda örf ve âdet hukuku kuralları sözleşmesel kuralların hiyerarşik üstü konumundadır. Nitekim, uluslararası sözleşmelerin geçerliliği bir örf ve âdet hukuku kuralından kaynaklanmaktadır. Söz konusu durumda sorun, aralarındaki hiyerarşik ilişkinin bir gereği olarak, uluslararası sözleşmelerin örf ve âdet hukuku kurallarına aykırı olamamasıdır. Uluslararası hukukçular arasında çoğunluk örf ve âdet hukuku ile sözleşmeleri eş hiyerarşik seviyede görmekte, yahut bu ikisinin çatışması durumunda sözleşmelerin geçerli olduğunu, sözleşmelerin uygulanması gerektiğini düşünmektedir²⁴¹. Kelsen, bu sorunu ele almamaktadır. Böyle bir sorunun tek çözümü, örf ve âdet hukukunun sözleşmelerden üstün olmasına karşın, bir başka örf ve âdet hukuku normunun çatışma hâlinde sözleşmelerin uygulanacağını öngörmesidir. Bu öngörüde bulunanın bir örf ve âdet hukuku normu olması gerekir, nitekim alt norm-üst norm çatışmasında alt norma uygulama önceliği tanınması ancak üst normun bunu öngörmesi hâlinde mümkündür²⁴². Hâliyle, bu durumda dahi söz konusu olan şey sözleşmeyle çatışan örf ve âdet hukuku normunun geçersizliği değil, uygulanabilirliğini yitirmesidir. Dolayısıyla, sözleşme ortadan kalkarsa, örf ve âdet hukuku normu tekrar uygulanabilir hâle gelir²⁴³. Uluslararası hukukçular arasında örf ve âdet hukuku normu ile sözleşmenin çatışması durumunda sözleşmelerin uygulanacağı yönündeki baskın görüşün, bu doğrultuda bir örf ve âdet hukuku normunun bulunduğu işaret edebileceğini söyleyebiliriz. Ancak, bu verinin devletlerin ve uluslararası örgütlerin konuya bakış açısıyla (*opinio juris*) desteklenmesi gerekmektedir. Sözleşmelere örf ve âdet hukuku kuralları karşısında uygulama önceliği tanıyan bir örf ve âdet hukuku normunun varlığı sabit olmadıkça, Kelsen'in temel norm kuramı uluslararası hukuktaki uygulamayla çelişik sonuçlar doğuracaktır.

²⁴¹ Cassese, 2005, ss. 198-199; Goldsmith ve Posner, s. 4; Currie, 2008, s. 206; Shaw, 2008, s. 123; Wallace, 2002 s. 20.

²⁴² Örnek olarak İngiliz hukukunda kanun-Avrupa Birliği (AB) hukuku normu ilişkisini ele alalım. AB hukukunun İngiliz hukukundaki tek geçerlilik kaynağı kanunlardır. Bu normlar, kanunların uygulanmalarını öngörmesi hâlinde uygulanabilirler. Bir başka deyişle, AB hukukunun İngiliz hukukundaki geçerlilik kaynağı İngiliz kanunlarıdır. İngiliz kanunları AB hukuku normlarından hiyerarşik olarak üstündür. Ancak, aynı kanun, kanunlarla AB hukuku normlarının çatışması hâlinde AB hukuku normlarının "uygulanmasını" öngörmekte, AB hukuku normlarına kanunlar karşısında uygulama önceliği tanımaktadır. Bu konuda daha detaylı analizler için bkz. Gülgeç, 2016, ss. 406-407.

²⁴³ Bu görüşümüzü yukarıda bir normun geçerliliği ile etkililiği arasında hiçbir bağlantı olmayacağına dair görüşümüzle birlikte değerlendirebiliriz. Dolayısıyla, söz konusu örf ve âdet hukuku normu çok uzun süre uygulanmasa da geçerliliğini yitirmeyecektir.

Kelsen'e göre aynı temel norma dayanan normlar bütünü bir hukuk sistemidir. Dolayısıyla, hem uluslararası hukuku, hem de ulusal hukuk sistemlerini "hukuk" olarak görmek için, bunların birliğini, bütünlüğünü; bunların aynı temel norma dayandığını göstermek gerekmektedir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Kelsen'in düalizme yer vermeyen hukuk teorisi uluslararası hukuk-ulusal hukuk ilişkilerine dair yanıltıcı açıklamalar getirmektedir. Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk sistemlerinin aynı temel norma dayandığını ve dolayısıyla bunların aynı hukuk sistemini teşkil ettikleri gösterildikten sonra bunlar arasında kategorik bir üstlük/altlık ilişkisi kurulması doğru değildir.

Yukarıda da vurguladığımız gibi, temel normun olduğu yerde her zaman bilimsellik itirazı da olacaktır. Temel normun amaçsallığı ve araçsallığı her zaman bir yumuşak karın olarak kalacaktır. Bu konudaki tartışmaları yukarıda gerçekleştirdik. Bunun dışında, temel normun varsayımsal niteliğinin özel olarak uluslararası hukuka ilişkin bir sakıncası bulunmamaktadır.

Hart'ın bir uluslararası hukuk teorisi oluşturmamış olması, Tanıma Kuralının mucidinin bu kavram temelinde bir uluslararası hukuk teorisi oluşturmamış olması elbette büyük bir dezavantajdır. Yukarıda her ne kadar Hart bir uluslararası hukuk teorisi geliştirmemişse de, kanımızca Hartçı bir uluslararası hukuk teorisinin mümkün olduğunu belirtmiştik. Şimdi yukarıda tartıştığımız Tanıma Kuralı kavramı doğrultusunda kurulacak bir uluslararası hukuk teorisinin olası sorunlarını inceleyelim.

Tanıma Kuralı her ne kadar bir norm olsa ve bir "olması gereken" ifade etse de onun geçerliliği değil, varlığı söz konusu olur. Dolayısıyla, Tanıma Kuralının varlığı olgusal bir değerlendirmeye konu olabilir. Tanıma Kuralının varlığı gösterilmelidir. Bu durum, temel norm açısından dile getirilebilecek bilimsellik itirazının Tanıma Kuralı açısından söz konusu olmamasını sağlamaktadır. Ancak, bu durumda da Tanıma Kuralının varlığını ve içeriğini kesin, tartışmasız şekilde belirleyebilmek gerekecektir. Bu belirleme için de uluslararası hukuk uygulayıcılarının mutabakatı gerekecektir. Hukuk uygulayıcılarının mutabakatı hususu ulusal hukuk sistemleri açısından da sorunludur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hukuk uygulayıcılarının Tanıma Kuralının içeriğine ilişkin uzlaşamaları durumunda ne olacağı belirsizdir. Uluslararası hukukta "hukuk uygulayıcıları" kavramıyla ifade edilen grubun ne kadar geniş olduğu da düşünüldüğünde, hem Tanıma Kuralının olgusal

varlığının gösterilmesi hem de Tanıma Kuralının içeriği hakkında mutabakata varılması oldukça zorlaşmaktadır.

Tanıma Kuralının olgusal niteliğine ilişkin sorun bununla da kalmamaktadır. Daha önce Shapiro ve Dworkin tarafından da vurgulandığı gibi, geçerliliği değil, olgusal varlığı söz konusu olan, toplumsal, örfi bir kural olan Tanıma Kuralının nasıl olup da normatif yükümlülüğe yol açtığı belirsizdir. Belki de olgulardan norm türetilmesi mümkündür, ancak bu türemenin nasıl gerçekleştiğinin teorik çerçevesinin çizilmesi gerekir ki bu çerçeve Hart'ın teorisinde eksiktir. Bu eksiklik neticesinde görünen o ki, Hart'ın Tanıma Kuralına ilişkin düşüncelerinde gizli ve varsayımsal bir norm mevcuttur. Bu normun içeriği şu şekildedir: “Hukuk uygulayıcılarının içsel bakış açısıyla benimsedikleri Tanıma Kuralı bağlayıcıdır.”. Bu durumda ise Tanıma Kuralı pozitif bir norm hâline gelmekte, Tanıma Kuralının normatif değeri, onu ihdas eden olgudan ayırışmakta ve bağımsız bir varlığa kavuşmaktadır. Bu manzarada Tanıma Kuralının bizim araştırmamız açısından bir önemi kalmamakta, Hart'ın gizli varsayımsal normu temel norm hâlini almaktadır. Dolayısıyla, olgulardan norm türetilmesinin teorik arkaplanı oluşturulmadığı sürece Hart'ın sunduğu şekliyle Tanıma Kuralının ne uluslararası hukuk ne de ulusal hukuk sistemleri için tutarlı ve sağlam bir temel sunması mümkün görünmemektedir. Buna rağmen uluslararası hukukun temeli olarak Tanıma Kuralında ısrar edilmesi, halihazırda hukukî niteliği konusunda tartışmalar bulunan uluslararası hukuku daha da tartışmalı hâle getirip, uluslararası hukukun hukuk niteliğinin kabulünü güçleştirecektir.

Tanıma Kuralının uluslararası hukukun temeline yerleştirilmesiyle ilgili bir başka sorun da bu “olgusal norm(!)” ile hangi pozitif normun geçerlilik kriterlerinin belirleneceğidir. Anayasaya sahip ulusal hukuk sistemlerinde bu sorunun cevabı açıktır. Başka bir yazılı, pozitif normda geçerlilik kriterleri belirlenmemiş olan normun geçerliliği Tanıma Kuralı tarafından belirlenecektir. Uluslararası hukukta bu sorunun basit bir cevabı var mıdır? Akla yine *pacta sunt servanda* ilkesi gelmektedir. Eğer Kelsen'in belirttiği gibi bu ilke meta-pozitif bir norm değil de, örf ve âdet yoluyla yaratılmış pozitif bir normsa, Tanıma Kuralının bu normun geçerlilik kriterlerini belirleyeceği düşünülebilir. Neticede bütün uluslararası antlaşmaların geçerliliği bu ilkeye dayandırılabilir. Ancak, bu durumda da örf ve âdet hukukunun geçerliliği tesis edilemeyecektir. Dolayısıyla uluslararası hukukun Tanıma Kuralının örf ve âdet yoluyla yaratılan normların uluslararası hukuk uygulayıcıları

tarafından benimsenip uygulanmasını emrettiği düşünülebilir. Bu durumda Tanıma Kuralı ile temel normun fonksiyonu aynı olacaktır ve örf ve âdet hukuku uluslararası antlaşmalardan üstün olacaktır. Dolayısıyla, Kelsen'in temel normu için olduğu gibi Tanıma Kuralı açısından da bir teori-pratik uyumsuzluğu ve devletlerin açık rıza ve iradesinin teorik düzlemde zımnî rızalarına tâbi kılınması söz konusu olacaktır.

Bu manzarada Tanıma Kuralının oldukça dezavantajlı olduğu görülmektedir. Ancak, bu durumun bir nedeni de doktrinde Tanıma Kuralını uluslararası hukukun kaynağına yerleştiren çalışmaların azlığıdır. Dolayısıyla, mevcut koşullarda temel normun uluslararası hukukun teorik kaynağı olarak Tanıma Kuralından daha başarılı olması yadırganmamalıdır. Tanıma Kuralına ilişkin daha fazla teorik çalışmaya ihtiyaç vardır. İstisnaen de olsa olgulardan norm türetilebileceğinin teorik olarak tutarlı bir şekilde savunulabilmesi bu çalışmaların ilk ayağını oluşturmalıdır. Böylece temel norma yöneltebilecek bilimsellik itirazı bertaraf edilebilecektir. Bu mümkün olursa, geriye Tanıma Kuralının içeriğine ilişkin hukuk uygulayıcılarının mutabakatını göstermek kalacaktır. Bunun ne denli güç olduğuna değinmiştik. Ancak, teorik açıdan kusursuz ve tutarlı bir yapı sağlandığı sürece, pratiğe ilişkin güçlüklerin aşılabileceğini; teorik tutarsızlık ve pratikle uyumdaysa, teorik kusursuzluk ve pratik güçlüklerin tercih edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Uluslararası hukukun temeline Tanıma Kuralının yerleştirilmesi açısından özellikle önem arz eden bir başka husus hukuk uygulayıcılarının Tanıma Kuralının içeriği konusunda uzlaşmadığı durumlarda ne olacağının Hart'ın teorisine göre açıklığa kavuşturulmasıdır. Böylece, uluslararası hukukta daha çeşitli ve karmaşık olan hukuk uygulayıcılarının uzlaşmazlığı hâlinde Tanıma Kuralının ve uluslararası hukukun akıbetinin ne olacağı ortaya konabilir.

KAYNAKÇA

- ADLER Matthew D., “**Constitutional Fidelity, The Rule of Recognition, and the Communitarian Turn in Contemporary Positivism**”, **Fordham Law Review**, C. 75, S. 3, Yıl: 2006, ss. 1671-1695.
- ALLAN Trevor R. S., **The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law**, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- ARIKAN Cengiz, **Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi**, Yetkin, Ankara, 2011.
- AUSTIN John, **The Province of Jurisprudence Determined**, ed.: Wilfred E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- BARBER N. W., “**Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament and Statutes**”, **Oxford Journal of Legal Studies**, C. 20, S. 1, 2000, ss. 131-154.
- BARNETT Hilaire, **Constitutional and Administrative Law**, 4. Bası, Cavendish, Londra, 2002.
- BECKETT Jason A., “**The Hartian Tradition in International Law**”, **The Journal of Jurisprudence**, C. 1, Eylül 2008, ss. 51-83.
- BERNSTROFF Jochen von ve DUNLAP Thomas, **The Public International Law Theory of Hans Kelsen**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- BINDREITER Uta, **Why Grundnorm?: A Treatise on the Implications of Kelsen’s Doctrine**, Kluwer, La Haye, 2002.
- BURKENS Marten, “**Federal Republic of Germany**”, **Constitutional Law of 15 EU Member States**, editörler: Lucas Prakke ve Constantijn Kortmann, Kluwer, Deventer, 2004, ss. 309-366.
- CASSESE Antonio, **International Law**, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- COLEMAN Jules L., “**Negative and Positive Positivism**”, **The Journal of Legal Studies**, C. 11, S. 1, 1982, ss. 139-164.
- CURRIE John H., **Public International Law**, 4. Bası, Irwin Law, Toronto, 2008.
- ÇELİK Cemil, **Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler**, Seçkin, Ankara, 2010.
- DELACROIX Sylvie, **Legal Norms and Normativity: An Essay in Genealogy**, Hart, Portland, 2006.

- DWORKIN Ronald M., **“The Model of Rules II”, Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Cambridge, 1978, ss. 46-80.
- EISELE Thomas D., **“The Activity of Being a Lawyer: The Imaginative Pursuit of Implications and Possibilities”**, *Tennessee Law Review*, C. 54, 1987, ss. 345-389.
- FULLER Lon L., **“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”**, *Harvard Law Review*, C. 71, S. 4, Şubat 1958, ss. 630-672.
- FÜRST Walther ve GÜNTHER Hellmuth, **Das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland in den Grundzügen**, 2. Bası, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1978.
- GIUDICE Michael, **“Hart and Kelsen on International Law”**, *Oxford Studies in Philosophy of Law*, editörler: Leslie Green ve Brian Leiter, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- GOLDSMITH Jack L. ve POSNER Eric A., **“A Theory of Customary International Law”**, Chicago University John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 63, <http://www.law.uchicago.edu/files/files/63.Goldsmith-Posner.pdf>, Date of Access: 18 August 2016.
- GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, 10. Bası, Ekin, Bursa, 2013.
- GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, 2. Bası, Ekin, Bursa, 2009.
- GÖZLER Kemal, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, Ekin, Bursa, 2000.
- GÖZLER Kemal, **Kurucu İktidar**, Ekin, Bursa, 1998.
- GÖZLER Kemal, **“Olağanüstü Hâl Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi”**, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 47, S. 4, Ağustos 1990, ss. 561-590.
- GUSTAFSSON Hakan, **“Fiction of Law”**, *No Foundations*, C. 4, Ekim 2007, ss. 83-103.
- GÜLGEÇ Yahya Berkol, **Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü**, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1965.
- HART H. L. A., **“Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”**, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983b, ss. 309-342.

- HART H. L. A., **“Kelsen Visited”**, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983c, ss. 286-308.
- HART H. L. A., **“Positivism and the Separation of Law and Morals”**, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983a, ss. 49-87.
- HART H. L. A., **The Concept of Law**, 3. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- HAUSER Raimund, **Norm, Recht, und Staat**, Springer, Viyana, 1968.
- HECKMANN Dirk, **Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.
- HUGHES Graham, **“Validity and the Basic Norm”**, *California Law Review*, C. 53, S. 3, Mayıs 1971, ss. 695-714.
- KALYVAS Andreas, **“The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen’s Legal and Political Theory”**, *Philosophy and Social Criticism*, C. 32, S. 5, Yıl: 2006, ss. 573-599.
- KELSEN Hans, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1973.
- KELSEN Hans, **General Theory of Law and State**, çev. Anders Wedberg, 3. Bası, Harvard University Press, Cambridge, 1949.
- KELSEN Hans, **Principles of International Law**, 3. Bası, Lawbook Exchange, New Jersey, 2003.
- KELSEN Hans, **Pure Theory of Law**, çev. Max Knight, 5. Bası, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008.
- KREIJEN Gerard, **State Failure, Sovereignty and Effectiveness**, Koninklijke Brill, Leiden, 2004.
- LAMOND Grant, **“The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System”**, *Reading H. L. A. Hart’s The Concept of Law*, editörler: Luís Duarte d’Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, Hart Publishing, Oxford, 2013, ss. 179-225.
- LEITER Brian, **“Explaining Theoretical Disagreement”**, *The University of Chicago Law Review*, S. 76, Yıl: 2009, ss. 1215-1250.
- LLZAMON Aloysius P., **“Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice”**, *The European Journal of International Law*, C. 18, S. 5, 2008, ss. 815-852.

- MARMOR Andrei, **Philosophy of Law**, Princeton University Press, New Jersey, 2011.
- MULLOCK Philip, “**Power Conferring Rules and the Rule of Recognition**”, **University of Pittsburg Law Review**, C. 36, 1974, ss. 23-33.
- PARPWORTH Neil, **Constitutional and Administrative Law**, 8. Bası, Oxford University Press, New York, 2014.
- PAYANDEH Mehrdad, “**The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart**”, **The European Journal of International Law**, C. 21, S. 4, 2011, ss. 967-995.
- PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 12. Bası, Turhan, Ankara, 2013.
- PERREAU-SAUSSIN Amanda, “**An Outsider on the Inside: Hart’s Limits on Jurisprudence**”, **University of Toronto Law Journal**, C. 56, 2006, ss. 371-388.
- PINO Giorgio, “**Farewell to the Rule of Recognition**”, **Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, C. 5, 2011, ss. 265-299.
- RAZ Joseph, “**Kelsen’in Temel Norm Kuramı**”, çev. Şule Şahin Ceylan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 4, Yıl: 2013, ss. 1169-1193.
- RAZ Joseph, “**Legal Principles and the Limits of Law**”, **Yale Law Journal**, C. 81, S. 5, 1972, ss. 823-854.
- RAZ Joseph, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- RAZ Joseph, “**The Identity of Legal Systems**”, **California Law Review**, C. 59, 1971, ss. 795-815.
- SEBOK Anthony J., “**Is the Rule of Recognition a Rule?**”, **Notre Dame Law Review**, C. 72, S. 5, Yıl: 2014, ss. 1539-1563.
- SHAPIRO Scott J., “**On Hart’s Way Out**”, **Legal Theory**, C. 4, Yıl: 1998, ss. 469-507.
- SHAPIRO Scott, “**What is the Rule of Recognition (and Does It Exist)?**”, 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1304645, Erişim Tarihi: 13 Nisan 2017.
- SHAW Malcolm N., **International Law**, 6. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- SPAACK Torben, “**Kelsen and Hart on the Normativity of Law**”, **Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honour of Jes Bjarup**, ed. Peter Wahlgren, 2005, ss. 397-414.

- SURLU Aydan Ömür, **H. L. A. Hart'ta Tanıma Kuralı**, Danışman: Gülriz Uygur, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, T-1214.
- ŞAHİN-CEYLAN Şule, **H. L. A. Hart'ın Hukuk Kavramı**, On İki Levha, İstanbul, 2014.
- TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2014.
- TÜLEN Hikmet, **“Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnemelerin Yargısal Denetimi Sorunu”**, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 3-4, Yıl: 2004, ss. 79-110.
- UYGUR Gülriz, **“Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”**, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 3, Yıl: 2003, ss. 145-176.
- WALDRON Jeremy, **“International Law: A Relatively Small and Unimportant Part of Jurisprudence?”**, **Reading H. L. A. Hart's “The Concept of Law**, editörler: Luís Duarte d'Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, Hart Publishing, Oxford, 2013, ss. 378-404.
- WALLACE Rebecca M. M., **International Law**, Sweet & Maxwell, Londra, 2002.
- WEINBERGER Ota, **“Hans Kelsen As Philosopher”**, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1973, ss. ix-xxviii.
- WEYLAND Ines, **“The Application of Kelsen's Theory of the Legal System to European Community Law: The Supremacy Puzzle Resolved”**, **Law and Philosophy**, C. 21, S. 1, 2002, ss. 1-37.
- YOUNGS Raymond, **English, French and German Comparative Law**, 3. Bası, Routledge, New York, 2014.

Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı

Arş. Gör. Didar ÖZDEMİR*

Öz: Hukuki temeli “*nemo tenetur se ipsum accusare*” diğer bir ifadeyle kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesi olan susma hakkı, hiç kimsenin kendi soruşturma veya kovuşturmasına kendi fiiliyle katılmak zorunda olmaması şeklinde tanımlanabilir. Susma hakkının hukuki niteliği, bir hak olup olmadığı, hak olarak kabulünde ise sınırlarının ne olacağı, bu haktan kimlerin yararlanabileceği ve muhakeme sürecinin hangi aşamalarında faydalanılabileceği günümüzde hala tartışılmaktadır. Bu çalışmada öncelikle susma hakkının kapsamı ve hukuki niteliği tartışılacak, ardından yararlanabilecek kişiler -özellikle tüzel kişilerin konumu- tespit edilmeye çalışılacak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıf yapılmak suretiyle Yargıtay kararları ışığında Türk hukukunda uygulanma biçimine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: susma hakkı, nemo tenetur, şüpheli hakları, sanık hakları, hukuka aykırı delil.

The Right to Silence in Turkish Criminal Procedure Law

Abstract: The right to silence, on the ground of the principle of “*nemo tenetur se ipsum accusare*” which means no one can be forced to charge himself, can be defined as that no one has to participate by his own actions to his own investigation or prosecution.

* Makale gönderim tarihi: 10.11.2017. Makale kabul tarihi: 05.12.2017

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (didarozdemir@hacettepe.edu.tr).

Bu çalışma, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü ile Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ortak Doktora Programı kapsamında Hakan Karakeha tarafından verilen “Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Ceza Muhakemesi Hukuku” dersi kapsamında ödev olarak hazırlanmış ve yazarı doktora sürecinde TÜBİTAK Yurtiçi Lisansüstü Burs Programı ile desteklenmiştir.

The legal character of the right to silence, whether it is a right or not and in case of admittance as a right; its borders, the beneficiary of this right and its time wise limits through the criminal procedure is still controversial. In this study, the legal character and the extent of the right to silence will be discussed, then the beneficiary of the right –especially, the position of the legal entities- will be established and also the practice of this right in Turkish criminal procedure law will be examined in the light of Turkish Supreme Court’s case law and by citing the relevant decisions of European Court of Human Rights.

Keywords: the right to silence, nemo tenetur, the rights of the suspected, the rights of the accused, illegal evidence.

GİRİŞ

“*Nemo tenetur se ipsum accusare*” diğer bir ifadeyle kişinin kendisini suçlamaya zorlanamaması ilkesinden doğan susma hakkı, hiç kimsenin kendi soruşturma veya kovuşturmasına kendi fiiliyle katılmak zorunda olmaması şeklinde tanımlanabilir. Susma hakkı temelde ifade özgürlüğünün olumsuz yansımasıdır. Ortaya çıkması tahkik sistemindeki sanığı obje olarak gören ve ondan işkence ve diğer yasak sorgulama yöntemleri ile ikrar ve her türlü delili elde etmeye çalışan zihniyetten uzaklaşılması ile mümkün olabilmektedir. Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmak olarak tespit edildikten sonradır ki şüpheli veya sanığa susma hakkı tanınmıştır¹.

Bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nde açıkça ifade edilmiş olmamakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) susma hakkını adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS’in 6. maddesi bağlamında değerlendirmektedir². AİHM içtihatlarına göre, AİHS m. 6/2’de “*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.*” şeklinde ifadesini bulan masumiyet karinesinin doğal sonuçlarından biri de susma hakkıdır³. AİHM, John Murray/ Birleşik Krallık davasında,

¹ ESER Albin, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, (çev. N. Centel), **Yargıtay Dergisi**, S. 16, 1990, ss. 313-338, s. 319; CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, Beta, İstanbul, 2015, s. 158; DEMİRBAŞ Timur, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 134.

² ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılanma Hakkı**, (çev. F. A. Tamer/ E. Kaplan), İletişim, İstanbul, 2000, s. 186.

³ ÇİÇEKLİ Bülent, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararlarının Analizi (2002-2005) ve Ceza Muhakemesine Yansımaları”, **CHD**, S. 1, Seçkin, Ankara, 2006, s. 258.

sanığın sorgusu sırasında susma ve kendi kendini suçlamaya zorlanmama hakkının uluslararası alanda genel kabul görmüş kurallardan olduğunu ve bunun 6. maddede ifadesini bulan adil yargılanma kavramının özünde yer aldığını belirtmiştir⁴.

AİHS'in koruma altına aldığı temel hak ve özgürlükler iç hukuklardaki düzenlemelerde de dikkate alınmalı, ceza kanunları Sözleşme ile uyumlu olarak hazırlanmalı ve uygulanmalıdır⁵. Nitekim Türk ceza muhakemesi hukukunda, hükmün AİHS ve eki Protokollerin ihlal edilmesi suretiyle verilmesi durumu, bu hususun AİHM'in ihlal kararıyla tespit edilmesinin ardından bir yıl içerisinde başvurulması halinde yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmektedir⁶. Bu sebeple, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun AİHS'e uygun olması gerektiği gibi, uygulamanın da AİHM içtihatlarına paralel olması hak ihlallerine sebep olunmaması bakımından önemlidir.

Çalışmamızın ilk bölümünde susma hakkının tanımı yapılarak kapsamı çizilmeye çalışılacak, ardından kişi ve zaman bakımından uygulamasına değinilecektir. İkinci bölümde ise, susma hakkını ihlal eden durumlara ve bu ihlale bağlanan hukuki neticelere yer verilecektir.

I. SUSMA HAKKININ TANIMI VE KAPSAMI

Ceza muhakemesinde adil yargılanma hakkı, kendi mahkûmiyetine yardımcı olmama, diğer bir ifadeyle, kendi aleyhine bilgi ve delil vermeye zorlanmamayı içermektedir. Bu sebeple, kişinin kendisini suçlayan bir duruma düşmemesini sağlamak amacıyla susma hakkı korunmaktadır. Hukuki dayanağı "*nemo tenetur se ipsum accusare*" diğer bir ifadeyle kişinin kendini suçlamaya zorlanmaması ilkesi olan susma hakkı, hiç kimsenin kendi soruşturma veya kovuşturmasına kendi fiiliyle katılmak zorunda olmaması şeklinde

4 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 10. Bası, Turhan, Ankara, 2013, s. 299; **Uluslararası Af Örgütü**, 2000, ss. 186-187; DOĞAN Koray, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkusundan Sanık Yararlanrı İlkesi**, Seçkin, Ankara, 2016, ss. 151-152.

5 AYDIN Öykü Didem, "Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", **TBBD**, S. 53, 2004, s. 66.

6 KARAKEHYA Hakan, "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Arasındaki Yeri ve Ceza Muhakemesi Bağlamındaki Önemi", **CHD**, S. 5, Seçkin, Ankara, 2007, s. 188; CENTEL Nur, "Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi", **Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular**, Ed. N. Centel, XII Levha, İstanbul, 2015, s. 90.

tanımlanabilir⁷. *Nemo tenetur* ilkesi, susma hakkını kapsadığı gibi, kovuşturma organlarıyla işbirliği yapma, kendisini aktif olarak savunma imkânını da içerir⁸. Sorulan sorulara hiç cevap vermemeyi içermekle birlikte, bazı sorulara cevap verme bazılarında cevap vermeme imkânını da tanımaktadır⁹. Diğer bir ifadeyle, burada şüpheli veya sanığın özgür iradesi koruma altına alınmış durumdadır¹⁰. Şüpheli veya sanık muhakemenin objesi değil, süjesi olduğundan muhakeme sırasında kendisi bir savunma yöntemi geliştirebilecektir¹¹.

Susma hakkı esasında masumiyet karinesinin doğal sonucunu teşkil etmektedir¹². Kişi, kanunen suçu sabit oluncaya kadar suçsuz sayılmakta, bu durumda suçsuzluğunu ispat etmek amacıyla kendisini savunmaya zorlanmamakta ve yöneltilen sorulara cevap verme mecburiyeti bulunmamaktadır¹³. Bununla birlikte, şüpheli veya sanığın suskun kalmasından aleyhine sonuç çıkarılarak suçluluğuna karine sayılmamalıdır¹⁴. Susma hakkının iki yönü bulunmaktadır. İlki, şüpheli veya sanığın yetkili makamlar önünde kendisini suçlamaya zorlanmamasıdır. Bu yönü ile susma hakkı *nemo tenetur* ilkesinin bir sonucudur. Diğer yönü ile susma hakkı, sanığın suskun kalmasından aleyhine sonuç çıkarılmamasını garanti altına alır. Bu yönüyle ise susma hakkı, ifade ve irade özgürlüğünün bir uzantısıdır¹⁵.

7 Uluslararası Af Örgütü, 2000, s. 127; EREM Faruk, “Susma Hakkı”, **Yargıtay Dergisi**, C. 18, S. 3, 1992, ss. 296-297; ŞAHİN Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku- I**, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2015, s. 146; DEMİRBAŞ, 2015, ss. 133-134.

8 ÖZTÜRK Bahri (Editör), **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 157.

9 ATLIHAN Özen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel unsuru olarak “Masumiyet Karinesi”, AÜHFD, C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 296.

10 KAN AYDIN Çağrı, “Adil Yargılanmanın Bir unsuru Olarak ‘Susma Hakkı’”, **TBBD**, S. 91, 2010, ss. 157-158.

11 DEMİRBAŞ, 2015, s. 87.

12 Masumiyet karinesi olmasa dahi susma hakkının korunacağı yönünde bkz. SCHROEDER Friedrich Christian, “Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi”, **Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi**, Ed. F. C. SCHROEDER/ F. YENİSEY/ W. PEUKERT, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1999, s. 50.

13 FEYZİOĞLU Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, AÜHFD, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 140; KARAKEHYA Hakan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş, Ankara, 2008, s. 160.

14 KARAKEHYA, 2008, s. 160; KOCAOĞLU Serhat Sinan, “Susma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2011, s. 37.

15 CENTEL/ ZAFER, 2015, s. 158; KAN AYDIN, 2010, s. 163.

Susma hakkının Türk hukukundaki anayasal güvencesini Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrası oluşturmaktadır. İlgili hüküm gereğince “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” Ceza yargılamaları açısından benzer kanuni bir düzenleme ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın 147/1-e maddesinde yer almaktadır. Buna göre, şüpheli veya sanığa ifade veya sorgudan önce “Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.” CMK'nın 90/4 maddesine göre ise, yakalama sırasında “Kolluk, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.” Susma hakkı da bu haklar kapsamında hatırlatılması gereken haklardan biridir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.04.1993 tarihli ve E. 1993/6-81, K. 1993/ 110 tarihli kararı şüpheli veya sanığın susma hakkını ve bu suskunluktan aleyhine sonuç çıkarılamayacağını “...sanığın susma hakkı bulunmaktadır. Susma hakkını kullanan sanığın (sükût ikrardan gelir) deyişine dayanılarak suçu kabul ettiği söylenemeyeceği gibi, savunmasını kanıtlaması da istenemez. Sanığa yüklenen suçun sübuta erdiği yapılan yargılama sonucunda kuşkuya yer vermeksizin ortaya çıkarılmalıdır. Ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyet kararına yer yoktur. Bu ilke evrenseldir.” ifadeleriyle ortaya koymakta ve bu konuda emsal karar teşkil etmektedir¹⁶. Yargıtay 17. Ceza Dairesi 08.10.2015 tarihli, E. 2015/48, K. 2015/7140 sayılı kararında, esas mahkemesinin susma hakkını kullanan sanıklar hakkında “suçu inkâra yönelik davranışlar” da bulunmaları gerekçeyle takdiri indirim nedenlerini uygulamamasını bozma sebebi olarak görmüştür. Diğer bir ifadeyle, Yargıtay sanığın susmasından suçu inkâr ettiği sonucunun ya da aleyhine başka diğer sonuçların çıkarılamayacağı yönündeki içtihadını günümüzde de korumaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.02.2014 tarihli, E. 2013/4-MD-521, K. 2014/54 sayılı kararı ile 05.05.2015 tarihli ve E. 2014/4-MD-709,K. 2015/139 sayılı kararında “...Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olup, ceza muhakemesi hukukumuzda baskı altında verilen ifadelerin kullanılması yasaklanmış ve şüpheli, sanık, mağdur ve tanık beyanının özgür iradesine dayanmasını sağlama amacına yönelik ilkeler benimsenmiştir. Ceza muhakemesinin asli unsuru olan şüpheli ya da sanığın, suç şüphesi altında

¹⁶ www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

olsa dahi insan olması sebebiyle belirli haklara sahip olan ve bu haklarına saygı gösterilmek zorunda olan bir varlık olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple tüm muhakeme işlemlerinin hukuk kuralları dâhilinde insanlık şeref ve hay-siyetine uygun olması zorunluluğu hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde ortaya konulmuştur. Nitekim yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen delillere dayanılma yasağı ile susma hakkı bu kabulün yansımalarıdır.” ifadeleriyle susma hakkını temel insan haklarının gereği ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul etmektedir.

Susma hakkı, şüpheli veya sanığın temel haklarından biridir. Bu hakkı kullanan kişinin siyasi bir duruş sergilediğinden bahsedilemez. Bu husus Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 02.12.2008 tarihli ve E. 2008/10723, K. 2008/21522 sayılı kararında “*CYY'nın 147. maddesinde tanınan susma hakkı kullanan sanık hakkında, (... susma hakkıyla siyasi bir duruş içine girdiği ...) biçiminde yasal olmayan gerekçeyle takdiri indirim nedeninin uygulanmamış olması bozmayı gerektirmiştir.*” şeklinde ifade edilerek bozma sebebi yapılmıştır¹⁷.

Susma hakkını şüpheli veya sanık özgür iradesiyle kullanmalıdır. Yetkili makamların kişiyi suskun kalmaya yönlendirmesi susma hakkının kullanılmasını değil, savunma hakkının kısıtlanmasıdır. Yargıtay 17. Ceza Dairesi 29.09.2015 tarihli, E. 2015/3848, K. 2015/6328 sayılı kararında, sanığın esas mahkemesinde ifade vermek istediğini beyan etmesinin karşısında mahkemenin sanığın susma hakkını kullanmış sayılacağından bahisle savunmasını almadan kovuşturmaya devam etmesini savunma hakkının kısıtlanması olarak görmüş ve bu ihlale dayanan kararı bozmuştur. Bu karar, susma hakkının kullanılmasının şüpheli veya sanığın özgür iradesine dayanması gerektiği konusunda önem arz etmektedir¹⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adil yargılanma hakkının varlığı için şüpheli veya sanığın obje değil, süje olarak kabulünü, özgür iradesinin bulunmasını önkoşul olarak kabul etmektedir¹⁹. Nitekim *Allan/ Birleşik Krallık*²⁰ kararında, başvurucuya yönelik doğrudan hiçbir müdahale olmamasına rağmen

¹⁷ www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

¹⁸ www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

¹⁹ LADEWIG Hans-Meyer, “Adil Yargılanma Hakkı-II”, (çev. H. Hakeri), **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Ankara, 2004, s. 258.

²⁰ Allan/ Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 48539/99, 05.11.2002, hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 18.12.2016.

men, polis memurları tarafından hücreye alınması ve hücrede bilgi alabilme amacıyla çok uzun süre yanında polis memuru bırakılmasını, başvurunun serbest iradesini ortadan kaldırdığı ve artık ifadesinin istemli olarak verilmiş sayılamayacağı sebepleriyle susma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir²¹. Büyük Daire ise *Bykov/ Rusya*²² kararında, her ne kadar gizli bir soruşturma sırasında başvuru cinayeti ikrar etmiş olsa dahi, yerel mahkeme ve istinaf sırasında ses kaydının delil olarak değerlendirilmemesi için mücadele etme konusunda özgür olduğundan dolayı ifade özgürlüğünün ihlaline karar verilse de susma hakkının ihlali olarak değerlendirilmemiştir. Bu olayda, Büyük Daire tarafından *Allan/ Birleşik Krallık* kararıyla karşılaştırma yapılmış ve başvurunun gizli soruşturma sırasında polis memuruyla konuşmak zorunda olmadığı, üzerinde böyle bir baskı oluşturulmadığı, iradi olarak suçunun ikrar ettiği tespitleriyle ihlal olmadığı sonucuna ulaşılmıştır²³.

Susma hakkının isnat edilen suçla ilgili sorularla sınırlı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, şüpheli veya sanık susma hakkını hiçbir soruya cevap vermemek suretiyle kullanabilir. Diğer bir görüş ise, susma hakkının ancak isnat edilen suç konusu ile sınırlı olduğunu, diğer sorularla ilgili olarak şüpheli veya sanığın doğru cevap verme mecburiyeti taşıdığını kabul etmektedir²⁴. Ceza muhakemesi hukukunda şüpheli veya sanığın maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunup bulunmadığı konusunda da doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, şüpheli veya sanığın doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunmadığı gibi yalan söyleme hakkı da yoktur²⁵. İkinci görüş ise, sanığın doğruyu söylemeye mecbur olmadığını kabul etmektedir. Bu görüşü savunanlar, şüpheli veya sanığın içgüdüsel olarak kendisini savunmak amacıyla yalan söyleyebileceğini ileri sürmektedirler. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) da sanığın yalan beyanını suç olarak düzenlenmemektedir²⁶.

21 LEACH Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, V. 2, Third Edition, Oxford, London, 2011, s. 282-283; DEMİRBAŞ, 2015, s. 135.

22 Bykov/ Rusya Kararı, Başvuru No: 4378/02,10.03.2009, hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 18.12.2016.

23 LEACH, 2011, s. 283.

24 KUNTER Nurullah/ YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Bası, Beta, İstanbul, 2010, ss. 449-450; **Demirbaş**, 2015, ss. 275-276.

25 ŞAHİN, 2015, s. 150.

26 KUNTER ve DİĞ., 2010, s. 451.

Bunun yanında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 147/1-a maddesinde “Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırarakla yükümlüdür.” ifadesi yer almaktadır. Doktrinde şüpheli veya sanığın kimlik bilgileri hakkında doğru açıklamalar yapmaya zorlanmasının susma hakkının “doğal yapısı”na aykırı olduğu ileri sürülmekte ve susma hakkını ihlal ettiği ifade edilmektedir²⁷. Öte yandan, şüpheli veya sanığın kimliği hakkında bilgi vermemesi Kabahatler Kanunu'nun 40. maddesi uyarınca kabahat teşkil etmekte, gerçeğe aykırı bilgi vermesi ise TCK m. 206 gereğince yalan beyan suçundan cezai sorumluluğunu gündeme getirebilmektedir²⁸. Diğer bir ifadeyle, yürürlükteki mevzuata bakıldığında susma hakkı şüpheli veya sanığın kimlik bilgilerini kapsamamaktadır.

Şüpheli veya sanığın bütün soruşturma ve kovuşturma sürecinde suçlamaların tamamı için susma hakkını kullanması “tam susma” olarak ifade edilmektedir. Bununla birlikte, şüpheli veya sanığın yalnızca belli bazı bilgileri vermektan kaçınması “kısmi susma”; şüpheli veya sanığın soruşturma veya kovuşturma evrelerinden birinde konuşurken diğerinde susması ise “geçici susma” olarak nitelenmektedir²⁹. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 24.02.2015 tarihli ve E. 2014/1-270, K. 2015/12 sayılı kararı ile 24.03.2015 tarihli ve E. 2014/1-477, K. 2015/69 sayılı kararında susma hakkının soruşturma evresinde kullanılabileceğini ortaya koymaktadır. Şüphelinin kollukta ifadesi alınırken susma hakkını kullanması, sonrasında ise savcılıkta sorulan sorulara cevap vermesi mümkündür. Kollukta suskun kalan şüphelinin savcılıkta ifade vermesi geçici susma teşkil etmektedir. Kısmi ve geçici susma hakkı bulunan şüpheli veya sanık, muhakemenin farklı aşamalarında sorulan sorulara kısmen ya da tamamen cevap vermekte özgürdür. Şüpheli veya sanığın soruşturma evresinde sorulan soruya cevap vermesi, kovuşturma evresinde tekrar cevap verme zorunluluğu doğurmaz. Soruşturma evresinde susan şüpheli kovuşturma evresinde sorulara cevap vermeyi tercih edebilir. Bu husus, aleyhine yorumlanamaz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 27.06.2007 tarihli ve E. 2006/5831, K. 2007/5364 sayılı kararında “... susma hakkı bu-

²⁷ ESER, 1990, s. 325; KUNTER ve DİĞ., 2010, s. 450; EVİK Vesile Sonay, “Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Ankara, 2004, s. 303.

²⁸ DEMİRBAŞ Timur, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, **CHD**, S. 4, Seçkin, Ankara, 2007, s. 83; DOĞAN, 2016, s. 150.

²⁹ ŞAHİN, 2015, s. 148; DEMİRBAŞ, 2007, ss. 275-276.

lunan sanık hakkında “aşamalarda farklı beyanlarda bulunduğu” gerekçe-
siyle 5237 sayılı TCK’nın 62. maddesinin sanık lehine uygulanmaması...” nı
bozma sebebi saymıştır³⁰.

Susma hakkı, kişinin aleyhine bilgi vermeye ve belge ya da delil gös-
termeye zorlanamamasını içermektedir³¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
*Funkel/ Fransa*³² kararında, belge vermeyi reddettiği için sanık aleyhine para
cezasına hükmedilmesini susma hakkının ve AİHS m. 6’nın ihlali olarak
kabul etmiştir. *Funkel/ Fransa* kararının bir diğer önemi de, Avrupa İnsan
Hakları Mahkemesi’nin bu karar ile susma hakkını AİHS m. 6 kapsamında
değerlendirmeye başlamasıdır. Öncesinde, yasak ifade alma ve sorgu yön-
temlerini m. 3 kapsamında değerlendiren Mahkeme, bu karardan itibaren
susma hakkını adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak benimsemiştir³³.
Benzer şekilde, bu konuda ilke karar niteliği taşıyan *J.B./ İsviçre*³⁴ kararında
ise, vergi incelemesi sırasında aleyhine bilgi ve belge vermediği için sanık
aleyhine para cezasına hükmedilmesini *nemo tenetur* ilkesinin ve AİHS m.
6/1’in ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu kararlar AİHM susma hakkının ceza
davaları haricinde, idari vergi davalarında da kullanılabilceğini kabul etmiş
bulunmaktadır³⁵. Büyük Daire 2007 yılında vermiş olduğu *O’Holloran and
Francis/ Birleşik Krallık*³⁶ kararında ise, başvuruçulardan araç sahibi olarak
bir trafik kazasında sürücünün kimliğini tespit etmeye yönelik olarak bilgi
sağlamasının istenmesini susma hakkının ve *nemo tenetur* ilkesinin ihlali
olarak görmemiştir. Bu sonuca varırken, başvuruçulu üzerindeki zorlamanın

³⁰ www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

³¹ GRABENWARTER Christoph, “Yargılama Güvenceleri- Adil Yargılama Hakkı (İHAS md.
6)”, (çev. O. Can), **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Anka-
ra, 2004, s. 241; İNCEOĞLU Sibel (Editör), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anaya-
sa**, 3. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, s. 246.

³² Funke/ France Kararı, Başvuru No: 10828/84, 25.02.1993, hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi:
18.12.2016.

³³ LEIGH Leonard H., “Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması”, (çev. S.
Dursun), **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Ankara, 2004,
s. 349-350.

³⁴ J.B./ Switzerland Kararı, Başvuru No: 31827/96, 03.05.2001, hudoc.echr.coe.int, Erişim Ta-
rihi: 18.12.2016.

³⁵ PETERS Anne, “Adil Yargılanma (m. 6 f. 1 ve 2)”, (çev. M. Koca), **Adil Yargılanma Hakkı
ve Ceza Hukuku**, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Ankara, 2004, s. 127; **Leach**, 2011, s. 282.

³⁶ O’Holloran and Francis/ Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 15809/02 ve 25624/02,
29.06.2007, hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 18.12.2016.

niteliği ve derecesini, sağlanan teminatları ve elde edilen delilin hangi amaçla kullanıldığını değerlendirmiştir³⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde susma hakkı mutlak değildir. Diğer bir ifadeyle, şüpheli veya sanığın susmasından nasıl bir sonuç çıkarılacağı somut olayın mevcut koşullarına göre belirlenecektir³⁸. Bu sebeple, şüpheli veya sanığın susma hakkını kullanmasından kendi aleyhine sonuç çıkarılabileceği konusunda da uyarılması gerekir³⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *John Murray/ Birleşik Krallık*⁴⁰ kararında susma hakkının mutlak bir hak olmadığını ortaya koymuştur. Mahkeme, sanığın susmasından aleyhine sonuç çıkarılıp çıkarılmayacağını değerlendirirken susma anındaki “somut durum”un esas alınması gerektiğini ifade etmektedir. Örneğin, uyuşturucu üretilen bir depoda yakalanan sanığa orada ne yaptığı sorulduğunda sanığın susması ikrar olarak kabul edilebilecektir. Diğer bir ifadeyle, somut olayda elde edilen deliller sanığın aleyhineyse ve sanığın bu konuda bir açıklama yapmasını gerektiriyorsa bu durumda, sanığın susması ve bu suskunluğun sanığın aleyhine değerlendirilmesi AİHS m. 6/2’nin ihlali sayılmayacaktır⁴¹. *Telfner/ Avusturya*⁴² kararında AİHM, şüpheli veya sanığın sessiz kalmasından veya suskunluğunu korumasından aleyhine sonuçlar çıkarılmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmektedir⁴³. Bu kararda Avusturya gibi delil serbestisi ve vicdani kanaat sistemini kabul eden ülkelerde, sanığın susmasından mantıksal sonuçlar çıkarılması makul bulunmaktadır. Fakat bu sonuç çıkarma, muhakemenin temel ilkelerini ihlal etmemeli, şüpheden sanık yararlanır ilkesini bertaraf edecek boyuta ulaş-

³⁷ LEACH, 2011, s. 282.

³⁸ PETERS, 2004, s. 126; GRABENWARTER, 2004, s. 241; İTİŞGEN Rezzan, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur) ve Susma Hakkı**, XII Levha, İstanbul, 2013, s. 10.

³⁹ İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2013, s. 246.

⁴⁰ John Murray/ Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 18731/91, 08.02.1996, hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 18.12.2016.

⁴¹ HARRIS David/ O’BOYLE Michael/ BATES Ed, vd., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, (çev. M. B. Kılıcı/ U. Karan), Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2013, s. 304; **Leigh**, 2004, s. 349; READ Frank Tom, **Ceza Muhakemesinde Anlatıcı Soru ve Çapraz Sorgu Teknikleri**, (çev. F. Yenisey/ N. Ziyalar), 2. Bası, Şen, Ankara, 2015, ss. 19-20.

⁴² Telfner/ Avusturya Kararı, Başvuru No: 33501/96, 20.03.2001, hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

⁴³ LADEWIG, 2004, s. 94.

mamalıdır. Somut olayda, başvuru hakkında doğrulanmamış delillere dayanarak, diğer bir ifadeyle şüphe sanık aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet kararı verildiğinden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁴.

*Averill/ Birleşik Krallık*⁴⁵ kararında ise, maskeli bir şekilde adam öldürme olayının ardından arabasında maske ve eldivenler bulunan ve susmasından aleyhine sonuç çıkarılabileceği konusunda uyarılan başvuru, yüzündeki maske izleri ve arabasında bulunan maske ve eldivenler hakkında sorulan sorulara cevap vermemiştir. Daha sonra maske ve eldivenleri koyun kırmak için taşıdığını söylese de hâkim susmasından olumsuz sonuç çıkarmıştır. Bu olayda sanığın susması diğer delillerle birlikte değerlendirilerek mahkûmiyet kararı verildiği için AİHS m. 6/1'in ihlali olarak görülmemiştir. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararında mahkûmiyet hükmünün yalnızca sanığın susmasına dayandırılmasının adil yargılanma hakkını ihlal edeceğini belirtmiştir⁴⁶.

Susma hakkının sanığın iradesinden bağımsız olan delillerin toplanmasında geçerli olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınmasına izin vermeme hakkı olduğunu ileri sürmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, şüpheli veya sanığın susma hakkı kendisi dışındaki deliller bağlamında ele alınmalıdır. Örneğin, suçta kullanılan silahın yerinin söylenip söylenmemesi susma hakkı kapsamında değerlendirilebilir ancak sanığın vücudundan örnek alınması bu kapsamda ele alınmaz⁴⁷. Şüpheli veya sanığın vücudundan kan, idrar veya vücut dokusu alınması *nemo tenetur* ilkesi kapsamında değerlendirilmemektedir⁴⁸. Örneğin, DNA testi yapılması amacıyla kişiden kan alınması susma hakkını ihlal etmez çünkü burada sanığın aktif olarak katılımı söz konusu değildir; bir muhakeme işlemine pasif olarak boyun eğmektedir⁴⁹. Bu uygulama

⁴⁴ HARRIS ve DİĞ., 2013, s. 304; DOĞAN, 2016, ss. 150-151.

⁴⁵ Averill/ Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 36408/97, 06.06.2000, hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 18.12.2016.

⁴⁶ PETERS, 2004, s. 126.

⁴⁷ KARAKEHYA, 2008, s. 161.

⁴⁸ LEACH, 2011, s. 282; PETERS, 2004, s. 125; GRABENWARTER, 2004, s. 241; DEMİRBAŞ, 2015, ss. 140-141.

⁴⁹ ÜZÜLMEZ İlhan, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *TBBD*, S. 58, 2005, s. 61.

yerindedir, zira bu tür delillerin elde edilmesinin susma hakkı bağlamında değerlendirilmesi durumunda, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacına erişmesi oldukça güçleşmiş olacaktır⁵⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Saunders/ Birleşik Krallık*⁵¹ kararında, şüpheli veya sanıktan kan, idrar veya DNA analizi için vücut dokusu alınmasının susma hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir⁵².

Anayasa'nın 38/5. maddesine göre, “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” Bu düzenleme aslında sadece beyan delillerini değil, diğer tüm delilleri de kapsamaktadır. Öte yandan CMK m. 75 “Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir.” düzenlemesini getirmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu düzenleme şüpheli veya sanığın üzerinde beden muayenesi yapılabilmesine ve saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine izin vermektedir. Bunun tek sınırını, üst sınırı 2 yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren bir suç olması ve müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması teşkil etmektedir (CMK m. 75/ 2 ve 5). Bununla birlikte CMK m. 76/4’te tanıklıktan çekinme hakkı bulunanlara beden muayenesinden ve vücuttan örnek alınmasından kaçınabilme imkânı tanınmışken, şüpheli veya sanık için böyle bir imkân söz konusu değildir⁵³. Kanımızca, CMK’nın 75. maddesi, bu haliyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları uyarınca adil yargılanma hakkının ihlali niteliği taşımasa da Anayasa’ya aykırılık içermektedir.

Konuyla ilgili tartışmalı bir başka hüküm 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 24.5.2013 günlü 6487 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle değişti-

⁵⁰ KARAKEHYA, 2008, ss. 160-161.

⁵¹ Saunders/ Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 19187/91, 17.12.1996, hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

⁵² İTİŞGEN, 2013, s. 46. Öte yandan, söz konusu kararda sanığın soruşturma sırasında baskı altında verdiği ifadenin ceza muhakemesi sırasında delil olarak değerlendirilmesi sebebiyle susma hakkının ihlali edildiği sonucuna ulaşılmıştır (LEACH, 2011, ss. 281-282).

⁵³ İTİŞGEN, 2013, ss. 48-49.

rilen 48. maddesinin dokuzuncu fıkrasıdır. İlgili hükme göre, “*Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere 2000 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır.*” Bu hükmün Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülerek iptal davası açılmıştır. Başvurularda, kanun koyucunun uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme eyleminin yaptırımını düzenlerken ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğu, kuralda öngörülen yaptırım ile alkollü araç kullanımı eylemi için öngörülen yaptırımlar arasında adil ve hakkaniyete uygun bir orantının bulunmadığı, bu hâliyle seyahat özgürlüğünün özüne dokunan ölçüsüz bir tedbir niteliğinde olan düzenlemenin eşitlik ve adalet ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek Anayasa’nın 2., 10. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu kuralın, trafikte etkin bir şekilde alkol ve uyuşturucu madde denetimi yapılması suretiyle toplum sağlığını ve düzenini tehdit eden trafik kazalarının önlenmesini sağlamak dolayısıyla kişilerin can ve mal güvenliğini ve kamu düzenini korumak amacıyla öngörüldüğü, bu düzenlemenin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğu, uyuşturucu veya uyarıcı madde aldığı tespit edilen sürücüler için öngörülenden hafif olduğu için orantılı olduğu, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmeyeceği, etkili bir trafik denetiminin yapılması ve kamu otoritesinin sağlanması için öngörülen yaptırım ile alkollü araç kullanımı eylemi için öngörülen yaptırımın getiriliş amacının başka bir ifadeyle yaptırıma bağlanan anılan eylemlerin koruduğu hukuki değerlerin farklılığı dikkate alındığında bu eylemlerin faillerinin aynı konumda bulunmadıkları ve tümüyle aynı kurallara tabi tutulmalarının gerekmediği gerekçeleriyle düzenlemenin Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerini ihlal etmediği yönünde karar vermiş, 13. maddesiyle ise bağlantısı olmadığını ifade etmiştir⁵⁴. Esasında, bu hükmün Anayasa’nın 38. maddesinin 5. fıkrasına aykırılığı ileri sürülmelidir. Her ne kadar AİHM içtihatlarına göre, bu durumda sürücüden kan alınması AİHS’in ihlali niteliği taşımasa da, bu hüküm Anayasa’nın “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyan-*

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/65, K. 2014/150, 02.10.2014 ve E. 2014/178, K. 2014/178, 24.11.2014.

da bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” düzenlemesine aykırıdır.

Kamu yararı ve kamu düzeni gerekçeleri ile dahi olsa, susma hakkı ve kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesinin özü kısıtlanamaz⁵⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Heaney ve McGuinness/ İrlanda*⁵⁶ kararında hükümetin güvenlik ve kamu düzeni endişelerinin başvuranların sessiz kalma ve kendi aleyhlerine tanıklık etmeme haklarının kısıtlanmasını haklı göstermeyeceğini ifade etmiştir⁵⁷. Mahkeme bu davada susma hakkının kullanılmasına bazı yasal sonuçlar bağlandığı için hem masumiyet karinesinin (m. 6/2) hem de *nemo tenetur* ilkesinin ihlaline (m. 6/1) karar vermiştir⁵⁸.

II. SUSMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Susma hakkı, şüpheli veya sanığın ifade özgürlüğünü kullanma şeklidir. Kişinin susması, ifade özgürlüğünü kullanması anlamına geleceğinden, bu susma fiilinden onun aleyhine sonuç çıkarılmaması gerekmektedir⁵⁹. Öte yandan susma hakkı, sanığın savunma hakkı içerisinde yer almaktadır. Sanık, savunmasını ve savunmada kullanacağı araçları özgür iradesiyle belirleyebilir. Sanığın susması da bu kapsamda savunmasının bir bölümünü teşkil eder ve korunmaya değer⁶⁰.

Doktrinde bir görüşe göre, sanığın susma ve cevap vermeme hakkı vardır. Diğer bir ifadeyle, sanığın sorgusu savunma aracı olarak görülmekte ve savunma hakkının içerisinde değerlendirilmektedir. Bu durumda, susmak sanığın “hakkı” olmaktadır. İkinci bir görüşe göre ise, sanık susma hakkını haiz olmamakla birlikte, sorulan sorulara cevap vermeme seçeneğine sahiptir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu görüşün susmayı hak olarak

⁵⁵ İNCEOĞLU, 2013a, s. 279; KAN AYDIN, 2010, ss. 159-160.

⁵⁶ Heaney and McGuinness/ İrlanda Kararı, Başvuru No: 34720/97, 21.12.2000, hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

⁵⁷ PETERS, 2004, s. 126; İNCEOĞLU, 2013b, s. 246; CENGİZ Serkan/ DEMİRAG Fahrettin/ ERGÜL Teoman, vd., *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Şen, Ankara, 2008, s. 95.

⁵⁸ HARRİS VE DİĞ., 2013, s. 304.

⁵⁹ ŞAHİN, 2015, s. 149.

⁶⁰ ZAFER Hamide, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, C. 19, S. 2, 2013, s. 508.

tanımaması, bireyin devlete karşı boyun eğme yükümlülüğü sebebiyle ancak cevap vermeme seçeneği olabileceğini kabul etmesidir. Diğer bir görüşe göre ise, sanığın cevap verme yükümlülüğü mevcuttur. Bu görüşe göre, sanık beyanı delil teşkil eder; diğer deliller zorla elde edilebildiğine göre sanık da bu delili vermeye mecburdur⁶¹.

Gölcüklü'ye göre, sorgu sanığın savunma aracı değil, delil toplama yöntemidir. Bu sebeple, sanığın sorulan sorulara cevap verme, bir açıklamada bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Cevap vermek sanık açısından mecburiyet oluşturmadığı gibi, cevap vermemek de hak teşkil etmemektedir. Cevap verme yükümlülük olduğundan, sanığın susma hakkından bahsedilemez; sanık susmasının neticelerine katlanır. Bu görüş, ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu ve adil bir yargıya varılmasının aslında şüpheli veya sanığın menfaatine olduğundan hareket etmekte ve bu sebeple, “suç zanlısı kişi”nin susma hakkı bulunmadığını ifade etmektedir. Şüpheli veya sanık maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına aktif olarak katılmakla yükümlüdür. Nitekim duruşmada hazır bulunma yükümlülüğü de bu aktif katılımı destekler nitelikte bir düzenlemedir⁶².

Özgenç ise, şüpheli veya sanığın susma hakkı bulunmadığını kabul etmekle beraber, bu kişiden bilgi almak amacıyla hukuka aykırı yollara başvurulamayacağını ifade etmektedir. Şüpheli veya sanık maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına aktif olarak katılma yükümlülüğü altında olmasına rağmen, aktif bir davranışta bulunmaya mecbur değildir; hukuka aykırı yollarla buna mecbur edilmemelidir⁶³.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 03.12.2001 tarihli ve E. 2001/14438, K. 2001/15681 sayılı kararında sanığın susma hakkının bulunduğunu, bu sebeple cevap verme ve olayı aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etmektedir⁶⁴.

⁶¹ KUNTER ve DİĞ., 2010, ss. 445-446.

⁶² GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Sanık Gerçeği Söylemeye Mecbur Mudur?”, *AÜSBFD*, C. 9, S. 4, 1954, ss. 122,144.

⁶³ ÖZGENÇ İzzet, “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları”, *HAD*, C. 9, S. 1-3, 1995, ss. 134-135.

⁶⁴ www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

III. SUSMA HAKKINDAN YARARLANABİLEN KİŞİLER VE YARARLANMA KOŞULLARI

1. Gerçek Kişiler

A- Şüpheli veya Sanık

Susma hakkının en önemli öznesi şüpheli veya sanıktır. Şüpheli veya sanığın yakalanması, ifadesinin alınması ve sorgusunun yapılması sırasında susma hakkı dâhil haklarının hatırlatılması, yasak ifade ve sorgu yöntemlerine başvurulmaması büyük önem arz eder. Şüpheli veya sanığa kendisine isnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının yasal hakkı olduğu, ifadesini alan ya da kendisini sorgulayan kimse tarafından açıklanmalıdır⁶⁵.

CMK m. 90/4 “*Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.*” düzenlemesiyle şüpheliyi yakalayan kolluğa zorunlu işlemleri yapmasının hemen ardından şüpheliye haklarını hatırlatma, onu aydınlatma yükümlülüğü getirmektedir. CMK m. 147/1-e ise “*Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.*” hükmü ile ifade ve sorgudan önce şüpheli veya sanığa susma hakkının hatırlatılmasını zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, susma hakkının kapsamı tespit edilirken belirtildiği üzere, şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür (CMK m. 147/1-a).

B- Tanık

Tanık, mahkemelerin olayla ilgili ifadesini dikkate aldığı kişi olarak tanımlanabilir⁶⁶. Tanık kural olarak olayla ilgili bilgi, gözlem ve duyularını açıklamak zorundadır⁶⁷. Bununla birlikte, CMK m. 45’te tanıklıktan çekinebilecek kimseler sayılmış durumdadır. Buna göre, şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar tanıklıktan çekinebilecek kişilerdir. Tanık, kendisini veya sayılan kişileri ceza kovuş-

⁶⁵ ŞAHİN, 2015, s. 146.

⁶⁶ GEMALMAZ Haydar Burak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu”, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Ankara, 2004, s. 399.

⁶⁷ İTİŞGEN, 2013, s. 84.

turmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir (CMK m. 48). Doktrinde, hükümde yer alan “kovuşturma” ifadesinin “soruşturma” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸.

Dikkat edilmesi gerekir ki, bu hak yalnızca tanık veya yakını hakkında soruşturma başlatılmasına sebep olabilecek soruları cevaplamaktan çekinme olarak tanınmıştır. Eğer fiilin suç teşkil etmediği anlaşılıyorsa ya da fiil hakkında soruşturma başlatılması ihtimali ortadan kalkmışsa, susma hakkı da söz konusu olmayacaktır. Örneğin, hakkında soruşturma başlatılması muhtemel olan akraba ölmüşse ya da fiili hukuka uygun hale getiren bir sebep mevcutsa bu durumda susma hakkı kullanılamaz⁶⁹.

Tıpkı şüpheli veya sanığa haklarının hatırlatılması gibi, tanığa da dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebileceği bildirilir. Tanık, tanıklıktan çekinme hakkı, yeminden çekinme hakkı ve kendisi veya yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme hakkı konusunda bilgilendirilmelidir⁷⁰.

2. Tüzel Kişiler

Türk Ceza Hukuku’nda tüzel kişilerin suç faili olup olamayacakları tartışmalıdır. Bir görüş, tüzel kişilerin de suçun faili olabileceğini kabul ederken⁷¹, tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi hareket yeteneğine sahip olmadığından diğer bir görüş, tüzel kişileri suç faili olarak kabul etmemektedir⁷². Nitekim tüzel kişilerin yararına suç işlenen durumlarda da suç teşkil eden fiili gerçekleştiren, bir gerçek kişidir ve sübjektif sorumluluk ile ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkeleri de bir kimsenin bir başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulmasına izin vermemektedir (TCK m. 20/1).

Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır (TCK m. 20/2). TCK m. 60 uyarınca, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri iznin iptali ve müsaderedir. Diğer bir ifadeyle, tüzel kişiler suç faili olmasa-

⁶⁸ CENTEL/ ZAFER, 2015, s. 256.

⁶⁹ CENTEL/ ZAFER, 2015, s. 257.

⁷⁰ CENTEL/ ZAFER, 2015, s. 257.

⁷¹ SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012, s. 329.

⁷² CENTEL Nur/ ZAFER Hamide/ ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2014, s. 233.

lar ve haklarında ceza yaptırımını uygulanamasa dahi kendilerine özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasıyla sorumlulukları gündeme gelebilmektedir.

Tüzel kişilerin susma hakkından yararlanıp yararlanamayacakları konusunda doktrinde iki karşıt görüş mevcuttur. Bir görüşe göre, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri yaptırım niteliği taşıdığından tüzel kişiler de *nemo tenetur* ilkesinden ve susma hakkından yararlanmalıdır. Akdi görüşe göre ise, susma hakkının dayanağı sanık hakları ve genel anlamda insan hakları olduğundan tüzel kişiler bu haktan faydalanamazlar⁷³.

Kanımızca, tüzel kişinin bizatihi susma hakkını kullanması mümkün değildir. Tüzel kişi yararına suç işlenmesi durumunda, suç teşkil eden fiili gerçekleştiren gerçek kişilerin ceza sorumluluğu gündeme gelecek ve tüzel kişinin değil bu gerçek kişilerin susma hakkını kullanmaları söz konusu olacaktır. Gerçek kişilerin şüpheli, sanık ya da tanık olarak susma hakkından yararlanma koşulları ise yukarıdaki bölümde açıklanan koşullara tabidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, AİHM uygulamasında ticari kayıtlar susma hakkı kapsamında korunmaktadır. Bu koruma, ticari bilgi ve belgeleri teslim etmenin reddedilmesini de içermektedir⁷⁴. Bu içtihattan hareketle denilebilir ki, tüzel kişi yararına suç işlenmesi halinde, bu suçu işleyen tüzel kişi temsilcisi ticari bilgi ve belgeleri vermekten kaçınabilecektir.

IV. SUSMA HAKKININ GEÇERLİ OLDUĞU ZAMAN ARALIĞI

1. Soruşturma Evresinden Önce

AİHS m. 6'da "sanık" ifadesi kullanılmakta, lafzi yorumundan sadece kovuşturma sürecinde uygulanabilecek bir ilke olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "sanık" ifadesini iç hukuktaki anlamından bağımsız, otonom bir kavram olarak kabul etmekte ve ceza iddiası ve sanık kavramlarını içerik odaklı yorumlamaktadır. Böyle olunca, "yetkili bir makam tarafından sanığa yapılan ve suç işlediği konusunda itham içeren resmi bildirim veya açıklama" anından itibaren susma hakkı kullanılabilir⁷⁵.

⁷³ İTİŞGEN, 2013, ss. 102-107.

⁷⁴ İNCEOĞLU, 2013a, s. 279.

⁷⁵ SCHROEDER, 1999, s. 20; PETERS, 2004, s. 121; KARAKEHYA, 2007, s. 192; CENTEL/ZAFER, 2015, s. 159.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/a-2 maddesinde “*Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükmün Anayasa'nın 38/5 hükmüne aykırılığı sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise susma hakkının suçlamayla başlayan bir hak olduğu, suçla itham edilme ile vergi incelemesi sırasında defter, kayıt ve belgelerin gizlenmesinin suç olarak düzenlenmesinin ayrı durumlar olduğu gerekçeleriyle sözü geçen maddenin Anayasa'nın 38/5 maddesine aykırı olmadığına ve susma hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir⁷⁶. Kararın karşı oy yazısında ise “...red gerekçesinde, “susma hakkı” olarak kabul edilen bu hakkın “suçlanmayla başlayan bir hak” olduğuna hükmetmiş ve “suç ile ilgili soruşturma ve kovuşturmaya başladığı andan itibaren susma hakkı söz konusudur” demiştir. Susma hakkının ancak belirli koşullarda yani kişi hakkında soruşturma veya kovuşturma başlaması durumunda doğacağı kabul edilmekle, bu temel hakkın ancak “sanık” ya da “şüpheli” konumundaki kişiler için geçerli olacağı sonucuna varılmakta ve böylelikle, hak süjesi yönünden bir sınırlandırma yapmaktadır. İlgili maddesinde herhangi bir sınırlama nedeni belirtilmeyen bir hakkın, bu hakkı kullanabilecek kişi veya bu kişinin konumu yönünden sınırlandırılması olanağı yoktur: ... Kaldı ki, susma hakkının sanıklık veya şüphelilik hali ile sınırlı olduğu kabul edilecek olursa, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi karşısında, kendisi sanık veya şüpheli olmayan kişinin yakınları için de susma hakkından yararlanacağı nasıl olup da Anayasa'da belirtilmektedir? Çoğunluk görüşünün aksine, susma hakkının kullanılmasının sanık veya şüpheli statüsü ile sınırlı olmadığı açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında bu tarz daraltıcı yorumların yapılması, demokratik gelişimin akışı sürecine ters düşen ve bu hak ve özgürlüklerin içinin boşaltılması yolunun açılmasına zemin oluşturan, tehlikeli bir yöntemdir. Esasen 38. maddedeki diğer hak ve güvenceler (lehe kanun uygulaması, masumluk karinesi, kanunsuz elde edilmiş delil, zamanaşımı gibi) ceza hukukundaki soruşturma ve kovuşturma işlemleri ile sınırlı olmayan, idari cezalar, disiplin cezaları ve kabahatler için de geçerli olan evrensel kurallardır. Susma ve kendisini veya yakınlarını suçlayıcı delil göstermeye mecbur edilememe hakkının farklı şekilde değer-

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2004/31, K. 2007/11, 31.01.2007, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 44-2, 2007, ss. 621-633.

lendirilmesi mümkün değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, İngiltere aleyhine açılan bir davada, 19.9.2000 tarihli ve 29522/95 sayılı kararı ile “...şirket devrini soruşturan müfettişlere cezai yaptırım tehdidi ile verilen ifadedeki beyanların yargılama sırasında kullanılması”nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ihlalini oluşturduğuna hükmetmiştir. Bu karar, susma hakkının idari soruşturma aşamasında da geçerli olduğunu göstermektedir.” şeklinde ifade edildiği ve bizim de katıldığımız üzere susma hakkının kullanılması soruşturmanın başlaması ile sınırlandırılmamıştır. Bu sebeple, susma ve kendini suçlamama hakkı hem ceza davasının başlatılma beklentisi olması kaydı ile dava öncesindeki safhayı hem de sonrasını kapsar⁷⁷.

Örneğin, soruşturma başlamadan önce Sermaye Piyasası Kanunu gereği talep edilen bilgi veya belgenin verilmesinin reddedilmesi durumunda, eğer bu bilgi veya belge kişi aleyhine sonuç doğurabilecek nitelikte ise susma hakkı kapsamında değerlendirilir ve bu bilgi veya belgeleri vermeme hukuka aykırı olarak nitelenemez⁷⁸. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 96/2 ve 123/1 maddelerinde “savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla” gerçek ve tüzel kişiler istenen bilgi ve belgeleri vermeye mecbur edilmektedir. Bu ibare, susma hakkının istenilen bilgi veya belgelerin verilmemesine karşı hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceğini ifade etmektedir⁷⁹.

Bunlarla birlikte, CMK m. 90 şüpheliye haklarının yakalandığı anda hatırlatılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu düzenlemeden hareketle doktrinde, şüphelinin susma hakkından soruşturmanın başlamasından itibaren değil, yakalandığı andan itibaren yararlanabileceği belirtilmektedir⁸⁰. Biz yukarıda gösterdiğimiz gerekçelerle susma hakkının yakalanma tedbirinden bağımsız olarak soruşturmanın başlamasından önceki aşamada da kullanılabilirliği görüşünü paylaşmaktayız. Nitekim AİHM kararları da susma hakkının soruşturma öncesi aşamada başladığını, vergi incelemesi sürecini kapsadığını ve kovuşturma evresinde devam ettiğini ortaya koymaktadır⁸¹.

⁷⁷ İNCEOĞLU, 2013a, s. 279.

⁷⁸ MAHMUTOĞLU Fatih Selami, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 110.

⁷⁹ DURSUN Selman, **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Seçkin, Ankara, 2006, ss. 244-246.

⁸⁰ KOCAOĞLU, 2011, s. 41.

⁸¹ ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu”, **GÜHFD**, C. XV, S. 3, 2011, ss. 379-385.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *John Murray/ Birleşik Krallık* kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin susma hakkını da kapsayan 6. maddesinin hazırlık soruşturmasından itibaren uygulanacağını belirtmiştir⁸². Benzer şekilde *Alexandre Zaichenko/ Rusya*⁸³ kararına konu olan olayda da, işten eve dönen başvuruçunun yolda durdurulup, iş yerine ait olan arabadan yakıt çalıp çalmadığı hususunda hakları hatırlatılmaksızın sorgulanmış ve kendisine yakıt çaldığına dair ikrarını içeren bir hazırlık soruşturması raporu imzalatılmıştır. Mahkeme, hazırlık soruşturma aşamasında olmasına rağmen, başvuruçunun kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesi ve hakları hatırlatılmaksızın sorgulanması ve soruşturma ve kovuşturma aşamasında, muhakeme öncesi aşamada uğradığı zararın telafi edilmemesi sebeplerine dayanarak AİHS m. 6/1'in ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁸⁴.

2. Soruşturma ve Kovuşturma Evresinde

Şüpheli veya sanık suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar masumiyet karinesinin korunması altında olduğundan, bu durum ona kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamama hakkı da tanımaktadır. Şüpheli veya sanık soruşturma ve kovuşturmanın bütün aşamaları boyunca bu haktan yararlanmakta, istisnalar dışındaki konularda doğruyu söyleme yükümlülüğü taşımamaktadır⁸⁵.

“İfade ve sorgunun tarzı” başlığını taşıyan CMK m. 147/1-e hükmü şüpheli veya sanığa “*Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.*” düzenlemesini içermektedir. Maddenin yorumlanmasından susma hakkının soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kullanılabilmesi sonucu çıkarılabilmektedir⁸⁶.

“Duruşmanın başlaması” başlıklı CMK m. 191/3-c hükmü ise “*Sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu*

⁸² AMBOS Kai, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları –Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ m. 6-”, (çev. Y. Ünver), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Ankara, 2004, s. 26.

⁸³ Alexandre Zaichenko/ Rusya Kararı, Başvuru No: 39660/02, 18.02.2010, hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

⁸⁴ LEACH, 2011, s. 281.

⁸⁵ CİHAN Erol, “50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, *İÜHFİM*, C. 50, S. 1-4, 1984, ss. 144-145.

⁸⁶ KUNTER ve DİĞ., 2010, s. 445; Demirbaş, 2015, s. 139.

ve 147. maddede belirtilen diğer hakları bildirilir.” düzenlemesini içermektedir. Diğer bir ifadeyle, sanığa duruşmadan önce hakları tekrar hatırlatılmalıdır⁸⁷. Bu düzenleme, kovuşturma evresinde sanığın susma hakkından yararlanabileceği şeklinde yorumlanabilir. Hâkim karşısında geçerli olan kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesi ve susma hakkı, soruşturma evresinde savcı karşısında da “evleviyetle” geçerlidir⁸⁸.

3. İnfaz Evresinde

Kişinin kendisini suçlamaya zorlanamaması ilkesinin ve susma hakkının infaz evresinde gündeme gelmesi mümkündür. Bu durum özellikle hapis cezasının ertelenmesi ve koşullu salıverme olasılığında söz konusu olabilecektir⁸⁹. İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Erteleme kararının verilebilmesi için kişinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir. Bu koşullarda, hapis cezası ertelenecek, denetim süresi yükümlülüklerle uygun ve iyi halli olarak geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılacaktır. Fakat hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde, ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir (TCK m. 51). Bu sebeple, kişinin infaz aşamasında da susma hakkından yararlanması gerekmektedir.

Diğer bir gereklilik ise koşullu salıverilme kurumu yönündendir. Koşullu salıverilme 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 107. maddesinde düzenlenmektedir. Koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için mahkûmun kurumdaki infaz süresini iyi hâlli olarak geçirmesi gerekir. Hükümlü kanunda belirtilen süreleri infaz kurumunda geçirdikten sonra koşulları mevcutsa koşullu salıverilmeden yararlanabilir. Denetim süresi yükümlülüklerle uygun ve iyi hâlli olarak geçirildiği takdir-

⁸⁷ TOZMAN Önder, “Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları”, *EÜHFD*, C. XI, S. 3-4, 2007, s. 329.

⁸⁸ EVİK Ali Hakan, “Susma Hakkı”, *Güncel Hukuk Dergisi*, S. 12, Doğan, İstanbul, Aralık 2004, s. 48.

⁸⁹ İTİŞGEN, 2013, s. 138.

de ceza infaz edilmiş sayılır. Fakat koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde koşullu salıverilme kararı geri alınır. Her iki kurumda da denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde erteleme ya da koşullu salıverilme kararı geri alınacağından bu süreçte ilgilinin susma hakkından yararlanması ve kendisini suçlamaya zorlanmaması önem arz etmektedir⁹⁰.

V. SUSMA HAKKINI İHLAL EDEN DURUMLAR

1. Şüpheli veya Sanığa Haklarının Hatırlatılmaması

Şüpheli veya sanığa karşı aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş sayılması üç farklı şekilde gerçekleşebilir. Öncelikle, gerçekten şüpheli veya sanığa hakları hiçbir şekilde hatırlatılmamış olabilir. İkincisi, şüpheli veya sanığın hakları eksik hatırlatılmış olabilir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması için haklar eksiksiz hatırlatılmalıdır. Son olarak, şüpheli veya sanığa haklarının tekrar hatırlatılması gereken durumlarda bu tekrarın yapılmamış olması da aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ortaya koymaktadır⁹¹.

Şüpheli veya sanığa kendisine isnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının yasal hakkı olduğu kendisini yakalayan, ifadesini alan ya da kendisini sorgulayan kimse tarafından, yakalama anında ya da ifade ve sorgu öncesinde açıklanmalıdır⁹². Ayrıca bu açıklama mutlaka bizzat şüpheli veya sanığa yapılmalıdır. Bildirimin şüpheli veya sanığın kanuni temsilcisine yapılması sorumluluktan kurtulmak için yeterli değildir⁹³. Şüpheli veya sanık müdafî yardımından yararlanırsa dahi hakları kendisine hatırlatılmalıdır⁹⁴.

⁹⁰ İTİŞGEN, 2013, ss. 138-139.

⁹¹ OSMANOĞLU Kerem, “Ceza Muhakemesi Açısından Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi”, **CHD**, S. 18, Seçkin, Ankara, 2012, s. 161.

⁹² YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 622; KANBUR Mehmet Nihat, “Yeni Anayasa Reformu Çerçevesinde Anayasaya Delil Yasaklarına İlişkin Hüküm Konulması Gereği Üzerine”, **CHD**, S. 17, Seçkin, Ankara, 2011, s. 25.

⁹³ DEMİRBAŞ, 2015, s. 141; ŞAHİN, 2015, s. 146.

⁹⁴ ÇINAR Ali Rıza, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, **TBBD**, S. 55, 2004, s. 37.

Şüpheli veya sanığın susma hakkına sahip olduğu her işlem öncesinde ayrı ayrı hatırlatılmalıdır⁹⁵. Nitekim CMK'da hakların yakalamadan sonra, ifade ve sorgu sırasında ve duruşma öncesinde hatırlatılması ayrıca düzenlenmektedir. CMK'nın 90/4 ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 6/4 maddeleri uyarınca yakalanan kişiye, suç ayırımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir. Bu bildirim yapılırken açıkça susma hakkına sahip olduğu ve kendi aleyhine delil vermeye zorlanamayacağı kendisine söylenmelidir⁹⁶. Yakalanan kişiye sadece suçlama değil, haklarının tamamı anlatılmalıdır⁹⁷. Hakkındaki suçlama ile ilgili bilgi verilmeli ve gerçekleştirdiği fiil ile bu fiilin hukuki niteliği kendisine anlatılmalıdır⁹⁸. Bununla birlikte, bu aydınlatma yükümlülüğü CMK m. 147/1-e gereğince ifade ve sorgu sırasında ve CMK m. 191/3-c gereğince duruşma öncesinde tekrarlanmalıdır⁹⁹.

Şüpheli veya sanığın susma hakkına sahip olduğunu bilmesi görevli kişiyi bu bildirim yapıma yükümlülüğünden kurtarmaz. Şüpheli veya sanık haklarını bilse dahi, susma hakkına sahip olduğu diğer haklarıyla birlikte kendisine hatırlatılmalıdır¹⁰⁰. Şüpheli veya sanığın sosyo-kültürel konumu ne olursa olsun aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmelidir¹⁰¹.

Bu açıklama şüpheli veya sanığa net bir biçimde, anlayabileceği bir dille, başkaca şüpheye yer bırakmayacak şekilde, esas hakkında bilgi vermek zorunda olmadığını ifade ederek yapılmalıdır¹⁰². Şüphelinin susma hakkı-

⁹⁵ YENİSEY Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", CHD, S. 4, Seçkin, Ankara, 2007, s. 43.

⁹⁶ ÜNVER Yener/ HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1. Cilt, 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2012, ss. 267-268.

⁹⁷ ÖZBEK Veli Özer/ KANBUR Mehmet Nihat/ DOĞAN Koray, vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, ss. 71-72.

⁹⁸ LADEWIG, 2004, s. 95.

⁹⁹ TOZMAN, 2007, s. 329.

¹⁰⁰ ŞAHİN, 2015, s. 147.

¹⁰¹ OSMANOĞLU, 2012, ss. 160-161.

¹⁰² ŞAHİN, 2015, s. 147; ALTIPARMAK Cüneyd, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları", **TBB**, S. 63, 2006, ss. 267-268.

na sahip olduğunu anlamış bulunması, bu bildirim geçerliliği bakımından önem arz eder¹⁰³.

Şüpheli veya sanığa susma hakkına sahip olduğu bildirilmeli, ayrıca susma hakkını kullanmayıp bilgi vermesi durumunda bu bilgilerin muhakeme aşamasında aleyhine delil olarak kullanılabilmesi hatırlatılmalıdır¹⁰⁴. Öte yandan, şüpheli veya sanığa susma hakkının bulunduğu hatırlatılırken kendisi susmaya teşvik edilmemeli, zorlanmamalıdır¹⁰⁵.

Bu konuda önem arz eden bir başka husus, şüpheli veya sanığa susma hakkını kullanmasının sakıncalarının da bildirilmesinin gerekip gerekmediğidir. Bir görüşe göre, şüpheli veya sanık ifadesinin alınmasının veya sorguya çekilmesinin hukuki önemini algılayabilecek düşünce yeterliliğine sahip değilse susmasının sakıncaları da kendisine bildirilmelidir. Zira şüpheli veya sanık susma hakkını kullanırsa etkin pişmanlık veya uzlaşma hükümlerinden yararlanamayacaktır. Özellikle elde edilen deliller suçu şüpheli veya sanığın işlediğine işaret ediyorsa ancak suçu bir başkası işlemişse, şüpheli veya sanığa susmasının aleyhine olacağı, bu hususu açıklayarak savunma yapması da söylenmelidir¹⁰⁶. Fakat burada yine hatırlatma ile yetinilmeli, kişinin karar verme serbestisine müdahale edilmemelidir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 24.04.1998 tarihli ve E. 1998/3312, K. 1998/5602 sayılı kararında “*CMUK'nun 226. maddesi hükmü bu nedenle kendisine hatırlatılıp savunmada bulunma zorunluluğu konusunda uyarılması ve savunma yapmadığı takdirde susma hakkı bulunduğu kabulü gerektiği*” şeklinde ifade ettiği üzere, sanığa susma hakkının bulunduğu hatırlatılmalı, savunma yapmadığı takdirde ise susma hakkını kullandığı kabul edilmeli, susmasına olumsuz sonuç yüklenmemelidir¹⁰⁷.

Şüpheli ve sanığa hakları –özellikle, susma hakkı– bildirilmeden kendisinden alınan bilgi ve belgeler hukuka aykırı delil teşkil eder; bu sebeple, hükme esas alınamaz ve mutlak bozma nedeni teşkil eder¹⁰⁸. Sa-

¹⁰³ YENİSEY/ NUHOĞLU, 2015, s. 623.

¹⁰⁴ YENİSEY/ NUHOĞLU, 2015, s. 623.

¹⁰⁵ ŞAHİN, 2015, s. 147.

¹⁰⁶ YENİSEY/ NUHOĞLU, 2015, s. 623; ŞAHİN, 2015, s. 147; ŞENTÜRK Candide, “Ceza Muhakemesinde İfade ve Sorgu”, **CHD**, S. 19, Seçkin, Ankara, 2012, s.193.

¹⁰⁷ www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

¹⁰⁸ ÜNVER/ HAKERİ, 2012a, ss. 270-271; KOCAOĞLU, 2011, s. 40.

nığın susma hakkı hatırlatıldıktan sonra serbest iradesiyle söyleyeceği sözler hukuka uygun olarak ele geçirilmiş delil teşkil eder ve hükme esas alınabilir¹⁰⁹.

2. Yasak İfade ve Sorgu Yöntemlerinin Kullanılması

Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır (CMK m. 148/1). Şüphelinin veya sanığın özgür iradesine dayanmayan bir beyanın hükme esas alınması söz konusu olamaz¹¹⁰. Bunu garanti altına almak amacıyla CMK'nın 148. maddesinde ifade ve sorgu sırasında gerçekleştirilmesi yasak yöntemler gösterilmiştir. Fakat sınırlı olarak sayılmamıştır. Bunlar, kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehdit uygulama, yalan makinesi, hipnoz gibi bazı araçları kullanma, kanuna aykırı yarar vaat etme ve diğer iradeyi etkileyen yöntemlerdir¹¹¹. Bu yasak yöntemlerin sadece fiziksel olanlarla sınırlandırılmaması, her türlü bedensel ve ruhsal etki yaratan girişimleri kapsayacak şekilde anlaşılması amaca daha uygun olacaktır¹¹².

Bu yasak usullerin başta geleni işkence ve insancıl olmayan, kötü davranışlardır. Beccaria'ya göre, *“Yargılamanın yürütülmesi sırasında sanığa yapılan işkence, ulusların büyük çoğunluğunda kullanılagelen bir zorbalıktır. İşkence, suçluya kimi zaman bir suçu söyletmek, kimi aman suçlunun düş-tüğü çelişkileri gidermek, kimi zaman ne olduğunu bir türlü anlayamadığım şu doğaötesi ve akıl almaz arındırma yöntemleriyle suçluyu aşağılanmış-lık/ onursuzluk lekesinden sözde kurtarmak, kimi zaman da suçlanabileceği, fakat henüz suçlanmadığı suçlarını öğrenmek amacıyla yapılmaktadır.”*¹¹³ Türk Ceza Kanunu'nda işkencenin tanımı yapılmamıştır. Sosyal gelişme ve değişmelerin etkisiyle ceza hukuku kurumlarının tanımları ve kapsamı değiştiği gibi, işkencenin de kapsamı zamanla değişiklik göstermektedir.

¹⁰⁹ YENİSEY Feridun, “İspat Hukuku ve Fair Trial İlkesi”, **Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi**, Ed. F. C. Schroeder/ F. Yenisey/ W. Peukert, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1999, s. 155.

¹¹⁰ YENİSEY/ NUHOĞLU, 2015, s. 627.

¹¹¹ YENİSEY/ NUHOĞLU, 2015, ss. 628-629; KANBUR, 2011, s. 25.

¹¹² YENİSEY/ NUHOĞLU, 2015, s. 627.

¹¹³ BECCARIA Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (çev. S. Selçuk), 3. Baskı, İmge, Ankara, 2013, s. 85.

Daha önce kötü muamele kapsamında değerlendirilen bazı davranışların günümüzde işkence olarak kabul edilebildiği görülmektedir¹¹⁴.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi, İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi işkenceyi yasaklayan uluslararası metinlerdendir¹¹⁵. Anayasa m. 17/3 "*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*" hükmünü getirmekte ve Türk hukukunda işkence ve kötü muamele yasağının anayasal temelini teşkil etmektedir.

CMK m. 148'de ikinci sırada ilaç verme sayılmaktadır. Büyük Daire Jalloh/ Almanya¹¹⁶ kararında, gözaltındaki şüpheliye midesinde eroin torbası olup olmadığının ortaya çıkarılması amacıyla kusturucu ilaç verilmesini insanlık dışı muamele kabul etmiş ve bu yolla elde edilen delilleri hukuka aykırı kabul etmiştir. Bu gibi delil elde etmek için ilaç verilmesi durumlarda ve şüpheli veya sanıktan ikrar elde etmek için direncini kırarak bir ilaç verilmesi durumunda elde edilen ikrar, bilgi veya delil hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır¹¹⁷.

Yorma ve cebir şüpheli veya sanık üzerinde iradesini etkileyecek fiziksel kuvvetler iken, aldatma ve tehdit ise psikolojik direnç kırma yöntemleri olarak açıklanabilir. Bu yöntemlerin ardından CMK m. 148/2'de "*Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.*" hükmü ile şüpheli veya sanığa kanuna aykırı yarar vaat edilmesi yasaklanmaktadır¹¹⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *İrlanda/ Birleşik Krallık*¹¹⁹ kararında, kanuna aykırı yarar vaadini özgür iradeyi etkilemesi sebebiyle yasak ifade ve sorgu yöntemleri içerisinde kabul etmektedir.

¹¹⁴ AYDIN, 2004, s. 101.

¹¹⁵ EVİK, 2004, s. 288.

¹¹⁶ Jalloh/ Almanya Kararı, Başvuru No: 54810/00, 11.07.2006, hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

¹¹⁷ LEACH, 2011, s. 282; HARRİS ve DİĞ., 2013, s. 305.

¹¹⁸ AYDIN Devrim, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin, Ankara, 2014, s. 179.

¹¹⁹ İrlanda/ Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5310/71, 18.01.1978, hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

Önemle belirtmek gerekir ki, bu yasak yöntemlerin şüpheli veya sanığın iradesini etkileyip etkilemediğinin ispatlanması gerekmez. Yasak sorgu yöntemlerinin uygulandığının, o araçların kullanıldığının ispatlanması, elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılması için yeterlidir¹²⁰.

VI. SUSMA HAKKININ İHLALİNE BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

Çağdaş ceza muhakemesi hukukunun amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Fakat bu yapılırken hukuk kuralları ile bağlı kalınmalıdır. İşte, ispat yasakları olarak adlandırılan durumlar, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının sınırlarını teşkil eder. İspat yasağı teşkil eden sınır geçilerek maddi gerçeğin ortaya çıkması için araştırma yapılamaz¹²¹. Bu sınırın dışına çıkılmamasını öngören kurala “delil elde etme yasağı”, bu yasak ihlal edilerek elde edilen delile ise “hukuka aykırı delil” adı verilmektedir¹²².

Ceza muhakemesi hukukunda hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda üç temel yaklaşım görülmektedir. İlki, elde ediliş şekli hukuka aykırı dahi olsa tüm delillerin değerlendirmeye alınmasını öngören mutlak kabul yaklaşımıdır. İkincisi, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini kesin olarak reddeden yaklaşımıdır. Üçüncüsü ise, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini olayın koşullarına bağlayan, bazı durumlarda kabul edip bazı durumlarda yasaklayan yaklaşımıdır¹²³.

Doktrinde adil yargılanma hakkını ihlal etmeyen durumlarda kanuna aykırı bir şekilde elde edilmiş olsa dahi delilin kullanılabilmesi, adil yargılanma hakkını ihlal eden durumlarda ise hükme esas alınmaması ancak ağır nitelikteki suçlarda “sanık hakları teorisi” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir¹²⁴. Buna göre, delilin elde edilmesi sırasında meydana gelen kanuna aykırılığın şüpheli veya sanığın haklarını hangi ölçüde ve ne şekilde ihlal ettiğine bakılır. Eğer şüpheli veya sanığın hakları

¹²⁰ CENTEL/ ZAFER, 2015, s. 237.

¹²¹ YENİSEY/ NUHOĞLU, 2015, s. 540.

¹²² DÜLGER Murat Volkan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi**, Seçkin, Ankara, 2014, s. 66.

¹²³ KOCA Mahmut, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, **AÜEHFD**, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 110; AKYÜREK Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, **TBB**, S. 101, 2012, ss. 66-72.

¹²⁴ YENİSEY/ NUHOĞLU, 2015, s. 553.

önemli ölçüde ihlal edilmiş ise bu delil kullanılamaz. Fakat ihlal mevcut olmakla birlikte sanığın hakları önemli ölçüde etkilenmemişse, ihlal elde edilen delile göre ikinci derecede kalmakta ise, delil hüküm verilirken kullanılacaktır. Bu görüş Alman Federal Mahkemesi tarafından uygulanmakla birlikte, Alman doktrininde eleştirilmektedir¹²⁵. Diğer bir görüşe göre ise, hukuka aykırı bir şekilde elde edilen deliller muhakemenin herhangi bir aşamasında kullanılamaz; hukuka aykırı deliller bakımından mutlak bir değerlendirme yasağı uygulanmalıdır¹²⁶.

2001 yılında 4709 sayılı Kanun’la eklenen Anayasa’nın 38. maddesinin 6. fıkrası gereğince “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” CMK m. 148/3’e göre, “*Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.*” ve ayrıca, CMK m. 217/2 düzenlemesine göre, “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*” CMK m. 206/2-a uyarınca “*Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse*” mahkemenin delili reddetmesi gerekir ve ayrıca, CMK m. 289/1-i uyarınca “*hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması.*” hükmü hukuka aykırı hale getirir ve mutlak bozma sebebidir¹²⁷. Günümüz Türk ceza muhakemesi hukukunda CMK m. 148/3 ve CMK m. 289/1-i düzenlemelerinden hareketle, mutlak yasak yaklaşımının benimsendiği söylenebilir.

Öte yandan Yargıtay’ın nispi değerlendirme yasağını benimsediği kararları da mevcuttur. 5. Ceza Dairesi 1992 tarihli bir kararında, kanunen ayrı ayrı dinlenmesi gereken tanıkları birlikte dinleyen yerel mahkemenin kararını, bu durumun sonuca etkili olmaması nedeniyle bozmamıştır¹²⁸. Ceza Genel Kurulu ise 2007 tarihli bir kararında, “*illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine*” göre delillerin değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiş, şeikle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesinin elde edilen delilleri “*hukuka aykırı hale*” getirmeyeceğini da ileri sürmüştü ve hak ihlali olmayan durumlarda delillerin değerlendirilmemesinin “*uzun vadede son derece ağır sonuçları*

¹²⁵ YENİSEY/ NUHOĞLU, 2015, s. 547.

¹²⁶ ÜNVER Yener/ HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Cilt, 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2012, ss. 165-166.

¹²⁷ KARAKEHYA Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Bası, Savaş, Ankara, 2016, ss. 264-265; DÜLGER, 2014, ss. 56-60.

¹²⁸ Y. 5. CD, E. 1992/174, K.1992/465, 12.12.1992, AKYÜREK, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, s. 71.

da birlikte getireceğini” belirterek nispi değerlendirme yasağını benimsemiştir¹²⁹.

Şüpheli veya sanığı kendini veya yakınlarını suçlamaya yönelik bir beyanda bulunmaya zorlayan herhangi bir hareket Anayasa m. 38/5 ile CMK m. 147/1-e'nin ihlali anlamına gelmektedir¹³⁰. Şüpheliye susma hakkı hatırlatılmaksızın alınan ifadesine ait tutanak kovuşturma evresinde delil olarak kullanılamaz. CMK m. 147'nin ihlal edilmesi suretiyle elde edilen deliller hükme esas alınmaz¹³¹. CMK m. 148/3 hükmüne göre, “Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.” Diğer bir ifadeyle, aslında bu usuller kişinin özgür iradesini etkilediğinden ve serbestçe karar verme hürriyetini ortadan kaldırdığından geçerli bir rızadan bahsedilemeyecek, bu suretle elde edilen delil değerlendirmeye alınmayacak ve hükme esas teşkil edemeyecektir¹³².

Doktrinde bir görüşe göre, yasak deliller sadece hükme esas alınmamakla kalmayıp *-koruma tedbirine başvurulması gibi-* diğer muhakeme işlemlerinde de değerlendirmeye alınmamalıdır¹³³. Ayrıca, doktrinde hükme esas alınmasa dahi dosyayı okuyacak kişileri etki altında bırakmaması için bu delillerin dosyadan çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁴. Fakat mevcut hukuki düzenlemeler bu delillerin dosyadan çıkarılmasına imkân vermemektedir. Aksine, CMK m. 230/1-b'ye göre, hükmün gerekçesinde dosyada bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca gösterilmesi gerekmektedir. Bu durumda, söz konusu deliller dosyadan çıkarılamayacaktır¹³⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, susma hakkını masumiyet karinesinin doğal bir sonucu olarak görmekte birlikte, delil yasaklarını AİHS m. 6/2'ye değil, genel adil yargılanma hakkına bağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, delil yasakları ve hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. maddenin ilk fıkrasını ihlal etmektedir¹³⁶.

¹²⁹ Y. CGK, E. 2007/7-147, K. 2007/159, 26.06.2007, Akyürek, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, s. 71.

¹³⁰ ŞAHİN, 2015, ss. 150-151.

¹³¹ YENİSEY/ NUHOĞLU, 2015, s. 627.

¹³² YENİSEY/ NUHOĞLU, 2015, s. 629.

¹³³ KANBUR, 2011, s. 23.

¹³⁴ YENİSEY/ NUHOĞLU, 2015, s. 551.

¹³⁵ KARAKEHYA, 2016a, s. 267; KARAKEHYA Hakan, **Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti**, Savaş, Ankara, 2016, s. 89.

¹³⁶ SCHROEDER, 1999, s. 112.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukuka aykırı delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda bir ifade içermemektedir. Mahkeme ise kararlarında hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinin AİHS'i ihlal edeceğini net bir biçimde ortaya koymuş değildir. Diğer bir ifadeyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hukuka aykırı delillerin mutlak bir biçimde reddedilmesi gerektiği yönündeki görüşü benimsediği söylenemez¹³⁷. *Barbera, Messegue ve Jabardol İspanya*¹³⁸ kararında ortaya koyduğu üzere, delillerin geçerliliği ve hukuka aykırılığı sorununu bir iç hukuk meselesi olarak değerlendirmektedir. Bu sebeple, ispat araçları bakımından genel prensipler belirlememekte, iç hukukta ispat araçlarının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini incelemektedir¹³⁹.

SONUÇ

Susma hakkı, masumiyet karinesinin ve *nemo tenetur* ilkesinin temelini teşkil ettiği temel bir sanık ve insan hakkıdır. Susma hakkının iki yönü bulunmaktadır. İlki, şüpheli veya sanığın yetkili makamlar önünde kendisini suçlamaya zorlanamamasıdır. Bu yönü ile susma hakkı *nemo tenetur* ilkesinin bir sonucudur. Diğer yönü ile susma hakkı, sanığın suskun kalmasından aleyhine sonuç çıkarılmamasını garanti altına alır. Bu yönüyle ise susma hakkı, ifade ve irade özgürlüğünün bir uzantısıdır.

Susma hakkı kişinin aleyhine bilgi vermeye ve belge ya da delil göstermeye zorlanmamasını içermektedir. Bu yönüyle, susma hakkının sorulan sorulara cevap vermemeyi de içerdiği söylenebilir. Fakat susma hakkı mutlak bir hak değildir. Somut olayın koşullarına göre, şüpheli veya sanığın suskun kalmasından kendi aleyhine sonuç çıkarılması mümkündür. Öte yandan kamu yararı ve kamu düzeni gerekçeleri ile dahi olsa, susma hakkı ve kişinin kendini suçlamaya zorlanmaması ilkesinin özünün kısıtlanması söz konusu olamaz.

Susma hakkından şüpheli veya sanık ile tanıklar yararlanabilmektedir. Bu haktan soruşturma ve kovuşturma evresinde yararlanılmakla birlikte, soruşturma öncesi evreyi kapsayıp kapsamadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu-

¹³⁷ KARAKEHYA, 2016a, ss. 262-263; KARAKEHYA, 2016b, s. 84.

¹³⁸ Barbera, Messegue ve Jabardo/ İspanya Kararı, Başvuru No: 10590/83, 06.12.1988, hudoc.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 19.12.2016.

¹³⁹ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, 2013, s. 306.

nunla birlikte, hükmün kesinleşmesi ile susma hakkı ortadan kalkmamakta, infaz evresinde de özellikle bazı kurumlar bakımından kullanılması söz konusu olabilmektedir.

Susma hakkının yakalama, ifade ve sorgu alma ve duruşma öncesinde şüpheli veya sanığa hatırlatılması gerekmektedir. Bu aydınlatma yükümlülüğü gerçekleştirilmeksizin kendisinden bilgi ya da belge alınması durumunda, elde edilen deliller hukuka aykırı hale gelecek ve hükme esas alınamayacaktır. Bu sebeple, susma hakkı konusunda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve ifade ve sorgunun yasak usullere başvurulmaksızın yapılması hükmün geçerliliği bakımından önem arz etmektedir.

Türk hukukunda ise susma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına paralel bir şekilde uygulanmaktadır. Susma hakkının varlığı ve şüpheli veya sanığın suskun kalmasından aleyhine sonuç çıkarılmayacağı Yargıtay içtihatlarında yerleşik bir hâl almıştır. Fakat özellikle şüpheli veya sanığa kimlik bilgileri hakkında doğruyu söyleme yükümlülüğü getiren düzenleme susma hakkının doğal yapısına aykırı bulunmakta ve hakkın özünü kısıtladığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.

Ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğin açığa çıkarılması için getirilen düzenlemeler ile şüpheli veya sanığın hakları arasındaki denge iyi sağlanmalı; gerçeği ortaya çıkarma uğruna şüpheli veya sanık haklarından mahrum kılınmamalı; masumiyet karinesi tersine çevrilerek şüpheli veya sanık delilleri ortaya çıkarmaya ya da bilgi vermeye zorlanmamalı; ceza muhakemesi ile hukuk muhakemesinin amaçsal ve pratik farklılıkları korunmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKYÜREK Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, **TBBĐ**, S. 101, 2012, ss. 61-82.
- ALTIPARMAK Cüneyd, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, **TBBĐ**, S. 63, 2006, ss. 244-270.
- AMBOS Kai, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları –Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ m. 6-”, (çev. Y. Ünver), **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Ankara, 2004, ss. 15-64.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 44-2, 2007.
- ATLIHAN Özen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru olarak “Masumiyet Karinesi”, **AÜ-EHFD**, C. VIII, S. 3-4, 2004, ss. 291-328.
- AYDIN Devrim, **Ceza Muhakemesinde Deliller**, Yetkin, Ankara, 2014.
- AYDIN Öykü Didem, “Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, **TBBĐ**, S. 53, 2004, ss. 63-140.
- BECCARIA Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (çev. S. Selçuk), 3. Baskı, İmge, Ankara, 2013.
- CENGİZ Serkan/ DEMİR AĞ Fahrettin/ ERGÜL Teoman, vd., **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Şen, Ankara, 2008.
- CENTEL Nur, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi”, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular**, Ed. N. Centel, XII Levha, İstanbul, 2015.
- CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, Beta, İstanbul, 2015.
- CENTEL Nur/ ZAFER Hamide/ ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2014.
- CİHAN Erol, “50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorusu”, **İÜHFİM**, C. 50, S. 1-4, 1984, ss. 133-151.
- ÇINAR Ali Rıza, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, **TBBĐ**, S. 55, 2004, ss. 31-64.

- ÇİÇEKLİ Bülent, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararlarının Analizi (2002-2005) ve Ceza Muhakemesine Yansımaları”, **CHD**, S. 1, Seçkin, Ankara, 2006, ss. 231-262.
- DEMİRBAŞ Timur, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.
- DEMİRBAŞ Timur, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, **CHD**, S. 4, Seçkin, Ankara, 2007, ss. 79-96.
- DOĞAN Koray, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi**, Seçkin, Ankara, 2016.
- DURSUN Selman, **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Seçkin, Ankara, 2006.
- DÜLGER Murat Volkan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi**, Seçkin, Ankara, 2014.
- EREM Faruk, “Susma Hakkı”, **Yargıtay Dergisi**, C. 18, S. 3, 1992, ss. 296-299.
- ESER Albin, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, (çev. N. Centel), **Yargıtay Dergisi**, S. 16, 1990, ss. 313-338.
- EVİK Ali Hakan, “Susma Hakkı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, S. 12, Doğan, İstanbul, Aralık 2004.
- EVİK Vesile Sonay, “Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Ankara, 2004.
- FEYZİOĞLU Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **AÜHFD**, C. 48, S. 1-4, 1999, ss. 135-163.
- GEMALMAZ Haydar Burak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Ankara, 2004.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Sanık Gerçeği Söylemeye Mecbur Mudur?”, **AÜSBFD**, C. 9, S. 4, 1954, ss. 121-146.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 10. Bası, Turhan, Ankara, 2013.
- GRABENWARTER Christoph, “Yargılama Güvenceleri- Adil Yargılama Hakkı (İHAS md. 6)”, (çev. O. Can), **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Ankara, 2004, ss.181-244.

- HARRIS David/O'BOYLE Michael/ BATES Ed, vd., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, (çev. M. B. Kılıcı/ U. Karan), Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2013.
- İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2013.
- İNCEOĞLU Sibel (Editör), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, 3. Baskı, Beta, İstanbul, 2013.
- İTİŞGEN Rezzan, **Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur) ve Susma Hakkı**, XII Levha, İstanbul, 2013.
- KAN AYDIN Çağrı, "Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak 'Susma Hakkı'", **TBBB**, S. 91, 2010, ss. 146-180.
- KANBUR Mehmet Nihat, "Yeni Anayasa Reformu Çerçevesinde Anayasaya Delil Yasaklarına İlişkin Hüküm Konulması Gereği Üzerine", **CHD**, S. 17, Seçkin, Ankara, 2011, ss. 21-60.
- KARAKEHYA Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Bası, Savaş, Ankara, 2016.
- KARAKEHYA Hakan, **Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti**, Savaş, Ankara, 2016.
- KARAKEHYA Hakan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş, Ankara, 2008.
- KARAKEHYA Hakan, "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Arasındaki Yeri ve Ceza Muhakemesi Bağlamındaki Önemi", **CHD**, S. 5, Seçkin, Ankara, 2007, ss. 172-202.
- KOCA Mahmut, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", **AÜEHFD**, C. IV, S. 1-2, 2000, ss. 105-146.
- KOC AOĞLU Serhat Sinan, "Susma Hakkı", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2011, ss. 29-58.
- KUNTER Nurullah/ YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Bası, Beta, İstanbul, 2010.
- LADEWIG Hans-Meyer, "Adil Yargılanma Hakkı-II", (çev. H. Hakeri), **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Ankara, 2004, ss. 87-98.
- LEACH Philip, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, V. 2, Third Edition, Oxford, London, 2011.

- LEIGH Leonard H., “Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması”, (çev. S. Dursun), **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Ankara, 2004, ss. 335-358.
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Seçkin, Ankara, 2003.
- OSMANOĞLU Kerem, “Ceza Muhakemesi Açısından Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi”, **CHD**, S. 18, Seçkin, Ankara, 2012, ss. 137-172.
- ÖZBEK Veli Özer/ KANBUR Mehmet Nihat/ DOĞAN Koray, vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.
- ÖZGENÇ İzzet, “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları”, **HAD**, C. 9, S. 1-3, 1995, ss.129-142.
- ÖZTÜRK Bahri (Editör), **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- PETERS Anne, “Adil Yargılanma (m. 6 f. 1 ve 2)”, (çev. M. Koca), **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ed. Y. Ünver, Seçkin, Ankara, 2004, ss. 121-128.
- READ Frank Tom, **Ceza Muhakemesinde Anlattırıcı Soru ve Çapraz Sorgu Teknikleri**, (çev. F. Yenisey/ N. Ziyalar), 2. Bası, Şen, Ankara, 2015.
- SCHROEDER Friedrich Christian, “Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi”, **Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi**, Ed. F. C. Schroeder/ F. Yenisey/ W. Peukert, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1999.
- SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012.
- ŞAHİN Cumhuriyet, **Ceza Muhakemesi Hukuku- I**, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2015.
- ŞENTÜRK Candide, “Ceza Muhakemesinde İfade ve Sorgu”, **CHD**, S. 19, Seçkin, Ankara, 2012, ss. 173-233.
- TOZMAN Önder, “Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları”, **EÜHFD**, C. XI, S. 3-4, 2007, ss. 315-353.
- ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılanma Hakkı**, (çev. F. A. Tamer/ E. Kaplan), İletişim, İstanbul, 2000.
- ÜNVER Yener/ HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1. Cilt, 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2012.

- ÜNVER Yener/ HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Cilt, 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2012.
- ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu”, **GÜHFD**, C. XV, S. 3, 2011, ss. 363-390.
- ÜZÜLMEZ İlhan, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, **TBB**, S. 58, 2005, ss. 41-72.
- YENİSEY Feridun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, **CHD**, S. 4, Seçkin, Ankara, 2007, ss. 5-60.
- YENİSEY Feridun, “İspat Hukuku ve Fair Trial İlkesi”, **Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi**, Ed. F. C. Schroeder/ F. Yenisey/ W. Peukert, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1999.
- YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.
- ZAFER Hamide, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, C. 19, S. 2, 2013, ss. 507-540.

ÖZEL HUKUK

Vasinin Göreve Başlaması ve Görevinin Sona Ermesi Aşamasında Vesayet Dairelerinin Görev ve Yetkileri

Doç. Dr. Mehmet ERDEM*

Öz: Vesayet dairelerinin (vesayet makamı ve denetim makamı), vasinin görevini yürütmesi esnasında mevcut yetki ve görevleri (izin alınması gereken işlemler ile şikâyet ve itiraz) yanında, vasinin göreve başlaması ve görevinin sona ermesi akabinde de çeşitli görev ve yetkileri bulunmaktadır. Bu yetki ve görevler, vasinin göreve başlaması esnasında yapılması gerekli olan ve MK 438 ila 444. maddeleri arasında öngörölmüş olan iş ve işlemlere ilişkindir. Bu maddelerde, vasinin göreve başlarken yapılması gereken defter tutulması, değerli şeylerin saklanması, taşınır-taşınmazların satılması, paraların yatırılması, yatırımların dönüştürülmesine ilişkin iş ve işlemler ile bu kapsamda vesayet dairelerinin görev ve yetkileri düzenlenmektedir. Yine, vasinin görevinin sona ermesi durumunda, onun son rapor ve kesin hesabı vermesi ile vesayet altındaki kişinin mallarını teslim etmesi MK 489. maddede düzenlenmiştir. Bu aşamada da vesayet dairelerinin, bu işlemlere nezareti, son raporu ve kesin hesabı incelemesine yönelik görev ve yetkileri bulunmaktadır. Vesayetın yürütölməsi esnasında vesayet dairelerine tanınan yetkiler ile üzerlerine düşen görevler gibi, vasinin görevine başlaması ve görevinin sona ermesinde dairelerin görev ve yetkilerinin tümü, vesayet altındaki kişinin menfaatlerinin korunmasına yöneliktir. Vesayet dairelerinin görev ve yetkileri de bu çerçevede, yani vesayet altındaki kişinin menfaatlerinin korunması bağlamında değerlendirilmeli, onlar da vasinin görev ve yetkilerine müdahale etmeden, kendilerine tanınan görev ve yetkileri kullanırken bu amaç çerçevesinde hareket etmelidirler.

Anahtar Kelimeler: Vesayet, vasi, vesayet daireleri, vesayet makamı, denetim makamı, vesayet dairelerinin görevleri

* Makale gönderim tarihi: 8.11.2017. Makale kabul tarihi: 22.11.2017.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (merdem@gsu.edu.tr).

The Powers and Duties of Guardianship Offices at the Beginning and after the Expiry of the Guardian's Duty

Abstract: The guardianship offices (guardianship authority and supervisory authority) have various powers and duties both at the beginning and after the expiry of the guardian's duty, in addition to their powers and duties along the period during which the guardian exercises his/her duty (transactions requiring authorization, complaint and objection). Such powers and duties relate to the matters and transactions that need to be performed at the beginning of the guardian's duty as provided in Articles 438 to 444 of the Civil Code. The foregoing provisions regulate matters and transactions to be performed at the beginning of the guardian's duty with respect to the bookkeeping, the safekeeping of valuable articles, the sale of movable and immovable property, the deposition of money and the conversion of investments, as well as the powers and duties of guardianship offices in this regard. Moreover, the submission of the final report and the final account as well as the delivery of the properties of the person under guardianship, *i.e.* the ward, by the guardian is regulated under Article 489 of the Civil Code. At this point, the guardianship offices have powers and duties with regard to the monitoring of the said transactions and the review of the final report and the final account. The powers granted to and the duties imposed upon the guardianship offices with respect to the exercise of the guardianship, as well as their powers and duties in relation to the beginning and expiry of the guardian's duty are all aimed at the protection of the ward's interests. The powers and duties of the guardianship offices should also be considered within the context of the protection of the ward's interests, and they should act in accordance with this purpose in the exercise of their powers and duties without interfering with the guardian's powers and duties

Keywords: Guardianship, guardian, guardianship offices, guardianship authority, supervisory authority, duties of guardianship offices

GİRİŞ

Vesayet, vesayet altındaki kişinin çeşitli ihtiyaçlarının karşılanması, korunması ve onun temsili için öngörölmüş bir kurumdur. Vesayet altındaki kişinin karşısında, vasi, vesayet makamı ve denetim makamı, bir bütün olarak vesayet organlarını oluşturur. Bu organlar arasında ise kanun, her birinin görev ve yetkileri ile birbirleri arasındaki ilişkileri düzenlemiştir. Vesayet altındaki kişinin işleri asıl olarak vasi tarafından yürütölmekle birlikte, vasi bu görevlerini yürütürken, vesayet dairelerinin, yani vesayet makamı olarak sulh hukuk mahkemesinin, denetim makamı olarak da asliye hukuk mah-

kemesinin kontrol ve denetimi altındadır. Vesayetin yürütülmesi esnasında, bazı işlemler için vesayet makamının onayı gerekirken, bazı işlemler açısından denetim makamının izni aranır. Bunların da yanında, vasinin, her türlü işlemine karşı vesayet makamına şikâyetle bulunulabileceği gibi, vesayet makamının kararlarına karşı da denetim makamına itiraz edilebilir. Böylelikle, vesayet altındaki kişinin menfaatlerinin en üst düzeyde korunması sağlanmak istenmiştir.

Vesayet dairelerinin kontrol ve denetimi, vasinin görevini yürütmesi esnasında yoğun olarak görülebilirse de, vasinin göreve başlaması esnasında yapılacaklar konusunda da, kanun koyucu vesayet dairelerine önemli görevler yüklemiştir. Bu görevler, özellikle vasinin göreve başlaması esnasında, vesayet altındaki kişinin hangi malvarlığı değerlerinin vasiye tevdi edileceğine ve vesayetin yürütülmesi açısından tevdi edilmesi gerekmeyen ve edilmeyecek olan malvarlığı değerlerinin akıbetine ilişkindir. Buna yönelik bütün düzenlemelerde, şüphesiz asıl amaç vesayet altındaki kişinin menfaatinin korunmasıdır.

Yine, görevinin sona ermesi halinde vasi vesayet görevini ne şekilde yürüttüğüne ve vesayet altındaki kişinin kendisine tevdi edilen malvarlığı değerlerinin akıbetine ilişkin hesap vermek zorundadır. Bu hesabın ne şekilde verileceği, vasinin neler yapması gerektiği ve bu aşamada vesayet dairelerinin görev ve yetkileri de kanunda hüküm altında alınmıştır.

Vasinin göreve başlaması esnasında yapılması gerekenler MK 438 ila 444. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu çalışmamızda, önce bu maddeler çerçevesinde vasi ve vesayet dairelerinin görev ve yetkileri ele alınacak; ikinci olarak ise, vasinin görevinin sona ermesinden sonra, MK 489-490. maddelerinde düzenlenen vasinin son rapor ve kesin hesabı vermesi ile vesayet altındaki kişinin mallarının tesliminde neler yapılması gerektiği ve bu aşamada vesayet dairelerinin görev ve yetkileri incelenecektir.

I. VASİNİN GÖREVE BAŞLAMASI AŞAMASINDA VESAYET DAİRELERİNİN GÖREV VE YETKİLERİ

Vasinin göreve başlaması esnasında yapılması gerekenler, MK 438 ila 444. maddeleri arasında belirtilmiştir. Bu maddelerde, vasi göreve başlarken, defter tutulması (MK 438), değerli şeylerin saklanması (MK 439), taşınımların satılması (MK 440), paraların yatırılması (MK 441), yatırımların dönüş-

türülmesi (MK 442-443) ve taşınmazların satılmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Aşağıda, bu iş ve işlemlerin yapılması ve bu aşamada, vesayet dairelerinin görev ve yetkilerine, her bir iş ve işlem açısından ayrı ayrı değinilecektir.

A. Defter Tutulması

Vasinin atanması kararının kesinleşmesi akabinde ilk yapılacak olan iş, vesayet altındaki kişinin malvarlığının defterinin tutulmasıdır (MK 438)¹. Vasi vesayet altına alınan kişinin malvarlığını da yöneteceğinden, göreve başlama esnasında, malvarlığının durumunun bilinmesi hem vesayet altındaki kişinin haklarının korunması hem de vasinin sorumluluğunun tespiti açısından önem arz eder². Bu defter, aynı zamanda, vasi tarafından her yıl vesayet makamına verilecek hesap ve vasilik görevi sona erdiğinde verilecek hesap açısından da esas alınır³.

Defter, vasinin sorumluluğu açısından da dikkate alınacağından, vasinin bunu tek başına hazırlaması uygun olmaz. Bu nedenle kanunkoyucu, defterin, vasi ve vesayet makamının görevlendireceği bir kişi ile birlikte hazırlanacağını öngörmektedir⁴. MK 438 bunu, “Vasiliğe atanma kararının kesinleşmesi üzerine vasi ile vesayet makamının görevlendireceği bir kişi tarafından, vakit geçirilmeksizin, yönetilecek malvarlığının defteri tutulur” şeklinde ifade etmiştir. Hükümde, vesayet makamı tarafından bir kişinin görevlendirileceği belirtilmişse de malvarlığının kapsamı ve durumun özelliğine göre (örneğin, malvarlığı kapsamında bulunan çeşitli mallar, işletmeler ve farklı uzmanlık gerektiren unsurlar bulunursa), birden çok kişi de görevlendirilebilir. Vesayet makamı, bu görevlendirmeyi yaparken, vesayet altındaki

¹ Vasi, vasilikten kaçınsa veya vasiliğine itiraz edilmiş olsa bile, atanan vasiye, vesayet altına alınan kişinin malları teslim edilmiş olduğu takdirde, onun yerine başka bir vasi atanıncaya kadar MK 423 gereği belli görevleri yerine getirme görevi olduğundan, defter tutulması gerekeceği yönünde **Velidedeolu, H. Veldet**, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1965, s. 519. Gençcan, bu durumda tutulacak defterin (geçici) MK 420 gereği geçici önlem olarak tutulduğunu belirtmektedir (**Gençcan, Ö. Uğur**, Vesayet Hukuku, Ankara 2009, s. 534).

² **Egger, A.**, Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku, 3. Kısım, Vesayet, Ankara 1955, m. 398 N 20; **Oğuzman, M. Kemal/Dural**, Mustafa, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2001, s. 479; **Öztan**, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 1369-1370.

³ **Oğuzman/Dural**, s. 479.

⁴ **Egger**, m. 398 N 27; **Öztan**, s. 1370; **Gençcan**, s. 537.

kişinin menfaati gereği, bu kişi/kişilerin, vasi ile özel bir bağlantısının olmasına dikkat etmelidir. Özel bağlantı, ekonomik olabileceği gibi, kişisel de olabilir.

Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük (Tüzük), m. 16'da da defter tutmanın nasıl yapılacağını düzenlenmiştir. Tüzük 16/I, "Tayin olunan vasi ilk iş olarak vesayet altındaki kimsenin mallarının defterini tutarak tayininden itibaren bir ay içinde iki nüsha halinde sulh mahkemesine verir" derken, vasi ile birlikte, vesayet makamının görevlendireceği kişiden bahsetmese de bu şart, doğrudan MK 438'de öngörüldüğünden, vasinin tek başına bu defteri hazırlaması mümkün olmamalıdır. Dolayısıyla, tüzükte vasinin yapılacağı öngörülen işlerin, vasi ile birlikte, vesayet makamı tarafından görevlendirilen kişi ile birlikte yapılacağı, en azından, vasi tarafından yapılanların onun tarafından da onaylanması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim, Türk Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük Kapsamında Tutulacak Defterler, Özel Kütük Dosyalar Tutanaklar ve Diğer Evrakın Düzenlenmesine Dair Yönetmelik (Yönetmelik) m. 9/I'de "Vasiliğe atanma kararının kesinleşmesi üzerine, Türk Medenî Kanununun 438 inci maddesi uyarınca; vasi ile vesayet makamının görevlendireceği bir kişi tarafından, hâkimin belirleyeceği süre içinde ve talimatları doğrultusunda yönetilecek malvarlığının defteri tutulur" denilerek, bu durum teyit edilmiştir.

Defter tutulurken, ayırt etme gücüne sahip olduğu takdirde vesayet altındaki kişi de hazır bulundurulur (MK 428/II; Yönetmelik 9/III). Vesayet altındaki kişi hazır bulunmak istemedikten veya bulunmaması için özel bir durum söz konusu olmadıktan sonra, o hazır bulunmadan defter tutulması şikâyet konusu olabilir. Bu nedenle, usulüne uygun tutulmuş olmadığından gerek vasinin görevden alınması gerekse defterin tekrar tutulması gündeme gelebilir (Tüzük 16/V).

Defterin tutulması aşamasında, vasi her zaman vesayet makamının yardım ve talimatını talep edebilir. Örneğin, malvarlığının arz ettiği durumda, acil önlemler alınması gerekiyorsa, defterin tutulmasına engel olunuyorsa, malvarlığı unsurları kendisine gösterilmiyor ya da bilgi verilmiyorsa, vesayet makamından, gerekli önlemleri alması talep edilebilir. Bu durumda vesayet makamı, vasiye ne şekilde hareket etmesi gerektiğini bildirmelidir.

Kendisine yardımcı olması için başkalarını görevlendirebilir veya önceden görevlendirdiği kişileri görevden alabilir (Tüzük 16/VI). Vesayet makamının bu konuda alacağı önlem ve vereceği talimat, defterin usulüne uygun ve bir an önce tutulmasını sağlanmaya yönelik olacaktır.

Vasi ve görevlendirilen kişi, defteri bir ay içinde hazırlayarak iki nüsha halinde vesayet makamına vermelidir (Tüzük 16/II). Defterin bir ay içinde hazırlanması mümkün olmazsa, vesayet makamından ek süre istenebilir (Tüzük 16/IV; Yönetmelik 9/V). Ek süre isteği, daha sonra, defterin hazırlanması aşamasında da talep edilebilir. Verilen ek süre kesindir. Bu süre içinde defter tamamlanmazsa, vesayet makamı, görevini ağır surette savsaklaması gerekçesi (MK 483) ile vasiyi görevden alır (Tüzük 16/V)⁵. Kanaatimce, bu durumda, vasinin görevden alınması ve ona karşı sorumluluk davası açılabilmesi için, gecikmenin vasiden kaynaklanması gerekir. Vesayet makamı tarafından görevlendirilen kişi veya vesayet altına alın kişinin defterin tutulması aşamasında gecikmeye sebep olması halinde bu yola gidilemez. Ancak, vasi, engel olan durumu, vesayet makamına bildirip gerekli tedbirleri almasını istemelidir. Vesayet makamı da gecikmeye görevlendirdiği kişinin sebep olduğuna kanaat getirirse, ona talimat verebileceği gibi, onu görevden alıp başkasını da görevlendirebilir. Keza, vesayet altındaki kişi haklı bir neden olmadan gecikmeye sebep oluyorsa, onun defter hazırlanmasında hazır bulunmasına engel olunabilir.

Defterde, sıra numarası altında, vesayet altındaki kişinin mallarının türü, adedi ve tahmin edilen rayiç bedelleri yazılır⁶. Taşınmazların buldukları yerler, sınırları, alanları, özellikleri, tapu kayıtları ve bu mallar üzerindeki kısıtlamalara ilişkin aynî haklar da ayrıca belirtilir (Tüzük 16/II; Yönetmelik 9/II). Defterde ayrıca, vesayet altındaki kişinin borçları, alacakları, yukarıda bahsedilenler dışındaki hakları (örneğin fikri haklar), işletmeleri, özellik arz eden malları, beklenen hakları ve finansal riskleri de ayrıca belirtilmelidir⁷.

Defter hazırlandıktan sonra, iki nüsha halinde vesayet makamına sunulur. Vesayet makamı, defterin uygun olduğuna karar verirse, bunu onaylar ve bir nüshasını vasiye verir. Defterin tutulmasının usulüne uygun olmadığı

⁵ Yargıtay 2. HD 25.9.2000, 9975/11022 (Gençcan, s. 541).

⁶ Defterin genel anlamda bir envanter defteri olduğu yönünde Tekinay, S. Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990, s. 670; Gençcan, s. 535; Öztan, s. 1371.

⁷ Velidedeoğlu, s. 519-520.

ğı, özellikle malların eksik ve yanlış yazıldığı ya da değer tespitinin uygun olmadığına kanaat getirirse bunların düzeltilmesini ister (Tüzük 16/III). Bu düzeltmelerin yapılmasında, gerekli olduğu takdirde, vasi ve görevlendirilen kişinin yanına başka uzmanlar da görevlendirilebilir. Tüzük 16/III, bu aşamada hâkimin nezaret edeceğini belirtirken, asıl olarak, defter tutma aşamasının daha fazla uzamamasını amaçlamaktadır.

Eksikliklerin tamamlanması aşamasında, vesayet makamının nezareti öngörülmekle birlikte, defteri tamamlamak asıl olarak yine vasinin görevidir. Vasi, vesayet makamının talimat ve nezaretine rağmen, verilen süre içinde defteri tamamlamazsa, vesayet makamı, görevini ağır surette savsaklaması gerekçesi (MK 483) ile vasiyi görevden alır (Tüzük 16/V).

Vesayet altına alınan kişinin malı mevcut değilse defter tutulmaz, sadece vesayet makamına yazılı olarak bu durum bildirilir (Tüzük 16/VII; Yönetmelik 9/IV). Lakin, vesayet altına alınan kişinin borçları varsa, bu borçların durumu hakkında da makama aynı şekilde bilgi verilmelidir⁸.

Defter, vesayet makamına sunulunca, vesayet makamı, vesayet altındaki kişinin mevcudu ile gelirlerinin ihtiyaçlarını karşılayacağını görürse, bu durumu tespit eder; defteri tasdik eder ve bir örneğini vasiye verir; diğer örneği ise dosyada saklanır (Tüzük 16/II; Yönetmelik 9/VII). Bu halde, vasi vesayet altındaki kişinin malvarlığını yönetmeye başlar.

Defter tutulması, vesayet altındaki kişinin korunması ve onun vesayet organlarının sorumluluğuna başvurabilmesine hizmet eder. Yoksa, defter maddi anlamda bir kesinlik ifade etmez⁹. Deftere kaydedilmemiş olsa bile, diğer malvarlığı değerlerinin vesayet altındaki kişinin malvarlığı kapsamında olacağında şüphe yoktur. Keza, deftere kaydedilmemiş olsa bile, vesayet altındaki kişinin alacaklılarının, alacaklarını talep etmelerine de bir engel bulunmaz¹⁰.

Malvarlığına daha sonra dahil olan unsurların da deftere yazılması ve defterin güncellenmesi gerekir¹¹. Vasilik görevi sona ermiş ve yeni vasi

⁸ Oğuzman/Dural, s 479.

⁹ Öztan, s. 1373.

¹⁰ Velidedeoğlu, s. 520; Öztan, s. 1373.

¹¹ Vesayet altındaki kişinin sonradan edindiği malların deftere yazılması konusunda tartışmalar için bk. Oğuzman/Dural, s. 479.

atanmışsa, yeni vasiye malvarlığı unsurları teslim edilirken, teslim edilen unsurlar defterde gösterilmeli, diğer bir ifade ile defter güncellenmelidir¹².

Vesayet makamı, vesayet altındaki kişinin mevcudu ile gelirlerinin ihtiyaçlarını karşılamayacağını görürse, buna yönelik tedbirleri almalıdır. Vesayet altındaki kişiye karşı nafaka yükümlülüğü altında olan kişiler varsa (MK 364), vasiinin bunlara nafaka davası açması için vesayet makamı talimat vermelidir. Vesayet altındaki kişiye karşı nafaka yükümlülüğü altında olanlar bulunmaz ya da bu kişilerin nafaka ödeme güçleri olmazsa, vesayet makamı, vesayet altındaki kişinin bakım evine yerleştirilmesi için gerekli olan işlemlerin yapılması için vasiye talimat verir.

MK 438/II gereği, koşulların gerekmesi durumunda, vesayet altındaki kişinin malvarlığının resmi defterinin tutulmasına karar verebilir. Resmi defter tutulması kararını, vasi ve vesayet makamının talebi üzerine denetim makamı verir¹³. Malvarlığının defteri tutulduktan sonra arz ettiği durum gereği resmi defter tutulması istenebileceği gibi, gerekli olduğu takdirde, defter tutulmadan da doğrudan resmi defter tutulması yoluna gidilebilir¹⁴. Vesayet altındaki kişinin ayırt etme gücünün olmaması, malvarlığının arz ettiği görece büyüklük, yakınlarının malları kaçırma ve saklama ihtimali, ölçüsü tespit edilemeyen yükümlülükler ve finansal riskler resmi defter tutulmasının gerekçesi olarak kabul edilebilir¹⁵.

Resmi defter, mirastaki resmi defter tutulması usulüne göre tutulur (MK 438/III). Resmi defter tutulmasına karar verme yetkisi denetim makamında olmakla birlikte, buna karar verildikten sonra, defter vesayet makamının nezaretinde tutulur (MK 620)¹⁶.

Resmi deftere, vesayet altındaki kişinin aktif ve pasif tüm malvarlığı, vesayet makamı tarafından uzmanlara tespit ettirilecek değerleriyle kaydedi-

¹² Yeni vasi atanması durumunda, kural olarak yeni bir defter tutulması gerekmediği konusunda bk. **Oğuzman/Dural**, s. 479; **Gençcan**, s. 536-537; **Öztan**, s. 1371.

¹³ MK 438/II’de vasi ve vesayet makamı denilmekle birlikte, buradaki “ve” bağlacının “veya” şeklinde anlaşılması ve vasi ve vesayet makamının ayrı ayrı talepte bulunabileceği yönünde **Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş M. Alper, Aile Hukuku**, 12. Bası, İstanbul 2016, s. 416 dn. 60. Bu durumun, kanunkoyucunun bilinçli tercihi olduğu görüşü ile aksi yönde **Gençcan**, s. 541.

¹⁴ Bk. **Egger**, m. 398 N 30.

¹⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 416.

¹⁶ **Öztan**, s. 1372.

lır. Vesayet altındaki kişinin taşınır malları, sıra numarası altında, her birinin cinsi, çeşidi, adedi ve kıymeti ile nerede bulunduğu belirtilerek kaydedilir. Koleksiyon halindeki eşya bir kalemde ve aynı numara altında gösterilir. Aynı çeşit veya birbirine benzer eşya mümkün olduğu takdirde birlikte tasnif olunur (Tüzük 42/II). Üçüncü kişinin elinde olup vesayet altındaki kişinin mülkiyetinde olduğu düşünülen eşya da, ayrıca gösterilmelidir.

Taşınmaz mallar ile bunlar üzerindeki sınırlı aynı haklar tapu kayıtlarıyla beraber yazılır. Bunlar, adi veya hasılat kirası suretiyle veya işletmeye verilmiş ise, kiracıların kimlik bilgileri, ikametgahları, sözleşmelerin süresi ve kira bedelleri de miktarı gösterilir (Tüzük 42/II). Hükümde, sadece adi kira ve hasılat kirası denilmekle birlikte, konut ve çatılı iş yeri kiralaları da aynı şekilde belirtilmelidir.

Terekede bulunup saklanması masraflı ve bozulması ihtimali olan eşya açısından, Tüzük 42/III'de öngörülen tedbirlere, vesayette başvurulmaz. Zira, bu konuda, terekeden farklı olarak, vesayetin yürütülmesinde özel düzenlemeler mevcuttur. Keza, ölenin işlerine devam edilmesi için kayyım atanması yolu da (Tüzük 42/IV), vesayet açısından dikkate alınmaz. Bunları devam ettirme görevi vasededir.

Yine, vesayet makamı, vesayet altındaki kişinin alacaklı ve borçlularına, bunları kayıt ettirmeleri için ilan eder (MK 621; Tüzük 43). İlan gazete yoluyla yapılabileceği gibi, vesayet altındaki kişinin bulunduğu yerde asılma suretiyle de yapılabilir (Tüzük 44). Her iki surette ilan yapılması da mümkündür. Ancak, alacaklıların korunması açısından, özel bir durum olmadıktan sonra, tek başına asılma yoluyla ilan tercih edilmemelidir.

İlan, en az bir ay arayla olmak üzere, iki defa yapılmalıdır (MK 621/I). Durumun gereklerine göre, ikiden fazla ilan yapılması da mümkündür. İlanda, vesayet altındaki kişinin adı, soyadı, meslek ve sanatı, ikametgahı ve kefaletten dolayı alacaklı olanlar da dahil olduğu halde bütün alacaklıları ile borçlularının ilk ilandan itibaren belirtilen süre içinde alacak ve borçlarını, varsa belgeleriyle birlikte, kaydettirmeleri; alacaklarını zamanında yazdırmayan alacaklıların açısından olumsuz sonuçları olabileceği belirtilir (MK 621). Asılma yoluyla ilanda, süre, ilan kaldırılmasından itibaren işlemeye başlar. Alacaklı ve borçluların başvuru süresi, son ilandan itibaren en az bir ay olarak belirlenmelidir (MK 621/III). Aksi halde, ilan onlar açısından hüküm ifade etmez.

Resmi defter, mirastaki resmi defter tutulması usulüne göre tutulacaksa da oradaki bütün kurallar, vesayette uygulanmaz. Bu nedenle, resmi defter tutulması sırasında, zamanaşımının duracağına ilişkin MK 625 hükmü burada uygulanmaz¹⁷.

Resmi kayıtlardan ve vesayet altındaki kişinin varlığı anlaşılan alacak ve borçlar, başvuruya gerek olmadan doğrudan deftere kaydedilir ve ilgililere bu durum bildirilir (MK 622). Bu tarz alacak ve borçlar, varlığı görünmesine rağmen deftere kaydedilmemişse, deftere kaydedilmiş alacaklılar gibi korunmadan yararlanır. Bunları deftere geçirmede ihmali olan vesayet makamının sorumluluğuna da başvurulabilir.

İlan yapılmış olmasına rağmen, deftere yazılmamış olan alacaklılardan dolayı vesayet altındaki kişinin durumu ile mirasçılarının durumu birbirinden farklı olmasına rağmen, MK 438/III, defterin mirastaki resmi defterin alacaklılara karşı doğuracağı sonuçları doğuracağını belirtmektedir. Mirasta, mirasçının bütün malvarlığı ile sorumlu olması ve deftere göre kabul olguları karşısında (MK 628)¹⁸, deftere yazılmayan borçlardan dolayı sorumlu olunmaması yerinde kabul edilebilirse de aynı gerekçelerin, vesayet altındaki kişi açısından geçerli olduğu söylenemez. Bu nedenle, düzenleme vesayet açısından yerinde değildir. Öğretide bir görüş, vesayet altındaki kişinin, deftere geçirilmeyen borçlarının sona ereceği kabul ederken¹⁹, diğer bir görüş, dava ve takip konusu yapılamayacağı yönündedir²⁰. Alacağını deftere yazdırmamış olan alacaklıların, diğer alacaklılara karşı, iptal davası gibi bir dava açmaları ise mümkün değildir²¹.

B. Değerli Şeylerin Saklanması

Vasinin göreve başlamasında, yapılması öngörülen diğer bir iş değerli şeylerin saklanmasıdır. MK 439, kıymetli evrak, değerli eşya, önemli belge

¹⁷ Öztan, s. 1372; Oğuzman/Dural, s. 481; Egger, m. 398 N 33.

¹⁸ Bk. Antalya, Gökhan/Sağlam, İpek, Miras Hukuku, İstanbul 2015, s. 375 vd. ve s. 409.

¹⁹ Doğrudan MK 629 hükmünün uygulanacağı yönünde Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1985-1986s. 348; Tekinay, s. 650; Gençcan, s. 544. Ayrıca bk. Egger, m. 398 N 32.

²⁰ Bu alacaklıların alacaklarını ileri süremeyecekleri yönünde Velidedeoğlu, s. 520; Oğuzman/Dural, s. 480; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Aile Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017, s. 514.

²¹ Alacaklının alacağını deftere yazdırmaması haklı nedene dayanıyorsa, MK 629/II gereği sorumluluğun devam edeceği yönünde Öztan, s. 1373 ve orada anılan yazarlar.

ve benzerlerinin, malvarlığının yönetimi açısından bir sakınca oluşturmuyorsa, vesayet makamının gözetimi altında güvenli bir yerde saklanmasını öngörmektedir.

Öncelikle saklanması öngörülen unsurlar, göreceli bir değer oluşturmazdır²². Bunun içine, her türlü kıymetli evrak (bono, poliçe, hisse senedi, tahvil vs.) gireceği gibi, altın gümüş ve diğer mücevherat ile sanatsal veya antik değeri olan eşya da girer²³. Önemli belge ve benzerleri ise tapu senedi, sözleşmeler, lisans ve benzeri belgeler olabilir²⁴.

Bu tarz değerlerin, güvenli bir yerde saklanmasına karar verilebilmesi için, bunların saklanmasının malvarlığının yönetimi açısından bir sakınca oluşturmaması gerekir. Örneğin, vesayet altındaki kişinin malvarlığında yer alan bir işletmenin faaliyeti için gerekli olan belgeler, bu şekilde bir karara konu olamaz. Bu tarz eşya, vasiden teminat alınarak kendisine verilir (Tüzük 18/III; Yönetmelik 12).

Bu çeşit değerli eşyanın saklanmasındaki amaç, vesayet altındaki kişinin malvarlığının korunması ve onların kaybolmamasıdır²⁵. Bu değerlerin, korunmasını gerektirecek bir durum olmadıktan sonra, saklama yönünde karar vermeye de gerek yoktur. Örneğin, vesayet altındaki kişinin kullandığı mücevherat, tehlike oluşturacak bir durum olmadıktan sonra, saklamaya konu olmaz. Yine, vesayet altındaki kişinin oturduğu evde bulunan antika ve sanat eşyalarının, mevcut durumuyla korunması sağlanabiliyorsa bu yola gidilemez. Unutulmamalıdır ki, kısıtlama bir cezalandırma değil, koruma tedbiridir²⁶. Bir kişinin vesayet altına alınması, onun hapsedilmesi olmadığı gibi, imkanlarının elverdiği hayat kalitesinden daha düşük bir kalitede yaşatılmasına da yönelik değildir. Gerekliyse, bu tarz değerlerin korunması açısından gerekli tedbirler alınır. Örneğin, mücevherat için evde güvenli bir kasa tedarik edilebilir veya güvenlik alarmı kurulabilir.

Bununla birlikte, savurganlık nedenine dayalı olarak kısıtlama kararı verilmişse, kısıtlama bizatihi, vesayet altındaki kişinin değerli eşyasının ona

22 Öztan, s. 1374.

23 Öztan, s. 1374; Oğuzman/Dural, s. 481.

24 Öztan, s. 1374.

25 Bk. Velidedeoğlu, s. 520; Öztan, s. 1374.

26 Öztan, s. 1277; Dural/Oğuz/Gümüş, s. 399.

karşı da korunmasını da gerektirir²⁷. Bu halde, MK 439'da bahsedilen eşya saklamaya konu olacaktır.

Güvenli yerin neresi olduğuna vesayet makamı karar verir. Bu yer konusunda vasinin teklifi dinlenebilirse de buranın neresi olacağına karar verme yetkisi vasiye bırakılmaz. Eşya ve evrakın durumuna göre, en makul yerde saklanmasına karar verilmelidir. Güvenli şekilde en az masraf ile saklanmanın sağlanabileceği yer en makul yerdir²⁸. Kapalı bir yerde, özellikle bir banka kasasında saklanmasına karar verilirse, vasinin tek başına doğrudan zilyetliğine bırakılmamalıdır. Örneğin, vasinin, banka kasasını tek başına açma imkânı sağlanmamalıdır. Zaten, malvarlığının yönetimi için gerekli olmayan eşyalar hakkında bu yönde bir karar verileceğinden, bunların vasinin doğrudan zilyetliğine bırakılmasına da gerek yoktur.

Saklanması gerekli olmasına rağmen, bu yönde karar verilmemesi sonucunda, vesayet altındaki kişinin, vesayet makamının sorumluluğuna gitmesi mümkündür. Yine, saklanacak yerin uygun olmamasından dolayı, zarar gören vesayet altındaki kişi, vesayet makamının sorumluluğuna gidebilir (MK 468/I). Vesayet altındaki kişinin zarar görmesinde, vasinin de kusuru bulunuyorsa, onun da sorumluluğuna başvurulması mümkündür (MK 467/I).

C. Taşınırın Satılması

Kıymetli evrak ve değerli eşya dışındaki taşınırın satılması mümkündür. MK 440 gereği, "Vesayet altındaki kişinin menfaati gerektirirse değerli şeylerin dışındaki taşınır, vesayet makamının vereceği talimat uyarınca, açık artırma ile satılır. Hâkim, özel durumları, taşınırın niteliğini veya değerinin azlığını göz önüne alarak pazarlıkla satışa da karar verebilir".

Vesayet altındaki kişiye ait bu tarz taşınır eşyanın satılması da ancak bir gereklilik halinde gündeme gelir²⁹. Makul bir kişinin, olağan şartlarda kendi malvarlığı için yapmayacağı işlemler, bir kişi sırf vesayet altına alındığı için yapılacak değildir. Bir kişinin vesayet altına alınmış olması durumunda, sanki ölmüş ve malvarlığı tasfiye ediliyormuş gibi bir yaklaşım vesayet kurumunun bünyesine de öngörülme amacına da aykırı olur. Bu nedenle, taşınırın satılması, bunların korunması ve saklanmasının vesayet altındaki

²⁷ Öztan, s. 1374.

²⁸ Bk. Öztan, s. 1375.

²⁹ Oğuzman/Dural, s. 481; Gençcan, s. 547.

kişi için aşırı masraflı ve mali gücünün bunu karşılayamayacak olmasından ileri gelebileceği gibi, geçimi için gerekli başka imkânı olmamasından da kaynaklanabilir³⁰. Yine, o taşınırın satılıp satılmaması, vesayet altındaki kişi açısından önem ifade etmiyorsa, aynı yola başvurulabilir.

Satışa karar vermek vesayet makamının yetkisinde olduğu kadar, satışın biçimine de karar vermek onun yetkisindedir³¹. Vesayet makamı, vasinin teklifi ile satışa karar verebileceği gibi, gerekli görürse, yani bunda vesayet altında olanın menfaati olduğuna kanaat getirirse, doğrudan kendisi de satışa karar verebilir. Lakin, vesayet altındaki kişinin mallarını yönetecek olan vasinin görüşünü de alması yerinde olur.

Satış, kural olarak açık artırma yolu ile yapılır (MK 440/I; Tüzük 19). Burada kastedilen ihtiyari açık artırmadır (BK 275 vd)³². Bu tarz bir açık arttırmanın, ilan ve diğer masrafları düşünülüğünde, satım konusu eşyanın değeri açısından makul olmayabilir. Bu nedenle, kanun koyucu, satışın pazarlık yoluyla da yapılabilmesi konusunda vesayet makamına yetki vermiştir. Yine, özel durumlar ve taşınırın niteliği, pazarlık yoluyla satış yapılmasını gerektirebilir. Örneğin, hammadde olarak kullanılan bir malın sadece iki alıcısı bulunuyorsa, açık arttırma yoluyla satış yapılması gereksiz masrafa neden olacağından, pazarlık yoluyla satış yapılması, vesayet altındaki kişinin menfaatine olacaktır. Keza, taşınırın bozulma ihtimali olup derhal satılması gerekiyorsa, pazarlık yoluyla satışa karar verilebilir³³.

Açık arttırma için, öncelikle satım konusu taşınırların değerlerinin tespit ettirilmesi gerekir. Vesayet makamı, bu konuda uzman kişilerin görüşlerine başvurur. Açık artırma, hakiminin idaresi altında mahkeme kâtibi tarafından yapılır. Hâkim, her satışta, vesayet altında bulunanın menfaatlerine uygun olmak üzere, satış şartlarını ve satış ilanlarının nerede ve ne şekilde yayınlanacağını tespit eder. Satış ilanında, ihalenin, hâkim tarafından tasdik edildikten sonra geçerli olacağı da belirtilir (Tüzük 20/I).

İhalede taşınır en çok teklif edene satılır. Ancak, satışın geçerli olması için, ihale akabinde, vesayet makamının satışı onaylaması gerekir. Hâkim,

30 Öztan, s. 1376; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 417; Gençcan, s. 547.

31 Öztan, s. 1376.

32 Öztan, s. 1376; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 417; Oğuzman/Dural, s. 482.

33 Öztan, s. 1376.

ihalede usulsüzlükler olduğunu, vesayet altındaki kişinin menfaatine aykırılık bulunduğunu tespit ederse, ihaleyi onaylamaz. Bu durumda, satış geçerli olmayacaktır. Hâkim, bu tarz durumların olmadığını tespit ederse, ihaleyi onaylar. Hâkimin kararını, ihale ile aynı gün vermesi gerekir (Tüzük 20/III).

İhalenin onaylanması akabinde, satış bedelinin alıcı tarafından derhal ödenmesi talep edilir. Bununla birlikte, bedelin yarısını derhal ödeyen alıcıya, vesayet makamının takdiri ile on günlük ek bir süre verilebilir (Tüzük 20/III). Lakin, ihale ilanında satış bedelinin aynı gün ödenmesi gerekliliği de belirtilmesi gerekeceğinde, satıcıya bu yöndeki ek süre, özel durumların varlığı halinde tanınmalıdır. Satış bedeli tam olarak ödendiği takdirde, satılan mal alıcıya teslim edilir. Bedelin tam olarak ödenmemiş olması ve süre tanınması durumunda bedel tam olarak ödenene kadar mal teslim edilmemelidir.

Satış, BK 275 vd. maddelerine tabi olduğundan, vesayet altındaki kişi satılanın zapt edilmesinden dolayı sorumlu olduğu gibi, malın ayıplı olmasından dolayı da sorumludur³⁴. Yine, yan yükümlülükler ile edim yükümünden bağımsız borçlar açısından, vesayet altındaki kişiye başvurulabilir. Bununla birlikte, ihale ilanında, hafif kusurdan dolayı sorumlu olunmayacağı belirtilebilir³⁵.

Satış bedeli, vesayet altındaki kişinin diğer paraları gibi bankaya yatırılır.

MK 440/II gereği, “Vesayet altındaki kişinin kendisi veya ailesi için özel bir değer taşıyan şeyler, zorunluluk olmadıkça satılamaz”. Vesayet altındaki kişi ve ailesi için önem arz eden eşyadan kasıt, onlar açısından manevi değer taşıyan eşyadır³⁶. Manevi değer, aile yadigarı olmasından ileri gelebileceği gibi, uzun süredir kullanılıyor olmasından da kaynaklanabilir.

D. Paraların Yatırılması

MK 441, vesayet altındaki kişinin ihtiyacı dışındaki parasının banka-ya yatırılması veya gerekli görülürse, Hazine tarafından çıkarılan tahvillere dönüştürülmesine karar verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Hükümde,

³⁴ **Yavuz**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 324.

³⁵ **Yavuz**, s. 324.

³⁶ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 417.

“Vesayet altındaki kişinin kendisi veya malvarlığının yönetimi için gerekli olmayan paralar, faiz getirmek üzere, vesayet makamı tarafından belirlenen millî bir bankaya yatırılır veya Hazine tarafından çıkarılan menkul kıymetlere çevrilir” denilmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, vesayet altındaki kişinin bütün parası değil, sadece ihtiyaç fazlası tutarın yatırılmasına karar verilebilir. Yoksa, vesayet altındakinin bütün parasının bankaya yatırılması ve her ihtiyaç olduğunda mahkemeden izin alınarak para çekilmesi ne vesayetin yürütülmesine ne kanuni düzenlemelere ne de vesayet makamının görev ve yetkilerine uygun bir husustur.

Şöyle ki, kanun koyucu, MK 441’de vesayet altındaki kişinin paralarının bankaya yatırılmasını öngörürken, açıkça ve çok net bir biçimde, kendisinin ve malvarlığının yönetimi açısından ihtiyaç fazlası paradan bahsetmektedir. O halde, ihtiyaç fazlası kavramının ne olduğu üzerinde durulmalıdır. Malvarlığının yönetimi için gerekli olan para, malvarlığının arz ettiği duruma ve faaliyette bulunan işletmelere göre belirlenir. Şayet malvarlığında bir ticari faaliyet yer almıyorsa, bu açıdan para ihtiyacından bahsedilemez. Bir işletme mevcut ise, mahiyetine göre, ona tahsis edilmiş veya edilmesi gereken paranın da yatırılması söz konusu olamaz. Zaten, vesayet makamı, MK 443 gereği bunu da göz önünde bulundurmak zorundadır.

Malvarlığının yönetimi açısından, taşınmazlar söz konusu olabilir. Bu taşınmazların bakımı, vergi ve benzeri yükümlülükleri için gereken para da en az bir yıllık tutarı açısından ihtiyaç duyulan para olarak kabul edilmelidir³⁷. Yoksa, paranın tümü yatırılması ve ihtiyaç hasıl oldukça vesayet makamından izin alınıp bu paradan çekilmesi istenemez. Öncelikle, kanun, olağan bir durum açısından ihtiyaç konusu paranın yatırılmayacağını belirtmektedir. Bunun fazlasının yatırılmasının istenmesi, vesayet makamının görevi ve yetkisinde değildir. Böyle bir talep, denetim makamına şikâyet konusu da olabilir. Diğer yandan, vesayet altındaki kişinin malvarlığını yönet-

³⁷ Bir aylık tutarın ayrılması gerektiği yönünde **Gençcan**, s. 549. Sadece bir aylık tutar ayrılması ile hiç ayırmama arasında pratik açıdan bir fark olduğu düşünülemez. Vasiyi, her ay tekrar tekrar bu paradan çekmek için vesayet makamına başvurmak zorunda bırakmanın dayanağı bulunmamaktadır. Oğuzman/Dural (s. 483) ise, bir aylık ihtiyaç fazlası paranın da faiz getirisi getirecek şekilde yatırılması gerektiğinden bahsetmektedir. Şüphesiz vasi, vesayet altındaki kişi için kullanacağı elindeki parayı, bu şekilde faiz getirecek bir hesapta tutmalıdır. Ancak, bunu MK 441 kapsamında değerlendirmemek gerekir.

mek, vasinin görevi kapsamındadır. O, bu görev ve yetki kapsamında, olağan yönetimin gerektirdiği işleri yaparken, istisnalar dışında (MK 462-463) ve vasiyet dairlerinden izin almak zorunda değildir. Şayet vasi, her yapacağı işte vasiyet dairelerinden izin alacaksa, vasiyetin vasi tarafından yürütüldüğünden bahsedilemez. Aksine, vasiyet daireleri tarafından yürütülüyor demek olur ki, bu kanuna aykırı şekilde, görev ve yetki alanlarını aşmaktan başka bir anlam ifade etmez. Bu nedenle, malvarlığı unsuruna bağlı olarak, yönetimin gerektirdiği en az bir yıllık para, ihtiyaç kapsamında kabul edilmelidir. Bu miktarda para, vasinin yönetim görevi açısından onun kontrolünde bırakılmalıdır. Bir yıllık süre, makul gerekçelerle kısaltılabilirse de vasinin görevini yapmakta gereksiz külfetlere katlanmasına neden olacak kadar kısa tutulamaz.

Vasiyet altındaki kişinin ihtiyaçları için gereken para açısından da aynı sonuç geçerlidir. Öyle ki, vasi, vasiyet altındaki kişinin ihtiyaçlarının karşılanması için gereken işleri de yapar veya yaptırır. Örneğin, vasiyet altındaki kişi kirada oturuyorsa, onun kirasını ve masraflarını, su elektrik, telefon gibi faturalarını, sigortasını ve sağlık masraflarını, günlük işleri için gerekiyorsa temizlikçi ve yardımcılarının maaşlarını, yiyecek ve kıyafet için alışveriş parasını ödeyecektir. Bütün bu işler, olağan ve sürekli yapılması gereken işlerdir. Vasinin görevini yaparken, bu işler karşılığı bir miktar paraya ihtiyaç olduğu açıktır. Bu nedenle, vasiyet altındaki kişinin bu ihtiyaçlarının bir yıllık tutarı kadar paranın da vasiye bırakılması gerekir. Durum böyle olunca, bu miktar paranın da ihtiyaç fazlası olduğundan bahisle yatırılması istenemez³⁸. Aksi bir durumda, yukarıda da belirttiğimiz üzere, her bir münferit harcama için vasiyet makamından izin alınması gerekecektir ki, vasiyet makamının bu konuda ne bir yetkisi ne de görevi vardır.

Vasinin, her bir münferit harcama için vasiyet makamından izin istemek gibi bir külfet (her bir münferit harcama için mahkemeye gidip talepte bulunmak, sona kararın yazılması için ertesi gün tekrar gitmek ve bunu ayda 3-4 defa yapmak gibi) altına sokulmasının hiçbir hukuki dayanağı bulunmaz.

³⁸ **Feyzioğlu** da bunu şu şekilde ifade etmektedir, “Vasi evvela, MEVCUT PARADAN VESAYET ALTINDAKİ KİMSENİN BAKIMI VE GEÇİMİ İÇİN GEREKLİ GÖRDÜĞÜ MİKTARI AYIRIR; artanı derhal sulh mahkemesince tayin edilmiş olan mali bir müesseseye faiz karşılığında yatırır” (Feyzioğlu, F. Necmettin, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, s. 656). Aynı şekilde **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, Medeni Hukuk, Ankara 1999, s. 1184; **Gençcan**, s. 547; **Oğuzman/Dural**, s. 482; **Akıntürk/Ateş**, s. 516.

Vasi, vesayet dairlerinin veya vesayet altındaki kişinin işçisi veya hizmetçisi değildir. Ondandır, kanunda öngörülmeven külfetlere katlanması beklenemez. Uygulamada bazen karşılaştığı üzere, vesayet makamının ihtiyaç olan paranın da yatırılmasına ve her bir münferit harcama için kendisinden izin alınmasına karar vermesi, vasiye güven duymamasından kaynaklanıyorsa, zaten vesayet makamı, daha en baştan görevini gerekli olduğu şekilde yerine getirmiyor ve güven duyulmayacak bir kişiyi vasi olarak atıyor demektir³⁹. Oysa, kanun koyucu, vasinin, atanmasından itibaren, vesayet altındaki kişinin malvarlığı konusunda olduğu kadar, paraları açısından da yetkili olduğunu kabul etmektedir. Öyle ki, paranın yatırılmasına karar verildiğinde, parayı yatıracak olan, onu zilyetliğinde bulunduran vasidir. Hatta bu nedenle, MK 441/II, paranın yatırılmasında geciken vasinin, faiz kaybını ödeyeceğini belirtmektedir.

Tekrar ifade etmek gerekirse, şayet vesayet makamı, vesayet altındaki kişinin ihtiyaçları için gerekli olan en az bir yıllık tutarda parayı vasiye vermekten imtina ediyor ve yatırılmasına karar veriyorsa, denetim makamına şikâyet edilmelidir.

Vesayet altındaki kişinin ve malvarlığının yönetimi için gereken para belirlendikten sonra, kalan miktar, vesayet makamının belirleyeceği milli bir bankaya yatırılır. Bu hesap, vesayet makamının izniyle para çekmeye imkân verecek şekilde açılır. Bu nedenle, vasi, bu hesaptan vesayet makamının izni olmadan para çekemez. Tüzük (m. 26), bu konuda daha açık olup, vesayet altındaki kişinin bu şekilde yatırılan parasının, vesayet makamının izni olmadan çekilemeyeceğini belirtmektedir. MK 441, vasinin göreve başlaması esnasında mevcut olan paranın yatırılmasından bahsetmekle birlikte, vesayet devamı esnasında ortaya çıkan fazlalık veya vesayet altına alınanın elde ettiği para (örneğin miras yoluyla intikal eden para), ihtiyaç fazlası olduğu takdirde, aynı şekilde hesaba yatırılmalıdır⁴⁰.

Para, milli bir bankada, faiz getirmek üzere, kural olarak, Türk Lirası hesabına yatırılır. Ancak durumun gereğine göre, Türk Lirası dışında da hesaba yatırılabilir. Vesayet altındaki kişinin parası zaten döviz olarak durmaktaysa, özel bir durum olmadıktan sonra, bunun Türk Lirasına çevrilmesi gerekmez.

³⁹ Vasiliğe atama için dürüst ve güvenilir olmanın gerektiği ve diğer olumlu şartlar için bk. **Öztañ**, s. 1300.

⁴⁰ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 417.

Hatta, bu çevirme vesayet altına alınan kişiye zarar vereceğinden, bu şekilde Türk Lirasına çevrilmemelidir. Ancak, paranın halihazırda bulunduğu döviz cinsinde, önemli ve ciddi düşüşler görülüyorsa, paranın Türk Lirasına çevrilmesi gerekir. Buna karar vermek vesayet makamının takdirindedir. Aynı şekilde, Türk Lirası olarak bulunan paranın, dövize çevrilerek yatırılmasına da karar verilebilir. Örneğin, vesayet altına alınan kişi, kısıtlanmadan önce, yatırımlarını döviz olarak bulundurmakta idiyse ve bu durum halen finansal açıdan risk arz etmiyorsa, Türk Lirasının da dövize çevrilerek yatırılması yerinde olur. Vesayet makamı, bu konuda ayırt etme gücüne sahip kısıtlyı da dinleyerek karar vermelidir. Ayrıca, vesayet altındaki kişi, parasını faizde değerlendirmek istemiyorsa, vesayet makamı faiz dışı/benzeri getirisi olan hesaplara da yatırılmasına karar verebilir.

Vesayet makamı, paranın, Hazine tarafından çıkarılan menkul kıymetlere çevrilerek saklanmasına da karar verebilir. Hazine tarafından çıkarıldığı için riskli olmadığı kabul edilen bu tarz menkul kıymetlerde, vesayet altındaki kişinin menfaati dikkate alınmalıdır. Yatırım aracı olarak, faizden daha fazla getirisi olduğu anlaşıldıktan sonra, vesayet makamı bu şekilde karar verebilir. Bununla birlikte, paranın özel durumlar gereği aniden çekilmesinin gerekli olabileceği halde, onun likit tutulması yerinde olur. Örneğin, vesayet altındaki kişi, çok özel ve pahalı bir ameliyat geçirme riski ile karşı karşıya bulunuyorsa, paranın likit tutulması uygun olur. Fakat, menkul kıymetin, derhal paraya çevrilmesi imkânı bulunuyorsa, bu açıdan da bir sıkıntı olmayacaktır.

E. Yatırımların Dönüştürülmesi ve İşletmeler

MK 442, yatırımların dönüştürülmesinden bahsetmekle birlikte, burada bahsedilen parasal (sermaye) yatırımlardır. Nitekim, hüküm, (IV) Paraların Yatırılması alt başlığı altında (2) olarak düzenlenmiştir. Zaten, diğer yatırımlar açısından MK 443 ve yatırım niteliğindeki taşınmazlar açısından MK 444 uygulanacağından, hüküm sadece parasal yatırımlara yönelik olarak uygulanır.

Hüküm, yeteri kadar güvence verici olmayan yatırımların güvenli yatırımlara dönüştürüleceğini belirtmekle yetinmiş, güvence verici olmayan ve güvenli yatırımların ne olduğundan bahsetmemiş, bu konuda takdiri vasiye bırakmıştır.

Yatırımın getirisi, faiz ve kar gibi belli bir gelir olabilir. Ancak, yatırım bir işletmeye ortak olunmasına ilişkinse, burada MK 442 hükmü değil, MK 443 uygulanacaktır.

Güvenli yatırımın ne olduğunun belirlenmesi, hukuki ve finansal açıdan iki yönlü bir değerlendirmeyi gerektirir. Hukuki açıdan, öncelikle, yatırımın, yeterli teminata sahip olup olmadığına bakılmalıdır⁴¹. Teminat, kişisel olabileceği gibi nesnel de olabilir. Yeterli teminattan kasıt, sadece yatırım miktarı kadar teminatın olup olmadığına göre değil, aynı zamanda o teminata başvurulduğunda, tahsil kabiliyeti açısından da uygunluktur. Bu nedenle, örneğin, kefaletle teminat altına alınmış olan bir yatırım, kefilin finansal durumu açısından yeterli olmayabilir.

Hukuki açıdan teminat yeterli değilse, MK 442 gereği bunun daha teminatlı bir yatırıma dönüştürülmesi öngörülmüşse de dönüşüm ancak mümkün olması halinde gerçekleştirilebilir. Örneğin, yeteri kadar ya da hiç teminatı olmayan bir alacağın satılması kabul edilebilir. Ancak buradan elde edilecek bedel ile teminatsız olarak beklemek arasında finansal risk belirlemesi yapılmalı, ciddi bir kayıp olması halinde, vesayet altındaki kişinin menfaati açısından, o şekilde beklenmesine de karar verilebilir (MK 442/II).

Asıl sıkıntılı durum, tespitin zor ve sübjektif olduğu finansal açıdan riskli yatırımın belirlenmesidir. Her türlü yatırımın, az veya çok risk oluşturması bir gerçektir. Özellikle, ekonomik verilerin değişken olduğu ortamlarda, bu çeşit risklerin tespiti daha da zor olabilir. Vasi, bu hallerde uzman kişilerden görüş almalı ve gerekirse, vesayet makamına bu görüşün alınması için başvurmalıdır⁴². Finansal açıdan daha az riskli olduğu kabul edilen yatırımlara dönüştürme, vesayet altındaki kişi açısından ciddi bir ekonomik kaybı olmayacaksa daha kolay kabul edilebilir. Belli oranlara kadar kayıp sıkıntı yaratmaz. Ancak, ciddi risklerin olduğu durumlarda, dönüştürme halinde ortaya çıkacak olan ekonomik kayıp daha geniş ele alınmalı, risk analizi ile risk ve dönüştürmeyle ortaya çıkacak kayıp arasında karşılaştırma yapılmalıdır.

Hükümde belirtildiği üzere yatırımların dönüştürülmesi görevi vasiye aittir⁴³. Ancak, yatırımından elden çıkarılması söz konusu olduğunda, MK

⁴¹ Öztan, s. 1378.

⁴² Öztan, s. 1378.

⁴³ Öztan, s. 1377, yazar, vasinin yatırımların güvenli olup olmadığını da düzenli aralıklarla kontrol etmesi gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir.

462/bent 2 gereği vesayet makamından ayrıca izin alınması gerekir⁴⁴. Şüphesiz, MK 442, çeşitli olgulara dayalı olsa da vasiye takdir yetkisi tanıdığından, vasinin bu konuda yetkisini uygun kullanmadığı iddiası ile her zaman vesayet makamına şikâyet söz konusu olabilir (MK 461/I). Vesayet makamının bu konudaki kararına karşı da denetim makamına itiraz edilebilir (MK 461/II).

Vesayet altındaki kişinin malvarlığı kapsamında bir işletme varsa, vesayet makamı bu işletmenin duruma göre devam edip etmemesine karar vermelidir (MK 443). İşletme, ticari (ve sınai) işletme olabileceği gibi, esnaf işletmesi, zirai işletme, serbest meslek faaliyeti, zanaatkar işletmesi mahiyetinde de olabilir⁴⁵. İşletme bütünüyle vesayet altındaki kişiye ait olabileceği gibi, onun sadece ortağı olduğu bir yapı da olabilir.

İşletmenin faaliyetine devam edip etmeyeceğine karar vermek konusunda yetki vesayet makamına aittir. Hâkimin, bu konuda geniş takdir yetkisi bulunmakla birlikte, şüphesiz, her şeyden önce vesayet altındaki kişinin menfaati belirleyici olacaktır.

İşletmenin devam etmemesine karar verilmesinin gerekçesi, yeterince karlı ve güvenli olmamasından kaynaklı olabileceği gibi, vesayet altındaki kişinin işletmeyle ilgilenemeyecek olmasından da ileri gelebilir⁴⁶. Vesayet altındaki kişinin yakınları, özellikle bakmakla yükümlü olduğu kişilerin işletmede çalışıyor olmaları da bu hususta dikkate alınmalıdır.

Yeterince karlı ve güvenli olma hususları, uzman kişilerin görüşlerini gerektireceğinden, vesayet makamı bu konuda uzmanlara başvurmalıdır. Vesayet altında kişinin sadece ortak olduğu bir işletme söz konusu ise, ayrıca ortaklık ilişkileri ve bunun süresi de dikkate alınır. İşletmenin yeterince karlı olmadığı ve bunun devamının vesayet altındaki kişinin menfaatine uygun olmadığına karar verilmesi halinde, işletmenin tasfiye edilmesine karar verilmelidir. Belirtmek gerekir ki, vesayet makamının bu kararı, ayrıca denetim makamı tarafından da uygun bulunmalıdır (MK 463/bent 3)⁴⁷.

Vesayet altındaki kişinin sadece ortak olduğu bir işletme söz konusu olup buna devam etmemenin onun için daha uygun olduğuna kanaat geti-

44 Öztan, s. 1378.

45 Oğuzman/Dural, s. 484-485; Öztan, s. 1378.

46 Öztan, s. 1379.

47 Öztan, s. 1380.

rilirse, tasfiye konusunda diğer ortak/ortaklarla birlikte karar verilmelidir. Onlar da işletmenin tasfiyesini kabul ederlerse, denetim makamının da onayı ile işletme tasfiye edilir. Diğer ortak/ortaklar, işletmeye devam ederlerse, vesayet altındaki kişinin payının onlara devri söz konusu olur. Bu şekilde devir, MK 462/bent 2 gereği sadece vesayet makamının yetkisinde olmakla birlikte, devrin (satımın) hangi usullerle yapılacağı açık değildir. Burada, adi ortaklıkta ortaklıktan çıkma ve çıkarılmaya ilişkin BK 633 vd. hükümlerinin uygulanması ve vesayet altındaki kişinin payının tasfiyesinin buna göre yapılması gerekir.

İşletmenin tasfiye edilmesine gerek görülmezse, mevcut şekliyle devam etmesine karar verilir. Bu durumda vesayet makamının başka bir işlem yapmasına gerek yoktur. İşletmenin devam etmesi uygun görülmeyle birlikte, faaliyet alanlarının azaltılması veya değiştirilmesi yoluna da gidilebilir⁴⁸. Bunda da vesayet makamı karar verecek ve kararını uygulanması için vasiye bildirecektir. Şüphesiz, bütün bu kararların verilmesinde, vesayet makamının uzman kişilerden görüş alması ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlının da görüşüne başvurması gerekir.

Vesayet makamı, işletmenin tasfiyesine karar verirse, tasfiyenin nasıl ve kim tarafından yürütüleceğini belirleme yetkisine sahiptir. Tasfiye açısından vasiyi görevlendirebileceği gibi, tasfiyenin önemi ve kapsamına göre, sırf bununla uğraşacak bir kişiyi de görevlendirebilir (MK 443).

Vesayetin devam ettiği esnada vesayet altındaki kişinin malvarlığına bir işletme dahil olur ya da vesayetin başlangıcından tasfiyeye tabi tutulmayan bir işletme söz konusu olup bunun daha sonra tasfiyesi gündeme gelirse, vesayet makamı izni yanında, ayrıca MK 463/bent 3 gereği denetim makamından da izin alınması gerekecektir⁴⁹.

Son olarak, önemle belirtmek gerekir ki, işletme güvenli olmasa, hatta zarar ediyor olsa bile, şayet vesayet altındaki kişinin malvarlığı açısından bu zararın bir önemi bulunmuyor ve işletmenin devam etmesi çeşitli açılardan vesayet altındaki kişi için daha büyük önem arz ediyorsa, bu şekilde de devamına karar verilebilir. Örneğin, vesayet altındaki kişinin, terzilikle uğraştığı bir yer, kar etmese bile, onun meşgul olmasını, insanlarla ilişki kurmasını

⁴⁸ Öztan, s. 1379.

⁴⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 418; Oğuzman/Dural, s. 485.

sağlıyorsa, ruhsal açıdan kapatılmaması onun açısından daha uygun olacaktır. Fakat tekrar belirtmek gerekirse, bu işletmenin kar etmemesi, hatta zarar etmesi, vesayet altındaki kişinin kalan malvarlığı açısından bir öneme sahip olmamalıdır.

F. Taşınmazların Satılması

Bir kişi, sırf vesayet altında alındığı için onun taşınmazlarının satılması gerekmez. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kişinin kısıtlanması, onun malvarlığının tasfiye edilmesi gibi bir sonuç hasıl etmez. Bu nedenle, kanun koyucu, vesayet altındaki kişinin taşınmazlarının, ancak onun menfaatine uygun, gerekli olması halinde satılabileceğini öngörmektedir (MK 444/I). Vesayet altındaki kişi ayırt etme gücüne sahipse onun da görüşü alınmalıdır.

Taşınmazların satışının vesayet altındaki kişinin menfaatine uygun olması, bakımlarının masraflı ve çok zor olmasından, sürekli değer kaybı meydana geliyor olmasından ve vesayet altındaki kişinin bakımına ve geçimine yetecek parası ve gelirin olmaması ve maliki olduğu taşınmazın gelirin de bu masrafları karşılamamasından ileri gelebilir⁵⁰. Vesayet altındaki kişinin taşınmazla ilgili manevi bağı da onun menfaati olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle, masraflı olsa bile, onun malvarlığı açısından sıkıntı yaratmayan aile yadigarı ve benzeri manevi bağlantıya sahip taşınmazlar da MK 440/II gibi açık bir düzenleme olmasa bile, zorunluluk olmadıkça satılmamalıdır.

Vesayet altındaki kişi, taşınmaza başka kişilerle birlikte paylı olarak malik olduğunda, bu payın satışı da MK 444/I çerçevesinde yapılır⁵¹. Gerek paylı mülkiyette gerekse elbirliğinde, aynen paylaşım istenecekse, bu durum malın elden çıkarılması olarak kabul edilmez ve MK 444 hükmü uygulanmaz⁵².

Taşınmazın satışına karar vermek vesayet makamının yetkisindedir (MK 444/I ve 462/bent 1). Vesayet makamı, satışın yapılması için vasi dışında bir kişiyi görevlendirmelidir. Tüzük'te satışın, vesayet makamı (hakiminin) kâtabi tarafından yapılacağı belirtilmekteyse de (m. 20)), gerekli olduğu takdirde, başka bir kişinin görevlendirilmesi de kabul edilmelidir.

⁵⁰ Velidedeoğlu, s. 521; Oğuzman/Dural, s. 485; Akıntürk/Ateş, s. 517.

⁵¹ Öztan, s. 1381.

⁵² Öztan, s. 1381.

MK 444/II'de belirtildiği üzere, satış, görevlendirilen kişi tarafında, vasinin de katılımı ile yapılır. Kanun koyucu, bu şekilde, satışta karşılıklı kontrolün gerçekleşmesini ve vesayet altındaki kişinin menfaatinin en üst seviyede korunmasını sağlamak istemiştir.

Satış kural olarak ihale suretiyle açık arttırma yoluyla yapılır (MK 444/II; Tüzük 19). Bu konuda, BK 275 vd. maddeleri uygulanır⁵³. Bununla birlikte, Kanun, özel durumlar, taşınmazın niteliği ve değerinin azlığı dikkate alınarak satışın, denetim makamı da izin vermesi halinde, istisnaen pazarlık yoluyla da yapılabileceğini öngörmektedir (MK 444/III). Gerçekten, özellikle taşınmazın değeri, ihale yoluyla satışın bedelini karşılamayacak veya satışı anlamsız kılacak seviyedeysen, satışın hiç yapılmamasındansa pazarlık yoluyla satış yerinde olacaktır⁵⁴.

Satış, BK 275 vd. maddelerine tabi olduğundan, vesayet altındaki kişi satılanın zapt edilmesinden dolayı sorumlu olduğu gibi, malın ayıplı olmasından dolayı da sorumludur⁵⁵. Yine, yan yükümlülükler ile edim yükümünden bağımsız borçlar açısından, vesayet altındaki kişiye başvurulabilir. Bununla birlikte, ihale ilanında, hafif kusurdan dolayı sorumlu olunmayacağı belirtilebilir⁵⁶. Pazarlık suretiyle satışlar açısından da aynı sonuç geçerlidir.

Vesayet makamı veya onun kontrolünde görevlendirilmiş olan kişi, satış bedelini uzmanlara tespit ettirir (Tüzük 20/I). Bunun üzerine vesayet makamı, satış bedeli ile diğer satış şartlarının, satışın yapılacağı yerin, yani ihalenin ne şekilde ilan edileceğine karar verir. Taşınmaz, ihalede en çok teklifi yapan üzerinde bırakılır. Ancak, diğer açık arttırma yoluyla satışlardan farklı olarak, ihale kararından sonra, ihalenin ayrıca vesayet makamı tarafından en geç on gün içinde onaylanması da gerekir (MK 444/II). Vesayet makamı, satışın usulüne uygun yapıldığına kanaat getirirse satışı onaylar.

Tüzük'de (m. 20) ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, satış bedelinin derhal ödenmesi gerekirse de hâkim, bedelin en az yarısını derhal ödeyen alıcıya, en çok on günlük bir süre tanıyabilir. Satış bedeli süresinde ödenikten sonra, satışı yapan mahkeme kâtibi, taşınmazın alıcı adına tescili için,

53 Bk. **Yavuz**, s. 317 vd.

54 **Gençcan**, s. 557-558. Pazarlıkla satışta en az üç isteklinin davet edileceği, bunlardan en yüksek teklifi verene satışın gerçekleştirileceği yönünde **Gençcan**, s. 559.

55 **Yavuz**, s. 324.

56 **Yavuz**, s. 324.

hâkimin izni ile tapuya tezkere yazar ve tezkereye ihale tutanağının onaylı bir örneğini ekler. Bu yazı, Medeni Kanun 1015 gereğince aynı hakkın doğması için tapu siciline yapılacak tescil talebini ve tescilin hukuki sebebini teşkil eder.

II. VASİLİK GÖREVİNİN SONA ERMESİ AKABİNDE VESAYET DAİRELERİN GÖREV VE YETKİLERİ

Dönemsel olarak, vesayet görevi ile ilgili olarak vesayet makamına rapor ve hesap vermekle yükümlü olan vasi, vesayet görevinin sona ermesi sonrasında, son raporunu ve kesin hesabı vermekle yükümlüdür (MK 489). Son rapor ve kesin hesabın, görevin sona ermesinden itibaren on beş gün içinde verilmesi gerektiği belirtilmiş olmakla birlikte (Tüzük 28/I; Yönetmelik 13/I), hâkim vasiye ek süre tanıyabilir. Özellikle, vesayet altındaki kişinin malvarlığının kapsamı ve yapılan işlerin yoğunluğu ek süre vermeyi gerektirebilir.

Son rapor ara raporlar gibi düzenlenir. Malvarlığına ilişkin her türlü gelir ve gider kalemi, niteliklerini ayrı ayrı belirtilerek yazılır. Daha önce onaylanmış ara raporlar olduğunda, o rapordan sonraki kalemler belirtilir. Son raporda gelir ve giderlerin dayanağı olan belgelerin de rapora eklenmesi gerekir. Hâkimin gelir ve giderlere ait verilmesini istediği belgeler de son rapora eklenir. Bazı günlük harcamalar için belge edinilmesinin zor olacağı dikkate alınarak, vesayet altındaki kişinin durumuna uygun, yol, yiyecek, giyecek gibi giderlerden belge istenmeyeceği öngörülmüştür (Tüzük 28/II-III; Yönetmelik 13/II).

Kesin hesap, son rapora ek olarak vasinin atandığı ve görevinin sona erdiği tarihler itibarıyla mal varlığının gelir ve gider toplamı ile gelir ve gider farkını ayrı ayrı gösteren nihai açıklamadır. Bu da son rapora ekli olarak vesayet makamına sunulmalıdır (Yönetmelik 13/III).

Son rapor ve kesin hesap, vesayet makamına teslim edildikten sonra, makam on beş gün içinde bunları inceler. Raporda ve kesin hesapta eksiklikler olduğu takdirde, hâkim bu eksikliklerin tamamlanmasını, belge gerekiyorsa bu belgelerin sunulmasını ve açıklanması, gereken yerler varsa bunların açıklanması ister ve vasiye ek süre verilir.

Vasinin verilen ek süreler de dahil süresinde raporu ve kesin hesabı vermemesi ya da bunların uygun olmadığına kanaat getirilirse, hâkim son ra-

por ve kesin hesabın reddine karar verir ve bunu vasiye, ayrıca tam ehliyetli hale gelmiş kişiye veya mirasçılara ya da yeni vasiye tazminat davası açma hakları bulunduğu da belirtilmek suretiyle tebliğ olunur. Bu tebliğde vasinin görevine son verildiği de belirtilir (Yönetmelik 13/son).

Yönetmelikte son rapor ve kesin hesap onaylanır veya bunların uygun bulunmadığı ve vasinin sorumlu olduğuna kanaat getirilirse, vasinin, vesayet altındaki kişiye ait olan malvarlığı değerlerini, vesayet makamı veya onun tayin edeceği görevli huzurunda, tam ehliyetli hale gelmiş kişiye, ölmüşse mirasçılara ya da yeni vasi atanmışsa ona teslim etmekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir (m. 13/IV). Aslında, malların teslimi için, son raporun ve kesin hesabın beklenmesine gerek olmamalıdır. Özellikle de vasinin süresinde rapor ve kesin hesap vermemesi, bunların verilmesi için gerekli olan ek sürenin uzun olması ya da vasinin ağır ihmali gerekçesiyle görevine son verilmesi halinde, malvarlığının teslimi için beklenmemeli ve vesayet makamı vesayet altındaki kişinin malvarlığının derhal teslimine karar vermelidir⁵⁷.

Teslim esnasında bir tutanak tutulur ve teslim konusu mallar bu tutanağa geçirilir. Deftere göre, teslim edilen mallarda eksiklikler varsa, bunlar da tutanakta gösterilir (Tüzük 27). Vasi, malları teslim etmesi gereken kişilerden başka kişiye teslim etmekten dolayı sorumlu olacağı gibi, teslimi usulüne uygun yapmaktan kaynaklı zarardan da sorumludur. Bu sorumluluk da doğrudan MK 467/I'den kaynaklanır.

Vasinin deftere göre eksik teslim ettiği malların, eksik olmalarının gerekçelerine göre, vasinin sorumluluğuna başvurulabilir. Örneğin, eksik olan mallar, vasinin kusuru olmadan zayi olmuş, vesayet altındaki kişi tarafından tüketilmiş veya vesayet daireleri tarafından verilen izinlerle satılmış ise, vasinin kusuru olmadığından sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Gerçi bu durumların gerçekleşmesi halinde, vesayet görevi devam ederken, defter de gerçekleşen duruma göre düzeltileceğinden, teslim aşamasında eksik teslimden de bahsedilemeyecektir. Ancak, defter düzeltilmemişse, vasi tarafından bu durumların varlığı ispat edilerek eksik teslim gerekçeleri açıklanabilir.

Yine, vasinin, süresinde rapor ve kesin hesap vermemesi veya son rapor ve kesin hesabın uygun olmaması halinde vasinin sorumluluğuna başvuru-

⁵⁷ **Tekinay**, haklı olarak, son rapor ve kesin hesap düzenlenmesi ile malların teslim yükümlülüğünün, vasilik sıfatının sona ermesinin şartları değil, sonuçları olduğunu belirtmektedir (s. 672). Ayrıca bk. **Gençcan**, s. 682

labilir. Bu durumlarda, vasinin sorumluluğuna, tam ehliyetli hale gelen kişi veya mirasçılarını başvurabilir. Eğer, yeni vasi atanmışsa, sorumluluk davasının onun tarafından açılması gerekir. Sorumluluğu gerektiren bir hal mevcut ise, yeni vasinin sorumluluk davası açmamak gibi bir yetkisi yoktur. Tüzük 28/IV'de, yeni vasi hâkimin tebligatı üzerine dava açar diyerek bunu ifade etmiştir. Yeni vasinin dava açmaması vesayet makamına şikâyet konusu olur. Yeni vasinin, buna rağmen süresinde dava açmaması bizzat onun sorumluluğunu gerektirir.

Son rapor ve kesin hesap vesayet makamı tarafından uygun bulunsa bile, gerek tam ehliyetli hale gelen kişi gerek onun mirasçılarının gerekse yeni vasinin sorumluluk davası açmasına bir engel yoktur. Vesayetin yürütülmesi aşamasında, vasinin kusurlu davranışları ile vesayet altındaki kişiye zarar vermiş olduğu anlaşılırsa, yine de sorumluluk davası açılabilir⁵⁸.

Vasinin sorumluluğu, onun kusurlu olarak vesayet altındaki kişiye zarar vermesine bağlıdır. MK 467/I'de ifade edildiği üzere, vasi, görevini yerine getirirken kusurlu davranışları ile vesayet altındakine vermiş olduğu zararlardan sorumludur. Bundan da anlaşılacağı üzere, vasi kusurlu davranmış bile olsa vesayet altındaki kişi herhangi bir zarar görmemişse, vasinin sorumluluğuna gidilemeyecek, ondan tazminat talep edilemeyecektir⁵⁹. Durum böyle olunca, örneğin, son rapor ve kesin hesabın süresinde verilmemiş olmasına dayalı olarak, vasiye karşı açılan sorumluluk davasında, vesayet altındakinin bir zarara uğramadığı anlaşılırsa, vasiden, sadece son rapor ve kesin hesabı vermemesinin neden olduğu zararları (varsa) tazmin etmesi talep edilebilir.

Vasiye karşı açılacak sorumluluk davasında zamanaşımı kesin hesabın tebliğ edildiği tarihten itibaren bir yıl olarak kabul edilmiştir (MK 492/I). Bu bir yıllık süre, kesin hesabın verilmemiş olması halinde, mahkemenin vasilik görevinin sona erdiğini tam ehliyetli hale gelen kişiye, mirasçılara veya yeni vasiye tebliğinden itibaren işlemeye başlar. MK 493/I'de belirtildiği üzere vasinin sorumluluğu, bilinmesi veya anlaşılması olanağı bulunmayan bir hesap yanlışlığına ya da sebebine dayanıyorsa, bir yıllık süre, bu sebebin öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlar. Kanun koyucu, zarar gören tarafından bilinmeyen veya anlaşılmayan bir hesap yanlışlığı ya da sorumluluk sebebinden bahsetmekle birlikte, zarar gören vesayet altındaki kişi veya

⁵⁸ Fezyioğlu, s. 683; Tekinay, s. 672; Öztan, s. 1438.

⁵⁹ Öztan, s. 1415-1416.

mirasçıları olabileceğinden, zarar gören ifadesi, sorumluluk davası açmaya hakkı olan kişi şeklinde anlaşılmalıdır. Böylelikle, yeni vasi de aynı şekilde, zararı daha sonra öğrense, bir yıllık süre onun öğrenmesinden itibaren işlemeye başlar.

Yeni vasinin süresinde sorumluluk davası açmadığı durumlarda, zamanışımı nedeniyle dava reddedilirse, süresinde dava açmayan vasinin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Vasiye karşı açılacak olan sorumluluk davası, her durumda, kesin hesabın tebliğinden, kesin hesap yoksa, vasilik görevinin sona erdiğinin tebliğ edilmesinden itibaren on yılda zamanışımına uğrar (MK 493/II). Bu nedenle, sorumluluk davası, bilinmesi veya anlaşılması olanağı bulunmayan bir hesap yanlışlığına ya da sebebine dayanıyor olsa bile, kesin hesabın tebliği, kesin hesap yoksa, vasilik görevinin sona erdiğinin tebliğ edilmesinden itibaren on yıl içinde öğrenilemediği için açılmamış olsa bile, bu süreden sonra zamanışımı def' ile karşılaşabilir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Vesayet organları, vesayet makamı, denetim makamı ile vasi (ve kayyım) olarak öngörölmüştür. Vesayet altındaki kişinin işleri asıl olarak vasi tarafından görülecektir. Bununla birlikte, vesayetin düzgün, usulüne uygun ve vasinin menfaatleri çerçevesinde görölmesine yönelik olarak, vasinin, vesayet ile denetim makamının nezaret ve kontrolü altında hareket etmesi öngörölmüştür. Nitekim, vesayetin yürütölmesi esnasında, önemine binaen bazı işlemler için vesayet makamının izni aranırken, bazı işlemler açısından da denetim makamının onayı gerekir. Vesayet dairelerinden izin alınması gerekmeyen diğher her türlü iş ve işlem de şüphesiz vesayet altındaki kişinin menfaatine uygun olmalıdır. Bu nedenle de vasinin her türlü iş ve işlemine karşı, vesayet makamına şikâyet öngörölmüş; bununla da yetinilmemiş, vesayet makamının kararlarına karşı da denetime makamına itiraz kabul edilmiştir.

Vesayet dairelerinin kontrol ve denetimi, bahsedildiği şekilde vasinin görevini yürütmesi esnasında yoğun olarak görölabilirse de vasinin göreve başlaması esnasında yapılacaklar konusunda da kanun koyucu dairelere önemli görevler yüklemiştir. Bu görevler, özellikle vasinin göreve başlaması esnasında vesayet altındaki kişinin hangi malvarlığı değerlerinin kendisine

tevdî edileceğine ve vesayetîin yürütülmesi açısından tevdî edilmesi gerek-meyen ve edilmeyecek olan malvarlığı değerlerinin akıbetine ilişkindir. Va-sinin göreve başlaması esnasında yapılması gereken vesayet altındaki kişinin malvarlığının defterinin tutulmasında, değerli şeylerinin saklanmasında, ta-şınır ve taşınmazlarının satılmasında, paralarının yatırılması ile yatırımları-nın dönüştürülmesinde ve işletmelerinin devamı veya tasfiyesinde vesayet organlarına geniş yetkiler tanınmaktadır. Genellikle vesayet makamının yo-ğun nezaretinin kabul edildiği bu hallerde, bazen doğrudan onun karar verme yetkisi kabul edilmiş, bazen de denetim makamının onayı aranmıştır.

Vesayet altındaki kişinin malvarlığının adi ya da resmi defterinin tutul-ması vasinin yöneteceği malvarlığının bilinmesi ve vasinin sorumluluğunun tespit edilmesi açısından önemlidir; böylece defter, vesayet altındaki kişinin menfaatlerini korumaya hizmet edecektir. Yine, vesayet altındaki kişiye ait değerli şeylerinin saklanması, taşınır ve taşınmazlarının satımı, paralarının yatırılması ile yatırımların dönüştürülmesi ve işletmelerinin devamı veya tasfiyesi de gerek vesayetîin düzgün bir şekilde yürütülmesine gerekse böy-lelikle vesayet altındaki kişinin menfaatlerinin korunmasına yöneliktir. Nite-kim, bütün bu iş ve işlemlerde, vesayet dairelerine tanınan yetki ve görevler, vesayet altındaki kişinin menfaatinin korunması için kabul edilmiştir.

Vesayet altındaki kişiye ait değerli şeylerinin saklanması, taşınır ve ta-şınmazlarının satımı, yatırımların dönüştürülmesi ve işletmelerinin devamı veya tasfiyesinde, vesayet daireleri, vesayet altındaki kişinin menfaatine uygun karar vermekle yükümlüdürler. Vesayet altındaki kişinin menfaati ise bahsi geçen malvarlığı unsurlarının saklanması, satılması ve dönüştü-rülmesinde, zorunluluk unsuru çerçevesinde değerlendirilmelidir. Diğer bir ifade ile bir zorunluluk olmadıktan sonra, vesayet altındaki kişinin ne bir malı (taşınır-taşınmaz) satılmalı ne saklanmalı ne de dönüşüm ve tasfiyeye tabi tutulmalıdır. Unutulmamalıdır ki, bir kişinin vesayet altına alınması ve kendisine vasi atanması bir cezalandırma değil, onu korumaya yönelik bir tedbirdir. Yoksa, vesayet altındaki kişi sanki ölmüş de malvarlığı tasfiye edi-liyormuş gibi bir sonuç ne vesayet altındaki kişinin menfaatine ne de kanuni düzenlemelere uygundur. Bu nedenle, çok değerli bile olsa, vesayet altındaki kişiye ait ve kullanabileceği taşınırlar korunmaları sağlanabilecek olduktan sonra satılmamalı, bir yere konulup saklanmalıdır. Taşınmazlar açısından da aynı sonuç geçerlidir.

Yine, kanun koyucu, vesayet altındaki kişinin paralarının yatırılmasını öngörmüşse de yatırılacak olan para vesayet altındaki kişinin mallarının yönetimi ile kendisi için gerekli olan dışında kalan paradır. Vesayet altındaki kişinin mallarının yönetimi ve kendisi için gerekli olan para ise, en az bir yıllık tutarda vasiye tevdi edilmelidir. Aksi halde, vasi, vesayet altındaki kişi için gerekli olan en ufak bir meblağda bile vesayet makamından izin istemek zorunda kalacaktır ki, bu külfete katlanması ne vasiden beklenebilir ne de bu durum vesayete ilişkin kanuni düzenlemelere uygun olur. Bu nedenle, yatırılması gereken para için de zorunluluk unsuru dikkate alınmalıdır.

Vasinin görevinin sona ermesi akabinde, son raporu ve kesin hesabı vesayet makamına vermesi ve makamın nezaretinde vesayet altındaki kişinin mallarının da teslim edilmesi gerekir. Kesin hesabı ve son raporu incelemek, kabul veya reddetmek de vesayet makamının görevi içindedir. Makam kesin hesabı uygun görmez ve vasinin açıklamaları ile de tatmin olmazsa, vesayet sona ermemişse yeni vasiye sorumluluk davası açmasını bildirir. Yeni vasi, bu durumda takdir yetkisine sahip olmayıp dava açmak zorundadır. Fakat, özel olarak belirtilmelidir ki, vesayet makamı kesin hesap ve son raporu uygun bulsa bile, yeni vasinin sorumluluk davası açmasına bir engel yoktur. Hatta, uygun bulmaya rağmen bir usulsüzlük tespit ettiyse dava açmalıdır. Yine tam ehliyetli hale gelen vesayet altındaki kişi ve ölmüşse mirasçılarının, her durumda sorumluluk davası açmaya hakları bulunduğu belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, Aile Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017.
- ANTALYA Gökhan/SAĞLAM İpek, Miras Hukuku, İstanbul 2015.
- DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ M. Alper, Aile Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2016.
- EGGER, August, Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku, 3. Kısım, Vesayet, Ankara 1955.
- FEYZİOĞLU F Necmettin, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986.
- GENÇCAN Ö. Uğur, Vesayet Hukuku, Ankara 2009.
- KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1985-1986.
- OĞUZMAN M. Kemal/DURAL Mustafa, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2001.
- ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- TEKİNAY S. Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.
- VELİDEDEOĞLU H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1965.
- YAVUZ Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014.
- ZEVKLİLER Aydın/ACABEY Beşir/GÖKYAYLA Emre, Medeni Hukuk, Ankara 1999.

Fransız Hukuku'ndaki Reform Çalışmaları Işığında Temyiz İncelemesinin Kapsamı

Yrd. Doç. Dr. Nur BOLAYIR*

Öz: Yargıtay içtihat birliğini sağlama görevini üstlenmekte ve hukukîlik denetimi yapmaktadır. Kanunların her yerde ve herkes için yeknesak bir şekilde uygulanabilmesi için temyiz incelemesinin kapsamında hâkimin takdir yetkisinin denetlenebilmesi önem taşımakta; bu hususta Fransız Hukuku'ndaki reform çalışmaları da yol gösterici olmaktadır. Bu çerçevede, çalışmamızda hâkimin takdir yetkisinin hangi hallerde temyiz incelemesine konu olabileceği ve buna bağlı olarak hangi hallerde kararın bozulmasının söz konusu olacağı ele alınacak; ayrıca vakıa tespitlerinin temyiz denetimine tâbi olup olmayacağı da inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Temyiz- Fransız Hukuku'ndaki reform çalışmaları- takdir yetkisi- vakıa tespiti- hukukîlik denetimi

Scope of Cassation Review in Light of Reform Work in French Law

Abstract: Court of cassation is responsible for securing the union of jurisprudence and making the legal control. Discretionary power of judge during cassation review is very important because of the uniform application of the laws for everyone in everywhere. In this respect, reform work in French Law is guiding to Turkish Law. In our article, we will discuss the cases that discretionary power of judge is subject to cassation review and that the judgement will be reversed; we will also observe if determination of fact will be subject to the control by supreme court or not.

Keywords: Cassation- reform work in French Law- discretionary power- determination of fact- legal control

* Makale gönderim tarihi: 14.08.2017. Makale kabul tarihi: 11.09.2017.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı
(nbolayir@gsu.edu.tr).

GİRİŞ

20 Temmuz 2016'dan itibaren bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasıyla, temyiz yalnızca bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı başvurulabilecek bir kanun yolu haline gelmiştir. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında kesinleşinceye kadar Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 427 ilâ 454. maddelerinin uygulanmasına devam olunacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, söz konusu kararlar hakkında eski kanun yolu sisteminin tatbik edileceği belirtildiğinden, o kararlara ilişkin olarak temyiz ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı başvurulacak bir kanun yolu olma özelliğini sürdürecektir. Açıklamalarımızda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun öngördüğü yeni kanun yolu sistemini esas almakla birlikte, yeri geldikçe Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerine de değineceğiz.

Çalışmamızda temyiz kanun yolunun amacını, temyiz incelemesinin ne şekilde yapılacağını, hangi hususların incelemeye konu olabileceğini Fransız Hukuku'ndaki reform çalışmaları ışığında ele alacak; bu çerçevede ilk olarak temyiz incelemesinde Yargıtay'ın konumundan söz edecek; ardından da Yargıtay'ın denetim yetkisinin kapsamına ilişkin açıklamalarda bulunacağız.

I- Temyiz İncelemesinde Yargıtay'ın Konumunun Belirlenmesi

A- Yargıtay'ın İçtihat Birliğini Sağlama Görevi

Yargıtay Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere, adliye mahkemelerince verilen kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olmasının doğal sonucu olarak Yargıtay, içtihatlarıyla ülke içerisinde kanunların ve hukuk kurallarının uygulanmasında birlik ve beraberliğin gerçekleştirilmesi görevini üstlenmektedir¹.

Anılan Kanun'un 15. maddesinde daireler arasındaki içtihat uyumsuzluklarının Hukuk veya Ceza Genel Kurullarınca çözümleneceği belirtilmiş; Kanun'un 16. maddesinde ise, genel kurulların kendileri veya kendileriyle daireler arasındaki içtihat uyumsuzluklarının Yargıtay Büyük Genel Kurulu

¹ SELÇUK Sami, "Konumu Açısından Yargıtay ve Üst (İstinaf) Mahkemeler Sorunu", **YD**, Ekim 1976, C.II, S.4, s. 34.

tarafından çözüme kavuşturulacağı düzenlenmiştir. Anlaşıldığı gibi, Yargıtay belirtilen görevleri ifa ederek kanunların mahkemelerce uygulanmasında ve yorumlanmasında görüş birliği ile yeknesaklığı sağlamak suretiyle, vatandaşlar arasında kanunların farklı şekilde yorumlanmasından kaynaklanabilecek eşitsizlikleri önlemeyi amaçlamaktadır². Bu sebeple de Kanun'un 17. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca tüm Yargıtay dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayıcı içtihadı birleştirme kararları alabilmektedir³. İctihatların birleştirilmesi, hem hukuk kurallarının ülke genelinde yeknesak bir şekilde uygulanmasını sağlamakta; hem de içtihatlar arasında bir istikrar oluşturarak hukukun gelişmesine hizmet etmekte; böylece adil yargılanma hakkı bağlamında sürpriz karar verme yasağına aykırı davranmayı engellemektedir. Çünkü, içtihadı birleştirme kararı sayesinde yargı kararları birbirine tamamen aykırı ve öngörülemez olmaktan çıkmakta; o güne kadar süregelen yerleşik kararlara aykırı bir kararla karşılaşılmamaktadır⁴. İctihatların birleştirilmesine imkân tanınmadığı takdirde ise, gerek aynı daire içinde farklı kararlar verilmesinden, gerekse ayrı daireler arasında farklı içtihatların geliştirilmesinden dolayı kanunların tatbiki bakımından istenilen yeknesaklık sağlanamayacak⁵; söz konusu durum da hukuk birliğinin ve hukuk güvenliğinin ağır bir şekilde zedelenmesine yol açacağı⁶ gibi, adalet duygusunu incitici, vatandaşların Devlet'e olan güvenini azaltıcı, hatta temelden sarsıcı bir etki de doğurabilecektir⁷.

2 POSTACIOĞLU İlhan E., **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6.Bası, İstanbul 1975, s.95. Böylece, temyiz yargılaması bir taraftan hukuk tatbikatında birliğin ve hukukun gelişmesine hizmet etmekte; diğer taraftan ise, hatalı hükmün bu yolla bertaraf edilmesi sebebiyle, temyiz yoluna başvuran tarafın çıkarlarına da hizmet etmektedir (ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, C.I-II, 7.Baskı, İstanbul 2000, s.819).

3 SELÇUK, Konumu Açısından Yargıtay, s.35.

4 ÖZEKES Muhammet, "İstinaf Sistemi İle Birlikte Hukuk Yargılamasında İctihat Aykırılıklarının Giderilmesi", **Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı**, Ankara 2007, s.145.

5 BELGESAY Mustafa Reşit, **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku**, İstanbul 1944, s. 53; BİLGE Necip, "Yargısal İctihatların Bağlayıcı Etkileri ve İctihat Birleştirme Kararları", **Dr. A.Recai Seçkin'e Armağan**, Ankara 1974, s.245; POSTACIOĞLU, s.101.

6 ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s.59; ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR AYVAZ Sema, **Medeni Usul Hukuku**, 1.Baskı, Ankara 2016, s.94.

7 KURU Baki, **İctihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar**, Ankara 1977, s. 9; YILMAZ Ejder, "İctihadı Birleştirme veya "Adaletteki Çelişkiye Son Verme" İhtiyacı", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII**, Ankara 9-10 Haziran 2000,

Yargıtay, içtihat birliğini sağlamayı hedefleyerek yasama ve yargı görevleri arasında uyumu tesis etmekte; böylece kanunların koruyuculuğunu ve bekçiliğini de üstlenmiş olmaktadır. Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 369. maddesinin 1. fıkrasında (HUMK.m.439/2) belirtildiği üzere, Yargıtay tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmakta; kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilmektedir. Ayrıca, Kanun'un 363. maddesinde (HUMK.m.427/6-7-8) düzenlenmiş olan kanun yararına bozma kurumu da Yargıtay'ın bir içtihat organı olduğu düşüncesinin ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır⁸.

B- Yargıtay'ın Hukuk Alanında Mutlak Denetim Yetkisine Sahip Olması

Temyiz aşamasında bölge adliye mahkemelerinin kararları sadece hukuka uygunluk bakımından inceleme konusu olmakta; bölge adliye mahkemesinin aksine Yargıtay bir vakıa, tahkikat ve yargılama mahkemesi olarak çalışmamakta; yalnızca hüküm mahkemesine bildirilmiş olan vakialara hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını denetlemektedir⁹. Bu sebeple, temyiz yoluna başvurma davayı aktarıcı etkisi yalnızca olaya konulan hukukî tanıyla sınırlı olarak gerçekleşmekte; bu tanıyı bütünüyle inceleyen Yargıtay, alt derece mahkemesinin yerine geçerek başka bir tanıya ulaşabilmektedir¹⁰.

Yargıtay'ın hukukîlik denetimi yapması çerçevesinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde hukukun

s.3. İctihadı birleştirme yolunun gerekliliğine ilişkin düşüncelerin doğması ve gelişmesi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. BİLGE, s.246 vd.

⁸ SELÇUK, Konumu Açısından Yargıtay, s.35.

⁹ KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6.Baskı, C.V, İstanbul 2001, s.4498; KARSLI Abdürrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 4.Baskı, İstanbul 2014, s.733; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s.602; PEKCANITEZ Hakan/ÖZEKES Muhammet, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C.III, 15.Bası, İstanbul 2017, s.2277; timinin Kapsamı, İstanbul 1978gılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978

¹⁰ SELÇUK Sami, "Temyiz Yolu Denetimi ve Sınırları", **YD**, Ocak-Nisan 2001, s. 19; SELÇUK Sami, "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sançılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri", **MÜHF-HAD**, 2012, C.XIX, S.2, (Özel Sayı), Prof. Dr.Nur Centel'e Armağan, s. 335.

yanlış uygulanması¹¹ mutlak bozma sebepleri arasında sayılmıştır. Madde metninde, yalnızca hukukun yanlış uygulanmasından¹² söz edilmiş olmakla birlikte, uygulanması gereken hukuk kuralının¹³ hiç ya da gereği gibi uygulanmaması da hukukîlik denetiminin kapsamına girmektedir¹⁴. “Hukuk” tabiriyle yalnızca yazılı olan hukuk kuralları kast edilmemekte; yazılı olmayan hukuk kuralları, hukukun genel ilke ve değerleri, Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar¹⁵ da hukukun kapsamı dâhilinde yer aldığından, Yargıtay’ın hukukîlik denetimine tâbi olmaktadır¹⁶. Bu çerçevede, kanunlara¹⁷, tüzüklere, yönetmeliklere, örf ve âdet

-
- 11 HUMK.m.428/2,b.1’de “hukukun yanlış uygulanması” ifadesinin yerine “kanunun yanlış tatbik edilmesi” ifadesine yer verilmiş; doktrinde “kanun” teriminin “hukuk” şekline anlaşılıp hukukun yanlış uygulanmasının mutlak bozma sebebi olduğu ifade edilmişti. Bu hususta bkz. KARAFAKİH İsmail, **Hukuk Muhakemesi Usulü Esasları**, Ankara 1952, s.257; ANSAY Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7.Baskı, Ankara 1960, s.350; SEÇKİN Recai, **Yargıtay Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi**, Ankara 1967, s.3; BİLGE Necip / ÖNEN Ergun, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3.Baskı, Ankara 1978, s.649; ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara 1979, s.297; ÜSTÜNDAĞ, **Medeni Yargılama**, s.833; KURU, **Usul, C.V**, s.4533; KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 25.Baskı, Ankara 2014, s.614; YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 3.Baskı, C.III, Ankara 2017, s. 3327.
- 12 Hukukun yanlış uygulanması, bir hukuk kuralının soyut koşul vakıalarının hatalı şekilde ele alınması, yorumlanması; tespit edilen somut vakıalara tatbiki gereken bir hükmün koşul vakıalarının hiç uygulanmaması veya uygulanmaması gereken bir hükmün koşul vakıalarının uygulanması; kabul edilen iddialar ile dosyanın içeriğinin birbirine aykırı olması şeklinde ortaya çıkabilmektedir (AKCAN Recep, **Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri**, Ankara 1999, s.30).
- 13 Uygulanacak olan hukuk kuralları, maddî hukuka ilişkin olabileceği gibi, usûl hukukuna ilişkin de olabilecektir (PEKCANITEZ/ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s.2282).
- 14 ANSAY, s.350; SİVRİHİSARLI Ömer, **Hukuk Yargılamasında Maddî Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı**, İstanbul 1978, s.27; BİLGE/ÖNEN, s.649; AKCAN, s.30; ÜSTÜNDAĞ, **Medeni Yargılama**, s.833; KURU, **Usul, C.V**, s.4533; ALANGOYA H. Yavuz/ YILDIRIM M. Kâmil/DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 8.Baskı, İstanbul 2011, s.470; KURU/ ARSLAN/YILMAZ, s.613; KARSLI,s.741.
- 15 AY.m.90/5 uyarınca usûlüne göre yürürlüğe konulmuş olan uluslararası antlaşmalar kanun hükmünde kabul edilmektedir.
- 16 PEKCANITEZ/ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s.2282.
- 17 Mahkemenin Anayasa’ya aykırılık iddiasını ciddi görmemesi halinde, bu iddianın temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanacağına ilişkin AY.m.152/2 hükmü gereğince, “Kanun” deyiminin kapsamına Anayasa da dâhil bulunmaktadır (SİVRİHİSARLI, s.27;

kurallarına, yabancı hukuka ve tecrübe kurallarına aykırılık halleri temyiz incelemesine konu teşkil edebilecektir¹⁸. Hâkimin Türk Hukuku'nu kendiliğinden uygulayacağını belirten Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33. maddesinin gerekçesinde de Türk Hukuku teriminin kanunların yanı sıra mevzuat ile örf ve âdet hukukunu, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri kapsadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, Kanun'un 371. maddesinin 1. fıkrasının a bendindeki "hukuk" teriminden ne anlaşılması gerektiği de Kanun'un 33. maddesinin gerekçesi ışığında belirlenebilmektedir.

İç hukuk kuralları kapsamında kanunların ve kanunlarla ilişkili bulunan mevzuatın, yani tüzüklerin ve yönetmeliklerin Yargıtay denetimine tâbi olması hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamakta; bunlara uyulmaması halinde hükmün bozulması söz konusu olmaktadır. Ancak, örf-âdet kurallarının, yabancı hukukun ve tecrübe kurallarının Yargıtay tarafından denetlenmesi meselesi özellik arz etmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 1.maddesinin 2. fıkrasında Kanun'da uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkimin örf-âdet hukukuna¹⁹ göre karar verebileceği belirtilmiş; ilgili hükmün paralelinde Türk Ticaret Kanunu'nun 1.maddesinin 2. fıkrasında ise, mahkemenin hakkında ticarî bir hüküm bulunmayan ticarî işlerde ticarî örf ve âdete göre karar verebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerden de anlaşıldığı üzere, hukukumuzda örf ve âdet kuralları iç hukukun bir parçası olarak kabul edilmiş; bunun sonucu olarak da bir kanun hükmünü uygulamak zorunda olan hâkim, kanun hükümlerinin ta-

KURU, Usul, C.V, s.4533-4534; KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, İstanbul 2016, s.707).

¹⁸ ANSAY, s.350-351; SİVRİHİSARLI, s.27; BİLGE/ÖNEN, s.649; ÖNEN, s.297-298; BERKİN Necmeddin M., **Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi**, İstanbul 1981, s.885; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s.833; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN-YILDIRIM, s.470; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.613; KARSLI, s.741; KURU, Medenî Usul, s.707; YILMAZ, Şerh, s.3301.

¹⁹ Sürekli şekilde tekrarlanan davranışlar sonucunda toplumda bu davranış tarzına uyulmasının mecburî olduğuna dair bir kanaat yerleşince, o davranış bir örf ve âdet kuralı haline gelmekte; söz konusu kuralların tümü de örf ve âdet hukukunu meydana getirmektedir. Bu hususta bkz. DESCHENAUX Henri, **Le titre préliminaire du code civil**, Fribourg 1969, s. 96; İŞIKTAÇ Yasemin, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku**, İstanbul 1992, s. 39; OĞUZMAN M.Kemal/ BARLAS Nami, **Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 22.Bası, İstanbul 2016, s.106.

mamlayıcısı niteliğinde olan örf ve âdet kurallarını da tatbik etmekle yükümlü kılınmıştır²⁰. O halde, anılan kurallara uyulmaması, Yargıtay incelemesi sırasında bozma sebebi olabilecektir²¹.

Yabancı hukuk kurallarının uygulanması hususunda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasında düzenleme getirilmiştir. İlgili hükme göre, hâkim Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulayacak; ancak yetkili yabancı hukukun içeriğinin tespitinde tarafların yardımını isteyebilecektir²². Hâkim, uygulanması gereken yabancı hukukun içeriğinin

-
- 20 DESCHEAUX Henri, **La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au tribunal fédéral**, Fribourg 1948, s.44; AKİL Cenk, "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", **AÜHFD**, 2008, C.LVII, S.3, s.24; DURAL Mustafa / SARI Suat, **Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, C.I, 11.Baskı, İstanbul 2016, s. 139. Hâkimin her yörenin farklı olan örf ve âdetine ulaşması kolay olmayacağından, ilgili örf ve âdet kuralı hakkında taraflardan yardım alabileceği, taraflarca talep edilmemiş bile olsa bilirkişiye başvurabileceği hususunda bkz. SİVRİHİSARLI, s.40; PEKCANİTEZ Hakan/ ATALAY Oğuz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C.III, 15.Bası, İstanbul 2017, s.1631; TORAMAN Barış, **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, Ankara 2017, s. 166; timinin Kapsamı, İstanbul 1978gılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978
- 21 SCHÜPBACH Henri, **Le recours en cassation spécialement en procédure civile neuchâteloise**, Lausanne 1961, s.144; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s.833; KURU, Usul, C.V, s.4534; Akil, s.24; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN-YILDIRIM,s.470; KURU, Medenî Usul, s.707. Fransız Hukuku'nda, kanunun açık hükmüne göre örf ve âdet kuralının uygulanması veya konuya ilişkin olarak örf ve âdet kuralının varlığının araştırılması gerekirken, ilgili kuralın uygulanmadığı ya da varlığının araştırılmadığı hallerde, alt derece mahkemesinin kararı temyiz aşamasında denetlenip bozulmaktadır (BORÉ Jacques/ BORÉ Louis, **La cassation en matière civile**, 4^e édition, Paris 2008, s.271). İsviçre Hukuku'nda ise, örf ve âdet kurallarından kanun boşluklarının doldurulmasında yararlanıldığı takdirde, ortada hukukî bir faaliyet bulunması sebebiyle, bu kurallar hukuk kuralı olarak kabul edilmektedir (DONZALLAZ Yves, **Loi sur le tribunal fédéral-commentaire**, Berne 2008, s.1292). Dolayısıyla, söz konusu faaliyetin yerine getirilmesi sırasında bir yanlışlık yapılmış olması durumunda, Federal Mahkeme'ye İlişkin Kanun'un 97. maddesi uyarınca federal hukukun ihlâli kapsamında Federal Mahkeme'ye başvurulabilecektir.
- 22 Hâkim, uygulanacak yabancı hukukun içeriğini bilemeyeceğinden tarafların yardımından yararlanabilecek olmakla birlikte, söz konusu yabancı hukukun ilgili kurallarını bildiği takdirde bunları re'sen uygulayacaktır. Yabancı hukukun içeriğinin tespiti hususunda taraflardan yardım alabilecek olan hâkim, bu araştırmayı aynı zamanda re'sen de yapabilecektir (NOMER Ergin, **Davada Yabancı Kanun**, İstanbul 1972, s.71; NOMER Ergin, **Milletlerarası Usul Hukuku**, İstanbul 2009, s.134).Yabancı hukukunun içeriğinin tespiti hususunda araştırmının ne şekilde yapılabileceği hususunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. NOMER,

tespitinde taraflardan yardım alabilecek olmakla birlikte, Türk Hukuku gibi yabancı hukuku da uygulayacak olan bizzat hâkimin kendisidir. Dolayısıyla, yabancı hukuk kurallarının tatbikinde hata edilmiş olması da hukukun yanlış uygulanması gerekçesiyle Yargıtay denetiminin kapsamına girebilecek ve bozma sebebi teşkil edebilecektir²³.

Genel ve soyut bir niteliğe sahip olan genel hayat tecrübelerine, özel bir mesleğe veya konuya ilişkin bulunan tecrübe kuralları ise, somut vakıaların gözlemlenmesi ve bilimsel bilgiler neticesinde ortaya çıkmakta; geçmişteki vakıaların sonuçlarının bundan sonra gerçekleşecek vakıalar bakımından da geçerli olacağına dair yaygın kanaate bağlı olarak varlık kazanmaktadır²⁴. Bu çerçevede, hâkim önüne gelen olaylarda, örneğin bir kişinin davranışının iyi niyetli olup olmadığını, eşler arasında gerçekleştiği ispat edilmiş olan tartışmaların şiddetli geçimsizlik sebebi olup olmayacağını, yetmiş kilometrelik hızın aşırı hız sayılıp sayılmayacağını tecrübe kurallarından yararlanarak belirleyebilecektir²⁵. Tecrübe kuralları, geçmiş olaylara dayanan, gelecek için kural oluşturabilecek varsayımsal bir yargı olarak karşımıza çıkmakta; kanunda yer almamakla birlikte vakıa ve hukuk arasında bir konuma sahip bulunmakta; tıpkı örf ve âdet kuralları gibi kanun hükmünün içeriğinin be-

Milletlerarası Usul, s.134 ve 137; NOMER Ergin, **Devletler Hususî Hukuku**, 20.Bası, İstanbul 2015, s.192; ÇELİKEL Aysel / ERDEM B.Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bası, İstanbul 2016, s.172-173.

- 23 ANSAY, s.351; POSTACIOĞLU, s.723; NOMER, Yabancı Kanun, s.135; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s.834-835; KURU, Usul, C.V, s.4535; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.470; KURU, Medenî Usul, s.707. Fransız Hukuku'nda kanunlar ihtilâfi kurallarının ve ona bağlı olarak yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde, bunların tatbikine ilişkin bir yanlışlık yapılması durumunda kanuna aykırılık kapsamında temyiz mahkemesinin denetimi söz konusu olmaktadır (BORÉ/BORÉ, s. 267). İsviçre Hukuku'nda ise, Federal Mahkemeye İlişkin Kanun'un 96. maddesinde İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'na göre belirlenmiş olan yabancı hukukun hiç uygulanmaması veya malvarlığına ilişkin olmayan uyuşmazlıklarda ilgili yabancı hukukun yanlış uygulanması halinde Federal Mahkeme'ye başvurulabileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede, gerek uluslararası özel hukuk kurallarının, gerekse yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı Federal Mahkeme tarafından denetlenebilecektir (PATOCCHİ Paolo Michele/ GEİSİNGER Elliott, **Code de droit international privé suisse annoté**, Lausanne 1995, s.117; KONOEPFLER François/SCHWEİZER Philippe, **Droit international privé suisse**, 2^e édition, Berne 1995, s.246).
- 24 YILDIRIM Mehmet Kâmil, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990, s.116-117; ATALAY Oğuz, "Emare İspatı", **Man.BD.**, Temmuz-Ekim 1999, s. 18; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN-YILDIRIM, s.13.
- 25 SİVRİHİSARLI, s. 85 vd. Bu hususta benzer örnekler için bkz. DONZALLAZ, s.1291.

lirlenmesini sağlamakta; hukuk kuralını tamamlayıcı bir niteliği haiz olmaktadır²⁶. Hukuk kuralının koşul vakıalarına somut olayın şartlarının uyup uymadığı hususunda hâkim bir altlama faaliyetine girişecek ve bu faaliyet sırasında ilgili kanun hükmünde geçen “kusur”, “iyi niyet”, “pek fena muamele”, “ahlâka aykırı davranış” gibi belirsiz kavramların²⁷ varlığını veya yokluğunu tecrübe kuralları ışığında belirleyecektir. Anılan faaliyet neticesinde, hâkim somut vakıaların koşul vakıaları karşıladığı sonucuna vardığı takdirde, söz konusu uyuşmazlığa o kanun hükmünü uygulayacaktır. Kanun hükmünün tatbiki sırasında, somut vakıaların koşul vakıalarla örtüşüp örtüşmediğinin tespiti bakımından tecrübe kurallarından yararlandırıldığından, bu kuralların doğru bir şekilde değerlendirilmemesi yanlış bir kanun hükmünün uygulanması sonucuna yol açabilecektir; dolayısıyla tecrübe kurallarına aykırılığın da Yargıtay tarafından denetlenmesi gerekmektedir²⁸.

C- Temyiz Mahkemesi’nin İçtihat Birliğini Sağlama ve Hukukîlik Denetimini Yerine Getirebilmesi Bakımından Fransız Hukuku’nda Yapılan Reform Çalışmaları

Fransız Hukuku’nda, Temyiz Mahkemesi’nin yeniden yapılandırılması-na ilişkin olarak 2015 yılından itibaren, hâkimlerin, savcılarının, avukatların, akademisyenlerin katılımıyla bir reform çalışmasına girişilmiştir²⁹. Temyiz mahkemesinin, bir taraftan tüm ülke üzerinde içtihat birliğini sağlamaya yönelik yeknesak bir uygulamayı yerleştirebilmesi; diğer taraftan ise hukuk yaratma faaliyetini yerine getirebilmesi, reformun ana teması olarak karşımıza

²⁶ DESCHENAUX, s.43-44. Fransız Hukuku’nda sahip oldukları bu işlev sebebiyle, tecrübe kurallarına aykırılık, hukuk kurallarına aykırılık olarak değerlendirilmekte ve temyiz yoluyla denetlenmektedir (BORÉ/BORÉ, s.287). İsviçre Hukuku’nda da tecrübe kuralları belirttiğimiz hususlar dâhilinde hukukî bir işlev gördüğünden, söz konusu kuralların tatbiki Federal Mahkeme’nin denetimine tâbi olmaktadır (DONZALLAZ, s. 1291).

²⁷ Belirsiz kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SCHÜPBACH, s.122-123; SİVRİHİSARLI, s.61 vd.

²⁸ SCHÜPBACH, s.136-137; SİVRİHİSARLI, s. 98. Altlama faaliyetinin hukukîlik denetimine tâbi olması gerektiği hususunda ayrıca bkz. MOTULSKY Henri, **Principes d’une réalisation méthodique du droit privé**, Paris 1948, s.160; DESCHENAUX, s. 37; RIGAUX François, **La nature du contrôle de la cour de cassation**, Bruxelles 1966, s.233 vd.; DONZALLAZ, s.1294.

²⁹ MARIN Jean-Claude, “Allocution du Procureur Général Jean Claude-Marin”, **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.6.

çıkılmaktadır³⁰. Temyiz mahkemesinin içtihat birliğini sağlaması ile hukuk yaratması faaliyetleri birbirini tamamlamakta³¹; mahkemenin hukuk yaratma faaliyetinin temeli içtihat birliğini sağlama işlevine dayanmaktadır³². Nitekim, Yeni Medenî Usûl Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrasına göre, hâkim uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarına uygun şekilde uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak; Kanun'un 604. maddesine göre ise, temyiz kanun yolunda temyiz mahkemesi tarafından hükmün hukuk kurallarına uygun olup olmadığı denetlenecektir. İlgili hükümlerden anlaşıldığı üzere, temyiz mahkemesi tarafından icra edilen hukukîlik denetimi, alt derece mahkemelelerinin vermiş olduğu hükümlerin kanunlara uygun olup olmadığının teminatı olarak kendini göstermektedir³³.

Temyiz mahkemesi iş yükünün artması sebebiyle, hukuk yaratma ve içtihat birliğini sağlama faaliyetlerini tam anlamıyla yerine getiremediğinden, söz konusu faaliyetlerin gereği gibi yapılabilmesi için başvurulara konu olan farklı işler arasında eleme sistemine geçilmesi yönünde teklifte bulunulmuştur. Bu çerçevede, basit, önem arz etmeyen işler hakkında temyiz başvurusunun kabul edilemez olduğuna dair karar, önceki uygulamanın aksine, temyiz mahkemesinin ilgili dairesi tarafından değil, temyize başvuru aşamasında istinaf mahkemesi tarafından verilecek; önem arz eden işler için ise, ayrıntılı bir araştırmaya girilerek başvurunun kabulü veya reddi kararı alınacaktır. Önem arz eden veya arz etmeyen tüm işlere ilişkin inceleme, kararı veren istinaf mahkemesince yapılacak; istinaf mahkemesinin temyiz başvurusunun kabulüne karar vermesi halinde temyiz mahkemesi tarafından inceleme başlatılacak; buna karşılık istinaf mahkemesi başvurunun reddi sonucuna vardığı takdirde ise, başvuru temyiz mahkemesinin bünyesinde özel olarak oluşturulan bir heyet tarafından incelenecektir³⁴.

30 MOLFESIS Nicolas, "Pour une sélection vertueuse des pouvoirs", **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.16.

31 CHAINAIS Cécile, "À la recherche d'un modele pluraliste de cassation "à la française", **Méthodologie de la réforme**", **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.44.

32 THÉRY Philippe, "Méthodologie de la réforme", **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.41.

33 CADIET Loïc, "Introduction", **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.11.

34 MOLFESIS, s.19; JEAN Jean Paul, "Introduction", **Rapport de la commission de réflexion**, 22 Février 2017, s.19 ([https:// www.courdecassation.fr/ IMG/ 03.%20 Réforme%](https://www.courdecassation.fr/IMG/03.%20Réforme%)

Ortada hiçbir hukuk ihlâli veya temel hak ihlâli mevcut olmadığı, temyiz yoluna başvuruya ilişkin hiçbir hukukî yarar bulunmadığı takdirde başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna varıldığından³⁵, temyiz incelemesine tâbi olmayan başvurularla uğraşmak zorunda kalan temyiz mahkemesi de hukuk yaratma ve içtihat birliğini sağlama faaliyetini yerine getirememektedir³⁶. Belirttiğimiz hallerde herhangi bir hukukîlik denetimi yapılmadığından, kabul edilemezlik kararının temyiz mahkemesinin her dairesi nezdinde özel olarak oluşturulmuş heyetler tarafından verilebilmesi önerilmiş³⁷; ayrıca usûl hatalarına ilişkin küçük uyuşmazlıkların temyiz aşamasında incelenmesinin pahalı ve makul süreyi aşan bir yargılamaya yol açması sebebiyle, istinaf mahkemelerinin bu küçük uyuşmazlıklara ilişkin kararlarının temyiz mahkemesi yerine bizzat kararı veren istinaf mahkemesince denetlenmesi yönünde de teklifte bulunulmuştur³⁸.

Temyiz mahkemesinin hukuk yaratma faaliyetini tam olarak sağlayabilmesi hususunda, temyize elverişli olduğu sonucuna varılan başvuruların basit ve karmaşık olmalarına göre bir ayırım yapılması ve söz konusu başvuruların birbirinden bağımsız şekilde farklı yargılama usûllerine göre ele alınabilmesi teklif edilmiştir. Bu bağlamda, karmaşık uyuşmazlıklar, tıpkı asliye hukuk mahkemesinde uygulanan yargılama usûlünde olduğu gibi, temyiz mahkemesince ilk derece mahkemesine benzer şekilde kapsamlı bir yargılamaya tâbi tutularak incelenecek; böylece çok ayrıntılı, zengin bir gerekçeye sahip kararlar çıkabilecek ve temyiz mahkemesi de içtihat birliğini sağlama işlevini tam olarak yerine getirmiş olacaktır³⁹. Karmaşık olmayan uyuşmazlıklara ise, temyiz mahkemesince basitleştirilmiş bir yargılama dâhilinde bakılacaktır. Özellikle, temyiz mahkemesinin önceden bir ilke kural koyduğu, mahkemenin belli bir içtihadına önceden konu olmuş olan benzer uyuşmazlıklar bu yargılama usûlüne tâbi olacak; söz konusu uyuşmazlıklara ilişkin kararda çok ayrıntılı bir gerekçeye yer verilmeksizin aynı yöndeki eski kararlara atıf yapılacaktır⁴⁰.

20de% 20la%20 Cour%20-%20 Rapport % 20 de % 20la%20 Commission% 20de%20 réflexion%20&%20annexes.pdf)

35 JEAN Jean Paul, “Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, Propositions”, **Rapport de la commission de réflexion**, 22 Février 2017, s.12.

36 MOLFESSIS, s.17-18.

37 Bu hususta bkz. MOLFESSIS, s. 18-19.

38 JEAN, Introduction,s.20-21.

39 CHAINAIS, s.47-48.

40 CHAINAIS, s.48.

Belirttiğimiz hususların yanı sıra, temyiz mahkemesinin kararlarının ayrınılı bir gerekçeye sahip olması sayesinde, temyiz mahkemesi içtihat mahkemesi olma işlevini ve hukuk yaratma faaliyetini tam olarak yerine getirebileceği⁴¹ gibi, temyiz mahkemesinin kararlarının daha erişilebilir kılınması da mahkemenin hukuk yaratma faaliyetinin etkin bir düzeye ulaşmasına hizmet edecektir⁴².

II- Temyiz İncelemede Yargıtay'ın Denetim Yetkisinin Belirlenmesi

A- Hâkimin Takdir Yetkisinin Kapsamı ve Yargıtay Tarafından Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi

1- Hâkimin Takdir Yetkisinin Kapsamı

Maddî hukuk bakımından hâkimin takdir yetkisi, Türk Medenî Kanunu'nun 4. maddesinde dar anlamıyla ortaya konulmuş ve kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda⁴³, hâkimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceği düzenlenmiştir. Ancak, sözü geçen hükümde hâkimin takdir yetkisi tam anlamıyla tanımlanmamıştır; çünkü kanunlarda hâkimin takdir yetkisi her zaman saklı tutulmadığı gibi, hâkimin “*durumun gereklerine*” veya “*haklı sebeplere*” göre hüküm vereceği hallerin yanı sıra, kanunlarda “*önemli sebepler*”, “*uygun bir süre*” veya “*uygun bir tazminat*”, “*gerekli önlemler*”, “*hakkaniyete uygun tazminat*”, “*uygun miktarda maddî veya manevî tazminat*”, “*somut olayın şartları*” gibi ifadelerin kullanıldığı durumlarda da hâkim bu yetkiye sahiptir⁴⁴. Ayrıca, hâkimin bir hukuk kuralını somut olaya uygularken

41 FRICERO Natalie, “Pour un meilleur accès à la portée normative des arrêts de la Cour de cassation, nouvelle manière de rédiger et de communiquer?”, **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.30.

42 FRICERO, s.32.

43 Madde metninde sözü geçen “kanunun hâkime takdir yetkisi tanıdığı haller” ile “durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konular” birbirinden ayrı ve farklı iki hal olarak düzenlenmemiştir. Hâkim, “kanunun durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konular” bakımından da takdir yetkisini kullanacaktır. Hükümdeki “veya” kelimesi yerine “özellikle” kelimesi kullanılmış olsaydı, bu anlam karmaşası da ortaya çıkmamış olacaktı (OĞUZMAN/BARLAS, s.92).

44 Bir hükmün “*hâkim ... yapabilir, edebilir, hükmedebilir, kısaltabilir*” tarzında yazılmış olması da hâkimin takdir yetkisinin bulunduğunu göstermektedir (DESCHENAUX, s.50; HAKER Mustafa, “Hâkimin Takdir Hakkı ve Bu Hakka Dokunan Temyiz Mahkemesi Kararları”, **İBD**, 1965, C.XXXIX, S.4-5-6, s. 117-118; OĞUZMAN/ BARLAS, s.92-93; DURAL/ SARI, s.133).

her zaman takdir yetkisi bulunmakta; hâkim takdir yetkisi kapsamında hukuk kuralını yorumlamakta; somut vakiayı hukuk yönünden nitelendirmekte ve hukukî sonucu bildirmektedir⁴⁵. Açıklamalarımızdan anlaşıldığı üzere, takdir yetkisi kanun koyucunun bilerek ve isteyerek, yani bilinçli olarak bıraktığı boşlukların olaydaki özellikler, toplumdaki ahlâki düşünceler, hukukun birliği, sosyal adalet gibi hususlar göz önünde bulundurulmak suretiyle hâkim tarafından ferdileştirilip doldurulması şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁴⁶.

Türk Medenî Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca hâkimin takdir yetkisini kullanırken, hukuka ve hakkaniyete göre karar vermesi gerektiğinden, hâkim somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak ilgili hükmün çizdiği sınırlar dâhilinde adil bir sonuca varacak şekilde bu yetkisini kullanacak; taraflar arasındaki menfaat uyuşmazlığının ne olduğunu, bu uyuşmazlıkta menfaatlardan hangisinin daha çok korunması gerektiğini araştırarak; uyuşmazlığa en uygun çözümü bulmaya çalışırken taraflar arasında adil bir denge gözecek⁴⁷; kararında somut olayın tüm özelliklerini ne yönde değerlendirdiğini gerekçeli olarak açıklayacak; dayandığı noktaların verdiği hükmü neden hukuka ve hakkaniyete uygun kıldığını gösterecek; böylece takdir yetkisini kullanması hâkimin keyfî bir tasarrufu olmaktan çıkmış olacaktır⁴⁸.

Hâkim takdir yetkisine dayanarak hareket ettiği hallerde, mutlaka hakkaniyeti göz önünde bulundurmalı ve hakkaniyetin gerçekleşmesine çalışmalıdır⁴⁹. Hakkaniyete göre karar vermekle yükümlü olan hâkim, adalet duygusuna yönelmeli ve bu çerçevede pozitif hukuktaki boşluğun doldurulması

45 GÜRDOĞAN Burhan, **Özel Hukuk Alanında Maddi Hukuk ve Yargılama Usulü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi**, Ankara 1967, s.5-6.

46 EDİS Seyfullah, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", **AÜHFD**, 1973, C.XXX, S.1, s.172.

47 EDİS, s.179.

48 OĞUZMAN/BARLAS, s.94-95. Hâkimin takdir yetkisini kullanırken kararını vermesine etkili olan nedenleri objektif ölçülere göre isabetli biçimde göstermesi gerektiği, takdire bağlılığın keyfilik anlamına gelmediği, kanunun takdir yetkisi verdiği hususlarda hâkimin bu yetkiyi TMK.m.4 uyarınca hakkaniyet ilkesine uygun olarak kullanması gerektiği hususunda ayrıca bkz. 4.HD, 14.04.2003, 14353/4658; HGK, 15.12.2010, 7-623/669 (Kazancı Bilişim- İctihat Bilgi Bankası).

49 Hakkaniyet kavramı, adaletin özel ve bireyleştirilmiş veya somutlaştırılmış şekli olarak karşımıza çıkmakta; kısaca somut olay adaleti olarak ifade edilebilmektedir. Bu hususta bkz. DİNÇKOL Abdullah, "Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet", **HFSAs**, Ekim 2003, S.9, s.180; GÜRTEN Kadir, **Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas)**, Ankara 2008, s.31.

sırasında somut olayın tüm özelliklerini değerlendirerek adalete en uygun kararı vermelidir⁵⁰. Takdir yetkisini kullanma bahanesiyle hâkimin hakkaniyete aykırı bir karar verme hakkının bulunmaması sebebiyle, hakkaniyet takdir yetkisinin başlıca sınırını oluşturmaktadır⁵¹.

2- Hâkimin Takdir Yetkisinin Yargıtay Tarafından Denetlenmesi

Yargıtay tarafından hâkimin takdir yetkisinin denetlenmesiyle kanunların uygulanmasında her yerde ve herkes için bir yeknesaklığın sağlanması amaçlanmaktadır. Nitekim, benzer olaylarda aynı hükümlerin aynı biçimde uygulanması hukukî kararlılık ve güveni sağlamakta; adalet duygusunun bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır⁵².

Hâkimin takdir yetkisini kullanması, niteliği itibariyle bir maddî hukuk uygulaması olup⁵³, Türk Medenî Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca hâkimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vermesi gerektiğinden, söz konusu yetkinin kullanılması hukukî bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁴. Hukuk kuralında öngörülmüş olan soyut koşul vakıalar, hâkimin takdir yetkisi kapsamında somut vakıalar karşısında yorumlanarak bir anlam kazanmakta; böylece hakkaniyete uygun şekilde karar vermekle yükümlü olan hâkim de hukuk kurallarını bu somut vakıalara uyarlayarak bir sonuca varmaktadır⁵⁵. Ortada hukukî bir faaliyetin bulunması sebebiyle, hâkimin takdir

50 DİNÇKOL Abdullah, "Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında "Hak ve Nisfet", **YD**, Temmuz 1993, C.XIX, S.3, s.219 ve 228. Hakkaniyet, adalet uygulamalarında bireyselliği ve bireyin kendine özgü durumlarını gözetme, yani adaleti somutlaştırma işlevine sahip olmasının yanı sıra, verilen her türlü kararın ve kullanılan tüm takdir yetkilerinin somut olayın özelliklerine göre belli bir ölçüyü içermesini de gerektirmektedir (ANIL Yaşar Şahin, **Hâkimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları**, İstanbul 2012, s.130-131).

51 GÜNER Abdullah, Medenî Hukukta Hâkimin Takdir Hakkı, **AD**, 1952/5, s.665 ve 671; ANIL, s.74.

52 DİNÇKOL Abdullah, "Hâkimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi", **HAD**, 1995/1-3, s.146; ANIL, s. 76.

53 EDİS, s.192; DONZALLAZ, s.1298; DEMİRDÖVEN Oğuzhan, "Özel Hukukta Hâkimin Takdir Yetkisi ve Yargıtay Denetimi", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, I. Cilt, Ankara 2010, s.729.

54 GÜRDOĞAN Burhan, "Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk", **AÜSBFD**, Eylül 1956, C.XI; S. 3, Prof. Dr. Zeki Mesut Alsan'a Armağan, s.284; GÜRDOĞAN, Yargıçın Takdir Hakkı, s. 50; DONZALLAZ, s.1348.

55 GORPHE François, **Les décisions de justice**, Paris 1952, s. 83. Bu hususta farklı örnekler için bkz. DONZALLAZ, s.1299.

yetkisini kullanmasına ilişkin Yargıtay denetimi de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca hukukun yanlış uygulanıp uygulanmadığı çerçevesinde yapılacaktır.

Hâkim, yalnızca kendisine kanunla takdir yetkisi tanınan hallerde karar verebilecektir⁵⁶. Dolayısıyla, hâkimin kanunda bulunmayan, kanun tarafından kendisine verilmeyen bir takdir yetkisini kullanması Yargıtay denetimine tâbi olacaktır. Bunun yanı sıra, tazminat miktarının tespiti, dürüstlük kuralına aykırılık, cezaî şart miktarının fahiş olup olmadığı, gabin için ivazlar arasında açık orantısızlık bulunup bulunmadığı gibi hususlar hakkında hâkim kendisine tanınmış olan takdir yetkisini hukuka uygun ölçüler içinde kullanmadığı takdirde de Yargıtay müdahale edebilecektir⁵⁷. Hâkimin kanunların kendisine vermediği bir takdir yetkisini kullanmasının veya kanunlarca kendisine tanınmış olan takdir yetkisini ölçüsüz olarak kullanmasının yanı sıra, özellikle hâkimin takdir yetkisinin aşkın kullanımı, takdir yetkisinin saptırılması, takdirin nedenlerinin gösterilmemesi hallerinde de Yargıtay denetimi gündeme gelecektir. Kanun koyucu tarafından hukuk kurallarıyla tespit ve tayin edilen alanlar içinde izlenecek yol ile davranış şeklinin gösterilmesi halinde ise, hâkimin takdir yetkisinden söz edilemeyecektir⁵⁸.

Hâkim, yalnızca kanunun öngördüğü yerlerde ve sınırlar içinde takdir yetkisine sahip olduğundan⁵⁹, kendisine bu yetkinin tanınmadığı hususlar-

⁵⁶ DİNÇKOL, Hak ve Nisfet, s.216-217.

⁵⁷ PEKCANITEZ/ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s.2301. Hâkim, takdir yetkisini kanunların tanıdığı sınırlar içinde kullanabileceğinden, hâkimin bu yetkisini belirtilen sınırların dışında kullanmasının, İsviçre Hukuku bakımından Federal Mahkeme'ye müracaat sebebi teşkil edeceği hususunda bkz. **Le Roy** Yves/ SCHENENBERGER Marie-Bernadette, **Introduction générale au droit suisse**, 2^e édition, Genève-Zurich-Bâle 2008, s.328; PICHONNAZ Pascal/ FOËX Bénédicte, **Commentaire romand, Code civil I**, art.1-359 CC, Bâle 2010, s.80. Federal Mahkeme'nin kanton mahkemesi hâkiminin takdir yetkisine dayanarak verdiği kararların aşırı haksız bir sonuca yol açması veya şaşkınlık uyandıracak derecede büyük bir haksızlık yaratması halinde, bu kararlara müdahale edebileceği hususunda ayrıca bkz. BOHNET François, **Code de procédure civile neuchâtelois commenté**, 2^e édition, Bâle 2005, s.638-639.

⁵⁸ DİNÇKOL, Hak ve Nisfet, s.218. Örneğin, TMK.m.11'de erginliğin on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlayacağı belirtilmiştir; bu durumda bir kişinin on sekiz yaşını doldurmasıyla erginlik hukukî sonucunun ortaya çıkacağı açıkça öngörüldüğünden, anılan hükümde hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır (GÜRDOĞAN, Yargıcın Takdir Hakkı, s.19-20).

⁵⁹ Örneğin, TBK. m. 51/1 uyarınca, hâkim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirlemektedir. Madde metninde

da hakkaniyet gerekçesiyle hukuk kuralını uygulamaktan kaçınamayacak; aksi takdirde ortaya bir yetki aşımı çıkacak ve takdir yetkisinin sınırlarının aşılması da Yargıtay'ın denetimine tâbi olacaktır⁶⁰. Takdir yetkisini kanunun çizdiği sınırlar içinde kullanan hâkim, kanun hükmünde öngörülmüş olan amacı ve değerleri göz önünde tutmak zorundadır. Hâkimin kendi bulduğu çözüm ile kanunun öngördüğü kuralı tamamlaması gerektiğinden, ilgili kural ile bağdaşmayan bir çözüme varılması, takdir yetkisinin saptırılması anlamına gelecek ve Yargıtay tarafından denetlenebilecektir. Takdir yetkisi, hâkimlere hakkaniyete ulaşılabilmesi için verilmiş bir yetki olduğundan, hâkim söz konusu yetkisini kullanırken somut olgulara dayanmalı ve objektif olmalıdır. Bu sebeple, hâkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasının c bendi çerçevesinde somut olayın özellikleri dâhilinde kararını verirken dayandığı noktaları göstermeli; Kanun'un 297. maddesinin 1. fıkrasının c bendi bağlamında kararını gerekçelendirmeli⁶¹; bulunduğu çözümün hangi sebeplerle hakkaniyete uygun olduğunu ifade etmelidir. O halde, hâkim takdir yetkisini kullandığını genel ifadelerle belirtmekle yetinmemeli; kararında takdirinin nedenlerini de açık bir şekilde ortaya koymalıdır. Hâkimin sadece "takdir yetkisini kullandığını" açıklaması, sübjektif ölçülere göre karar verdiği anlamına gelebilecek ve bu yöndeki açıklamalar sadece "sözde gerekçe"⁶² olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla, böyle bir du-

kullanılan ifadeden anlaşıldığı üzere, gerek soyut vakıa, gerekse hukukî sonuç bakımından kanun koyucu tarafından istenilmiş ve açıklanması hâkimin takdirine bırakılmış bir "kapalılık" hali söz konusu olmaktadır (GÜRDOĞAN, Yargıcın Takdir Hakkı, s.21).

⁶⁰ Fransız Hukuku bakımından aynı yönde BORÉ/BORÉ, s.328.

⁶¹ Kararların gerekçeli olması gerektiği hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003, s.166 vd.; ÖZEKES Muhammet, "Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe", **Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı**, Ankara 2007, s.73 vd.; ŞEKER Hilmi, **Esbab-Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe**, İstanbul 2010, s.486 vd.; BORAN GÜNEYSU Nilüfer, **Medenî Usûl Hukukunda Karar**, Ankara 2014, s.230 vd. AY.m.141/3'te de mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği belirtilerek, gerekçeli karar ile adil yargılanma hakkı arasındaki ilişki ortaya konulmuştur. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. ALP Mustafa, "Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe", **Prof.Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan**, İzmir 2001, s.430 vd.

⁶² Mantıkî ve hukukî inceleme yapılmadan kararda maddî ve hukukî unsurların özet olarak, yüzeysel bir biçimde incelenmiş, açıklanmış olması, sözde gerekçenin varlığını ortaya koymaktadır (AŞÇIOĞLU Çetin, "Yargı Kararlarında Gerekçe", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay**

rumda hâkimin takdir yetkisi, takdir nedenlerinin gösterilmemesi sebebiyle Yargıtay'ın denetimine tâbi olacaktır⁶³.

Belirttiğimiz hallerin dışında, hâkim hiçbir bireyin hakkını çiğnemeksin, belirli bir olay üzerinde kendi görüşlerine göre somut olayı serbestçe takdir ederek bir karara varmışsa, hukukîlik denetimi yapmakla yükümlü olan Yargıtay'ın hâkimin kararına müdahale ederek, kararı bozması mümkün değildir. Çünkü, hâkimin hakkaniyete en uygun kararı vermiş olması durumunda, herhangi bir hukuk kuralının ihlâl edildiğinden de söz edilemeyecektir⁶⁴.

3- Fransız Hukuku'ndaki Reform Çalışmaları Kapsamında Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi Sorunu

Fransız Hukuku'ndaki reform çalışmaları kapsamında hâkimin takdir yetkisinin temyiz mahkemesince denetlenmesi hususunda “oranlılık denetimi” kavramı önem kazanmıştır. Hâkimin takdir yetkisinin denetlenmesi, oranlılık denetiminin temelini oluşturmakta; vakıa ve hukuk arasındaki ince çizgi burada kendini göstermektedir. Vakıalar temyiz mahkemesi tarafından incelenmemekle birlikte, takdir yetkisinin denetimi sırasında vakıa hukuken inşa edilmiş olmakta; bu bağlamda örneğin boşanma davasında tarafların kusurlu olup olmadıkları, iş sözleşmesinin feshine ilişkin davalarda ortada haklı bir sebebin bulunup bulunmadığı anılan denetim çerçevesinde değerlendirilmektedir⁶⁵.

Oranlılık denetimi, bir sonuca ulaşmak için kullanılan araçlara ilişkin avantajların ve dezavantajların tartılmasına yönelik olmakta; mevcut ve iddia edilmiş haklar arasında karşılıklı bir karşılaştırma yapmayı, böylece farklı haklar veya çıkarlar arasında bir uzlaşma sağlamayı amaçlamaktadır⁶⁶. Oranlılık için gerekli kriterleri kullanılan araçların uygunluğu, bunların ge-

Kararları Sempozyumu IX, Ankara 8-9 Mayıs 1992, s.49; ALP, s. 438; BORAN GÜNEY-SU, Karar, s. 238-239).

63 EDİS, s.192-193; AŞÇIOĞLU, s. 54-55; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s.837-838; ÖZEKES, Gerekçe, s.78.

64 DİNÇKOL, Hâkimin Takdir Yetkisi, s.150-151.

65 JEULAND Emmanuel, “Réforme de la Cour de Cassation, une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité”, **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.20.

66 DE BÉCHILLON Denys, “Observations sur le contrôle de proportionnalité”, **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.27; JEULAND, s.21.

rekliliği ve çıkarların tartılması olarak sayabiliriz⁶⁷. Özellikle, temel hakların söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda hâkim, ilgili kanun hükmünün uygulanmasının oranlı olup olmadığını takdir etmelidir. Bu çerçevede, oranlılık ilkesi temel haklarla karşı karşıya olan hâkimin uygulaması gereken bir kural olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁸.

Oranlılık, temel bir hakkın ihlâli ile hukuk kuralı tarafından izlenen amaçlar arasında denge kurulması anlamına gelmektedir. İki temel hakkın çatışması halinde de bu kavramdan yararlanılmaktadır; örneğin ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı arasında bir çatışmada bu hakların hangisine üstünlük tanınacağına, hakların arasında karşılıklı bir denge kurularak oranlılık denetimi yoluyla karar verilmekte; böylece temyiz mahkemesi hukuk yaratma faaliyetini gerçekleştirmektedir⁶⁹. Yaklaşık on beş yıldan bu yana oranlılık denetimi büyük önem kazanmış olup, son beş yılda beş yüz kararın iki yüzünde ve daha önceki on yılda iki yüz kararda “oranlılık” kavramı yer almaktadır⁷⁰.

Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'nin oranlılık denetiminden zımnen söz eden 4 Aralık 2013 tarihli kararında⁷¹ da belirtildiği üzere, söz konusu denetim hakkaniyete uygun karar verilmesi anlamına gelmektedir⁷². Anılan kararda mahkeme, yirmi iki yıl boyunca kayınpeder ve gelini arasındaki enstest evlilik ile kocası ölmüş olan gelin ile kayınpederi arasındaki bu evliliğin geçersiz sayılması neticesinde oluşacak yeni ilişkiyi karşılaştırmış; yirmi iki yıl boyunca sürmüş olan enstest evliliği yasal bir evliliğe eş değer saymıştır. Bu çerçevede, mevcut durum ile evliliğin geçersizliğine karar verilmesi halinde ortaya çıkacak durum arasında bir karşılaştırma yapılmış ve hangi sonucun hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından daha uzun süreli, dengeli, tatmin edici olacağı göz önünde bulundurularak karara varılmıştır⁷³.

67 JEULAND, s.24.

68 THÉRY, s.38; CHAINAIS, s.50.

69 JEULAND, s.25.

70 JEULAND, s.20.

71 1^{re} Chambre Civile de la Cour de cassation, 04.12.2003, 12-26066 (Kararın metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028290997&fastReqId=1450250499&fastPos=1>).

72 CADIET, s.13.

73 Kullanılan araçların uygunluğu, bunların gerekliliği ve çıkarların tartılması olarak belirtilen oranlılığa ilişkin bu üç kriterin yanı sıra, mevcut durum ile mevcut durumun aksine karar

Özel hayatın gizliliğine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesini de dikkate alan mahkeme, yirmi yıldan uzun süre herhangi bir itirazla karşılaşmaksızın devam eden bu evliliğin kesin hükümsüz sayılmasının, gelinin özel hayatına ve aile hayatına saygı hususunda ölçsüz bir müdahale teşkil edeceği sonucuna ulaşmıştır⁷⁴.

Temyiz Mahkemesi Sosyal Haklar Dairesi, 31 Mart 2015 tarihli kararında işçinin yaşı sebebiyle işten çıkartılmasının, ayrımcılık yasağına, iş sahibi olma bakımından fırsat eşitliğine aykırı olmadığı sonucuna varılabileceği için ortada meşru bir amacın bulunmasına, bu amaca ulaşılabilmesi için kullanılan yöntemlerin uygun ve gerekli olmasına; yani ulaşılmak istenilen amaç ile kullanılan yöntemler arasında oranlılık denetiminin yapılmasına bağlı olduğunu ifade etmiştir. Karara konu olan olayda, altmış yaşındaki bir işçinin işveren tarafından emekliye sevk edilmesinin, yaşa dayalı ayrımcılık yasağının ihlali olduğu iddia edilmiştir. Temyiz Mahkemesi ise, yalnızca altmış yaşındaki davacı işçinin değil, onunla aynı yaştaki diğer işçilerin de emekli edildiğini, onların yerine işe alınan genç işçilerin emekli edilen işçilerinkine denk bir eğitime ve yeteneğe sahip olduklarını, işverenin emekliye sevk edilmiş işçilere karşı toplu sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirdiğini, onlara aylık 2000 Euro tutarında yeterli miktarda maaş bağladığını, ayrıca toplu sözleşme kurallarına uygun olarak on iki yeni işçiyi işe aldığını ve elindeki gelirin %5'ini kırk beş yaşından büyük olan işçilere tahsis ettiğini, dolayısıyla işe alınma hususunda farklı yaş grupları arasında denge kurulmasına ilişkin meşru amaca ulaşmak için uygun bir yöntem izlendiği sonucuna varmıştır⁷⁵.

Temyiz Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi ise, 15 Ekim 2015 tarihli kararında konut yapım sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğüne karar verilmesi sebebiyle müteahhidi inşa ettiği evi yıkmaya mahkum eden istinaf mahkemesi kararını, müteahhidin aleyhine hükmedilmiş olan bu yaptırımın oranlı olup

verilmesi halinde ortaya çıkacak durum arasında bir karşılaştırma yapıp, hangi sonucun hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından daha uzun süreli, dengeli, tatmin edici olacağına da dördüncü kriter olarak ayrıca göz önünde tutulması gerektiği hususunda bkz. JEULAND, s.26.

⁷⁴ MARIN, s.6; THÉRY, s.38.

⁷⁵ Chambre Sociale de la Cour de Cassation, 31.01.2015, 13-18667 (Kararın metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030446008&fastReqId=474109349&fastPos=1>).

olmadığının mahkeme tarafından değerlendirilmemesi sebebiyle, bozmuştur. Anılan uyuşmazlıkta temel haklardan olan mülkiyet hakkının korunması söz konusu olduğundan, evin yıkımına karar verilmesi mülkiyet hakkına orantısız bir tecavüzde bulunulması anlamına gelmektedir⁷⁶.

Sözü geçen tüm kararlardan da anlaşıldığı üzere, oranlılık denetimi yoluyla temel hakların göz önünde tutulması suretiyle, hakkaniyete uygun bir karar verilmesi amaçlanmaktadır. Hakkaniyete uygun kararın temeli hâkimin takdir yetkisine dayandığından, burada vakıa ve hukuk iç içe geçmiştir. Dolayısıyla, oranlılık denetimi çerçevesinde temyiz mahkemesinin hukukîliğin yanı sıra esasa ilişkin bir denetim yapması söz konusu olacak;⁷⁷ bu sayede vakıaların doğru değerlendirilmesi hukuk kurallarının da doğru uygulanmasını sağlayacaktır⁷⁸.

B- Vakıa Tespitlerinin Temyiz İncelemesine Konu Olup Olamayacağı Sorunu

Tarafların taleplerini dayandırdıkları vakıaların gerçekleşmiş olması, hâkimin hukukî sonucu bildirebilmesi için gerekli bir ön şart olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁹; çünkü hâkim öncelikle tarafların taleplerine dayanak olarak gösterdikleri hukuk normunda düzenlenen koşul vakıaları karşılayacak olan somut vakıaların varlığını inceleyecek; bu çerçevede bir vakıanın gerçekten meydana gelip gelmediğine, meydana gelmişse nerede, ne zaman ve nasıl meydana geldiğine ilişkin sorulara bir yanıt bulmaya çalışacak; yani olaya uygulanacak hukuk kuralı dikkate alındığında mahkeme kanunda aranan koşul vakıalara bağlanan hukukî sonucun somut olayda mevcut olup olmadığını değerlendirecektir. Hâkimin, belirttiğimiz faaliyete girişmediği sürece, taraflarca ileri sürülmüş olan vakıayı, örneğin Türk Medenî Kanunu'nun 162. maddesi uyarınca "*pek kötü davranış*" veya Türk Medenî Kanunu'nun 165. maddesi uyarınca "*ortak hayatı çekilmez kılacak derecede akıl hastalığı*" olarak değerlendirmesi mümkün olmayacaktır⁸⁰. Söz konusu faaliyet netice-

76 1^{re} Chambre Civile de la Cour de cassation, 15.10.2015, 14-23.612 (Kararın metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000031331815&fastReqId=921886241&fastPos=1>).

77 JEULAND, s.26.

78 THÉRY, s.41.

79 GÜRDOĞAN, Yargıcın Takdir Hakkı, s.9.

80 GÜRDOĞAN, s. 270 vd.; GÜRDOĞAN, Yargıcın Takdir Hakkı, s.10-11; ÖZEKES, Gerek-

sinde vakıaların gerçekleştiğine kanaat getiren hâkim, uygulanması gerekli hukuk kuralını bulacak; ardından vakıaların bu hukuk kuralının aradığı niteliği taşıyıp taşımadığını araştırarak; son olarak çekişme konusu hakkında doğru ve adil bir hükme varacaktır⁸¹.

Vakıaların tespitine ilişkin hataların Yargıtay denetimine tâbi olup olmayacağı hususu, tek aşamalı kanun yolu sisteminin uygulandığı dönemde⁸² Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 428. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendi uyarınca maddî hukuka ilişkin bir temyiz sebebi olan “meselei maddiyenin takdirinde hatâ edilmesi” çerçevesinde tartışma konusu olmuştur. Ancak, ilgili hükümde doğrudan doğruya vakıa tespitlerinin temyiz yoluyla denetlenmesinden ziyade, vakıa ve hukuk sorununun iç içe geçtiği hususlarda temyiz denetiminin mümkün olduğu ortaya konulmuştur⁸³. Somut olayda uygulanacak olan hukuk kuralının koşul vakıalarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda yapılacak olan tespit faaliyeti, aslında bir hukuk uygulaması olarak karşımıza çıkmakta; dolayısıyla, bu tespitin yanlış yapılması halinde bir hukuk kuralının ihlâli gündeme gelmektedir⁸⁴. Belirttiğimiz

çe, s.89-90. Altlama faaliyetine ilişkin Fransız Hukuku'ndaki farklı örnekler için ayrıca bkz. GORPHE, s. 85 vd.; FERRAND Frédérique, **Cassation française et révision allemande**, Paris 1993,s.138 vd.

81 GÜRDOĞAN, Yargıcın Takdir Hakkı, s.18.

82 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başlamalarıyla, iki aşamalı bir kanun yolu sistemine geçilmiş olmakla birlikte, HMK. Geçici m.3/2 uyarınca bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında kesinleşinceye kadar HUMK'un 427 ilâ 454. maddelerinin uygulanmasına devam olunacağından, söz konusu kararların kesinleşmesine dek HUMK. m.428/1, b.5 hükmünün de tatbiki mümkün olacaktır.

83 HUMK. m.428/1, b.5 hükmüne dayanarak, Yargıtay'ın ilk derece mahkemelerinin kararlarını sadece hukuka uygunluk yönünden değil; sınırlı da olsa vakıalara uygunluk yönünden de denetlediği, bu sebeple genişletilmiş temyiz incelemesinin söz konusu olduğu hususunda bkz. TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C.I, Ankara 2016, s. 224-225.

84 YILDIRIM, s.277; AKCAN, s.34. Burada aslında terminolojik olarak “vakıaların tespiti” yerine “vakıaların hukukî nitelendirilmesi” denilmesi çok daha doğru olacaktır. Çünkü, asıl olarak vakıaların yanlış nitelendirilmesi hukukun ihlâline sebep olmaktadır. Meseleyi bir örnekle açıklayacak olursak, hâkimin bir vakıayı tespit ettikten sonra bunun TBK.m.30 uyarınca “esaslı yanılma” teşkil ettiğini belirtmesi, “esaslı yanılma” kavramının bir tanımını yaptığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, hâkim tespit ettiği somut bir vakıayı kanunî bir terimle isimlendirmekte; böylece kanunun uygulanmasına ilişkin bir faaliyeti yerine getirmektedir (GÜRDOĞAN, s.281-282; GÜRDOĞAN, Yargıcın Takdir Hakkı, s.45 vd.). Somut olaya uygulanmak üzere alt derece mahkemesince seçilen hukuk kuralının unsurları doğru

sebeplere dayanarak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, Kanun'un 428. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendinin gereksiz bir hüküm olduğu, bir hukuk kuralının ihlâl edilmiş olması nedeniyle, Kanun'un 428. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde yer alan "kanunun yanlış tatbik edilmiş olması" sebebine dayanarak temyiz denetiminin yapılabileceği savunulmuştur⁸⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 428. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendindeki temyiz sebebine yer verilmemiş⁸⁶; yalnızca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'un 371. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde yer alan "hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması" hali maddî hukuka ilişkin temyiz sebebi olarak öngörülmüştür. Kanaatimizce, tıpkı Hukuk Usûlü Muhakemeleri

olarak belirlenmiş ve doğru şekilde yorumlanmış olmasına rağmen, mahkemenin önüne gelen olayda seçilmiş olan hukuk kuralının unsurları mevcut olmadığı halde, hatalı olarak unsurların mevcutmuş gibi veya söz konusu unsurlar mevcut olduğu halde unsurların mevcut değilmiş gibi kabul edilmesi, vakıaların hukukî nitelendirilmesinin eksik ya da hatalı yapıldığı anlamına geldiğinden, bozma sebebi teşkil etmektedir. Örneğin, hâkim gerçekte haksız fiil teşkil etmeyen vakıayı tazminatı gerektiren bir haksız fiil olarak kabul etmişse, hükmün bozulması söz konusu olacaktır (ÜSTÜNDAĞ Saim, "Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum", *İHF*M, 1962, C.XXVIII, S.1, s.136-137; BERKİN, s.65 ve 887). Vakıaların hukukî nitelendirilmesinin alt derece mahkemelerince tecrübe ve mantık kurallarından yararlanılarak gerçekleştirilmesi halinde ise, tecrübe ve mantık kuralları da temyiz denetimine konu olabilecektir (AKCAN, s. 37-39; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s.844).

⁸⁵ SİVRİHİSARLI, s.84. Altlama faaliyetinin hukukî nitelendirmeyle ilgili olması sebebiyle, bu faaliyette hata edilmiş olması halinde HUMK. m.428/5'in yanı sıra, HUMK. m.428/1'in de uygulanabileceği; ancak Yargıtay temyiz incelemesi yaparken hukukî sebeplerle bağlı olmadığından, bu ayırımın pratik bir faydasının bulunmadığı hususunda bkz. GÖKSU Mustafa, "Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk", **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, C.I, Ankara 2009, s.342. Kusur, kötü niyet, haklı sebep gibi belirsiz kavramlara ilişkin olarak yapılan altlamaların hukuka aykırılık çerçevesinde değerlendirilebileceği gibi, HUMK. m.428/1, b.5 kapsamında da değerlendirilebileceği hususunda bkz. ALANGOYA/ YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.470.

⁸⁶ Tecrübe ve mantık kurallarının hukuk kuralı olmadığı gerekçesiyle, söz konusu kurallara aykırı davranılması hukuka aykırılık olarak değerlendirilemeyeceğinden, HUMK.m.428/1,b.5 hükmünün kaldırılması sebebiyle tecrübe ve mantık kurallarına aykırılığın denetlenemeyeceğini, bu nedenle de ilgili hükme yer verilmemesinin temyiz sebepleri bakımından bir daralma yarattığını ve zorlamaya yol açtığını savunan görüş için bkz. TAŞPINAR AYVAZ Sema, "İstinaftan Sonraki Temyiz İncelemesi ve Sonuçları", **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI**, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 177.

Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde savunulduğu üzere, uygulanacak olan hukuk kuralının koşul vakıalarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda yapılan doğru bir atılma faaliyeti neticesinde tatbik edilmesi gereken hukuk kuralı da doğru olarak tespit edilmeli ve somut uyumsuzluğa uygulanmalıdır⁸⁷. Örneğin, taraflardan birinin davranışının hile olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, iyi niyet kurallarına aykırılık olup olmadığı, ahlâk kaidelerinin ihlâl edilip edilmediği, tarafın davranışının kusur mu yoksa ihmal mi teşkil ettiği, tarafın dava konusuyla arasında mülkiyet ilişkisinin mi yoksa başka bir ilişkinin mi bulunduğu, olayda nedensellik bağının bulunup bulunmadığı gibi hallerde davanın dayandığı vakılardan hukukî sonuçlar çıkarılmaktadır. O halde, ulaşılan tüm bu sonuçlar hukukun bir uygulaması olarak karşımıza çıkmakta; dolayısıyla da Yargıtay'ın denetimine tâbi olmaktadır⁸⁸.

Hukuk kuralında yer alan koşul vakıaları karşılayan somut vakıalar gerçekleşmediği halde ilgili hukuk kuralının uygulanması halinde ise, o hukuk kuralının doğru bir şekilde tatbik edilmemesi söz konusu olacak ve hukukun yanlış uygulanması sebebiyle hüküm bozulabilecektir. Anılan durumda, Yargıtay görevi dışında bir vakıa denetimi yapmamakta; uyumsuzluğu maddî bakımdan incelememekte; vakıaların doğru olarak tespit edilmemesi nedeniyle hukukun yanlış uygulanması sonucunun doğmasına dayanarak, yapması gereken göreve uygun şekilde hukukîlik denetimini icra etmektedir.

Yargıtay, kural olarak alt derece hâkiminin vakıa tespitleriyle bağlı olmakla birlikte, bu vakılardan tamamen de soyutlanmamıştır. Alt derece hâkiminin vakıayı tespit ederken kanuna aykırı davranmış olması⁸⁹, yapılan

⁸⁷ UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2.Bası, Ankara 2014, s.1067-1068. Fransız Hukuku bakımından da koşul vakıalarla ile somut vakıaların karşılaştırılmasının hukukî bir faaliyet olduğu ve bunun temyiz denetimine tâbi olduğu hususunda ayrıca bkz. MOTULSKY, s.137-138 ve 157 vd.; FERRAND, s.136 vd.; AUBERT Jean-Luc, "La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile", **Recueil Dalloz** 2005 (http://dalloz.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/CHRON/2005/0200&ctx=0_dcRz MD1GO UE2NTNBMMKnZCRpcEF1dGg9QXViZXJ0wqd..), s.4; GUINCHARD Serge, **Droit et pratique de la procédure civile**, 7^e édition, Paris 2012, s.1480.

⁸⁸ ANSAY, s.353; ÜSTÜNDAĞ, s.137; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s.843.

⁸⁹ Örneğin, hâkimin iddia ve ispat yüküne ilişkin kurallara uymaması, kanunen bazı konuların belirli bir delille ispatının zorunlu olmasına karşın, hâkimin söz konusu kuralı dikkate alması, hâkimin tarafların ileri sürmedikleri bir vakıayı re'sen davaya dâhil etmiş veya onlara

tespitin dosyadaki belgelerle açıkça çelişmesi⁹⁰, tespit edilen hususun mad-detin imkânsız bir konuya ilişkin bulunması⁹¹ hallerinde, vakıa ve hukuk

hatırlatmada bulunmuş olması bu kapsamdadır. İspat yükünün doğru tayin edilmemesi hususunda Yargıtay'ın şu kararını örnek olarak göstermek mümkündür. "İcra takibinin dayanağı olan çekteki imzaya itiraz edildiği ve Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi'nin 15.06.2005 tarihli raporunda (itiraz konusu imzanın borçlu ...'nin eli ürünü olup olmadığına tespit edilemediği)'nin açıklandığı anlaşılmaktadır. İİK'nun 170/3. maddesi gereğince icra mahkemesi İİK'nun 68/a-4. maddesine göre yapacağı inceleme sonucunda inkâr edilen imzanın (borçluya ait olmadığına) kanaat getirirse itirazın kabulüne karar verir. Somut olayda, bilirkişi raporunda yer alan belirsizliğin karar gerekçesinde yazılı olanın aksine borçlu lehine yorumlanması zorunludur. Zira, takibe başlayan ve icra dosyasına sunduğu çekteki imzanın borçluya ait olduğunu iddia eden alacaklı olup, bu iddianın ispat külfeti de adı geçene ait bulunmaktadır. O halde, yukarıda açıklanan raporun içeriğine göre iddiasını ispat edemeyen alacaklı olup, imzaya itirazın kabulü yerine reddi isabetsizdir." 12.HD,03.03.2006, 576/4206 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Kesin delille ispat zorunluluğuna uyulmamasının kararın bozulmasına sebep olacağına ilişkin olarak Yargıtay'ın şu kararı örnek verilebilecektir. "...12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun... 'Senetle ispat zorunluluğu' kenar başlıklı 200. maddesinde, 'Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri iki bin beş yüz Türk Lirası'nı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukukî işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle iki bin beş yüz Türk Lirası'ndan ayağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz. Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir', 'Senede karşı tanıkla ispat yasağı' kenar başlıklı 201. maddesinde, 'Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukukî işlemler iki bin beş yüz Türk Lirası'ndan az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz.'...hükümlerine yer verilmiştir. Somut uyuşmazlıkta; davacının, önalım hakkını geçerli resmî satış akdine dayalı olarak kullanması karşısında davalının, dava konusu yerin kendisine satış dışındaki başka bir anlaşma sonucu verildiğine ilişkin iddiasını ispat etmesi gerekir. Bu durumda, yukarıda değinilen hususlar doğrultusunda, resmî senedin aksinin aynı kuvvette delille ispatı gerektiğinden tanık dinletilemez. Dosya kapsamından, davalının iddiasını ispatlayan bir delil sunmadığı anlaşılmaktadır Resmî senetdeki bedel ile tapu harç ve masraflarını depo etmesi koşuluyla davacının davasının kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." 14.HD, 03.10.2016, 3966/7703 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁰ Örneğin, hâkimin haklı bir gerekçe olmaksızın dosyadaki delillere açıkça aykırı bir tespit yapmış olması, yani tanıklar, belgeler öyle bir vakıanın mevcut olmadığını belirtirken, söz konusu vakıanın mevcut olduğunun gerekçesi bildirilmeksizin kabul edilmiş olması bu kapsamdadır.

⁹¹ Örneğin, TMK.m.302 uyarınca davalının çocuğun doğumundan önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olması, babalığa karine sayılmaktadır. Ancak, bu sürenin dışında olsa bile fiili gebe kalma döneminde davalının ana ile cinsel ilişkide bulunduğu tespit edilirse de aynı karine geçerli olmaktadır. Davalı, çocuğun

meselesi iç içe geçtiğinden vakıa tespitleri de temyiz denetiminin kapsamı dâhilinde olabilecektir⁹². Nitekim, burada asıl olarak maddî vakıalar değil; onların tespiti bakımından önem taşıyan hukuk kurallarına uygunluk tespit edilmektedir⁹³.

Fransız Hukuku'nda da vakıa ve hukukun iç içe geçtiği hususlarda, meselenin vakıa mı yoksa hukuk mu şeklinde vasıflandırılacağı bakımından tereddütler doğmakla birlikte, vakıaya nazaran hukuka öncelik verilmekte ve hukuk kurallarının Yeni Medenî Usûl Kanunu'nun 604. maddesi çerçevesinde temyiz denetimine tâbi olduğu kabul edilmektedir⁹⁴. Bu bağlamda, alt derece mahkemesi hâkiminin ispat yüküne veya delillerin ispat kuvvetine ilişkin kanun hükümlerine uymaması temyiz mahkemesince denetlenebilmektedir⁹⁵. Ayrıca, altlama faaliyeti çerçevesinde, örneğin tazminat sonucuna ulaşılabilmesi için zararı doğuran vakıalar tespit edilmekle birlikte, asıl olarak alt derece mahkemesince somut olayda tazminata hükmedilmesinin yerinde olup olmadığı temyiz denetiminin konusunu oluşturmaktadır⁹⁶.

İsviçre Hukuku'nda ise, Federal Mahkeme'ye İlişkin Kanun'un 97. maddesinin ilk fıkrasında vakıalar bariz şekilde yanlış olarak veya Kanun'un 95. maddesi çerçevesinde⁹⁷ hukuk ihlâl edilerek değerlendirilmişse ve hatanın düzeltilmesi uyuşmazlığın sonucunu etkileyecekse Federal Mahkeme'ye başvurulabileceği düzenlenmiştir. İlgili hükümden yola çıkarak, hukuk kurallarının uygulanması için gerekli olan vakıaların eksik tespit edilmiş olmasının

babası olmasının olanaksızlığını veya bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının kendisinin- kenden daha fazla olduğunu ispatladığı takdirde, karine geçerliliğini kaybetmektedir. Dolayısıyla, kan grubu muayenesinde davalının çocuğun babası olamayacağı kesin olarak anlaşılmasına rağmen hâkim bu karineye dayanarak karar verdiği takdirde, bu kararı Yargıtay tarafından denetlenebilecektir.

92 GÜRDOĞAN, s.275 vd.; GÜRDOĞAN, Yargıcın Takdir Hakkı, s.30 vd.; PEKCANİTEZ/ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s.2300-2301.

93 PEKCANİTEZ/ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s.2300.

94 AUBERT, s.1-2.

95 FERRAND, s.163.

96 BORÉ/BORÉ, s. 321; HÉRON Jacques / LE BARS Thierry, **Droit judiciaire privé**, 4^e édition, Paris 2010, s.681.

97 Kanun'un 95. maddesine göre federal hukukun, uluslararası hukukun, kantonal anayasal hakların, vatandaşların oy haklarına ve seçimlere ilişkin kantonal düzenlemelerin, kantonlar arası hukukun ihlâli halinde Federal Mahkeme'ye başvurulabilecektir.

hukuk kuralının ihlâli sonucuna yol açtığı; dolayısıyla burada vaktadan ziyade hukuk kavramının esas alınması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁸.

C- Hâkimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararın Düzelterek Onama Sebebi Teşkil Edemeyeceği Sorunu

Hâkimin takdir yetkisini denetleyen Yargıtay, kararın hukuka uygun olduğuna kanaat getirmesi halinde, kararı onayacaktır. Ancak, Yargıtay hâkimin dosya içeriğine göre çelişen veya hukuka uymayan bir gerekçeyle karar verdiğini ya da kararın gerekçesiz olduğunu tespit ettiği takdirde, kararı bozarak davaya yeniden bakacak olan alt derece mahkemesine gönderecektir⁹⁹. Yargıtay'ın alt derece mahkemesinin yerine geçerek değerlendirmede bulunması ve hâkimin takdir yetkisine dayanarak alt derece mahkemesi kararını kaldırıp onun yerine geçerek yeniden bir karar vermesi mümkün değildir; çünkü yapılan denetimin amacı yalnızca mevcut olan bir hukukî yanlışlığı ortaya koymaktan ibarettir¹⁰⁰.

Hâkimin takdir yetkisi objektif kriterler ışığında denetlenmeli¹⁰¹; tak-

⁹⁸ DONZALLAZ, s.1342-1343.

⁹⁹ HMK. m.373/1'e göre Yargıtay ilgili dairesinin tamamen veya kısmen bozma kararının, başvurunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin olması halinde, bölge adliye mahkemesinin kararı kaldırılarak dosya kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek başka bir ilk derece mahkemesine gönderilecektir. Bölge adliye mahkemesinin düzelterek veya yeniden esas hakkında vermiş olduğu kararın Yargıtay tarafından tamamen veya kısmen bozulması durumunda ise, HMK. m.373/2'ye göre dosya kararı veren bölge adliye mahkemesine veya uygun görülen başka bir bölge adliye mahkemesine gönderilecektir.

¹⁰⁰ DİNÇKOL, Hâkimin Takdir Yetkisi, s.152.

¹⁰¹ Yargıtay, sözleşmede öngörülmüş olan cezaî şart miktarının aşırı olması halinde hâkimin bu miktarı indirebileceğine ilişkin olarak bu hususa değinmiştir. Örneğin bkz. "...Cezaî şart, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken bir edimdir. Cezaî şartın ceza ve tazminat fonksiyonu olup, Borçlar Kanunu'nda bu iki fonksiyon kaynaştırılarak bileşik sistem kabul edilmiştir. Bu sistemin sonucu olarak aşırı görülen cezaî şartın indirilmesinde tazmin ve ceza dengeli olarak korunmalıdır. TBK. 182. maddesinin ilk fıkrasında "Taraflar cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler" son fıkrasında ise "Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir" hükmü bulunmaktadır. Ticarî olmayan işlemlerde bu kuraldan dolayı borçlu ileri sürmese bile, hâkim cezaî şarttan indirim yapıp yapılmayacağını kendiliğinden saptamalıdır. Ne var ki, akdin bir şartını değiştirme yetkisini veren bu hak, istisnaî olarak tanınmış bir hak olduğu için hâkim, bu hakkını ölçülü olarak kullanmalı, tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme yeterliliği ile beraber borcunu

dir yetkisinin söz konusu olduğu her türlü karar bozulmamalıdır; aksi takdirde mahkemelerin keyfi karar vermelerini engellemek için öngörölmüş

yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar; borçlunun kusur derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeden beklenen yararın elde edilememesi ve akde aykırı davranılması yüzünden doğan zarar; cezaî şartın tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması gereği prensiplerini göz önünde bulundurmalı ve hâkim kullandığı takdir hakkını Yargıtay'ın denetimine olanak vermeye elverişli objektif esaslara dayandırmalıdır. Davada hükme esas alınan 01.12.2011 başlangıç tarihli ve 10 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu sözleşmenin 15. maddesinde "kiraya verenin, kira sözleşmesi şerh edilene kadar iş bu sözleşmenin varlığından söz etmeden, bu sözleşmeyi imzalamasını sağlamadan, mecuru üçüncü kişilere satıp devretmeyeceği, yer tesliminden önce kiraya vermekten vazgeçmeyecekleri, aksi halde kiracının uğrayacağı her türlü zararı, kiracının masraflarını, kâr mahrumiyeti dahil karşılamak zorunda olduğu ve kiracıya 500.000 TL. cezaî şartı ödemeyi kabul ve taahhüt ettiği" kararlaştırılmıştır. Taraflar kiralananın belirli bir süre satılmamasına ilişkin cezaî şart öngörüp önceden sözleşme ile cezaî şart kararlaştırabilirler. Bu yoldaki anlaşma geçerli olup tarafları bağlar. Davalı kiralayan kira sözleşmesinin 15.maddesine aykırı olarak kiralananı 29.12.2011 tarihinde 3. kişiye satmıştır. Mahkemece, kira sözleşmesinin 15.maddesi gereğince cezaî şartın davalıdan tahsiline karar verilmesinde bir usûlsüzlük bulunmamaktadır. Ancak mahkemece TBK 182/ son (BK. 161/ son maddesine) göre cezaî şartta indirim yapıp yapılamayacağı tartışılmamış, cezaî şartta bir indirim yapılmamıştır. Oysa, cezanın ekonomik yönden davalının mahvına sebep olması halinde cezadan indirim yapılabileceği uygulamada kabul edilmektedir. Bir olayda, cezaî şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken; tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezaî şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmek suretiyle sağladığı yarar; borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı, ölçüt alınarak gerekirse bu konuda özel bilgisi olan bilirkişiden de yararlanılarak ve sonuçta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezaî şart miktarına hükmedilmelidir. Hâkimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur. Mahkemenin cezaî şart miktarının fahiş olması karşısında yukarıda açıklandığı şekilde inceleme yapılarak cezaî şartta tenkis yapılması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile cezaî şart bedelinin tümünün tahsiline karar verilmesi doğru değildir. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır." 6.HD, 12.09.2013, 679/12298 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Cezaî şart miktarının takdirine ilişkin aynı yönde benzer kararlar için bkz. 13.HD, 23.02.2016, 504/5643; 13.HD, 27.04.2016, 5136/11698 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay, kira bedelinin tespiti bakımından da aynı hususlara değinmiştir. Örneğin bkz. "...Şartlar değişmediği ve özel gelişmelerin varlığı iddia ve ispat edilmedikçe, kira sözleşmesinde olağan rayice uygun olarak kararlaştırılan kira parasına yenilenen ilk dönem için sözleşmedeki artış oranına göre sonraki iki yıl için ise Üretici Fiyat Endeksi artış oranının (üfe %65'i aştığı dönemlerde %65 ile sınırlı olarak) iki yıl için (ard arda iki defa) artırımını esas alınarak bulunacak kira parasının, o dönemin hak ve nesafet kurallarına uygun ve aşırı olmayan bir kira parası olduğu ilke olarak kabul edilmeli ve ona göre uygulama yapılmalıdır.

olan temyiz denetimi amacını aşabilecektir¹⁰². Ancak, Yargıtay eski tarihli bazı kararlarında, temyiz olunan kararın esas yönünden kanuna uygun olup da kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı bozulması gerektiği ve kanuna uygun husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde kararın düzeltilerek onanabileceğine ilişkin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesinin 7. fıkrasına dayanmış; manevî tazminat¹⁰³ ve nafaka¹⁰⁴ bakımından hâkimin

Bundan sonra ise, yeniden hak ve nesafete uygun kira parası tespit edilecektir. Tespite konu dönem hak ve nesafet dönemi olup, mahkemece yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda, kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren dolar Türk Lirası'na çevrilerek, fiyat endeksi uygulandığında aylık kiranın brüt 4.327,50 TL. olabileceği, mecurun yeri, kullanım alanı, dosyaya davacı tarafından sunulan emsallerle kıyaslanması sonucu taşınmazın boş olarak kiraya verilmesi halinde 1.5.2012 tarihinde aylık kira rayiç bedelinin brüt 18.000 TL. olabileceği tespit edilmiştir. Davacı kira parasının aylık net 15.500 TL. üzerinden tespitini istemiş olup bu tutarın brütü 19.375 TL.'ye tekabül etmektedir. Mahkemece bilirkişi tarafından belirlenen brüt kira bedelinden davalının eski kiracı olduğu gözetilerek uygun bir hak ve nesafet indirimi yapılarak tespit hükmü kurulması gerekirken talebin aşulamayacağı gerekçesiyle 15.500 TL. üzerinden hak ve nesafet indirimi yapılarak brüt 14.000 TL. olarak tespite karar verilmesi hatalı olmuştur... Hüküm bu sebeplerle bozulmalıdır.” 6.HD, 20.05.2014, 15573/6431 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Kira bedelinin tespitine ilişkin benzer kararlar için bkz. 3.HD, 13.12.2010, 19945/20447; 3.HD, 14.02.2017, 1886/1167 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰² SİVRİHİSARLI, s.109.

¹⁰³ Örneğin bkz. “...Dava iş kazası sonucu % 5.1 oranında sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddî ve manevî zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece maddî tazminat isteminin kabulüne manevî tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiş ise de manevî tazminatın takdirinde yanlışlığa düşülmüştür. Olayın oluş şekline, müterafık kusur oranlarına, davacının duyduğu elem ve ıstırapın derecesine, tarafların sosyal ve ekonomik durumuna, 26.06.1966 gün 1966/7-7 sayılı İçtihadî Birleştirme Kararı'nın içeriğine ve öngördüğü koşulların somut olayda gerçekleştirme biçimine ve hak ve nesafet kurallarına göre, davacı için 5.000 YTL. manevî tazminat yerine 7.000 YTL. manevî tazminata hükmedilmesi usûl ve nafia aykırı olup bozma nedenidir. Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamaya yapılmasını gerektirmediğinden H.U.M.K.'nin 438/7. maddesi uyarınca hüküm bozulmamalı düzeltilerek onanmalıdır...” 21.HD, 24.05.2007, 763/8564 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Benzer kararlar için bkz. 9.HD, 27.02.1968,13205/2292 (İKİD 1968/93,s.6380-6381); 4.HD, 15.04.1969, 285/3674 (İBD 1970/9-10, s.774); 21.HD,11.10.1999, 7073/6769; 21.HD, 02.06.2005, 1072/5651 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın manevî tazminat miktarının tayinine ilişkin kararın bozulması gerektiğine ilişkin farklı kararları için bkz. 4.HD, 21.05.2001, 5047/5304; 4.HD, 30.10.2001, 6297/10386; 4.HD, 01.11.2001, 6423/10605; 21.HD, 07.03.2003, 7429/7572; 4.HD, 04.11.2004, 4299/12709 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁴ Örneğin bkz. “...Her iki çocuk için hüküm altına alınan 50'şer Lira nafakanın 60'şar

takdir ettiği miktarı arttırarak veya azaltarak hükmü düzelterek onamıştır¹⁰⁵.

Hâkimin takdir yetkisi dâhilinde vermiş olduğu bu kararların, Yargıtay tarafından düzelterek onanıp onanamayacağına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüş tarafından Yargıtay'ın düzelterek onamaya ilişkin kararlarındaki düzeltme oranı dikkate alınarak bir ayırım yapılması gerektiği; düzeltme oranının az olduğu kararlar bakımından düzelterek onama kararı verilmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır. Buna karşılık, alt derece mahkemesinin kararında tespit edilen miktar ile Yargıtay'ın karara bağladığı miktar arasındaki fark, her iki mahkemenin hukukî anlayışlarını ortaya koyacak derecede önemli ise, burada kanunun olaya uygulanmasında bir hata mevcut olmayıp kanunun yorumundan kaynaklanan bir hatanın bulunması sebebiyle, hüküm bozulmalıdır¹⁰⁶.

Lira'ya çıkarılması yasaya uygundur; o halde temyiz olunan 10.6.1963 günlü kararın dinlenme konusu olan 4.bendinin silinerek yerine (çocuklardan her biri için takdir olunan ayda 60'şar Lira'dan 120 Lira iştirak nafakasının iştirak tarihinden itibaren yani 10 Kasım 1963'ten itibaren davalıdan alınarak küçüklerin ihtiyaçlarına sarf edilmek üzere davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin istemin reddine) sözlerinin yazılmasına ve kararın bu düzeltilmiş şeklinin onanmasına karar verilmelidir." HGK, 03.03.1965, 270/2 (İKİD 1965/60,s.4202). Yargıtay'ın nafaka miktarının tayinine ilişkin kararın bozulması gerektiğine ilişkin farklı kararları için bkz. HGK, 13.04.1983, 2-1160/370; 2.HD, 22.01.2004, 93/790; 3.HD, 31.03.2005, 2962/3480; 3.HD, 21.04.2005, 3830/4434; 3.HD, 25.10.2005, 11579/10682; 3.HD, 06.10.2008, 15449/16067 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Benzer kararlar için bkz. 2.HD, 24.03.1964, 948/1480 (İBD 1964/5-6, s.123-124); 2.HD, 04.06.1973, 3870/3726 (İKİD 1973/152, s.2172-2173).

¹⁰⁵ Yargıtay'ın burada ilk derece mahkemesinin kararına müdahale edip ilk derece mahkemesinin yerine geçerek yeni bir karar vermesi sebebiyle bu tip kararların, onama kararı olarak nitelendirilemeyeceği hususunda bkz. BORAN GÜNEYSU Nilüfer, "Medenî Yargılama Hukukunda Düzelterek Onama Kararı", *TAAD*, Temmuz 2013, S.14, s.345. Bu tip kararlara karşı ilk derece mahkemesine direnme imkânının tanınması gerektiği hususunda ayrıca bkz. ŞENKAN Aziz, Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin (Mahkeme Kararını Ref Edip Davanın Esasını Hükme Bağlayan) Bir Kararı ve Bu Türü Tatbikatın Mahkemelerin Israr Hakkına Zarar Verip Vermeyeceği Hakkında Bir Düşünce, *AD*, 1961/7-8, s.767; POSTACIOĞLU, s.743; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s.876; KURU, Usul, C.V, s. 4720; BORAN GÜNEYSU, s. 346-347.

¹⁰⁶ Anılan görüşün dayanak noktasını ise, Yargıtay'ın Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde ülkemizde bulunmayan istinaf derecesinin yokluğunu giderme eğilimi ile heyet olarak çalışan ve daha tecrübeli hâkimlerden teşekkül eden Yargıtay'ın yerel mahkemeye göre takdir yetkisini daha isabetli olarak kullanabileceği düşüncesi oluş-turmaktaydı (POSTACIOĞLU, s. 745-746).

Düzelterek onama kararlarındaki düzeltme oranından yola çıkan başka bir görüşe göre, alt derece mahkemesinin kararı ile Yargıtay'ın kararı arasında büyük bir farkın bulunması, her iki mahkemenin takdir yetkisini kullanırken esas aldığı kriterlerde bir değişiklik olduğunu ortaya koymakta; söz konusu durum Yargıtay'ın denetim yapmasına imkân tanımakta; bunun sonucu olarak da Yargıtay'ın bozma veya düzelterek onama kararı vermesi mümkün olabilmektedir. Ancak, alt derece mahkemesinin kararı ile Yargıtay'ın kararı arasında az bir fark olmasına rağmen, Yargıtay'ın kararı düzelterek onaması hâkime tanınmış olan takdir yetkisini tamamen ortadan kaldırmakta; takdir hakkının keyfî olarak kullanılmasına karşı kabul edilmiş olan denetimin amacını aşmakta; adeta keyfî bir denetim yapılarak ölçüsüz bir müdahalede bulunmaktadır¹⁰⁷.

Diğer bir görüşe göre ise, hâkimin takdirine bırakılan hususlarda en iyi bilgi sahibi olan Yargıtay hâkimi değil; alt derece mahkemesinin hâkimidir. Bu sebeple, alt derece mahkemesinin takdirini yerinde bulmayan Yargıtay, manevî tazminat veya nafaka miktarını düzelterek onama yoluyla kendisi tayin etmeyip hükmü bozmalıdır. Hâkimin takdir yetkisine müdahale edilerek hükmün düzeltilerek onanması Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesinin 7. fıkrasına aykırı olduğu gibi, Yargıtay'ın kanunla gösterilen belli davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakacağına ilişkin Anayasa'nın 154. maddesinin 1. fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir¹⁰⁸.

21. Hukuk Dairesi'nin 24.05.2007 tarihli ve 763/8564 sayılı kararının karşı oyunda da açıkça belirtildiği üzere¹⁰⁹, Yargıtay bir hüküm mahkemesi olmayıp hükmü bozma veya onama ile yetkili olan bir denetim makamıdır; manevî tazminatı takdir hakkı ise, hüküm mahkemesi olan alt derece mahkemelerine aittir. Alt derece mahkemeleri, hem hukukî bakımdan inceleme yapmakta; hem de vakıaları değerlendirmektedir. Somut olaya ve buna ilişkin delillere en yakın makam olan bu mahkemeler, yapacakları tahkikat neticesinde uyuşmazlığa uygulanacak olan tazminat miktarını takdir edebilecektir. Yargıtay alt derece mahkemelerinin takdir yetkilerini yerinde kullanıp kullanmadığını inceleyebilecek olmakla birlikte, onların yerine geçerek bizzat kendisi takdir yetkisi kullanamayacaktır.

¹⁰⁷ SİVRİHİSARLI, s.111-112.

¹⁰⁸ KURU, Usul, C.V, s.4718-4719. Yargıtay'ın denetim mahkemesi gibi değil, bir hüküm mahkemesi gibi davranmasının isabetli olmadığı hususunda ayrıca bkz. ÖNEN,s.312.

¹⁰⁹ Bkz. 21.HD, 24.05.2007, 763/8564 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

6217 Sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 29. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 370. maddesinin 2. fıkrasına ve bunun paralelinde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesinin 7. fıkrasına esas yönünden kanuna uygun olmayan kararlar ile hâkimin takdir yetkisi kapsamında karara bağladığı edalar hakkında düzeltilerek onama kararı verilemeyeceğine ilişkin bir hüküm eklenmiş ve böylece Yargıtay'ın alt derece mahkemesinin yerine geçerek hâkimin takdir yetkisine müdahale etmesi engellenmek istenilmiştir¹¹⁰. İlgili düzenleme sayesinde Yargıtay'ın düzelterek onama kararı verirken alt derece mahkemesinin yerine geçmesinin önlenmesi ve alt derece mahkemesinin gerekirse direnme hakkının ortadan kaldırılmaması amaçlanmıştır;¹¹¹ anılan tartışmalara da son verilmiştir¹¹².

¹¹⁰ İsviçre Hukuku'nda 1991 tarihli Neuchâtel Medenî Usûl Kanunu'nun 415. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde hâkimin takdir yetkisini kötüye kullanmasının bir temyiz sebebi olduğu belirtilmişti. Bu hükme dayanarak, doktrinde temyiz mahkemesinin alt derece mahkemesinin yerine geçerek bir karar veremeyeceği, hâkimin takdir yetkisini kullanarak vermiş olduğu kararın çok açık olarak hakkaniyete aykırı bir sonuç yaratması halinde bu kararın bozulması gerektiği savunulmaktaydı (BOHNET, s. 638).

¹¹¹ PEKCANITEZ/ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s.2318.

¹¹² Yargıtay, HUMK. m.438/7 (HMK. m.370/2)'ye uygun olarak manevî tazminat miktarının alt derece mahkemesince yanlış takdir edilmesinin kararın bozulmasını gerektireceğini yeni kararlarında açıkça ortaya koymaktadır. Örneğin bkz. "...*Dosyadaki kayıt ve belgelerin incelenmesinden; SGK Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından olayın iş kazası olduğunun tespit edildiği, sigortalının otobüs muavini olarak çalışırken, 4.10.2000 tarihinde gerçekleşen iş kazası neticesinde 15 yaşında vefat ettiği, hükme esas bilirkişi kusur raporunda olayın meydana gelmesinde sigortalının %50, davalı işverenlerin % 25, dava dışı araç şoförünün ise %25 oranında kusuru bulunduğu belirtildiği anlaşılmaktadır. Gerek mülga B.K' nun 47 ve gerekse yürürlükteki 6098 Sayılı T.B.K' nun 56. maddesi hükmüne göre hâkim, ölenin yakınlarına da manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebilir. Hâkimin manevî zarar adı ile ölenin yakınlarına verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevî huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşıır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna dair zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 26.6.1966 tarihli ve 7/7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı' nun gerekçesinde takdir olunacak manevî tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hâkim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir. Manevî tazminatın tutarını belirleme görevi hakimin takdirine bırakılmış ise de; hükmedilen tutarın uğranılan manevî zararlarla orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması*

SONUÇ

Yargıtay, bir taraftan kanunların ve hukuk kurallarının yeknesak bir şekilde uygulanmasına hizmet ederek ülke içerisinde içtihat birliğini sağlama görevini üstlenmekte; diğer taraftan da hukukîlik denetimi yaparak somut olayda uygulanması gereken hukuk kurallarının doğru bir şekilde uygulanıp

gerekir. Hâkimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, bunun yanında olayın işverenin işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince almamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevî tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (HGK 23.6.2004, 13/291-370) Bu ilkeler gözetildiğinde, davacı anne yararına hüküm altına alınan 8.000,00 TL. manevî tazminat azdır. O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul olunmalı ve hüküm bozulmalıdır.” 21.HD, 04.04.2016, 12863/5809 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Manevî tazminat miktarının tayinine ilişkin benzer kararlar için bkz. 11.HD, 26.04.2012, 3402/6891; 18.HD, 21.03.2014, 16869/5227; 17.HD, 14.10.2015, 5029/10619; 21.HD, 03.11.2015, 7265/19406; 21.HD, 23.11.2015, 5978/20735; 17.HD, 08.12.2015, 5711/13619; 21.HD, 18.01.2016, 13282/147; 21.HD, 21.03.2016, 986/4813; 21.HD, 05.04.2016, 22117/5991; 4.HD, 07.04.2016, 6148/4709; 21.HD, 12.04.2016, 19799/6523; 21.HD, 09.05.2016, 15804/8199; 21.HD, 07.06.2016, 21544/9355; 17.HD, 19.09.2016, 6738/7929; 17.HD, 04.10.2016, 9119/8517 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay, yeni kararlarında nafaka miktarının alt derece mahkemesince yanlış takdir edilmesinin de kararın bozulmasını gerektireceğini açıkça belirtmektedir. “Dava, ayrı yaşamda haklılık nedenine dayalı olarak açılmış, tedbir nafakası talebine ilişkindir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun 197.maddesine göre, ayrı yaşamakta haklı olan eş diğer eşten tedbir nafakası isteminde bulunabilir. Tedbir nafakasının niteliği ve yasal düzenlemeler gereği eşler evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılmak zorundadırlar (TMK. madde 186/ son). Buna göre, evlilik birliğinin ortak giderleri olan kira, elektrik, yakıt, su ve benzeri giderlere davalı eş katılmak zorundadır. Bu bağlamda; tedbir nafakası miktarı tayin edilirken, birliğin giderlerine katılmada eşlerin “ekonomik güçleri” ile müşterek yaşam sırasında davalının eş ve çocuklarına sağlamış olduğu yaşam düzeyi dikkate alınmalı; hâkim, eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyelerinin ayrı yaşamaları halinde de korumaları gerektiğini gözetmelidir. Somut olayda; taraflar hakkındaki sosyal-ekonomik durum araştırmasına göre, davacının ev hanımı olduğu, 320 TL. kira ödediği; davalının ise şeker fabrikasında güvenlik görevlisi olarak çalıştığı, aylık 3000 TL. civarında maaşının olduğu, kurum lojmanında oturduğu ve ayık 375 TL. kira gideri bulunduğu anlaşılmaktadır. Buna göre; tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumları, nafakanın niteliği ve özellikle davalının tespit edilen mevcut gelir durumuna göre, mahkemece takdir edilen nafaka miktarı çok az olup, Türk Medenî Kanunu’nun 4.maddesindeki hakkaniyet ilkesine uygun bulunmamıştır. Hal böyle olunca mahkemece; davalı kocanın tespit edilen geliri ile orantılı olacak ve onu zarurete düşürmeyecek şekilde TMK. nun 4.maddesindeki hakkaniyet ilkesine göre davacı lehine daha uygun miktarda nafakalara hükmedilmesi gerekirken, az miktarda nafaka takdiri usûl ve yasaya aykırı olup, bu husus bozmayı gerektirmiştir.” 3.HD, 23.02.2016, 15029/2456

uygulanmadığını incelemektedir. Yazılı olan hukuk kurallarının yanı sıra, yazılı olmayan hukuk kuralları, hukukun genel ilke ve değerleri, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar da hukukun kapsamında bulunduğundan, bunların tümü Yargıtay'ın hukukîlik denetiminin konusunu teşkil etmekte; kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, örf ve âdet kurallarına, yabancı hukuka ve tecrübe kurallarına aykırılık halleri temyiz yoluyla incelenmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 4. maddesinde kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda, hâkimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceği belirtilmek suretiyle hâkimin takdir yetkisi ortaya konulmuştur. Hâkim, somut vakıaların hukuk kuralında öngörülmüş olan soyut koşul vakıalara uygun olup olmadığını takdir yetkisini kullanarak değerlendirmekte ve hakkaniyete uygun bir karara varmaktadır. Hâkim, burada hukukî bir faaliyet icra ettiğinden, takdir yetkisini yerinde kullanıp kullanmadığı da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca temyiz denetimine tâbi olacaktır. Hâkimin kanun tarafından kendisine verilmeyen bir takdir yetkisini kullanması, kanunun kendisine vermiş olduğu bu yetkiyi hukuka uygun ölçüler içinde kullanmaması, yetki aşımında bulunması gibi hallerde de takdir yetkisinin temyiz aşamasında incelenmesi söz konusu olacaktır.

Hâkimin takdir yetkisinin denetlenmesi bakımından Fransız Hukuku'nda "oranlılık denetimi" kavramı reform çalışmaları kapsamında büyük önem arz etmektedir. Oranlılık denetimi yoluyla, bir sonuca ulaşmak için kullanılan araçlara ilişkin avantajlar ve dezavantajlar tartılarak mevcut ve iddia edilmiş haklar arasında karşılıklı bir karşılaştırma yapılmakta; böylece temel bir hakkın ihlâli ile hukuk kuralı tarafından izlenen amaçlar arasında denge kurularak hakkaniyete uygun bir karar verilmesi amaçlanmaktadır.

Vakıa tespitlerinin temyiz incelemesine konu olup olamayacağı hususunda altlama faaliyeti çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Hâkimin somut olayda uygulanacak olan hukuk kuralının koşul vakıalarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda icra ettiği tespit faaliyeti asıl olarak bir hukuk

(Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Nafaka miktarının tayinine ilişkin benzer kararlar için bkz. 3.HD, 14.01.2014, 15765/200, 3.HD, 19.11.2014, 9613/15190; 3.HD, 15.12.2014, 10027/16573; 3.HD, 22.12.2014, 10051/16985 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

uygulamasıdır; bu sebeple söz konusu tespitın yanlış yapılması halinde bir hukuk kuralının ihlâli söz konusu olacağından, temyiz yoluyla denetim gündeme gelecektir.

Temyiz incelemesi sırasında hâkimin takdir yetkisine dayanarak verdiği kararın hukuka uygun olduğu sonucuna varılması halinde karar onanacak; buna karşılık kararda bir hukuka aykırılık tespit edildiği takdirde karar bozulacaktır. Yargıtay eski tarihli bazı kararlarında, özellikle manevî tazminat ve nafaka miktarının takdiri hususunda düzelterek onama kararı vermiş olmakla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 370. maddesinin 2. fıkrasında ve bunun paralelinde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesinin 7. fıkrasında bir değişiklik yapılarak, esas yönünden kanuna uygun olmayan kararlar ile hâkimin takdir yetkisi kapsamında karara bağladığı edalar hakkında düzelterek onama kararı verilemeyeceği düzenlenmiş ve Yargıtay'ın alt derece mahkemesinin yerine geçerek hâkimin takdir yetkisine isabetsiz şekilde müdahale etmesi önlenmiştir.

KAYNAKÇA

- AKCAN Recep, **Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri**, Ankara 1999.
- AKİL Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, **AÜHFĐ**, 2008, C.LVII, S.3, s.1-32.
- ALANGOYA H. Yavuz / YILDIRIM M. Kâmil / DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 8.Baskı, İstanbul 2011.
- ALP Mustafa, “Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe”, **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel’e Armağan**, İzmir 2001, s.425-441.
- ANIL Yaşar Şahin, **Hâkimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları**, İstanbul 2012.
- ANSAY Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7.Baskı, Ankara 1960.
- ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR AYVAZ Sema, **Medenî Usul Hukuku**, 1.Baskı, Ankara 2016.
- AŞÇIOĞLU Çetin, “Yargı Kararlarında Gerekçe”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IX**, Ankara 8-9 Mayıs 1992, s.47-63.
- ATALAY Oğuz, “Emare İspatı”, **Man. BD**, Temmuz-Ekim 1999, s.7-22.
- AUBERT Jean-Luc, “La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile”, **Recueil Dalloz** 2005 (http://dalloz.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/CHRON/2005/0200&ctxt=0_dcRzMD1GOUE2NTNBMMK nZCR pcEF1dGg9QXV iZXJ0wqd..), s.1-11.
- BELGESAY Mustafa Reşit, **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku**, İstanbul 1944.
- BERKİN Necmeddin M., **Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi**, İstanbul 1981.
- BİLGE Necip, “Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Etkileri ve İçtihat Birleştirme Kararları”, **Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan**, Ankara 1974, s.217-283.
- BİLGE Necip / ÖNEN Ergun, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3.Baskı, Ankara 1978.
- BOHNET François, **Code de procédure civile neuchâtelois commenté**, 2e édition, Bâle 2005.
- BORAN GÜNEYSU Nilüfer, “Medenî Yargılama Hukukunda Düzelterek Onama Kararı”, **TAAD**, Temmuz 2013, S.14, s.329-352.

- BORAN GÜNEYSU Nilüfer, **Medenî Usûl Hukukunda Karar**, Ankara 2014.
(Kısaltma: Boran Güneysu, Karar)
- BORÉ Jacques / BORÉ Louis, **La cassation en matière civile**, 4e édition, Paris 2008.
- CADIET Loïc, “Introduction”, **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.10-15.
- CHAINAS Cécile, “À la recherche d’un modele pluraliste de cassation “à la française”, **Méthodologie de la réforme**”, **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.42-52.
- ÇELİKEL Aysel/ ERDEM B.Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bası, İstanbul 2016.
- DE BÉCHILLON Denys, “Observations sur le contrôle de proportionnalité”, **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.27-29.
- DEMİRDÖVEN Oğuzhan, “Özel Hukukta Hâkimin Takdir Yetkisi ve Yargıtay Denetimi”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, I. Cilt, Ankara 2010, s.719-740.
- DESCHENAUX Henri, **La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au tribunal fédéral**, Fribourg 1948.
- DESCHENAUX Henri, **Le titre préliminaire du code civil**, Fribourg 1969.
- DİNÇKOL Abdullah, “Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında “Hak ve Nısfet”, **YD**, Temmuz 1993, C.XIX, S.3, s.214-230. (Kısaltma: Dinçkol, Hak ve Nısfet)
- DİNÇKOL Abdullah, “Hâkimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi”, **HAD**, 1995/1-3, s.143-155. (Kısaltma: Dinçkol, Hâkimin Takdir Yetkisi)
- DİNÇKOL Abdullah, “Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakka-niyet”, **HfSA**, Ekim 2003, S.9, s.173-188.
- DONZALLAZ Yves, **Loi sur le tribunal fédéral-commentaire**, Berne 2008.
- DURAL Mustafa / SARI Suat, **Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, C.I, 11.Baskı, İstanbul 2016.
- EDİS Seyfullah, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, **AÜHFD**, 1973, C.XXX, S.1, s.169-196.
- FERRAND Frédéric, **Cassation française et révision allemande**, Paris 1993.

- FRICERO Natalie, “Pour un meilleur accès à la portée normative des arrêts de la Cour de cassation, nouvelle manière de rédiger et de communiquer?”, **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.30-34.
- GORPHE François, **Les décisions de justice**, Paris 1952.
- GÖKSU Mustafa, “Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, C.I, Ankara 2009, s.323-350.
- GUÏNCHARD Serge, **Droit et pratique de la procédure civile**, 7e édition, Paris 2012.
- GÜNER Abdullah, “Medenî Hukukta Hâkimin Takdir Hakkı”, **AD**, 1952/5, s.656-673.
- GÜRDOĞAN Burhan, “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk”, **AÜSBFD**, Eylül 1956, C.XI; S. 3, Prof. Dr. Zeki Mesut Alsan’a Armağan, s.258-285.
- GÜRDOĞAN Burhan, **Özel Hukuk Alanında Maddi Hukuk ve Yargılama Usulü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi**, Ankara 1967. (Kısaltma: Gürdoğan, Yargıcın Takdir Hakkı)
- GÜRTEN Kadir, **Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas)**, Ankara 2008.
- HAKER Mustafa, “Hâkimin Takdir Hakkı ve Bu Hakka Dokunan Temyiz Mahkemesi Kararları”, **İBD**, 1965, C.XXXIX, S.4-5-6, s.117-124.
- HÉRON Jacques/ LE BARS Thierry, **Droit judiciaire privé**, 4e édition, Paris 2010.
- İŞIKTAÇ Yasemin, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku**, İstanbul 1992.
- JEAN Jean Paul, “Introduction”, **Rapport de la commission de réflexion**, 22 Février 2017, s. (<https://www.courdecassation.fr/IMG/03.%20Réforme%20de%20la%20Cour%20-%20Rapport%20de%20la%20Commission%20de%20réflexion%20&%20annexes.pdf>). (Kısaltma: Jean, Introduction)
- JEAN Jean Paul, “Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, Propositions”, **Rapport de la commission de réflexion**, 22 Février 2017, s.1-13.
- JEULAND Emmanuel, “Réforme de la Cour de Cassation, une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité”, **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.20-26.

- KARAFAKİH İsmail Hakkı, **Hukuk Muhakemesi Usulü Esasları**, Ankara 1952.
- KARSLI Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 4.Baskı, İstanbul 2014.
- KONOEPFLER François / SCHWEİZER Philippe, **Droit international privé suisse**, 2e édition, Berne 1995.
- KURU Baki, **İçtihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar**, Ankara 1977.
- KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6.Baskı, C.V, İstanbul 2001. (Kısaltma: Kuru, Usul, C.V)
- KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, İstanbul 2016. (Kısaltma: Kuru, Medenî Usul)
- KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 25.Baskı, Ankara 2014.
- LE ROY Yves / SCHENENBERGER Marie-Bernadette, **Introduction générale au droit suisse**, 2e édition, Genève-Zurich-Bâle 2008.
- MARİN Jean-Claude, “Allocution du Procureur Général Jean Claude-Marin”, **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.6-7.
- MOLFESIS Nicolas, “Pour une sélection vertueuse des pouvoirs”, **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.16-19.
- MOTULSKY Henri, **Principes d’une réalisation méthodique du droit privé**, Paris 1948.
- NOMER Ergin, **Davada Yabancı Kanun**, İstanbul 1972. (Kısaltma: Nomer, Yabancı Kanun)
- NOMER Ergin, **Milletlerarası Usul Hukuku**, İstanbul 2009. (Kısaltma: Nomer, Milletlerarası Usul)
- NOMER Ergin, **Devletler Hususî Hukuku**, 20.Bası, İstanbul 2015.
- OĞUZMAN M.Kemal/ BARLAS Nami, **Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 22. Bası, İstanbul 2016.
- ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara 1979.
- ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003.

- ÖZEKES Muhammet, “Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe”, **Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay’ın Rolü Konferansı**, Ankara 2007, s.72-99. (Kısaltma: Özekes, Gerekçe)
- ÖZEKES Muhammet, “İstinaf Sistemi İle Birlikte Hukuk Yargılamasında İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesi”, **Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay’ın Rolü Konferansı**, Ankara 2007, s.143-151.
- PATOCCHİ Paolo Michele / GEİSİNGER Elliott, **Code de droit international privé suisse annoté**, Lausanne 1995.
- PEKCANITEZ Hakan / ÖZEKES Muhammet, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C.III, 15.Bası, İstanbul 2017.
- PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C.III, 15.Bası, İstanbul 2017.
- PICHONNAZ Pascal / FOËX Bénédict, **Commentaire romand, Code civil I**, art.1-359 CC, Bâle 2010.
- POSTACIOĞLU İlhan E., **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6.Bası, İstanbul 1975.
- RIGAUX François, **La nature du contrôle de la cour de cassation**, Bruxelles 1966.
- SCHÜPBACH Henri, **Le recours en cassation spécialement en procédure civile neuchâteloise**, Lausanne 1961.
- SEÇKİN Recai, **Yargıtay Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi**, Ankara 1967.
- SELÇUK Sami, “Konumu Açısından Yargıtay ve Üst (İstinaf) Mahkemeler Sorunu”, **YD**, Ekim 1976, C.II, S.4, s. 33-51. (*Kısaltma: Konumu Açısından Yargıtay*)
- SELÇUK Sami, “Temyiz Yolu Denetimi ve Sınırları”, **YD**, Ocak-Nisan 2001, s.5-46.
- SELÇUK Sami, “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri”, **MÜHF-HAD**, 2012, C.XIX, S.2, (Özel Sayı), Prof.Dr.Nur Centel’e Armağan, s.319-361.
- SİVRİHİSARLI Ömer, **Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı**, İstanbul 1978.
- ŞEKER Hilmi, **Esbab-Mucibe’den Retoriğe Hukukta Gerekçe**, İstanbul 2010.

- ŞENKAN Aziz, “Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin (Mahkeme Kararını Ref Edip Dâvanın Esasını Hükme Bağlayan) Bir Kararı ve Bu Türü Tatbikatın Mahkemelerin Israr Hakkına Zarar Verip Vermeyeceği Hakkında Bir Düşünce”, **AD**, 1961/7-8, s.764-770.
- TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C.I, Ankara 2016.
- TAŞPINAR AYVAZ Sema, **İstinaftan Sonraki Temyiz İncelemesi ve Sonuçları, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI**, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, s.151-207.
- THÉRY Philippe, “Méthodologie de la réforme”, **La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2**, 11 Janvier 2016, s.38-41.
- TORAMAN Barış, **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, Ankara 2017.
- UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2.Baskı, Ankara 2014.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, “Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum”, **İHFM**, 1962, C.XXVIII, S.1, s.133-192.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, C.I-II, 7.Baskı, İstanbul 2000. (Kısaltma: Üstündağ, Medeni Yargılama)
- YILDIRIM Mehmet Kâmil, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990.
- YILMAZ Ejder, “İçtihadı Birleştirme veya “Adalettteki Çelişkiye Son Verme” İhtiyacı”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII**, Ankara 9-10 Haziran 2000, s.1-30.
- YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 3.Baskı, C.III, Ankara 2017. (Kısaltma: Yılmaz, Şerh).

Milletlerarası Tahkime Konu Uyuşmazlıklarda Hakemlerin Geçici Koruma Tedbirlerine Hükmedebilme Yetkisi ve *Imperium* Kavramı*

Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT**

Öz: Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde çeşitli avantajlarından dolayı son zamanlarda sıklıkla tercih edilen yöntem olan uluslararası tahkim açısından geçici koruma tedbirlerinin önemi büyüktür. Tahkime konu olan uluslararası ticari uyuşmazlıklarda geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin olarak gerek Türk Hukuk doktrininde, gerekse uluslararası doktrinde birçok hukuki sorun ortaya çıkmış ve bu sorunlar çerçevesinde birbirine tamamen zıt fikirler ileri sürülmüştür. Bu tartışmaların odağında çoğu zaman iki ana sorunsal bulunmaktadır. Bunlar, hakemlerin geçici koruma tedbiri vermeye yetkili olup olamayacağı veya bu yetkinin sınırlarının ne olacağı meselesi ile hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin icrası meseleleridir. Bu meselelerin merkezinde ise hep aynı tarihsel kavramın bulunduğu görülmektedir: *imperium*.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası tahkim, geçici koruma tedbirleri, *imperium*, hakem, tahkim, ihtiyati tedbirler

Arbitrator's Power to Order Provisional Measures in International Arbitration and *Imperium*

Abstract: Conservatory and provisional measures has a great importance in terms of international arbitration, which is often the most preferred method for resolving international commercial disputes due to its various advantages. In the case of international commercial disputes which are subject to arbitration, many legal problems arise in both Turkish and international law regarding provisional measures. There are two main problems in the focal point of these discussions: wheather or not arbitrators

* Bu makale, hakem incelemesinden geçirilmemiştir. Makale gönderim tarihi: 09.11.2017.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (sbal-kar@gsu.edu.tr).

have the authority to grant provisional measures and if they have, what are the limits of this authority. At the center of these issues it is always seen the same historical concept: *imperium*.

Keywords: International Arbitration, interim measures, conservatory measures, imperium, provisional measures.

GİRİŞ

Taraflar arasında bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, bu uyuşmazlığın çözümü için açılan bir davanın sonuçlanmasına kadar geçecek olan süre oldukça uzundur. Bu süreçte fiili durumlarda oluşabilecek değişiklikler davacının dava sonundaki muhtemel başarısını onun için faydasız ya da anlamsız kılabilir. Bu gibi tehlikelere karşı gerekli önlemleri almak devletin görevidir. Zira kişilerin bizzat hak almalarını yasaklayan devlet, bunun için adalete sığınan kişinin menfaatini korumak, adli mekanizmanın işleyişinde söz konusu olabilecek sorunlara çözüm bulmak ve böylelikle adaletin gerçek anlamda gerçekleşmesini sağlamak zorundadır¹. Bu husus aynı zamanda hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin işlevi işte bu noktada önem taşır. Zira, yargılama sürecinin yaratabileceği olumsuzluklardan hak arayan kişileri korumaya ve onlara hukuki güven ortamı sağlamaya yarayan geçici hukuki koruma tedbirleri tüm hukuk sistemleri açısından yargılamanın etkinliğinin teminatıdır.

Devlet yargısında olduğu gibi, özellikle ticari uyuşmazlıklar açısından büyük önem taşıyan tahkim yargılamasında da bu tür tedbirlerin varlığına ihtiyaç gün geçtikçe artmaktadır. Bununla beraber, tahkim ve geçici hukuki koruma tedbirleri kelimelerinin yanyana gelmesi dahi pek çok doktrinel tartışmanın ortaya çıkması için yeterli olmaktadır.

Gerek Türk doktrininde, gerekse milletlerarası doktrinde sürdürülen bu tartışmaların odağında çoğu zaman iki ana sorunsal bulunmaktadır. Bunlar,

¹ Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleniyor olması, devleti, bu yargılamanın adil olmasını temin edecek hukuki önlemler alma ve çareler öngörme yükümlülüğünden bertaraf kılmaz. Konunun AİHS. md. 6'ya temas eden boyutu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BALKAR BOZKURT** Süheyla: "Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 129-130, Mayıs-Haziran 2015, s. 132 vd.

hakemlerin geçici koruma tedbiri vermeye yetkili olup olamayacağı veya bu yetkinin sınırları meselesi ile hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin icrası meseleleridir². Bu meselelerin merkezinde ise hep aynı tarihsel kavramın bulunduğu görülmektedir: *imperium*.

Gerçekten, geçici koruma tedbirlerinde olduğu gibi, hakemlik görevinin icrası esnasında söz konusu olabilecek diğer bütün yetki kullanımını gerektiren meselelerde, mahkemelerin müdahale veya yardımının zorunlu olduğu hallerde³ hakimler ile hakemlerin karşılıklı yetki alanları belirlenirken, hep aynı noktadan hareket edildiği ve hep aynı cümlelerin tekrar edildiği görülmektedir: “*hakemler de tıpkı hakimler gibi jurisdiction’ya sahiptirler ancak, hakimlerden farklı olarak imperium’ları yoktur*”⁴.

Çalışmamızda, gerek Türk hukukunda, gerekse karşılaştırmalı hukukta, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine karar verip veremeyeceklerini veya hangi tür tedbir kararlarına hükmedebilip, hangilerini hükmetmeye yetkilerinin bulunmadığını belirleme konusunda hukuki dayanak olarak gösterilen *imperium* kavramı incelenecek ve milletlerarası tahkim yargılamaları açısından kökeni Roma hukukuna dayanan bu kavramın, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkilerinin belirlenmesindeki rolü ile kavramın bugün dahi temel kriter olarak esas alınması irdelenecektir.

² Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **BALKAR** Süheyla, Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 1 vd. Bu makale, yazarın söz konusu doktora tezinden yararlanılarak yazılmıştır.

³ Tahkim anlaşmasının geçerliliğine, kapsamına ve yorumuna, tahkime elverişliliğin tespitine, tahkimde süre uzatımına, yetkiye hüküm yetkisine (*compétence-compétence*), hakemlerin seçilmesi veya reddine ve delillerin temini gibi konularda mahkemelerin yardım ve denetimi söz konusu olabilmektedir (**YEŞİLOVA** Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2008, s. 1 vd.; **BALKAR BOZKURT** Süheyla, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü, İstanbul, 2016, (*Bağımsızlık*), s. 292 vd.)

⁴ **JARROSSON** Charles: “*Réflexions sur L’Imperium*”, Etudes Offertes à Pierre Bellet, Paris, 1991, s. 246; **MAYER** Pierre: “*Imperium de L’Arbitre et Mesures Provisoires*”, Etudes de Procédure et d’Arbitrage en L’Honneur de Jean- François Poudret, Lausanne, 1999, s. 437; **CLAY** Thomas, L’Arbitre, Paris, 2001, s. 95 vd.; **DE LEVAL** Georges, “*Le juge et L’Arbitre: Les Mesures Provisoires*”, Revue de Droit International et de Droit Comparé, 1993. s. 15; **BOND** Stefan: “*La Nature Des Mesures Conservatoires et Provisoires*”, Mesures Conservatoires et Provisoires en Matière d’Arbitrage International, Publication CCI, No: 519, Paris, 1993, s. 15.

I. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ BAĞLAMINDA HAKİMLER İLE HAKEMLERİN İKTİDARLARININ FARKININ VE KARŞILIKLI YETKİ ALANLARININ BELİRLENMESİNDE IMPERIUM KAVRAMININ ÖNEMİ

Tahkim, devlet yargısından farklı olarak, taraf iradelerine dayanan ve hakem adı verilen özel şahıslar aracılığıyla gerçekleştirilen özel bir yargılama türüdür⁵. Hakemler ile hakimlerin yetki alanları belirlenirken bu husus daima belirleyici bir rol oynamıştır. Devlet yargısında millet adına karar veren hakimler ile tahkim yargılamasında taraflar adına karar veren hakemler karşılaştırıldığında bazı yönlerden aynı, bazı yönlerden ise farklı oldukları görülmektedir⁶. Tahkimin tüm ülke hukuk sistemlerinde ortaklaşa kabul edilen modern tanımı ise, “*taraflar arasındaki uyuşmazlığı yine taraflarca kendisine verilmiş olan yargılama yetkisini kullanarak çözen ve hakem adı verilen şahıslarca yürütülen özel bir yargılama biçimi*” şeklinde ifade edilmektedir⁷. Dolayısıyla, tahkim kurumuna ilişkin her türlü meselede, bu kurumun merkezini oluşturan hakemlere referans yapma mecburiyeti ortaya çıkmaktadır. Nitekim, tahkim kurumuna ilişkin her türlü tespit ve çıkarımın yapılmasında bu kurumun özel bir yargılama türü olduğuna yapılan vurguların temelindeki esas düşünce, kurumun merkezinde “*hakem*”⁸ adı verilen kişilerin yer alması ve tahkimin bu belirleyici temelden ayrık olarak varlık gösteremeyeceği gerçeğidir⁹.

Bu sebeple, tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlıklar açısından geçici ve koruyucu tedbirlere hükmedebilme yetkisi meselesini, kurumun merkezinde yer alan hakemlerin, hakimler karşısında *imperium* açısından sahip oldukları statü farkı bakımından incelenmesi önem arz etmektedir¹⁰.

5 ŞANLI Cemal/ ESEN Emre/ ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2016, s. 586; AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2013, s. 3; ŞANLI Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2016, s. 292 vd.

6 BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 95 ve s. 147.

7 ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 586; AKINCI, s. 3; ŞANLI, s. 292 vd.

8 CLAY, s. 1 vd.

9 Bu husus, bir hukukçu tarafından ironik ancak çarpıcı bir biçimde şu şekilde ifade edilmiştir: “*Milletlerarası tahkim üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar: hakem, hakem ve hakemdir*”: CARTER J. H.: “*The Selection of Arbitrators*”, American Review of International Arbitration, Vol. 5, No: 1-4, 1994, s. 84.

10 BALKAR, s. 90 vd.

A) Hukuk Tarihi Açısından Imperium Kavramının Gelişimi

Hakemler ile hakimleri birbirleriyle kıyaslarken genel olarak Roma Hukuku'na ait iki kavramın kullanıldığı görülmektedir: *imperium* ve *jurisdictio*. Özellikle geçici koruma tedbirleri söz konusu olduğunda bu kavramların açıklanması gerekliliği daha da büyük önem taşımaktadır. Zira, hakemlik görevinin icrası esnasında söz konusu olabilecek diğer bütün yetki kullanımını gerektiren meselelerde olduğu gibi, geçici koruma tedbirleri konusunda da, hakemler ile hakimler arasındaki yetki meselelerinde ve bu yetkinin aidiyeti hususunda da aynı dogmatik tespitin belirleyici rol oynadığı görülmektedir: “*hakemler de tıpkı hakimler gibi jurisdictio'ya sahiptirler ancak, hakimlerden farklı olarak imperium'ları yoktur*”¹¹.

Önceleri hakemlerin geçici ve koruyucu tedbirler alamayacağına en önemli gerekçesini teşkil eden bu nitelemenin günümüzde artık eskisi kadar belirleyici ve kısıtlayıcı bir biçimde kullanılmadığı görülmektedir. Gerçekten de bugün birçok yerel ve milletlerarası hukuki düzenlemelerde hakemlerin de, tıpkı hakimler gibi geçici ve koruyucu tedbir kararı verebilecekleri kabul edilmiştir. Öyleyse akla şu sorular gelmektedir: acaba geçici ve koruyucu tedbirler almak hususunda hakemlerin yetkisi *imperium* gerektirmeyen bir yetki midir? Ya da bu gibi tedbirleri alabildiğine göre hakemler de, geçmişteki düşüncenin aksine, *imperium* sahibi midir? Yoksa bunlardan da öte, hakemlerin tedbir kararı alabilmeleri, modern kanun koyucular tarafından tahkimin niteliği ve hakemlerin yetkilerinin dayanağı gibi teorik meselelerden ayrı tutularak yeniden mi düzenlenmiştir?

Bu soruların cevabı yukarıda belirtildiği gibi *imperium* ve *jurisdictio* gibi Roma Hukuku kökenli kavramların tanımının yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bu kavramların ifade ettiği anlamın ortaya konulması sadece hakemlerin geçici koruma tedbiri verip veremeyecekleri meselesi açısından değil, aynı zamanda hakemlerin verebileceği tedbir türlerinin neler olduğunun tespiti, nasıl icra edileceği ve belki de en önemlisi hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin milletlerarası alanda geçerliliği ve icrası meseleleri açısından da belirleyici olacaktır. O halde ilk önce yapılması gereken “*imperium*” ve “*jurisdictio*” kavramlarının ifade ettiği anlamı ortaya koymaktır.

¹¹ JARROSSON, s. 246; MAYER, s. 437; CLAY, s. 95 vd.; DE LEVAL, s. 15; BOND, s. 15.

Imperium ve *jurisdictio* Roma Hukuku kökenli kavramlardır¹². Ne var ki, bu kavramların net bir tanımını verebilmek, diğer bazı Latince kavramlarda da olduğu gibi oldukça zordur¹³. Zira kavramlar, ortaya çıktıkları tarihsel dönemin sosyal, hukuki, iktisadi, politik ve kültürel dokusu içerisinde doğmuş olup, bu izleri taşırlar ve dolayısıyla kavramları bugüne taşıdığımızda, değişen zaman ve koşullar içerisinde tarihi bir kavram veya kurumun tam olarak karşılığını bulabilmek çoğu zaman mümkün olmamaktadır.

Doktrinde *imperium* kavramının hukuk terminolojisi açısından çok ender kullanıldığı, kavramın kendi içerisinde birçok çelişki içerdiği ve kullanıldığı yerlerde dahi ne net bir tanımının yapılabilirdiği, ne de içeriğinin ve uygulama alanının kesin bir biçimde belirlenebildiğini ileri sürülmektedir¹⁴. *Imperium* kavramının kullanıldığı alanlarda ise genellikle hakimlerin *imperium* yetkisi bağlamında kıyaslama maksatlı kullanıldığı görülmektedir. Latince kökenli bu kelimenin hiçbir lisanda tam olarak karşılığının bulunmaması da, kavramın tarihsel ve etimolojik olarak ifade ettiği anlamdan daha fazlasını kapsamasından kaynaklanmaktadır.

Imperium, Latince'deki *imperare*'den gelir ve "hükmetmek-buyurmak" anlamı taşır. *Imperium* kelimesinin üç ayrı kavramı bünyesinde barındırdığı ileri sürülmektedir. Bunlar "güç", "yaptırım" ve "emir verme" kavramlarıdır- ki her üçü de ancak devletin sahip olabileceği yetkileri ifade eder¹⁵. Dolayısıyla *imperium* kavramının bu üç özelliği, *imperium*'un somut veya soyut bir biçimde çeşitli alanlardaki görünüş biçimini de belirlemektedir. Bunlardan en bilineni *devletin* sahip olduğu ve fakat *hakimlere* delege ettiği *imperium*dur. Bununla beraber, devletin bu yetkiyi devrettiği yegâne makamın hakimler olmadığı, idarenin değişik kurumlarının, noterlerin ve hatta konsoloslar ile elçilerin de bu yetkiyi devlet adına kullandığı görülmektedir¹⁶. Dolayısıyla tarihi süreç içerisinde, öncelikle *devletin imperium*'u kavram olarak ortaya çıkmış ve bunu onun verdiği yetkiyle onun adına kullanan *hakimlerin imperium*'u yaratılmıştır¹⁷. Dolayısıyla *imperium* önce devlete,

¹² JARROSSON, s. 247.

¹³ JARROSSON, s. 245; MAYER, s. 437; DE LEVAL, s. 16.

¹⁴ JARROSSON, s. 245.

¹⁵ JARROSSON, s. 245; MAYER, s. 437; DE LEVAL, s. 16.

¹⁶ JARROSSON s. 246.

¹⁷ JARROSSON, s. 247.

sonra da devletin kendi toprakları üzerinde sahip olduğu bu mutlak egemenliğini devrettiği kimselere ait olan bir iktidardır.

Imperium'un en somut hali “güç” kavramını içeren halidir. *Imperium*'un bu vechesi, yaptırım organı tarafından kullanılan ve kendisi tarafından yaratılmayan bir kurala veya düzene uymayı sağlayacak bir biçimde güç kullanılması tehdidini içeren bir özellik taşıır¹⁸.

Imperium'un tanımlaması en zor olan ikinci özelliği ise “yaptırım” özelliğidir. Genel olarak her ülkenin politik sisteminde farklı makamlar eliyle kullanılan bu güç, bir ülkedeki düzenin devamı için yaptırım uygulayabilecek olan çeşitli organların (hukuk mahkemeleri veya belediye gibi) sağladığı dirliği ifade eder¹⁹.

Imperium'un bir başka özelliği ise “emir” verebilmeyi mümkün kılmasıdır. Burada, bizzat kendisi tarafından yaratılan veya değiştirilen bir hukuki duruma veya düzene uygun davranmayana karşı, emir verme gücünü elinde bulunduran otoritenin, bu buyruğuna uyulmamasının bir neticesi olarak, yaptırım uygulayabilecek olan organın harekete geçmesine sebep olacak nitelikte bir “emir” söz konusudur²⁰.

Jurisdictio kavramı ise, *imperium*'a nazaran daha kolay tanımlanabilir bir kavramdır. Latince “*jus dicere*” yani “hukuku söylemek” kelimelerinden oluşan *jurisdictio*, çok genel bir tanımlama ile “*hukuku söylemek, hakkı teslim etmek ya da yargılama yapmak*” olarak açıklanabilir²¹. Diğer bir ifade ile, belirli bir duruma uygulanmak üzere yürürlükte olan hukuk kuralını uygulamak suretiyle bir hukuki durumu tespit etmek veya ortaya koymak anlamına sahiptir. Bu bağlamda, kavramın içerdiği iktidar unsuru, devlete ait olan yargılama yetkisini, kendisini temsil eden kişilere delege etmesinde bulunmaktadır. Nitekim bu sebeptendir ki, avukatlar da, belirli bir meseleye uygulanacak hukuk kuralını müvekkillerine söyleseler ve somut uyuşmazlığın ne şekilde sonuçlanacağını bu yolla tespit edebilseler dahi, onların yaptıkları bir *yargılama* yani “*jurisdictio*” olmaz²².

18 MAYER, s. 438.

19 MAYER, s. 438.

20 MAYER, s. 438.

21 CLAY, s. 8-84; JARROSSON, s. 246.

22 MAYER, s. 438.

B) Hakim Ve Hakemin Imperium Açısından Statüsü

1395 tarihinde yapılan bir tanım uyarınca tahkim, “*herhangi bir şahsa tanınan ve taraflar arasındaki bir uyuşmazlığa ilişkin mantığın emrettiği bir tespit ve bir çözümde bulunabilme iktidarı*” olarak ifade edilmiştir²³. Tahkim kurumunun ortaya çıktığı tarihten²⁴ günümüze gelinceye dek tüm hukuk sistemlerinde yapılmış olan tanımlara bakılacak olursa, tahkimin daima *hakem* adı verilen ve tahkimin esas unsuru sayılan kişiler temel alınarak yapıldığı göze çarpar. Diğer bir ifadeyle, hakem adı verilen kişileri vurgulamadan tahkimin tanımını yapmak mümkün değildir²⁵. Nitekim tahkim kurumunun ortaya çıkışı, Fransız hukukunda olduğu gibi, hakem kelimesinin ortaya çıkmasından daha sonraki bir tarihe rastlamaktadır²⁶.

Hakem kavramını tarihsel açıdan incelersek, Roma Devrine kadar gitmek gerekir²⁷. Hakem kelimesinin Fransızca karşılığı olan “*arbitre*” kelimesinin etimolojik kökenleri, bu kavramın içeriğini doldurmak bakımından oldukça yararlı açılımlara sahiptir. Şöyle ki; fransızcada hakem anlamına gelen *arbitre* kelimesi, Latince “*özel hakim*” anlamına gelen “*arbiter*” den gelmektedir ve bu kavram 12 Levha Kanunlarından bu yana bu anlamda kullanılmaktadır. *Arbiter* kelimesi ise Latince *ad* ve *baetere* kelimelerinin birleşiminden türemiş olup, “*tarafları olay yerinde dinlemek, denetlemek, sorgulamak, keşif yapmak*” anlamında kullanılmıştır- ki bu bile kavramın bugün ifade ettiği anlama oldukça yakındır²⁸.

23 **BOUTILLIER** J: “*Somme Rural ou Le Grand Costumier Général de Pratique Civile et Canon*”, L. Charondas Le Caron, Edition de 1621, spéc. Livre 3, Titre 2, CLAY’den naklen, s. 13.

24 **AKINCI**, s. 3; **BALKAR BOZKURT**, *Bağımsızlık*, s. 44.

25 **CLAY**, s. 14.

26 Fransızca lisanında hakem anlamına gelen “*arbitre*” kelimesine ilk olarak 1213 yılında rastlanmış, bu kelimeyi ismin sıfat hali olan “*arbitral*” ve daha sonra da fiil biçimi olan “*arbitrer*” gibi türevleri takip etmiştir. Fransız Hukukunda tahkim kelimesinin karşılığı olan “*arbitrage*” ise bu gelişimin en son halkası olmuştur. Diğer bir ifadeyle, tahkim kelimesinin ilk kez kullanımı, kurumun merkezindeki hakemler referans alınarak olmuştur ve bu sebeple tahkim kurumunun ortaya çıkışı da, hakem kelimesinin ortaya çıkmasından daha sonraki bir tarihe rastlamaktadır (**CLAY**, s. 14).

27 **JARROSSON**, s. 247 vd ile 260 vd; **AKINCI**, s. 3

28 **CLAY**, s. 14. Zaman içerisinde *arbitre* kelimesinden, benzer işleve sahip başka kavramları ifade etmek amacıyla farklı kelimeler türetilmiştir. Bunlardan biri de, günümüzde hakemin İngilizcedeki karşılığı olan “*arbitrator*” kelimesidir. *Arbitrator*’un aslında *arbitre*’den farklı olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeyen, sadece tarafların “temsilcisi” sıfatıyla bir

Hakemin görevi çok genel bir biçimde “*yargılama faaliyetinde bulunmak, uyumsuzluğu çözmek*” olarak ifade edilebilir. Oysa bilindiği gibi yargı, temelde devlete ait olan bir yetkidir ve devlet bu yetkiyi kendisinin delege ettiği *hakimler* aracılığıyla kullanır. Başka bir ifadeyle, bu iktidarın esas sahibi, devlet tarafından yetkili kılınan ve millet adına karar veren “*hakimler*”dir. İşte bu noktada hakimlerin yürüttüğü yargılama faaliyeti ile hakemlerin yürüttüğü yargılama faaliyetinin birbiriyle aynı özelliklere sahip olup olmadığı, şayet farklılıklar varsa bunların neler olduğu sorusu akla gelmektedir²⁹. Bu soruya verilecek cevap büyük önem taşımaktadır. Zira, yargılama esnasında hakimler ile hakemlerin sahip oldukları yetkilerin sınırını veya genişliğini belirleyen en önemli etken, yürüttükleri yargılama faaliyetinin kapsamı ve niteliği olacaktır.

Hakemlerin yetkilerinde olduğu gibi, icra ettikleri yargılama faaliyeti hakkında da tespitlerde bulunurken, ister istemez hakimlerin yetki ve görevleriyle bir kıyaslama yapma gereği ortaya çıkmaktadır³⁰. Bu kıyaslama tarihten bu yana daima “*jurisdictio*” ile “*imperium*” kavramları ekseninde yapılagelmiştir.

Gerek günümüzde, gerekse tarih boyunca “*jurisdictio*” ile “*imperium*” kavramları sanki birbirlerini dışlayan veya birbirlerine zıt birer kavram gibi algılanmaktadır. Oysa bu yanlışlığın sebebi, her iki kavramın da hakim ve hakemlerin yetkilerinin karşılaştırılmasında oynadıkları önemli roldendir. Halbuki gerek kavramların tarihsel olarak ortaya çıkışı, gerekse hukuk tarihi açısından gelişimleri dikkate alındığında, durumun hiç de böyle olmadığı anlaşılmaktadır.

Gerçekten de, *Jurisdictio* ile *imperium* kavramları arasındaki ilişki, *imperium*'un farklı türlerine göre değişen bir karaktere sahiptir. Genel olarak kabul edilen fikre göre, *jurisdictio*, *imperium*'un görünümünden biridir³¹. Örneğin, Demangeat'a göre mahkemeler (*magistrat*) hem yargılama yaparlar hem de belli bir emir verme gücünü haiz olmaları sebebiyle “*imperium mixtum*”a sahiptirler³². Bu tespit, hakimlerin görev aldıkları mahkemeler

sözleşmeyi akdetmek veya semen tespit etmek gibi, yargılama faaliyeti dışında birtakım yetkilere sahip olan kişiyi ifade ettiği yönünde görüş için bkz. CLAY, s. 15.

²⁹ Bu konuya ilişkin olarak bkz. BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 35, dn. 93 ve s. 47-48.

³⁰ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. CLAY, s. 39 vd.

³¹ MAYER, s. 438.

³² DE LEVAL, s. 17; JARROSSON, s. 270.

düşünüldüğünde isabetlidir. Zira hakimler, verdikleri kararlara uyulmasını sağlamak için cebri icra organlarını harekete geçirme gücünü haizdirler.

Oysa hakemlerin *jurisdictio*'sunda, diğer bir ifadeyle hakemlerin yaptığı yargılama sonucundaki karara uyulmaması halinde onların, hakimlerin aksine bunu yerine getirecek olan makamları harekete geçirme ve onlara talimat ve emir verme kudretleri yoktur. Dolayısıyla pek çok ülke hukukunda bu mesele, bu kudrete sahip olan hakimlerin “*exequatur*” yani “*tenfiz*” usulü aracılığıyla devreye girmesi ile aşılmakta ve hakemlerin *jurisdictio* neticesinde verdikleri kararlar bu sayede icra kabiliyetine kavuşmaktadır.

Hukuku söylemek anlamını taşıyan *jurisdictio*, aynı zamanda zorunlu olarak “emir” özelliğini de içermektedir, ancak burada söz konusu olan ve *jurisdictio*'nun tamamlayıcı bir unsuru olarak karşımıza çıkan bu emirin niteliği, *imperium*'un görünüm biçimlerinden biri olan emirden farklıdır. Bir örnek ışığında incelemek gerekirse: hakemlerin bir uyuşmazlıkta, esasa uygulanacak hukuk neticesinde borçluyu haksız bulmaları halinde, uyguladıkları hukuk kuralının bir gereği olarak borçluyu belirli bir miktar parayı ödemeye mahkum etmeleri durumu ortaya çıkar. Hakemlerin borçlu olan tarafa bu miktarın “ödenmesi emri” ni içeren kararı, *imperium* anlamında bir emir sayılmayacaktır. Zira karar ve hüküm zorunlu olarak bu tespiti gerektirir. Burada söz konusu olan aslında bir “emir” değil, bir “tespit”tir³³. Bu tespiti zorla ilgili tarafa uygulatacak olan makam hakemler değil, hükmü ile cebri icra organını harekete geçirecek olan hakimlerdir.

Tüm bu karmaşık çıkarımların sebebi hep *imperium* kavramının aslında devletin sahip olduğu bütün egemenlik haklarını ifade ederken, bunun bir parçası olan *jurisdictio*'yu, bu kavramdan bağımsız düşünme eğilimidir. Oysa, tarih boyunca değişmeyen tek şey, *imperium*'a sahip olan devletin, bu iktidarını *jurisdictio* üzerinde de kullanması ve kullandırmasıdır. Tarihi süreç içerisinde değişen ise *imperium*'un *jurisdictio*'nun kullanılmasındaki yansımalarının az veya çok olmasıdır.

Imperium'un *jurisdictio* kullanımındaki az veya çok yansımalarını ifade etmek üzere iki farklı kavram kullanılmaktadır: “*imperium merum*” ve “*imperium mixtum*”³⁴.

³³ MAYER, s. 441.

³⁴ DE LEVAL, s. 16-17; JARROSSON, s. 269-270.

Imperium merum, güç ve yaptırımın birarada bulunduğu ve hukuku söylemenin değil (*jurisdictio*), hukuku emretmenin söz konusu olduğu ve bizzat kanunlar tarafından belirlenmiş kişilerde bulunan bir yetki olup, bu yetkinin kural olarak hakemlerde bulunmadığı kabul edilmektedir³⁵. Hakemlerin verdiği kararların sonradan mahkemelerce tenfiz edilmesi ihtiyacı, hakemlerin işte bu *imperium merum* yetkisinden yoksun olmalarından kaynaklanmaktadır.

Imperium mixtum ise, *jurisdictio*'nun etkinliğini sağlamakla sınırlı olarak belli bir oranda *imperium merum* yani güç ve yaptırımı içeren ancak bu güç ve yaptırımın hangi durumlarda söz konusu olacağı somut olaya göre değişecek olan, salt yargılama faaliyetini destekleyen nitelikteki iktidar yanmasıdır³⁶. Örneğin, Fransız ve Hollanda Hukuku'nda hakemler, vermiş oldukları karara uygun davranılmasını temin etmek için, karara uymayan taraf aleyhine “*astreinte*” adı verilen cezai yaptırımlar öngörebilmektedir³⁷. Ancak, hakemlerin vermiş oldukları kararlara uyulmaması ve bu sebeple hükmedilen cezaların da yerine getirilmemesi üzerine hakemlerin, mahkemelere benzer bir biçimde cebren icra usulü ile zorlayıcı bir işlem yapabilme yetkileri bulunmamaktadır. İşte bu noktada hakemlerin *imperium merum*'unun geniş anlamda değil salt *jurisdictio* amaçlı alanlarda bulunduğu kabul edilmektedir³⁸. Zira *astreinte* veya benzeri cezai yaptırımlar “güç ve yaptırım” içerseler dahi “cebrî icra” kuvveti niteliği taşımamaktadırlar.

Sonuç itibariyle, söylenenin aksine, geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi açısından hakemlerin *imperium*'unun olmadığı savı, kavramın tarihsel açıdan ifade ettiği kavramla bile çelişmektedir. Zira hakimler ile hakemleri statü olarak birbirinden ayıran tek şey, hakemlerin *jurisdictio* ile bağlantılı olmayan ve yaptırım içeren “*imperium merum*”larının olmayışıdır. Bunun dışında hakemler de, tıpkı hakimler gibi, *imperium*'un bir parçası olan *jurisdictio* yani yargılama faaliyeti görürler ve kaynağını ve meşruluğunu taraf iradesinden alan bu faaliyetin gerektirdiği ölçüde ve nitelikte emir verme yetkisini ifade eden “*imperium mixtum*” a sahiptirler.

³⁵ DE LEVAL, s. 16; JARROSSON, s. 269.

³⁶ DE LEVAL, s. 17; JARROSSON, s. 270.

³⁷ DE LEVAL, s. 17.

³⁸ DE LEVAL, s. 17.

II. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE IMPERIUM KAVRAMININ GEÇİCİ KORUMA TEDBİRLERİ AÇISINDAN YETKİYİ BELİRLEMEDE KULLANILMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A) Geçici Koruma Tedbirlerine Hükmetme Yetkisinin Aidiyeti Açısından Imperium

Hukuk tarihi açısından ilginç bir saptama da, *imperium* kavramının ortaya çıktığı tarihten 18. yüzyıl sonuna dek, hakemler ile hakimlerin birbirlerinden hiyerarşik açıdan bir statü farkının olmayışdır³⁹. Gerçekten de, bugün dahi hakemlerin, geçici koruma tedbiri de dahil olmak üzere birçok konuda yetkilerinin bulunup bulunmadığını tespit ederken kriter alınan “*imperium*” kavramı esasında, Fransız İhtilalinden sonraki dönemde pozitif hukuklarda yapılan değişikliklerle tamamen alt üst edilmiş⁴⁰ ve dönemin siyasi rejiminin etkisiyle bugün dahi kısmen geçerli olan “kutsal dogma” haline bürünmüştür. *Imperium*’un, hükmedene ait bütün yetkileri ifade eden bir kavram olduğu düşünüldüğünde, hükmedenin bu iktidarın bir parçası olan yargılama yetkisini delege ettiği kişi veya kişilerin iktidar alanlarının da yine hükmeden tarafından belirleneceği açıktır. Zaman içerisinde “hükmeden”, kral, imparator veya devlet kılığına bürünmüş, siyasal iktidarın şekline göre çıkarılan kanunlar ile, yargılama yetkisinin kimlere, ne ölçüde verileceği pozitif hukuklarda yerini almıştır. Dolayısıyla, Roma Hukuku’ndaki algılanış biçiminde bile olmayan bir vasfı, zamanla değişen pozitif hukukların deforme ettiği bir biçimde bugüne taşıyıp, hakemlerin yetkisinin belirlenmesinde yegâne kriter olarak kullanmak, *imperium* kavramına aşırı bir kutsallık vermek ve kavramın esasında ifade ettiği anlamdan uzaklaşmak olacaktır. Zira konumuz olan geçici koruma tedbirleri açı-

³⁹ Örneğin *Justinyen* döneminde *Code Justinianus*’da hakemler için yapılan nitelendirmede kullanılan “*juge compromissaire*” ile Pandekt Hukukunda kullanılan “*juge par compromis*” benzetmeleri, Türkçe anlamıyla “*hakemler, üzerinde uzlaşılan hakimlerdir*” ifadesi, hakemler ile hakimlerin birbirlerine ne çok benzetildiğini açıkça ortaya koymaktadır. Hakemlerin hakimlerden farkı sadece şu nitelendirmelerde vücut bulur: “*juge publici/juge privé; juge permanent/juge temporaire; juge imposé/juge choisi*” yani “*hakemler, kamusal değil özel; sürekli değil geçici görevli ve empoze edilmiş değil seçilmiş hakimlerdir*” (CLAY, s. 71 vd). Roma Hukuku’nda hakimler için geçerli olan bütün yetkilerin aynen hakemler için de geçerli olduğu görülmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. CLAY, s. 59 vd.).

⁴⁰ CLAY, s. 60.

sından *imperium* bugün pek çok ülke hukuk sistemi için “kanun koyucu” dur ve hiç kuşkusuz kanunlar, zaman içerisinde değişen ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla değişebilir. Bu sebeple, geçici koruma tedbirleri bağlamında düşünüldüğünde, hakemlerin geçici koruma tedbiri kararı veremeyeceklerini veya bazı tür tedbir kararlarına hükmedemeyeceklerini salt *imperium* kavramına bağlamak ve bunu sanki değiştirilemez bir dogma gibi sunmak kanaatimizce doğru olmayacaktır⁴¹. *Imperium* yaratılan bir olgudur ve bu olgu günümüzün modern hukuk devletleri açısından kanun koyucunun iradesinde tecelli etmektedir.

Hakemlerin geçici koruma tedbirlerinin de dahil olduğu bazı alanlarda yetkilerinin bulunmadığı veya kısıtlı olduğu fikrinin temelinde aslında birbirlerinden farklı aşamalarda devreye giren iki ayrı prosedürün içiçe geçmişliğinin yarattığı illüzyon bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkileri ile bu tedbirlere uyulmadığı zaman söz konusu tedbirlerin zorla icrasını sağlama konusundaki yetkileri farklı iki şeydir⁴². Bu sebeptir ki, sorunu cebri icra sahasına çekerek çıkarımlarda bulunmak, özellikle milletlerarası ticari tahkim açısından nafi bir çaba olarak bile değerlendirilebilir⁴³. Zira, milletlerarası nitelikteki ticari uyuşmazlıkların neredeyse olağan çözüm yöntemi haline gelmiş olan tahkimin dünya üzerindeki uygulama istatistikleri incelendiğinde, genellikle cebri icraya gerek kalmadan tarafların hakem kararlarına rızaen uydukları gözlemlenmiştir⁴⁴. Bu hususu, tahkimin kendisinde mevcut bulunan ve ticaret ve iş ortamının baskısıyla yaratılan bir çeşit *imperium* olarak niteleyenler bile mevcuttur⁴⁵.

41 Benzer bir tespit için bkz. **JARROSSON**, s. 267.

42 Tedbir ile icra kavramlarını birbirine karıştırmamak lazımdır. Nasıl ki, kimse yargılama ile icra usulünü birbiriyle mukayese etmiyorsa ve karıştırmıyorsa, bu ikisini ayırmak ve ona göre düşünmek lazım gelir. Kaldı ki, profesyonel kişilerden oluşan hakemler, olayı daha iyi ve doğru takdir edebildiğinden çoğu zaman mahkemelere nazaran daha uygun olan tedbirleri alabilmektedirler. Buna inanıp güvendikleri için hakemlere uyuşmazlıklarını çözme görevini emanet eden taraflar açısından verilmiş olan tedbir kararlarına rızaen uymak, cebri icra ihtimalinden çok daha fazla karşılaşılan bir durumdur (**KNOEPFLER** François/**SCHWEISER** Philippe: “*Les Mesures Provisoires et L’Arbitrage*” in Recueil De Travaux Suisses Sur L’Arbitrage International, 1984, Zürich, s. 231. Ayrıca bkz. **CLAY**, s. 102-103.

43 **BALKAR**, s. 99.

44 **BALKAR**, s. 99.

45 **CLAY**, s. 102-103.

Hukuk tarihi boyunca hakemlerin, “*imperium’u olmayan hakimler*”e benzetilmeye çalışılmasına karşın, özellikle milletlerarası ticari uyuşmazlıklar açısından bugün artık hiç kimse hakemlerin, hakimlerden daha aşağıda ve eksik bir statüde olduğunu iddia edemez. Hatta tam tersine, tahkim bugün milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıklarda devlet yargısına alternatif değil, uyuşmazlıkların olağan çözüm yöntemi haline gelmiştir⁴⁶. Milletlerarası ticaretin gelişimine paralel olarak gelişen tahkimin, bu gelişiminin en önemli göstergesi, hakemlerin süreç içerisinde artan yetkileri olmuştur⁴⁷. Tahkim yargılamasının gittikçe devlet yargısına benzemeye başlaması anlamına gelen bu süreçte, önceden mahkemelere ait olan *compétence-compétence* yetkisinde ya da tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tespiti yetkisinde olduğu gibi, geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi de hakemlere geçmiştir⁴⁸.

Hakemlerin *jurisdiction* yetkileriyle esasa ilişkin bir karar almaları aslında *imperium* kullanmalarını gerektiren birtakım durumlarla karşılaşmadıkları anlamına gelmemektedir. Zira öyle bazı durumlar olabilir ki, hakemlerin esasa ilişkin karara varmadan önceki bir aşamada *imperium* gerektiren bazı kararları alma zorunluluğu doğar. *Imperiumun* “yaptırım” veçhesi bir tarafa bırakılacak olursa, tahkim anlaşması çerçevesinde tarafların hakemlere kendilerine “emir” verme yetkisini bahşetmeleri önünde bir engel bulunmamaktadır. Bununla beraber, hakemlerin taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına dayanan tek yetkileri esasen “*jurisdiction*” yani yargılama yaparak hukuku tespit etme ve uyuşmazlığı çözüme yetkisidir.

İşte tam da bu noktada tahkimin “*taraf iradesine dayanan özel bir uyuşmazlık türü*” olduğu ve hakemlerin de yetkilerini, taraf iradelerinden alması hususları belirleyici bir rol oynamaktadır. Şöyle ki: aralarında geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin de bulunduğu bazı yetki türleri açısından gerekli olduğu savunulan “*imperium*” yetkisi hakemler açısından kat’i

⁴⁶ CLAY, s. 44-47.

⁴⁷ CLAY, s. 47.

⁴⁸ Hatta bu süreç ünlü hukukçu Philippe Fouchard’a göre kendi içerisinde bir paradoksa sebep olmuştur. Şöyle ki, yazar, eskiden şekilcilikten uzak, esnek kurallı uyuşmazlıkların dostane çözüm yöntemi olan tahkimin, bugün çok sert kurallara tabi olan ve bu açıdan en az devlet yargısı kadar tahammülü zorlaşan bir hal aldığı ileri sürmektedir (naklen CLAY, s. 170). Hatta, tahkim yargılamasının “*devletleştiği*”, devlet yargısının da “*tahkimleştiği*” benzetmesi bile yapılmaktadır (OPPETIT Bruno: “*Justice Etatique et Justice Arbitrale*”, Mélanges Pierre Bellet, 1991, s. 415-417; CLAY, s. 169-175; BALKAR BOZKURT, Bağımsızlık, s. 40; BALKAR, s. 99, dn. 347).

surette mevcut bulunmayan bir yetki midir yoksa tahkimin temelinde var olan taraf iradeleriyle bu noksanlık giderilebilir mi? Diğer bir deyişle, geçici koruma tedbirleri bağlamında, tarafların bu yönde anlaşması, hakemlerde aranan “*imperium*” yetkisini onlara bahşeder mi?

Hakemlerin belirli bir konuda yetki sahibi olup olmadığı meselesi incelenirken, çoğunlukla hakimlerin yetkilerinden yola çıktığını evvelce belirtmiştik. Gerçekten de, gerek hakimler, gerekse hakemler, yargılama faaliyetinin bir gereği olarak, sağlıklı bir dava yürütebilmek adına yargılama esnasında birtakım tedbir ve ara kararlar almak durumunda kalmaktadırlar. Vakıaları tespit etmek, bilirkişilere başvurmak, şahit dinlemek ve delilleri toplamak bu yetkilerden bazılarıdır.

Söz konusu hakimler olduğunda, bu tür karar ve tedbirlerin alınmasının değil yadırganması, alınmamasının ihmalkârlık ve adaletsizlik addedileceği gerçeğinin karşısında aynı durumun hakemler söz konusu olduğunda da geçerli olduğunu savunmak bu denli kolay olmamaktadır. Bunun nedeni, hukuk tarihi boyunca hakemlerin “*imperium*” yetkisinin bulunmaması olarak açıklanmıştır.

Somut örnekler ışığında konuyu incelersek, hakimler ile hakemlerin yargılama faaliyetlerini sürdürürken aynı yetkiyle donatılıp donatılmalarının hangi noktalarda önem taşıdığını da daha net görmüş oluruz.

Yargılamanın en önemli dayanağı olan delillerin değerlendirilmesi ve nihai kararların bu deliller ışığında oluşması aynı zamanda delillerin toplanmasını ve tespit edilmesini zorunlu kılar. Bu bağlamda, bir çağrı veya talimat ile tarafların veya üçüncü şahısların elindeki veya kontrolündeki delillerin, yargılamaya katılmasını sağlamak amacıyla sunulması gerekir. Ya da nihai karara varılana dek geçecek süre zarfında geçerli olmak üzere, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin belirli bir yönde devam etmesinin, durdurulmasının veya değiştirilmesinin sağlanmasına yönelik tedbirlerin alınması gerekir. Buzulabilecek nitelikteki malların satışına izin vermek, diğer tarafın giderilemeyecek zararlara uğramaması amacıyla ticari ilişkinin devamına veya devam eden iş ilişkisinin durdurulmasına yönelik bir emir vermek gibi. Bazen de bu karar veya tedbirler doğrudan uyuşmazlık konusunu hedef alır: mal üzerinde ihtiyati tedbir konulması buna örnektir. Kimi zaman da, belli bir para borcunun garantisini olarak borçlunun mallarının ihtiyaten haczedilmesi gerekir⁴⁹.

⁴⁹ Hatta bu tür kararlar, Fransız Hukuku ile Hollanda Hukuku'nda kabul edildiği üzere, çok

Tüm ülke hukuk sistemlerinde hakimler açısından bu tür yetkilerin gerekliliği konusunda hiçbir zaman bir tereddüt veya sorun yaşanmazken, aynı yargılama faaliyetinde bulunan hakemler açısından bu konu üzerinde sürekli bir tartışmanın yapıyor olmasını ve bu tartışmanın bilhassa *imperium* gibi içeriği muğlak, tanımı değişken tarihsel bir kavrama dayandırılmasını, bugünün gerçekleri ve hukukun dinamizminin gerekleri karşısında açıklamak zordur. Zira, bu tür tedbirlerin ve kararların ardında, yargılamanın sağlıklı ve adil yürütülmesi amacı bulunuyorsa, aynı amacın hakemler nezdinde yapılan yargılamada da gözetilmesi, söz konusu faaliyetin doğal bir neticesi ve gereğidir. Bir taraftan, bizzat kanun koyucu tarafından, hakemleri kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözmeye yetkili kılp, onların gerçekleştirdiği yargılama neticesinde ortaya çıkan hakem kararına sonuç bağlarken, diğer taraftan, bu faaliyetleri esnasında hakimlerin sahip olduğu silahlardan onları yoksun bırakmak, diğer bir deyişle, hüküm vermekte yetkili kılp, hükmü tesis etme yolundaki araçları hakemlerden esirgemek salt tarihsel bir kavrama dayandırılacak kadar basit ve kolay anlaşılabilir bir mesele olmamalıdır. Nitekim bu düşünce biçiminden hareket edilerek, doktrinde, geçici ve koruyucu tedbir kararı verebilme yetkisinin, taraflarca hakemlere tevdi edilen yargılama yetkisinin doğal bir parçası olduğunu savunan bir görüş oluşmuştur⁵⁰.

Hakimlerle hakemlerin yürüttükleri yargılama faaliyetinin farkının temelinde, devletin *kamusal* adalet sunarken tahkimin *bireysel* adalet sunması felsefesi bulunmaktadır. Hakimlerin yargılama yetkisini *devlet* adına kullanırken ve kararlarını *millet* adına verirken, hakemlerin bu yetkiyi *taraf anlaşmasından* alıp, yine *taraflar* adına karar vermesinin yanı sıra, mahkeme kararlarının *herkes* için, hakem kararının ise sadece *taraflar* açısından bağlayıcı olması elbette bu noktada hakemlerle hakimlerin yargılama esnasında sahip oldukları silahların da farklı olmasına sebep olmaktadır. Ancak bu farklılık, tahkim kurumunun temelinde var olan sözleşmesel niteliğin boyutlarını aşacak ve tahkimi devlet yargısına nazaran total bırakmaya sebep olacak kadar aşırıya gitmemeli ve geçici koruma tedbirlerine karar verme yetkisi de aynen bu sözleşmesel nitelik çerçevesinde değerlendirilerek sadece bu çerçevede

ciddi bir tartışmanın olmadığı alacaklar için geçici olarak kısmi veya tam ödemeye hükmedilmesi biçiminde dahi karşımıza çıkabilmektedir (MAYER, s. 442).

⁵⁰ *Inherent power* olarak ifade edilen bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BESSON Sébastien, Arbitrage International et Mesures Provisoires, Etude de Droit Comparé, Zürich, 1998, s. 100. Ayrıntılı bilgi için bkz. BALKAR, s. 122 vd.).

sınırlandırılmalıdır kanaatindeyiz. Bu bağlamda, hakemlerce üçüncü kişileri bağlayıcı geçici tedbir kararlarının verilemeyeceği meşru kabul edilmeli ancak diğer tedbirler açısından, bu tedbirlerin, *imperium*'ları olmadığı gerekçesiyle hakemlerce verilemeyeceği dogması sorgulanabilmelidir.

B) Geçici Koruma Tedbirlerinin Niteliği Açısından Imperium

Hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkilerinin “*imperium*” temelinde sorgulanması bugün için eskisi kadar büyük bir sorun oluşturmamaktadır. Zira geçmişte hakemlerin geçici ve koruyucu tedbirler alamayacağı yönündeki düşüncenin bugün artık değiştiği, birkaç istisnai ülke hukuku dışında, birçok ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemede hakemlerin de tıpkı hakimler gibi geçici ve koruyucu tedbir kararı verebileceklerinin kabul edildiği görülmektedir⁵¹. Bununla beraber, kabul edildiği pozitif düzenlemlerde dahi hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkileri mutlak değildir. Gerçekten de, taraf iradesine bağlı olan, tahkime uygulanacak hukukta yer alan veya uyuşmazlık konusuna ilişkin olan sınırlamaların yanında, bizzat tedbirlerin niteliğine ilişkin olarak ortaya çıkan ve *imperium* kaynaklı olduğu ileri sürülen sınırlamalar da, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin kapsamında belirleyici rol oynamaktadır.

Dolayısıyla, *imperium* kavramı artık hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedip hükmedememeleri açısından değil, hangi tür geçici koruma tedbirlerine hükmedip, hangilerine hükmedemeyeceklerini belirlemede kullanılan bir olgu haline dönüşmüştür. Hal böyle iken, sorulması gereken soru aslında hangi tür geçici koruma tedbirinin “*imperium*” gerektirip, hangilerinin gerektirmediği olacaktır. Zira bazı geçici tedbirlerin, *imperium* yetkisine değil, *jurisdictio* yetkisine dayandığı belirtilmektedir.

Milletlerarası tahkim uygulamasına bakıldığında, bu sorun bağlamında belli başlı geçici koruma tedbirlerinin ön plana çıktığı görülmektedir. Değişik açılardan kategorize edilebilecek bu tedbirlerin hakemler tarafından verilip verilemeyeceği meselesi genel itibarıyla “*imperium*” gerektirip gerektirmedikleri ve gerektirdikleri hallerde bu noksanlığın, tahkimin taraf iradesine dayanan sözleşmesel boyutuyla, yani tarafların tahkim anlaşmasında bu hususta hakemlere açıkça yetki tanımlarıyla giderilip giderilemeyeceğine göre çözümlenebilecektir.

51 BALKAR, s. 126 vd.

Aşağıda, devlet yargısını temsil eden hakimlerde bulunan ve fakat hakemlerde olmadığı veya en azından aynı nitelikte bulunmadığı ileri sürülen “*imperium*” kavramı temel alınmak suretiyle hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkilerinin tabi olduğu sınırlamalar incelenmiştir.

1) Delillerin sağlanmasına ve yargılama usulünün düzenlenmesine yönelik tedbirler

Tahkim yargılaması esnasında hakemlerin, sağlıklı bir yargılama sürdürmek adına hükmetmeye ihtiyaç duyacağı geçici koruma tedbirlerinden bazıları *delillerin sağlanmasına ve yargılama usulünün düzenlenmesine* yönelik olabilmektedir. Bu amaçla kullanılan tedbirler için tarafların ayrıca hakemlere bu yönde bir yetki bahşetmeleri gerekmez, zira yargılama yapma görevi aynı zamanda bu yargılama esnasında hükme varmaya yarayacak delilleri toplama ve düzenleme yetkisinin varlığını da zımnen içermektedir.

Ancak bu tür tedbirlere hükmetme açısından hakimler ile hakemlerin yetkisinde şöyle bir ayırımı gidilmesi mecburidir: hakimlerin gücünü devletten alması ve kararlarını millet adına vermesine karşılık, hakemler taraf iradelerinden aldıkları yetkiyle sadece taraflar için karar vermektedirler. Bu gerçeğin ilk yansıması, hakemlerin üçüncü kişilere yönelik tedbir kararı verememelerinde kendini gösterir. Gerçekten de, hakemler tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilere, tanıklık etmeleri veya belirli belgeleri sunmaları yönünde emir verememektedirler. İşte bu noktada, mahkemelerin uyuşmazlıkları çözmekle ve devleti temsilen adaleti sunmakla görevli resmi organ sıfatıyla bir kamu hizmeti görmelerine mukabil, hakemlerin özel bir yargılama merci olmaları ayırımı belirleyici olmaktadır. Tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü şahıslardan temin edilecek deliller açısından hakemlerin tedbire hükmedebilmesinin, bu tür tedbirlerin taraf iradeleriyle dahi ikame edilemeyecek bir *imperium* gerektirmesi sebebiyle mümkün olamayacağı açıktır.

Bu bağlamda hakemlerle hakimlerin yetkilerinde fark yaratan ve yabancı doktrinde tartışılan bir başka çok önemli konu da, verilmiş olan bir emir veya tedbire uygun hareket edilmediğinde, örneğin istenen bir belgenin sunulmaması veya çağrılan bir duruşmaya çıkılmaması halinde, buna ilişkin bir cezai yaptırımın, mesela Fransız Hukuku’ndaki *astreinte* niteliğindeki bir yaptırımın hakemlerce taraflara uygulanabilmesinin mümkün olup ol-

mayacağı meselesidir. Gerçekten de, tarafların anlaşmalarında veya tahkim kanunlarında⁵², belirli bir tedbir veya emre itaatsizliğin cezalandırılmasına ilişkin bir düzenleme bulunması mümkündür. Ancak bu iki halin dışında, hakemlerin, emirlerine uygun hareket etmeyen tarafa yönelik belirli bir cezai yaptırım öngörmelerinin, *jurisdictio* yetkilerinin bir uzantısı olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır⁵³. Uluslararası doktrinde hakemlerin *astreinte* yani verilen kararlara uyulmaması halinde cezai yaptırım öngörebilme yetkisinin var olup olmadığı oldukça tartışmalıdır⁵⁴.

Fransız, Belçika ve Hollanda Hukuklarında benzeri bulunan bu gibi cezai yaptırımlar çoğu kez geçici bir ödeme emrini (*ancillary order for payment*) veya hükmedilen tedbire uyulmayan her gün veya ay başına önceden belirlenmiş bir meblağın ödenmesini öngörebilmektedir⁵⁵. Özellikle Fransız Hukuku'nda konuya ilişkin olarak doktrinde süregelen tartışmalar, uygulamada mahkeme içtihatlarına da yansımıştır. Zarar ziyandan kaynaklanan tazminattan farklı niteliğe sahip olan ve devlet yargısında hakimlerce re'sen hükmedilebilen *astreinte* türü özel ceza hükümlerinin hakemlerce de uygulanabilirliği, mevcut yasal boşluklar karşısında iki farklı şekilde yorumlanmıştır. Hakemlerin *astreinte* yetkisinin olmadığını savunanların⁵⁶ dayanağı, usul kanununun tahkime de uygulanacak hükümlerini belirten NCPC md. 1460

⁵² Örneğin İngiliz Hukuku'nda 1996 Tarihli Arbitration Act md. 41 § 6 ve md. § 7b, hakemlerin emrine itaatsizliğe, bu emre uymayan taraf aleyhinde bazı sonuçlar bağlamış ve hakemlerin bu sonuçlar dahilinde kanaat tesis etmesine olanak tanıyarak, yargılamayı aksatan ve sağlıklı yürümesi için verilmiş olan tedbirlere riayet etmeyen tarafı cezalandırmıştır (**HUNTER** Martin / **LANDAN** Toby: *The English Arbitration Act 1996 Text and Notes*, English, Français, Deutsch, Espanol, 1998, Kluwer Law International, s. 123-124).

⁵³ **MAYER**, s. 442-443; **CARLEVARIS** Andrea: “*The Enforcement of Interim Measures Ordered by International Arbitrators: Different Legislative Approaches and Recent Developments in the Amendment of the UNCITRAL Model Law*”, *Interim Measures in International Commercial Arbitration*, Association for International Arbitration Ed., Antwerp-Apeldoorn, 2007, s. 16.

⁵⁴ **JARROSSON**,s. 269 vd; **CLAY**, s. 192 vd. **CARLEVARIS**, s. 15.

⁵⁵ Bkz. Hollanda Medeni Usul Kanunu md. 1056, Belçika Medeni Usul Kanunu md. 1709-bis. Buna karşılık, 4 Mart 1999 Tarihli İsveç Medeni Usul Kanunu'nun 25/4. maddesinde açıkça hakemlerin bu tür cezai emirlere hükmedemeyecekleri belirtilmiştir (**CARLEVARIS**, s. 15; **BERNARDINI** Piero: “*Des Mesures Spécifiques; Les Astreintes et Les Mesures Conservatoires*”, *Les Arbitres Internationaux*, Colloque du 4 février 2005, Centre Français de Droit Comparé, Vol. 8, Paris, s. 151.).

⁵⁶ **De BOISSESON** Matthieu: *Le Droit Français De l'Arbitrage Interne et International*, Paris, 1990, s. 743.

içinde, belli bir delilin sunulması için delili elinde bulunduran tarafa emir vermeyi düzenleyen ve bu emre uyulmadığı takdirde *astreinte* cezasının öngörüldüğü NCPC md 11/2 hükmünün⁵⁷ bulunmamasıdır. Karşı görüş ise aynı düzenleme eksikliğini tam aksi biçimde yorumlayarak, hakemlerin *astreinte* türü cezai tedbirlere başvurmalarının önünde hiçbir engel bulunmadığını savunmaktadır⁵⁸. Fransız İstinaf Mahkemesi 7 Ekim 2004 tarihinde vermiş olduğu bir kararla hakemlerin *astreinte* yetkisinin bulunduğuna hükmetmiş ve bu yetkinin hakemlerin yargılama yetkisine dahil olduğuna ve etkin bir yargılama için bu tür cezai karakterli tedbirlerin hakemlerce de alınabilmesinin yargılama faaliyetinin bir gereği olduğuna karar vermiştir⁵⁹. Yalnız belirtmek gerekir ki, bu kararda Fransız mahkemesi hakemlerin *astreinte* yetkisi olduğuna hükmetmekle birlikte, hakemlerin bu tür cezai tedbirlerin icrası için de yetkili olup olmadığı hususunu muğlak bırakmıştır⁶⁰. Hakimlerin cezaları icra etmesinde hiçbir tereddüt bulunmazken bu hususta suskun kalınmasının tek bir sebebi vardır, o da, yine aynı *imperium* sorunudur⁶¹.

Gerçekten de, hakemlerin vereceği nihai kararın etkinliğini temin etmesi bakımından bir açıdan geçici koruma tedbiri de sayılabilen bu tür cezai nitelikteki kararların hakemler tarafından verilmesinin önündeki en büyük engel, aslında bu kararlara uyulmaması halinde kararın ne şekilde icra edileceği sorunudur. Bir kararın cebren icrasının tamamen ayrı bir prosedür olduğu düşünüldüğünde, salt bu amaçla *astreinte* veya benzeri cezai kararların hakemlerce verilmesinin reddedilmesinin çok da isabetli olmayacaktır. Zira pek tabiidir ki, kararı veren makam, yani hakemler, yine bizzat kendileri bu karara uyulmasını temin etme yetkisiyle donatılmış olmalıdır.

⁵⁷ NCPC art. 11/2: *Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.*

⁵⁸ Bu fikre göre yapılması gereken tek şey, hakemlerin *astreinte* türü cezaları, tenfize elverişli bir karar içine (*sentence intérimaire*) dercetmeleridir (FOUCHARD Philippe/ GAILLARD Emmanuel/ GOLDMAN Berthold, *Traité de L'Arbitrage Commercial International*, Paris, 1996, s. 713).

⁵⁹ 7 Oct. 2004- Iere Chambre Civile (Rev. Arb. 2005 (3), s. 737).

⁶⁰ CARLEVARIS, s. 16.

⁶¹ Bu nedenledir ki doktrininde *astreinte* türü emirlerin, geçici tedbirlerin “melez” bir türü olduğu ve bu tür cezai nitelikteki emirlerin “*juridictio*” ile “*imperium*” arasında gri bir alanda bulunduğu belirtilmiştir (CARLEVARIS, s. 16; JARROSSON, s. 269-270).

Gerek kanunlarca, gerekse taraflarca uyuşmazlıkların çözümünde yetkilendirilmiş olan hakemlerin, bu yargılama faaliyetinin tamamlayıcı parçasından yoksun bırakılması doktrinde eleştirilmiştir⁶². Bir görüşe⁶³ göre *imperium merum* yansıması olan bu tür geçici tedbir kararlarına hükmedebilme yetkisi, bir başka görüş uyarınca *imperium* bile gerektirmeyen bir yetkidir⁶⁴. Zira, taraflar aralarındaki tahkim anlaşmasında, hakemlerce verilmiş olan tedbirlere itâatsizliğe belirli bir sonuç bağlayarak bir yaptırım öngörebilirler. Dolayısıyla, söz konusu fikir uyarınca, bu gibi bir durum, hakemlerin *jurisdictio*'sunu aşan ve fakat taraf iradesiyle bahşedilmesi mümkün bir yetkiyi ifade ettiği için *imperium* gerektirmeyen bir konu olarak değerlendirilmiştir. Nitekim, İsviçre Hukuku, taraflarca açıkça kararlaştırılmış olması durumunda, hakemlerin *astreinte* verebilmesine imkân tanımaktadır⁶⁵.

Bununla beraber, hakemlerin verdikleri tedbirlere itâatsizliği cezalandırmanın ne derece lüzumlu olduğu da ayrı bir tartışma konusudur. Zira, bir tahkim yargılamasında hakemlerin uygun gördüğü tedbire veya vermiş oldukları bir emre itâat etmeyen tarafın, hakemlerin nezdinde belirli bir güven kaybına sebebiyet vereceği ve kötü niyetli olduğu şüphesini uyandıracığından hiç kuşku yoktur. Bu ise başlı başına psikolojik bir yaptırım anlamına gelmektedir⁶⁶.

2) Sözleşme ilişkisinin düzenlenmesine yönelik tedbirler

Taraflar arasında devam eden bir sözleşmesel ilişkinin, uyuşmazlık çıktığı zaman ne şekilde devam ettirileceği veya ettirilmeyeceğine karar vermek ve buna ilişkin olarak taraflardan biri hakkında edimini ifa etmesine veya etmemesine yönelik bir emir tesis etmek *imperium* gerektiren bir husus mudur yoksa *jurisdictio* yetkisinin dahilinde midir sorunu, hakemlerin uygulamada sıkça karşılaştıkları bir meseledir. Konunun geçici tedbirlerle bağlantısı ise, tedbirlerin amacı ve bu tür kararların niteliği çerçevesinde şu şekilde açıklanabilir: geçici koruma tedbirlerinin amaçlarından biri de, belirli bir ilişkiyi

62 DE LEVAL, s. 18, dn. 21.

63 DE LEVAL, s. 17.

64 JARROSSON, s. 269-273.

65 LEVY LAURENT: "Les astreintes et l'arbitrage international en Suisse", Bulletin Association Suisse de L'Arbitrage, Bâle, 2001, Vol. 1, s. 21vd); CARLEVARIS, s. 16.

66 CARLEVARIS, s. 15; YEŞİLIRMAK Ali, Provisional Measures in International Commercial Arbitration, 2005, s. 238.

uyuşmazlık sonuçlanıncaya dek geçecek süre içerisinde yeniden düzenlemek ve böylelikle tarafların orantısız veya adil olmayan bir sonuca katlanmasını ve dolayısıyla telafisi zor bir zararın oluşmasını engellemektir. Bu itibarla, bu tür kararların da aslında birer geçici koruma tedbiri olduğu aşikârdır.

Hakemlerin nihai karara ulaşmalarına dek geçecek süre içerisinde taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyi düzenlemeye yönelik geçici koruma tedbirlerinin *imperium* gerektiren türde bir yetki olup olmadığı, şayet gerektiriyorsa bu noksanlığın tarafların anlaşması ile giderilip giderilemeyeceği soruları, bu tedbirleri ikiye ayırarak incelemeyi gerektirir.

Şayet hakem, talep edilen geçici koruma tedbirinin dayandığı hakka ilişkin tüm maddi ve hukuki vakıaları değerlendirebiliyor ve söz konusu tedbiri bu bağlamda hukuken meşrulaştırabiliyorsa, diğer bir ifadeyle, “*uyuşmazlığın esasına ilişkin olmasa da, geçici tedbir talebinin dayandığı hakkın muhakemesine ilişkin nihai bir hükme*” varabiliyorsa; bu takdirde, taraflar açıkça böyle bir yetkilendirmede bulunmamış olsalar dahi, hakemlerin sözleşmesel ilişkinin düzenlenmesine dair yetkilerinin bulunduğu ve bu yetkinin *jurisdiction* yetkisinin doğal bir sonucu olduğunu kabul etmek gerekecektir⁶⁷.

Örneğin, FIDIC kurallarına tabi bir inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, yargılama süresince müteahhitin edimini ifa etmeye devam edip etmeyeceğine ilişkin karar vermek bu konuya verilebilecek örneklerdendir. Burada söz konusu olan durum, hakemlerin somut olaydaki vakıaları ve hukuk kurallarını değerlendirerek nihai karara dek geçecek süre içerisinde sözleşmesel ilişkilerin devamına dair geçici bir çözüm bulunması ve bunun taraflara empoze edilmesidir. Hakemin bu konuda yapacağı, tarafların hak ve yükümlülüklerinin çerçevesini çizen FIDIC kurallarının somut olaya uygulanmasından başka bir şey değildir. Tedbir kararının, hakemlerin uyuşmazlığı hukuken değerlendirerek geçici bir statüye oturtması anlamına geldiği düşünüldüğünde, bunun bir *jurisdiction* kullanımı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır⁶⁸. Bu bir nevi ara karardır⁶⁹. Böyle bir kararı vermek için hakemlerin *imperium* yetkisine ihtiyaçları bulunmamaktadır.

⁶⁷ MAYER, s. 443.

⁶⁸ MAYER, s. 444.

⁶⁹ Fransızca hukuk terminolojisinde bu tür kararlara “geçici tedbir kararı” anlamındaki “*mesure provisoire*” dan ziyade “süreklili olmayan karar” yani “*décision temporaire*” terimi tercih edilmektedir (MAYER, s. 443).

Buna karşılık, şayet hakemlerin talep edilen geçici tedbire hükmedebilmeleri için yukarıdaki örnekte olduğu gibi, sözleşmesel ilişkiyi geçici bir müddet için düzenlemeye ışık tutacak hukuki bir dayanakları bulunmuyorsa, bu takdirde hakemlerin geçici tedbirlere hükmedebilmesini farklı şekilde değerlendirmek gerekecektir.

Genel olarak, taraflardan hangisinin haklı olduğuna karar verilmeye dek geçecek zaman zarfında taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyi düzenlemek amacı taşıyan geçici koruma tedbirlerinin *imperium* gerektirdiği ileri sürülmüştür⁷⁰. Ancak bu *imperium*, tarafların aralarındaki tahkim sözleşmesinde bu hususta anlaşmaları ile veya hakemlerin yetkisini düzenleyen hukukta yer alan hükümler ile ikame edilebilir bir niteliğe sahiptir⁷¹. Söz gelimi, bozulabilecek nitelikteki malların satışına izin vermek, sahip olunan bir fikri hakkın kullanılmasını yasaklamak yahut diğer tarafın giderilemeyecek zararlara uğramaması amacıyla ticari ilişkinin devamına veya devam eden iş ilişkisinin durdurulmasına yönelik emir vermek gibi yetkiler, hakemlerin taraflar arasındaki sözleşmeden veya hakemlerin yetkisine uygulanacak hukuktan aldığı yetkililerdir. Bu tür geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisi de dahil olmak üzere, hakemlerin yetkisini düzenleyen hukuk; tarafların tahkim usulüne uygulanmak üzere seçtikleri hukuk, böyle bir seçim yapılmaması durumunda ise tahkim yeri hukukudur. Tahkim yeri hukuku uyarınca, tahkim usulüne uygulanacak hukukun belirli bir ülke hukuku olması şartı aranmıyorsa ve taraflar da tahkim yargılamasını hiçbir usul hukukuna tabi tutmamayı tercih etmişlerse, bu takdirde hakemlerin bu tür geçici tedbir kararlarına hükmedebilme yetkisi sadece taraf iradelerine bağlı olacaktır⁷². Doktrinde, taraf iradelerinden hiçbir şekilde sonuca ulaşılamaması halinde, hakemlerce bu tür tedbirlere karar verilememesi gerektiği belirtilmektedir⁷³.

Bu tür yetkilerin hukuken meşru bir temele dayanması ihtiyacının altında yatan neden ise, alınan geçici tedbirlerin kimi zaman nihai karar neticesinde haklı çıkacak olan tarafın menfaatini zedeleyecek nitelikte olabilmesi, hatta belki nihai karar ile geçersiz olduğuna hükmedilecek olan bir sözleşmenin

70 **MAYER**, s. 444.

71 **MAYER**, s. 445.

72 **MAYER**, s. 445, dn. 15.

73 Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **MAYER**, s. 445-447.

geçici müddetle ifasına tarafı zorlayabilmesidir. Bu gibi ihtimallerde alınmış olan geçici tedbir kararlarının yarattığı ve sonradan hukuka aykırı olacağı tespit edilecek sonucun sebep olacağı zararlar, her ne kadar tazminatla giderilebilse dahi, böyle bir olgunun meşruiyet kazanması ihtiyacı, kullanılan yetkinin *imperium*'a dayanmasını gerektirmektedir⁷⁴. Zira, hukuka aykırı davranışın tarafa empoze edilmesi, hukuken haklı olan tarafın bu hakkından geçici de olsa yoksun bırakılması gibi “zorlayıcı” durumlar, *imperium*'a dayanan yetkililerdir. Ancak bu *imperium* hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin içinde mündemiçtir. Diğer bir ifadeyle, bu tür geçici tedbirlere hükmedebilme yetkisi *imperium* gerektirse dahi, bu yetki, tarafların aralarındaki tahkim sözleşmesinde bu hususta anlaşmaları ile veya hakemlerin yetkisini düzenleyen hukukta yer alan hükümler ile tesis edilebilen bir niteliğe sahiptir.

3) Teminat mektuplarının paraya çevrilmesini önlemeye yönelik tedbirler

Teminat mektuplarının paraya çevrilmesini önlemeye yönelik tedbirler, hakemlerin uygulamada en sık karşılaştıkları geçici tedbir taleplerinin başında gelmektedir. Taraflar arasında mevcut dengenin, yani statükonun korunmasına yönelik olan bu geçici tedbir türü, uluslararası ticari hayatta büyük önem taşımaktadır.

Şayet taraflardan biri, belirli şartların gerçekleşmesi halinde paraya çevirebileceği bir teminat mektubuna sahipse ve karşı taraf da bu şartların gerçekleşmediğini ispat edebilir konumda değilse, uyuşmazlığın ortaya çıkmasıyla birlikte elinde teminat mektubu olan tarafın bunu paraya çevirmek istemesi son derece doğaldır. Ancak bu hakkın iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanılması hakemler tarafından çoğu zaman gözetilen bir husustur. Zira uyuşmazlık konusunun daha da ağırlaştırılmaması ve zararın sonradan karşılanamayacak kadar yüksek meblağlara ulaşması riski hakemler tarafından dikkate alınması gereken bir olgudur. Burada, teminat mektubunu elinde bulunduran tarafın bunu paraya çevirme hakkı ile karşı tarafın bu durum gerçekleştiğinde uğrayacağı zarar hassas bir biçimde hakemlerce dengelenmelidir. Hakemlerin teminat mektubunu paraya çevirmeyi yasaklamaya yönelik bankalara verecekleri tedbir kararının “*imperium*” gerektiren bir

⁷⁴ MAYER, s. 444-445.

geçici tedbir kararı niteliği taşıdığı çoğunlukla kabul edilmektedir⁷⁵. Zira, olağan şartlarda teminat mektubunu elinde bulunduran tarafın bunu paraya çevirme hakkı mutlak ve bu hak çok kısıtlı durumlarda engellenebilmektedir. Diğer bir deyişle, teminat mektubunun paraya çevrilmesini önlemeye yönelik tedbir kararları mahkemelerce bile çok sınırlı hallerde verilebilmektedir. Böyle bir yasaklama veya talimatın, hakimlerde olduğu gibi hakemlerde de *imperium* gerektiren bir yetki olduğunda şüphe yoktur. Tahkim anlaşmasının sözleşmesel niteliği gereği hakemler, bu anlaşmaya taraf olmayan üçüncü şahısları, yani bankaları bağlayacak bir tedbir kararı veremeyecek ve bu eksiklik taraf iradesiyle dahi bertaraf edilemeyecektir. Bu sebeptendir ki, uygulamada çoğu zaman “*teminat mektubunun paraya çevrilmesinin önlenmesine ilişkin ihtiyati tedbir kararı*”nın mahkemelerden alındığı görülmektedir. Bununla beraber, üçüncü şahıs konumundaki bankalara yönelik emir veremeyecek olan hakemler, bizzat tarafların şahsına yönelik olarak “*teminat mektubunu paraya çevirmeme*” tedbirine hükmedebilmektedirler. Ne var ki, hakemlerce verilecek böyle bir geçici tedbir kararına uyulmaması ihtimali, tedbirin önem ve niteliği karşısında mahkemelere başvurulmasını tercih edilir kılmaktadır.

4) Dava konusu hakka geçici olarak önceden kavuşmayı sağlayan tedbirler

Hakemlerin, tahkim yargılaması esnasında karşılaştıkları ve uygulamada sorun yaratan bir diğer geçici koruma tedbiri türü de, “geçici ödeme tedbirleri”dir. Uyuşmazlıkta kimin haklı olduğunun henüz nihai kararla saptanmadığı bir zamanda, alacağın tartışmalı sayılmayacağı hallerle sınırlı olarak, borçlunun gelecekte ödeme güçlüğüne düşme riskinin bulunması halinde veya alacaklının mali durumu açısından ön ödemenin zaruri sayılabilmesi durumunda, alacağın tamamına veya belli bir miktarına önceden kavuşabilmeyi sağlayan bu tür tedbir kararlarının hakemler tarafından verilemeyeceği; zira geçici koruma tedbiri olup olmadığı bile tartışmalı olan bu kararların uluslararası tahkim açısından pek çok sakıncalarının bulunduğu doktrinde ağırlıklı görüş olarak benimsenmektedir⁷⁶.

⁷⁵ MAYER, s. 444.

⁷⁶ MAYER, s. 448-449.

Öncelikle böyle bir geçici tedbire hükmedilebilme yetkisi, alacağın tabi olduğu, diğer bir deyişle uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka değil, hakemlerin yetkisini belirleyen hukuka tabi olan bir meseledir. Bununla beraber, dava konusu alacağı, yargılama neticelenmeden evvel peşinen elde etmeye yarayan bu tür tedbir kararlarına çok az ülke hukuk sisteminde⁷⁷ yer verildiği düşünüldüğünde; böyle bir geçici tedbir kararının söz konusu olabilmesi için tahkime uygulanacak hukukun bu ülke hukuk sistemlerinden biri olması gerekecektir. Ancak bu bile hakemlerin talep edilen bu tür tedbirlere hükmedebilmeleri için yeterli olmayacaktır. Zira, bu tür tedbirlere usul hukuklarında yer veren ülkeler, bu tür tedbirlerin ancak ve ancak mahkemelerce verebileceğini hüküm altına almışlardır. Örneğin, bu tür tedbirlerin bulunduğu Fransız Hukuku'na göre, tahkim yeri Fransa olsa veya tahkim usulüne Fransız Hukuku'nun uygulanması kararlaştırılmış dahi olsa, hakemler *référé-provision* kararı veremezler, çünkü Fransız Hukuku'nda bu tür kararları verebilme yetkisi sadece hakimlere tanınmıştır.

Diğer taraftan, hakemlerin bu yetkileri *imperium* açısından da sorun teşkil etmektedir. Yeni bir durum yaratan bu tür kararların ancak *imperium*'u olan hakimler tarafından verilebileceği ileri sürülmüştür⁷⁸. Zira henüz esasa ilişkin yargılama tamamlanmadan, ilk bakışta alacağın tartışmalı olmadığı inancıyla böyle bir tedbire hükmedilmesi, geçici ödeme kararının az da olsa yanlış olabilme ihtimali karşısında taraflardan birine haksız bir menfaat sağlamak anlamı taşıyacaktır. Sonradan tedbirin haksız verildiği saptanırsa, peşinen ödenmiş olan meblağın, faiziyle birlikte geri alınabilmesi ancak *imperium* sahibi olan hakimlerin zorlayabileceği bir çaredir.

Sonuç olarak, dava konusu alacağı kısmen veya tamamen yargılama neticelenmeden evvel peşinen elde etmeye yarayan bu tür tedbir kararları *imperium* gerektirmektedir. Bununla beraber, tarafların hakemleri açık olarak bu tür tedbir kararları verebilmeleri konusunda yetkilendirmeleri veya tahkim usulüne, bu tür tedbirlerin hakemlerce de verilebileceğini açıkça kabul eden bir usul hukukunun uygulanması durumunda hakemlerin geçici ödeme kararına hükmedebileceklerini söylemek mümkündür⁷⁹. Bu iki hal dışında

77 İngiliz Hukuku'ndaki "*interim payment*" ile Fransız Hukuku'ndaki "*référé-provision*" bunlara örnek olarak verilebilir.

78 **MAYER**, s. 448.

79 **MAYER**, s. 449.

hakemlerin bu tür geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmeleri mümkün olmayacaktır⁸⁰.

Bir an için hakemlerin hukuki açıdan geçerli bir geçici ödeme tedbirine hükmedebileceklerini varsaysak bile, bu ihtimalde dahi hakemler aslında bu tür tedbir kararları verirken kendilerini ne denli zor bir pozisyona sokacakları bildiklerinden, bu konuda oldukça çekimser ve tereddütlü hareket edeceklerdir. Gerçekten de, geçici ödeme talebini kabul eden hakemlerin, yapılan tahkim yargılaması sonucunda yanıldıklarını anladıklarında vermiş oldukları karardan dönmeleri psikolojik açıdan oldukça zor olacaktır. Bu durum ise, ilk bakışta tartışmalı olmayan alacağa yönelik esasa ilişkin kararın, geçici ödeme kararı ile çelişmemesi yönünde hakemler üzerinde baskı yaratacaktır⁸¹.

Geçici ödeme şeklindeki tedbir kararlarının yegâne şartının “alacağın ciddi anlamda tartışmalı olmaması” şartı olduğu düşünüldüğünde, bu husus bile, esasa ilişkin hakem kararının iptaline sebep olabilecektir. Uluslararası tahkim tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama türü olduğundan, borçlu tarafça ileri sürülen savunmaların “ciddi anlamda tartışmaya değer bulunmaması”, adil yargılanma ilkesi ve savunma haklarına riayet edilmesi zorunluluğu açısından sonraki aşamalarda hakem kararının geçerliliğini zedeleyecek nitelikte⁸² olduğundan, bu tür tedbirlerin, *imperium* sorununun da ötesinde, tahkim kurumuyla bağdaşmayacağı vurgulanmalıdır.

5) Malvarlığı üzerinde tasarruf edilmesini önlemeye yarayan geçici koruma tedbirleri

Değişik ülkelerin hukuk sistemlerinde, malvarlığının kaçırılmasını engellemek amacıyla kişinin sahip olduğu tasarruf yetkisini kullanmasını önlemeyi sağlayan farklı geçici koruma tedbirleri mevcuttur. Bu tedbirlerden bazıları İngiliz Hukuku'ndaki *mareva injunction* tedbirleri gibi kişiye yönelik (*in personam*) iken, bazıları da Türk Hukuku'ndaki ihtiyati haciz

⁸⁰ Bu husus, uluslararası tahkim uygulamasında sıkça zikredilen *Kostas Melas* Kararında açık ve net bir biçimde vurgulanmıştır. Karar için bkz. *SL Sethia Liners Ltd. v/ Naviagro Maritime Corp.*, (1981) 1 Lloyds Rep. 18. Kararın değerlendirmesi için bkz. **KNOEPLER** François: “*Les Mesures Provisoires et L'Arbitrage International*”, Europa Institut Zürich, Schiedsgerichtsbarkeit, 1997, s. 315; **MAYER**, s. 449.

⁸¹ **MAYER**, s. 449.

⁸² **MAYER**, s. 449.

veya Fransız Hukuku'ndaki *saisie conservatoire* gibi doğrudan malvarlığı üzerinde (*in rem*) etki doğurmaktadır.

Malvarlığının kaçırılmasını engellemeye yarayan bu kategorideki geçici koruma tedbirlerinin *imperium* gerektiren türde tedbirler olduğundan doktrinde şüphe edilmemektedir. Zira bu tedbirlerde hem “emir” özelliği, hem de “yaptırım ve güç kullanma” özelliği birarada bulunmaktadır⁸³.

Uyuşmazlığın tarafı olan bir şahsı, uyuşmazlık konusu olsun veya olmasın, kendisine ait olan bir malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinden yoksun bırakmak veya kişinin o mala ulaşmasını, satıp devretmesini yasaklamak gibi tedbirlerin hakemler tarafından verilebilmesi için, tıpkı yapma veya yapmaktan kaçınmaya yönelik geçici tedbirlerde olduğu gibi; tarafların buna ilişkin olarak hakemleri açıkça yetkilendirmiş olması veya tahkim usulüne uygulanan hukukta hakemlere bu tür geçici tedbir kararlarına hükmedebilme yetkisinin tanınmış olması gerekmektedir⁸⁴.

Bununla birlikte, hakemler bu tür geçici koruma tedbirlerine hükmedebilseler dahi, bu tedbirlerin niteliği gereği, yaratacakları sonuç ve etkinlikleri konusunda ciddi hukuki engeller bulunmaktadır.

İlk olarak, malvarlığı üzerinde etki doğuran geçici tedbirler çoğu zaman sadece borçlu olan kişiyi değil, esas ilişkiden bağımsız üçüncü kişileri de etkilemektedir. Oysa tahkim anlaşması sadece tarafları bağladığı için ve hakemler de yetkilerini sadece uyuşmazlığın tarafı olan bu kişilerin iradesinden aldığı için, hakemlerce verilecek herhangi bir karar, bu karar nihai veya geçici tedbir kararı olsun olmasın, ancak taraflar üzerinde etki edecek kuvvettir. Dolayısıyla, hakemlerin bu tür geçici tedbir kararı verebilme yetkisi bulursa dahi, bu yetkinin üçüncü şahısların haklarına tesir etmemesi şarttır. Başkasının elinde bulunan bir malın veya bir alacağın hacz edilmesi bu gibi durumlara örnek olarak gösterilebilir. Hiç kuşkusuz, bu gibi durumlarda hakemlerin malvarlığı üzerinde geçici tedbir kararı verebilmesi mümkün olmayacaktır⁸⁵.

⁸³ **MAYER**, s. 450.

⁸⁴ **MAYER**, s. 450.

⁸⁵ Bazı durumlarda ise, her ne kadar geçici tedbir kişiye değil de, mala yönelmiş olsa bile, üçüncü şahısların durumları yine de etkilenmektedir. Borçlu havayolu şirketine açılan tahkim davası süresince, uyuşmazlık konusu olan uçağın yolculuktan men edilmesine ilişkin tedbir kararının, o uçakla seyahat etmek isteyen yolcuların haklarını etkileyeceği bu duruma örnek olarak gösterilebilir (**MAYER**, s. 451).

İngiliz Hukuku'nda buna benzer meseleler, *mareva injunction* türü geçici tedbirlerle aşılmaya çalışılmıştır. Burada, kişinin mala ulaşmasını ve mal üzerinde tasarruf etmesini önleyen bu tür tedbir kararlarından malı elinde bulunduran üçüncü şahıs haberdar edilmekte ve bu üçüncü şahsa, hakkında tedbir kararı alınan kişiye malı teslim etmemesi veya örneğin bu bir banka ise, paranın ödenmemesi (*injunction*) emredilmektedir. Ayrıca üçüncü şahsın bu emre aykırı hareketinin “*contempt of court*” ile cezalandırılacağı da kendisine belirtilmektedir. Ancak hakemlerce üçüncü kişilere böyle bir emrin verilebilmesi, hem üçüncü kişilerin tahkime taraf olmaması, hem de bu emre aykırılığı yaptırıma bağlayan “*contempt of court*” usulünün münhasıran devlet yargısında geçerli olabilmesi nedeniyle mümkün olmayacaktır. Bir an için hakemlerin üçüncü şahsa böyle bir emir verebileceği kabul edilebilse dahi, bu emre itaatsizliğin yaptırımının olmayışı bu tür geçici koruma tedbirlerinin etkinliğini sorgulatacaktır. Hal böyle iken, tedbirden menfaat uman taraf, tedbiri hakemlerden talep etmek yerine, mahkemelere başvurmayı tercih edecektir⁸⁶.

Hakemlerin, nihai kararın icrasını temin etmek maksadıyla uyuşmazlık konusu olmayan malvarlığı üzerinde etki doğuracak geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin bulunup bulunmadığı sorunu, uluslararası tahkim doktrininde tartışmalı olan konuların başında gelmektedir. Birçok ülke hukuk sisteminde, hakemlerin, uyuşmazlık konusu olmayan mala veya malvarlığına yönelik geçici koruma tedbirine hükmedebilme yetkisinin bulunmadığı zımnen veya açıkça hüküm altına alınmıştır⁸⁷. Hakemlere bu yönde bir tedbir kararı verme yetkisinin tanınmamasının ardında, kanun koyucuların, malvarlığı üzerine tedbir konulmak istenen kişinin tahkime konu olan uyuşmazlıktaki karşı tarafı ile borçlu olabileceği diğer alacaklıları arasında eşitsiz bir konum yaratmama kaygısı bulunmaktadır⁸⁸. Zira bir uyuşmazlığın tahkim ile çözülüyor olması, hakem kararı lehine çıkan tarafı, diğer alacaklılara nazaran ayrıcalıklı kılmamaktadır.

⁸⁶ **MAYER**, s. 450.

⁸⁷ Buna mukabil, Amerikan mahkemelerinin uygulaması uyarınca, muhtemel nihai kararın temini amacıyla borçlunun malvarlığına yönelik geçici tedbir konulması mümkündür (**MAYER**, s. 451). 2006 yılında değişikliğe uğramış olan UNCITRAL Model Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrasında hakemlerin bu tür tedbirlere hükmedebilecekleri belirtilmiştir.

⁸⁸ **MAYER**, s. 451

Hemen her ülkede, el koyma veya ihtiyati haciz gibi zorlayıcı niteliğe sahip geçici koruma tedbirleri (*mesures de coercion*) “cebri icra hukukuna” ait bir mesele olarak sayılmakta ve cebri icra hukukuna ait meseleler devlet yargısının münhasır yetkisinde kabul edilmektedir⁸⁹. Bu sebeple, bu tür geçici tedbir kararlarının hakemlerce verilebilmesi pek çok hukuk sisteminde kabul edilmemektedir.

Daha evvel de belirttiğimiz üzere, uyuşmazlık konusunu belirli bir malın oluşturduğu hallerde, tahkim yargılaması sonuçlanıncaya ve hakem kararı oluşuncaya dek geçecek olan zaman zarfında söz konusu mal üzerinde tasarruf edilmesinin önlenmesi amacıyla hakemlere uyuşmazlık konusu üzerinde ihtiyati tedbir kararı alabilme yetkisinin tanınması, hiç şüphesiz nihai kararın bir anlamı olması için gerekliliği kabul edilen bir yetkidir⁹⁰.

Ancak, nihai hakem kararından önceki dönemde, para alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda hakemlere ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisi tanımak, bu denli tereddütsüz kabul edilen bir genel kural olmaktan uzaktır. Nitekim birçok ülkenin hukuk sisteminde ihtiyati haciz kavramı genellikle hakemlerin yetki alanının dışında mütalaa edilmiştir⁹¹.

⁸⁹ Fransız Hukuku açısından da konu cebri icra hukuku meselesi olup, bu tür geçici tedbirler, devlet mahkemelerinin mutlak ve münhasır egemenliği alanına girmektedir (**MAYER**, s. 451). Türk Hukuku’nda da ihtiyati haciz, cebri icra hukukunun bir parçası olarak görülmektedir ve Yargıtay kararlarında da, bu tür geçici tedbirlerin mahkemelerin münhasır yetkisine girdiği ve konunun devletin egemenlik hakkıyla ilgili olduğu açıkça vurgulanmıştır: Y. 11. HD. E. 2006/7031, K. 2006/8189, T. 10.7.2006 (www.kazanci.com.tr); YHGK. E. 1998/12-287, K. 1998/325, T. 6.5.1998 (**SAKMAR** Atâ/**EKŞİ** Nuray/**YILMAZ** İlhan: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları, İstanbul, 2001, s. 220 vd).

⁹⁰ Önceden yürürlükte olan UNCITRAL Model Kanunundan (md. 17) farklı olarak, hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verirken dava konusu ile sınırlı karar verebileceklerine ilişkin bir ifade Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda yer almamaktadır. Böyle bir sınırlamanın Kanunda yer almamasının sebebi, MTK’nın hakemlere ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisi tanımış olmasından ötürüdür. Zira, ihtiyati tedbirler, dava konusu ile ilgili olarak verilebilse dahi, ihtiyati hacizlerin dava konusuyla ilgili olması imkânsızdır. Bununla beraber, bu, hakemlerin vereceği ihtiyati tedbir kararlarının mutlaka dava konusu şey ile ilgili olması gerekeceği anlamına da gelmemektedir.

⁹¹ **PEKCANITEZ** Hakan: “Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri”, Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, Ankara, s. 126; **LEW** Julian: “Analyse des Mesures Provisoires et Conservatoires dans L’Arbitrage de la CCI”, Bulletin de la Cour Internationale d’Arbitrage de la CCI Vol. 11/No.1, 1er semestre 2000Analyse, s. 25; **BERTI** Stefan, International Arbitration in Switzerland, 2000, 430-431; **YEŞİLOVA**, s. 663. Ör-

Doktrinde hakemlere ihtiyati haciz kararı verme yetkisinin tanınmamasının gerekçelerinden biri olarak, hakemlerin ihtiyati haciz kararı verebilmek bakımından gerekli olan yargı yetkisinden yoksun olmaları ileri sürülmüştür⁹². Bu düşünceye göre, hakemlerin yargı yetkisi, tahkim anlaşmasının tarafları ile bu anlaşmanın kapsadığı uyuşmazlıkla sınırlıdır. Uyuşmazlık belli bir malvarlığını ilgilendirdiğinde, bu malvarlığı üzerinde tarafın tasarrufta bulunmasının önlenmesi maksadıyla geçici koruma tedbiri alınabilir de; uyuşmazlığın para alacaklarıyla ilgili olması durumunda, hakemlerin bu alacağı nihai hakem kararından önce güvence altına almaya yönelik olarak verecekleri ihtiyati haciz kararının tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil edeceği savunulmuştur. Örneğin, borçlunun bankadaki parası üzerinde ihtiyati haciz kararının alınması söz konusu olduğunda, bankaların tahkim anlaşmasına taraf olmamaları sebebiyle, hakemler bankalara yönelik böyle bir karar veremeyecekleri gibi, üçüncü şahıslara tesir edecek nitelikte tedbir kararına hükmedebilmeleri de mümkün olmayacaktır⁹³.

neğin Belçika Yargılama Usulü Kanunu md. 1696/ I uyarınca, hakemlerin, tarafların mahkemeye başvuru hakkı saklı kalmak kaydıyla, talep halinde, ihtiyati haciz kararı dışında, geçici veya koruyucu tedbirlere hükmedebilecekleri düzenlenmiştir (YEŞİLOVA, s. 662). Bu konuda Alman ve İsviçre Hukukunda sadece ihtiyati tedbirden bahsedilmiş, hakemlerin ihtiyati haciz kararı verebilecekleri kabul edilmemiştir (PEKCANITEZ, s. 124). Bununla beraber, hakemlerin ihtiyati haciz kararına benzer işleve sahip tedbir kararı verebilecekleri yabancı hukuklarda da kabul görmektedir. Örneğin, borçlunun bankadaki parası haczedilememekle birlikte, bu parayı borçlu olan davalının çekememesine karar verebilir. Benzer bir şekilde, davalıdan bir teminat mektubu getirmesinin istenmesi, onun malvarlığının ihtiyaten haczedilmesi yerine tedbir kararı ile tasarruflardan korunması anlamına gelmektedir (PEKCANITEZ, s. 126). Keza İngiliz Hukukundaki *Mareva Injunction* kararları, ihtiyati haciz karakteri olmayan, borçlunun mallarına el konulmasının değil, borçlunun mallarını haczetmeden alacaklının alacağı nispetinde bu mallar üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlayan türde bir ihtiyati tedbir türüdür ve fakat ihtiyati hacizle benzer işleve sahiptir (PEKCANITEZ, s. 124).

⁹² Bu fikrin ayrıntılı gerekçeleri için bkz. YEŞİLOVA, s. 663.

⁹³ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, doktrinindeki bu genel olumsuz yaklaşıma rağmen ihtiyati haczi açıkça benimsemesi dikkat çekicidir. Gerçekten de, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası hükmünde hakemlerin hem ihtiyati tedbire hem de ihtiyati hacze karar verebilecekleri belirtilmektedir. Bununla beraber, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, hakem veya hakem kurulunun, "*cebri icra organları tarafından icrası ya da resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken*" ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı veremeyeceklerine ilişkin düzenlemesinin karşısında bu hüküm ciddi bir çelişki yaratmaktadır (Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BALKAR, s. 162).

SONUÇ

Geçici hukuki koruma tedbirleri, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın kesin hükümle sonuçlanmasına kadar geçecek olan süreçte doğabilecek tehlikelerden veya kötü niyetli girişimlerden davanın tarafları veya dava konusu şeyi korumak amacıyla, devlet yargısının söz konusu olduğu hallerde mahkemeler, tahkim yargılamasının söz konusu olduğu hallerde ise mahkemeler ya da hakem veya hakem kurulunca hukuki koruma sağlamak amacıyla kullanılan tedbirler bütünüü ifade eder.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde çeşitli avantajlarından dolayı son zamanlarda daha çok tercih edilen yöntem olan uluslararası tahkim açısından da geçici koruma tedbirlerinin önemi büyüktür. Her ne kadar tahkim yargılaması devlet yargılamasına nazaran daha kısa sürelerde sonuçlansa da, tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlıkların çoğu zaman uzmanlık gerektiren teknik meseleleri ilgilendiren karmaşık bir karaktere sahip olması, yargılama sırasındaki işlemlerin de artmasına sebep olmaktadır. Tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararına karşı başvurulacak kanun yolları bu süreci daha da uzatmaktadır.

Tahkime konu olan uluslararası ticari uyuşmazlıklarda geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin olarak gerek Türk Hukuk doktrininde, gerekse uluslararası doktrinde birçok hukuki sorun ortaya çıkmıştır. Bu tartışmaların odağında çoğu zaman şu meseleler bulunmaktadır: acaba hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi var mıdır? Şayet varsa, bu yetkinin sınırları nelerdir? Bu sorulara cevap aranırken hep aynı dogmatik düşünce ile karşı karşıya kalındığı görülmektedir. Bu düşünce, hakemlerin de tıpkı hakimler gibi “*jurisdictio*”ya sahip olmakla birlikte, hakimlerden farklı olarak “*imperium*”larının bulunmaması şeklindeki düşüncedir.

Gerçekten de, uluslararası tahkim uygulamasında hakemlerce verilecek tedbirlerin türleri, içerikleri, bu tedbirlere hükmedilme biçimleri, tahkim anlaşmasına rağmen mahkemelere başvurulması gereken haller ve mahkemelerin yardım ve müdahalesi gibi sorunlar, tarih boyunca daima tahkim yargılamasının devlet yargısı ile mukayese edilmesi ya da bu yargılama türünün baş aktörü olan hakemlerin, hakimlerle kıyaslanması esas alınarak çözümlenmeye çalışılmıştır. Bu kıyaslamanın temel kriteri ise *imperium* kavramıdır. Oysa *imperium* bugün pek çok ülke hukuk sistemi için artık hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmesinin önündeki mutlak

engel olmaktan çıkmıştır. Zira günümüzde *imperium*, doğmuş olduğu Roma Hukukunda sahip olduğu anlamdan uzaklaşmış ve salt hükmedende, kralda ya da imparatorunda var olan kudretin delege edildiği temsilcilere ait olan bir erk olma niteliğini yitirmiştir. *Imperium* bir iktidardır ve bugünkü modern hukuk devletinde bu iktidar kanun koyucunun iradesinde tecelli etmektedir. Sonuç olarak, milletlerarası tahkim ile geçici koruma tedbirleri kavramlarının bir araya geldiği her konuda hakemlerin yetkisini engelleyici bir biçimde *imperium* kavramının arkasına sığınılması, özel bir yargılama türü olan tahkimin, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde taraf iradesine dayanması gerçeğini fazlasıyla göz ardı etmek olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, Ankara, 2016.
- BALKAR BOZKURT Süheyla, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, İstanbul, 2016 (*Bağımsızlık*).
- BALKAR BOZKURT Süheyla, “*Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları*”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 129-130, Mayıs-Haziran 2015.
- BALKAR Süheyla, Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010.
- BERNARDINI Piero, “*Des Mesures Spécifiques; Les Astreintes et Les Mesures Conservatoires*”, **Les Arbitres Internationaux, Colloque du 4 février 2005, Centre Français de Droit Comparé**, Vol. 8, Paris, 2005.
- BERTI Stefan, **International Arbitration in Switzerland**, 2000.
- BESSION Sébastien, **Arbitrage International et Mesures Provisoires, Etude de Droit Comparé**, Zürich, 1998.
- BOND Stefan, “*La Nature Des Mesures Conservatoires et Provisoires*”, **Mesures Conservatoires et Provisoires en Matière d’Arbitrage International**, Publication CCI, No: 519, Paris, 1993.
- BOUTILLIER J., “*Somme Rural ou Le Grand Costumier Général de Pratique Civile et Canon*”, L. Charondas Le Caron, Edition de 1621, spéc. Livre 3, Titre 2.
- CARLEVARIS Andrea, “*The Enforcement of Interim Measures Ordered by International Arbitrators: Different Legislative Approaches and Recent Developments in the Amendment of the UNCITRAL Model Law*”, **Interim Measures in International Commercial Arbitration**, Association for International Arbitration Ed., Antwerp-Apeldoorn, 2007.
- CARTER J. H., “*The Selection of Arbitrators*”, **Amer. Rev. Int. Arb.** Vol. 5, No: 1-4, 1994.
- CLAY Thomas, **L’Arbitre**, Paris, 2001.
- De BOISSESON Matthieu, **Le Droit Français De l’Arbitrage Interne et International**, Paris, 1990.
- DE LEVAL Georges, “*Le juge et L’Arbitre: Les Mesures Provisoires*”, **RDIDC**, 1993.

- FOUCHARD Philippe/ GAILLARD Emmanuelle/ GOLDMAN Berthold, **Traité de L'Arbitrage Commercial International**, Paris, 1996.
- HUNTER Martin / LANDAN Toby, **The English Arbitration Act 1996 Text and Notes**, English, Français, Deutsch, Espanol, 1998.
- JARROSSON Charles, “*Réflexion Sur l’Imperium*”, **Etudes Offertes A Pierre Bellet**, Paris, 1991, s. 245-279.
- KNOEPFLER François, “*Les Mesures Provisoires et L’Arbitrage International*”, **Europa Institut Zürich**, Schiedsgerichtsbarkeit, 1997.
- KNOEPFLER François / SCHWEIZER Philippe, “*Les Mesures Provisoires et L’Arbitrage*”, **Recueil De Travaux Suisses Sur L’Arbitrage International**, 1984, Zürich, s. 221-234.
- LEVY Laurent, “*Les astreintes et l’arbitrage international en Suisse*”, **Bulletin Association Suisse de L’Arbitrage**, Bâle, 2001, Vol. 1.
- LEW Julian D.M., “*Analyse des Mesures Provisoires et Conservatoires dans L’Arbitrage de la CCP*”, **Bulletin de la Cour Internationale d’Arbitrage de la CCI** Vol. 11/No.1, 1er semestre 2000, s. 24-31.
- MAYER Pierre, “*Imperium de l’Arbitre et Mesures Provisoires*”, **Études de Procédure et d’Arbitrage en l’Honneur de Jean-François Poudret**, Lausanne, 1999, s. 437-452.
- OPPETIT Bruno, “*Justice Etatique et Justice Arbitrale*”, **Mélanges Pierre Bellet**, Paris, 1991.
- PEKCANITEZ Hakan, “*Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, 10 Mart 2003, Ankara, s. 115-152.
- SAKMAR Atâ/ EKŞİ Nuray/ YILMAZ İlhan, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları**, İstanbul, 2001.
- ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul, 2016.
- ŞANLI Cemal / ESEN Emre/ ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, 2016.
- YEŞİLIRMAK Ali, **Provisional Measures in International Commercial Arbitration**, 2005.
- YEŞİLOVA Bilgehan, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi**, İzmir, 2008.

Uluslararası Satım Sözleşmelerinin Maddi Kurallar İçeren Konvansiyonlarla Düzenlenmesi Bağlamında Bir Yeknesaklaştırma Başarısı: 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Viyana Konvansiyonu)

Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT*

Öz: Gelişen teknoloji sayesinde sınırlar ötesi taşımacılığın daha kolay ve hızlı gerçekleştiriliyor olması farklı devletlerde bulunan kişiler arasındaki ticari ilişkilerin her geçen gün daha da artmasını sağlamıştır. Uluslararası ticaretin büyük bir bölümünün uluslararası satım sözleşmeleri yoluyla gerçekleştirilmesi ise bu tür sözleşmelere uygulanacak hukuk kurallarının önemini açıkça ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, 20. yüzyılın ikinci yarısında, uluslararası niteliğe sahip satım sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirlemekte kullanılan klasik kanunlar ihtilafı kuralları yönteminin yeterliliği sorgulanmaya başlanmış ve bu yöntemin yerine uluslararası satım sözleşmelerinin doğrudan maddi kurallar çerçevesinde düzenlenmesi için çeşitli uluslararası metinler kaleme alınmıştır. Bunlar arasında en başarılı olanı ve en çok benimseneni hiç şüphesiz kısaca Viyana Konvansiyonu olarak bilinen 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'dur.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası satım sözleşmeleri, CISG, Viyana Konvansiyonu, Kanunlar ihtilafı kuralları, uluslararası ticaret, yeknesaklaştırma.

* Bu makale, hakem incelemesinden geçirilmemiştir. Makale gönderim tarihi: 30.10.2017. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (sbal-kar@gsu.edu.tr).

International Sale Contracts Arranged by Conventions Including Material Rules and A Success of Uniformity: United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods (CISG)

Abstract: The spectacular progress of science and technology supported the development of the international trade and accentuated the importance of sale contracts, which are undoubtedly the principal instruments of international trade. In the second half of the twentieth century, it has been prepared various international texts including different aspects of international trade in general, and international sale in particular. The present study tends to examine the conventions related to the international sale of goods and particularly the Vienna Convention.

Keywords: International sale of goods, international trade, Contracts for the international sale of goods, CISG, Vienna Convention.

«Uluslararası ticarete kuralın ne olduğu önemli değildir, tek olması önemlidir»¹

GİRİŞ

Uluslararası satım sözleşmelerine uygulanacak kurallar, kanunlar ihtilafı yöntemiyle belirlenecek ülke hukukuna tabi olabilir veya çeşitli maddi uluslararası özel hukuk kuralları içeren düzenlemelerden kaynak alabilir. Bunlar arasında *anasyonel kurallar* ya da *spontan hukuk* olarak bilinen ve esasında *lex mercatoria* kapsamında değerlendirilebilecek kurallar yer aldığı gibi, uluslararası satım sözleşmelerini yeknesak maddi hükümler getirmek suretiyle doğrudan düzenleyen milletlerarası sözleşmeler yani konvansiyonlar da bulunmaktadır.

Konvansiyonların, *incoterms* veya tip sözleşmeler gibi ticari uygulama içerisinde kendiliğinden doğan maddi düzenlemelerden farklı olarak devlet

¹ 1955 tarihli *La Haye Konvansiyonu*'nun raportörü *Juillot de la Morandière*'in veciz sözünün Fransızcası “*dans le commerce international, peu importe la règle que l'on adopte, l'essentiel est d'en avoir une*” şeklindedir (Convention De Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19-20 novembre 1984, Zürich, 1985, s.223).

otoritesi altında gerçekleştirilmesi ve uygulanmasının yanı sıra, bu uygulamanın ticaret alanında faaliyet gösterenlerin seçimine değil kanuna dayanması, bunların daha yaygın bir biçimde kabul görmesini ve benimsenmesini sağlamaktadır. Böylelikle, hedeflenen maddi yeknesaklığı sağlama amacı da gerçekleşmektedir.

Uluslararası sözleşmeler arasında en çok uygulanan olma özelliği taşıyan satım sözleşmesinin kendine özgü ihtiyaçları ve bunların kanunlar ihtilafı yöntemiyle ulaşılabilecek iç hukuk kurallarıyla giderilemeyeceği² gerçeği, uluslararası ticaretle uğraşanları olduğu kadar hükümetlerarası kuruluşları da bu hususta dünya çapında kabul görebilecek ve konuyu her boyutuyla doğrudan düzenleyebilecek maddi yeknesak kurallar oluşturmaya teşvik etmiştir.

Bugüne kadar, uluslararası satıma ilişkin maddi kuralların birleştirilmesi amacıyla beş konvansiyon hazırlanmıştır. Bu konvansiyonlardan ilki olma özelliği taşıyan *Yeknesak Satım Hukuku Hakkında 1 Temmuz 1964 Tarihli La Haye Konvansiyonları*³ ile *Uluslararası Mal Satımı Konusunda Temsil ile İlişkin 17 Şubat 1983 Tarihli Cenevre Konvansiyonu*, merkezi Roma'da bulunan UNIDROIT (*Institut international pour l'unification du droit privé*) tarafından; *Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımı Konusunda Zamanaşımına İlişkin 14 Haziran 1974 Tarihli New York Konvansiyonu* ile *Uluslararası Mal Satımına İlişkin 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Konvansiyonu* (Viyana Konvansiyonu) ise UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) tarafından hazırlanmıştır.

² Satım sözleşmeleri de dahil olmak üzere, uluslararası ticarete ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde sadece kanunlar ihtilafı yöntemi ile yetinmenin birtakım olumsuzluklar barındırdığına dair bkz. **BALKAR** Süheyla, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 52 vd.; **BALKAR BOZKURT** Süheyla: “*Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirleyen Yöntemlere Eleştirel Bakış*”, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, GSÜHFD, 1/2011, s. 182 vd.; **ÖZDEMİR KOCASAKAL** Hatice: “*Viyana Konvansiyonu’nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı*”, GSÜHFD, 1/2013, s. 19.

³ *Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımına İlişkin Yeknesak Hukuk Hakkında Konvansiyon* ile *Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kuruluşuna Dair Yeknesak Hukuk Hakkında Konvansiyon*’ların yerini *Viyana Konvansiyonu* aldığı için, çalışmamızda bu konvansiyonlar hakkında inceleme yapılması gerekli görülmemiştir. Bununla beraber Konvansiyonların tarihi önemi ve başarısızlığının sebeplerine *Viyana Konvansiyonu* incelenirken değinilecektir.

I. VİYANA KONVANSİYONU'NUN HAZIRLANMASINI SAĞLAYAN TARİHSEL SÜREÇ VE KONVANSİYONA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

1980 yılında kabul edilen *Viyana Konvansiyonu*, uluslararası satımın maddi kurallarla düzenlenmesi amacı taşıyan elli senelik bir çalışma süreci sonucunda hazırlanmıştır. Bununla beraber *Viyana Konvansiyonu* satım konusunda maddi düzenlemeler içeren ilk konvansiyon değildir. Zira başlangıçlı 1929 yıllarına dayanan⁴ ve merkezi Roma'da bulunan *UNIDROIT*⁵ tarafından yürütülen bir dizi çalışmanın ilk meyvesi 1 Temmuz 1964 tarihinde Hollanda hükümetinin girişimi ile *La Haye*'de toplanan Konferansta kabul edilen konvansiyonlardır. Bunlar bir eki ile birlikte *Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımına İlişkin Yeknesak Hukuk Hakkında Konvansiyon* ile iki eki ile birlikte *Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kuruluşuna Dair Yeknesak Hukuk Hakkında Konvansiyon*'lardır⁶. Her iki Konvansiyon da 1972 yılında yürürlüğe girmiş ancak çok az sayıda devlet tarafından onaylanmıştır⁷. 1964 tarihli *La Haye Konvansiyonlarının* bu başarısızlığının altında iki temel sebep bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Konvansiyonların hazırlanmasında ağırlıklı olarak Batı Avrupa ülkelerinin iç hukuklarından esinlenilmesi ve sosyalist ülkeler ile gelişmekte olan üçüncü dünya ülkelerinin hazırlık çalışmalarına katılmamalarıdır. İkinci neden ise Konvansiyon metinlerinde yer alan ve âkit devletlere Konvansiyonları belirli şartlarla uygulamaları imkânı tanıyan pek çok çekincenin bulun-

4 **AUDIT** Bernard: *La Vente Internationale de Marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris, 1990 (Vente)*, s. 5 ; **FOUCHARD** Philippe : « *Rapport de Synthèse* », *La Convention de Vienne Sur La Vente Internationale Et Les Incoterms, Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989, Paris, 1990*, s. 152; **ERDEM** Erçüment : *La Livraison Des Marchandises Selon La Convention de Vienne, Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, Fribourg, 1990, (Livraison)*, s. 7 vd.

5 Enstitü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.unidroit.org/>.

6 Bu Konvansiyonlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **HEUZE** Vincent: *Traité des Contrats, La Vente Internationale de Marchandises, Droit Uniforme, Paris 2000 (Traité des Contrats)*, s. 72 vd.; **AUDIT**, *Vente*, s.5 vd.; **TİRYAKİOĞLU** Bilgin: *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996 (Uygulanacak Hukuk)*, s.97 vd; **PELICHET** Michel : « *La Vente Internationale de Marchandises et Le Conflit de Lois* », *Receuil des Cours, 1987/I, Tome 201, (Vente)*, s. 27 vd.

7 Belçika, Gambiya, İngiltere, İtalya, Hollanda, Federal Almanya, Saint-Marin ve sadece Kuruluşu dair yeknesak Konvansiyonu kabul eden İsrail.

masıdır⁸. Öyle ki, her âkit devletin Konvansiyonları farklı uygulamaları, bu çekincelerin zaman içerisinde Konvansiyonların yeknesaklaştırma amacının ortadan kalkmasına sebep olmuştur.

La Haye Konvansiyonlarının kabulünden iki sene sonra 1966 yılında Birleşmiş Milletler Genel Meclisi *Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu*'nu (*UNCITRAL*) kurmuştur. Uluslararası Ticaret Hukukunun düzenlenmesi ve yeknesaklaştırılması amacıyla kurulan *UNCITRAL*, 1968 yılında gerçekleştirdiği ilk toplantısında uluslararası satım konusunu ele almaya ve 1964 tarihli *La Haye Konvansiyonlarının* olumlu ve olumsuz yönlerini araştırmaya karar vermiştir. *La Haye Konvansiyonlarının* hazırlık çalışmalarına az sayıda devletin katılması ve pek çok ülke menfaatinin göz ardı edilmesi sebebiyle *UNCITRAL* meseleyi bütünüyle ele almayı ve çalışmalarına satım sözleşmesinin yeknesaklaştırılmasıyla başlamayı tercih etmiştir⁹. 11 sene gibi uzunca bir süre devam eden hazırlık çalışmaları neticesinde BM Genel Meclisi Viyana'da bir diplomatik konferans düzenlenmesine karar vermiştir. 10 Mart-11 Nisan 1980 tarihleri arasında gerçekleştirilen ve altmışiki devlet temsilcisi ile sekiz uluslararası kuruluşun katıldığı bu toplantının son gününde *Uluslararası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu*¹⁰ (*Viyana Konvansiyonu*) kabul edilmiştir. 11 Aralık 1986 tarihinde, Çin, A.B.D. ve İtalya'nın Konvansiyonu aynı gün onaylamaları ile onaylayan devlet sayısı 11'e yükselmiş ve böylece Konvansiyonun 99'uncu maddesinin ilk fıkrasında yer alan şart gerçekleşerek 1 Ocak 1988 tarihinde Viyana Konvansiyonu yürürlüğe girmiştir.

1964 tarihli *La Haye Konvansiyonlarının* aksine *Viyana Konvansiyonu* satım konusunda yeknesak düzenlemeler getirmekte büyük bir başarıya imza atmış ve bu başarı zaman içerisinde katlanarak büyümeye devam etmiştir. Konvansiyona bugün itibarıyla uluslararası ticarete söz sahibi olan 88 ülke taraftır¹¹ ve bu denli yüksek katılım, Konvansiyon'un dibacesinde yer alan hedeflere büyük ölçüde ulaşıldığını göstermektedir¹². Kon-

⁸ HEUZE, *Traité des Contrats*, s. 72; PELICHET, *Vente*, s. 31.

⁹ TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s.106.

¹⁰ Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf> ve Fransızca metni için bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf>.

¹¹ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

¹² Konvansiyon'un amacı, dibacesinde "... farklı sosyal, ekonomik ve hukuki sistemleri dikkate

vansiyon, doktrin tarafından da başarılı bir uluslararası metin olarak yorumlanmıştır. Tüm bunlar Konvansiyonu kabul eden devletlerin sayısının, Konvansiyon'un yürürlüğe girdiği tarihten günümüze gelinceye dek artmasına neden olmuştur.

Gerek *civil law* ve *common law* ülkeleri¹³, gerekse gelişmiş veya gelişmekte olan ülkeler¹⁴ tarafından benimsendiği görülen *Viyana Konvansiyonu*, 1964 *La Haye Konvansiyonlarının* aksine, kanunlar ihtilafı kurallarını dışlamamıştır¹⁵. Gerçekten de Konvansiyon'un 1'inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan uygulama alanına ilişkin hükümde ve 7'nci maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen boşluklara ilişkin hükümde açıkça kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir. *Viyana Konvansiyonu*'nun büyük çapta kabul gören başarılı bir uluslararası düzenleme olmasının altında yatan sebeplerden biri de yeknesak maddi satım kuralları ile kanunlar ihtilafı kurallarının birbirine bağımlılığını tanımış olmasıdır¹⁶.

1964 tarihli *La Haye Konvansiyonlarının* yerini alan *Viyana Konvansiyonu*, bu hususu vurgulamak ve aynı konuda iki farklı düzenlemenin bulunmasını engellemek amacıyla 99'uncu maddesinde bir düzenleme getirmek suretiyle her iki Konvansiyon'a da üye olan devletlere eski tarihli

alacak şekilde uluslararası mal satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak kuralların yeknesak bir şekilde belirlenmesi, uluslararası ticaretin yasal engellerinin ortadan kaldırılmasına ve uluslararası ticaretin gelişmesine katkıda bulunmak" şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, s. 20-21.

¹³ Common Law'un Viyana Konvansiyonu üzerindeki etkileri için bkz. **THIEFFRY, J.**: « *Les Nouvelles Règles de la Vente Internationale* », DPCI, 1989, Tome 15, no.3, s.369-384.

¹⁴ **AUDIT Bernard**: « *Présentation de la Convention, La Convention De Vienne Sur La Vente Internationale et Les Incoterms* », Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989, Paris, 1990, (*Présentation*), s.16.

¹⁵ Maddi hukukun yeknesaklaştırılması amacı taşıyan uluslararası düzenlemeler, kanunlar ihtilafı kurallarına karşısında üç farklı tutum gösterirler. Bunlar konvansiyonun kanunlar ihtilafı kurallarını reddetmesi, kabul etmesi veya bu kurallara karşı kayıtsız kalmasıdır. 1964 tarihli Konvansiyonlar, kanunlar ihtilafı kurallarını reddeden bir tutum sergilerken, *Viyana Konvansiyonu*'nda bu kurallara yer verildiği görülmektedir (**PELICHET, Vente**, s.28 vd.).

¹⁶ **PELICHET, Vente**, s.33 ; **BALKAR**, s. 95. Doktrinde Henri Batiffol tarafından yapılan ve ciz bir benzetme bu hususta dikkat çekicidir : « *Kanunlar ihtilafı kuralları olmadan yeknesak hukuk yapmayı istemek, matematik olmadan fizik yapmayı istemek gibidir* »: **BATIFFOL Henri**: Travaux, (1964-1966), s. 101-102 (naklen **PELICHET, Vente**, s. 24 ; **BALKAR**, s. 125 ; **BALKAR BOZKURT**, s 196). Kanunlar ihtilafı yöntemi ile yeknesaklaştırmayı amaçlayan maddi kurallar içeren konvansiyonların rekabet değil işbirliği içinde olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. **BALKAR BOZKURT**, s. 191-196.

La Haye Konvansiyonlarını feshetmelerini şart koşmuş ve bu fesih bildirimini Hollanda hükümetine tebliğ edilip yürürlüğe girmesine dek *Viyana Konvansiyonu*'na üyeliğin geçerli olmayacağı belirtilmiştir.

Viyana Konvansiyonu üç paragraftan oluşan ve Konvansiyon'un güttüğü amaç ve benimsediği ilkeleri içeren bir önsözle başlamaktadır. Buna göre Konvansiyon'un amacı devletler arasında eşitlik ilkesine dayalı dostane ilişkilerin hüküm sürdüğü yeni bir uluslararası ekonomik düzenin kurulması ve uluslararası ticaretin önündeki her türlü hukuki engelin ortadan kaldırılmasını sağlamaktır¹⁷. Giriş bölümünden sonra Konvansiyon hükümleri dört bölümde incelenmiştir. Bunlar sırasıyla "Uygulama alanı ve genel hükümler", "Sözleşmenin kurulması", "Malların satışı"¹⁸ ve "Son hükümler" başlıklarını taşımaktadırlar.

Aşağıda, *Viyana Konvansiyonu*'nun zaman, yer ve konu bakımından uygulama alanı incelenecek ve Konvansiyon'un bu alanın dışında da uygulanıp uygulanmayacağı ihtimali ile uluslararası satım sözleşmeleri bağlamında söz konusu olan diğer konvansiyonlar üzerinde durulacaktır. Son olarak *Viyana Konvansiyonu*'nun neden bir başarı örneği olduğu hakkında genel bir değerlendirme yapılacaktır.

II. VİYANA KONVANSİYONU'NUN UYGULAMA ALANI

A) Konvansiyon'un Zaman Bakımından Uygulanması

Viyana Konvansiyonu'nun zaman bakımından uygulanması, Konvansiyon'a taraf olan devletler ve belirli bir satım sözleşmesinin tarafları açısından farklı şekilde incelenmelidir.

1) Üye devletler açısından

Bir konvansiyonun zaman bakımından uygulanması denilince ilk akla gelen o konvansiyonun yürürlüğe girdiği tarihtir.

Viyana Konvansiyonu, 99'uncu maddenin ilk fıkrası gereği "*onuncu onama, kabul, tasvip veya katılma belgesinin tevdiinden sonraki oniki ayın bitimini izleyen ayın ilk gününde*" yürürlüğe girecektir. Daha önce de be-

¹⁷ AUDIT, *Vente*, ss.9.

¹⁸ Adından içeriği net olarak anlaşılmayan bu bölüm satım sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını düzenlemektedir.

İrttiğimiz üzere bu şart 11 Aralık 1986 tarihinde gerçekleşmiş ve böylece Viyana Konvansiyonu 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Aynı kural md. 99/2’de yer alan hüküm gereği Konvansiyon’un üye devletlerde yürürlüğe girmesi açısından da geçerlidir. Hal böyle iken üye devletlerin her biri açısından Viyana Konvansiyonu’nun yürürlük tarihi farklı olmaktadır¹⁹. Bunların yanı sıra Viyana Konvansiyonu’na taraf olan devletler arasında aynı zamanda 1964 tarihli *La Haye Konvansiyonları*’nın birine veya ikisine de taraf olan devletler bakımından bu tarih md. 99’un üçüncü ve devam eden fıkraları gereği daha da farklı olacaktır. Zira bu devletler açısından Konvansiyon, eski tarihli olanlarının feshedildiğinin Hollanda hükümetine tevdi edilmesi ile yürürlüğe girecektir.

Viyana Konvansiyonu’nun devletler arasında zaman bakımından uygulanmasını düzenleyen bir başka hüküm de 94’üncü maddede yer almaktadır. Buna göre, Konvansiyon’un kapsamına giren konularda aynı veya çok yakın mevzuata sahip bulunan iki veya daha fazla üye devlet (md.94/1) veya bir veya daha fazla üye olmayan devlet ile bir üye devlet (md.94/2), tarafların işyerlerinin bu devletlerde olması halinde, satış sözleşmelerine bu Konvansiyon’un uygulanmayacağını beyan edebilirler²⁰. Böyle bir hükmün Konvansiyon metninde yer almasının sebebi İskandinav ülkeleri arasındaki ekonomik işbirliği anlaşmalarına veya *CMEA (Council for Mutual Economic Assistance)* bünyesindeki anlaşmalara imkân tanımaktır.

Son olarak Viyana Konvansiyonu’nun 101. maddesinde yer alan ve üye devletlere bu Konvansiyon’un tamamını veya II. veya III. Bölümlerini feshetme yetkisi tanıyan hükümden bahsetmek gerekmektedir. Buna göre Konvansiyon’u kabul anında 92’nci maddede yer alan çekinceyi kullanmayan devletler daha sonraki zamanlarda bu hüküm sayesinde aynı amaca ulaşabilmektedirler. 101’inci madde uyarınca yapılacak olan fesih, muhatap tarafından tebliğatin alınmasından sonraki oniki ayın bitimini izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girer. Ancak bu süreden daha uzun bir sürenin öngörülmesi mümkündür.

¹⁹ Viyana Konvansiyonu’na taraf olan devletlerde Konvansiyon’un kabul ve yürürlüğe girdiği tarih için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

²⁰ Bu çekince Danimarka, Finlandiya, İzlanda, Norveç ve İsveç tarafından kullanılmıştır http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

Türkiye Cumhuriyeti Viyana Konvansiyonu'nu oldukça geç bir tarihte onaylamıştır. Gerçekten de, Konvansiyon'un müzakerelerinin yapıldığı diplomatik konferansa katılan Türkiye, nihai metni imzalamış ancak uzunca bir süre onaylamamıştır²¹. 2 Nisan 2009 tarihinde kabul edilen 5870 Sayılı Kanun²² ile Türkiye Cumhuriyeti'nin Konvansiyon'a katılması uygun bulunmuş; 2010/47 Sayılı Bakanlar Kurulu kararı²³ ile de katıldığımız beyan edilmiştir. Konvansiyon'un 99/2. Maddesine istinaden, Konvansiyon, "... onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren oniki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde" yürürlüğe gireceğinden, Türkiye Cumhuriyeti açısından yürürlük tarihi 1 Ağustos 2011'dir.

Anayasa'nın 90/5 hükmü gereği, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde olduğundan, 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren Türk Borçlar Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan iç hukuk satım sözleşmesi hükümleri yanında, uluslararası nitelik taşıyan satım sözleşmelerine uygulanmak üzere Viyana Konvansiyonu ile tespit edilmiş ve Türk Hukuku açısından kanun niteliği kazanmış bir hukuki düzenlememiz daha bulunmaktadır²⁴.

Bu sebeple Türkiye'nin de, gerek dış satımlarının artmasından kaynaklanan uluslararası satım sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünü yeknesak hükümlere bağlamak, gerekse uluslararası satım konusunda yapılmış olan bu çalışmanın dışında kalmayıp, diğer ülkelerin yanında uluslararası planda yerini almak açısından ülkemizin bu Konvansiyonu onaylaması gecikmiş olsa da isabetli bir adım olmuştur²⁵. Zaten Konvansiyon hükümleri ile Türk Hukuku ana hatları itibariyle birbirleriyle uyum halindedir²⁶.

²¹ Bununla birlikte, Türkiye Cumhuriyeti'nin onaylamamış olduğu dönemlerde de, bazı hallerde Konvansiyon'un Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası mal satımlarına uygulanma olanağı bulabileceği doktrinde ileri sürülmüştür (Madde 1/I-b hükmünün dolambaçlı da olsa getirdiği düzenleme ile Viyana Konvansiyonu, taraf olmamasına rağmen, Türkiye açısından da uygulama alanı bulabileceğine dair bkz. **ERDEM** Ercüment: "*Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*", *BATİDER*, 1992, C. XVI, Y. 1992, S.3, (Viyana), s. 105; **TİRYAKİOĞLU**, *Uygulanacak Hukuk*, s.278).

²² RG. 14.04.2009-27200.

²³ RG. 07.04.2010-27545.

²⁴ **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, s. 21.

²⁵ Bu hususa ilişkin **ERDEM**, *Viyana*, s.105; **TİRYAKİOĞLU**, *Uygulanacak Hukuk*, s.278.

²⁶ Viyana Konvansiyonu'nun MÖHUK ve Türk Borçlar Kanunu açısından çeşitli veçheleriyle çok ayrıntılı bir biçimde değerlendiren makalelerin yer aldığı kapsamlı bir çalışma için bkz.

2) Taraflar açısından

Viyana Konvansiyonu genel ilke uyarınca geçmişe uygulanmamaktadır. 100'üncü madde hükmü gereği Konvansiyon, yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılmış olan sözleşmelere uygulanacaktır²⁷. Ancak bu hususta satım sözleşmesinin kuruluşu ile hükümleri arasında fark gözetmek gerekmektedir.

Satım sözleşmesinin hüküm ve sonuçları bakımından Konvansiyon, md.1'de değinilen devletlerde yürürlüğe girdiği tarihten sonra akdedilen sözleşmelere uygulanacaktır (md. 100/2). Sözleşmenin kurulması bakımından ise Konvansiyon ancak sözleşmenin kurulmasına yönelik teklifin md.1'de değinilen devletlerde yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılmışsa uygulama alanı bulacaktır (md.100/1). Konvansiyon'un farklı tarihlerde yürürlüğe girdiği devletlerde işyeri bulunan taraflar açısından bu Konvansiyon'un uygulanmasında esas alınacak tarih, yürürlük tarihi daha yeni olanı olacaktır²⁸.

B) Konvansiyonun Yer Bakımından Uygulanması

Viyana Konvansiyonu her türlü satım sözleşmesine uygulanmamaktadır. Her şeyden evvel Konvansiyon'un anladığı anlamda bir uluslararası satım sözleşmesi mevcut olmalıdır. Bununla beraber Konvansiyon, uygulanabilirlik şartı olarak, satıcı ve alıcı esasına göre ya da kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek bazı ek irtibatlar da aramaktadır²⁹.

1) Konvansiyona göre uluslararası satımın tanımı

Viyana Konvansiyonu 1'inci maddesinin ilk fıkrasında uluslararası satımı "*Bu Konvansiyon, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satış sözleşmelerine uygulanır*" demek suretiyle tanımlamıştır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, tarafların milliyetinin, sözleşmenin hukuki

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, GSÜHFD, 2013/1, s. 1 vd. Ayrıca Viyana Konvansiyonu ile Türk Hukuku arasında karşılaştırma için bkz. **ERDEM**, *Viyana*, s. 41 vd.

²⁷ **AUDIT**, *Présentation de la Convention*, s. 19; **HEUZE**, *Traité des Contrats*, s.110-111; **AUDIT**, *Vente*, s.12-13.

²⁸ **AUDIT**, *Vente*, s.13.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KAHN** Philippe: « *Convention De Vienne du 11 Avril 1980, Caractères et domaine d'application* », DPCI, 1989, Tome 15,no.3, s.385 vd.

veya ticari niteliğinin bu Konvansiyon'un uygulanmasında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir.

Öyle ise Konvansiyon uyarınca uluslararası satım, “*tarafaların milliyetine veya sözleşmenin niteliğine bakılmaksızın, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım*” olarak ifade edilebilir. Taraflardan birinin birden fazla işyeri bulunması halinde, sözleşmenin kurulduğu sırada veya daha sonraki bir tarihte taraflarca bilinen ya da tasarlanan koşullar dikkate alınarak sözleşme ve onun uygulanması ile en yakın ilişkisi bulunan işyerinin esas alınacağı belirtilmiştir (md.10/a). Bir tarafın herhangi bir işyeri bulunmaması halinde ise, onun mutad meskenine başvurulacağı hüküm altına alınmıştır (md.10/b).

Ancak 1’inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan hükme göre, tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması olgusu, bu durumun, sözleşmenin yapıldığı sırada veya daha önce, gerek sözleşmeden, gerekse aralarındaki iş münasebetinden veya açıkladığı bilgilerden anlaşılmaması halinde, dikkate alınmayacaktır. Daha açık ifade etmek gerekirse, taraflar uluslararası bir sözleşme kurduklarının farkında olmalıdırlar³⁰.

2) Konvansiyonun uygulanabilirlik şartları

Viyana Konvansiyonu, md. 1’de yer alan iki şarttan birinin gerçekleşmesi halinde uygulanma olanağı bulmaktadır: ya tarafların işyerleri farklı âkit devletlerde bulunacak veya kanunlar ihtilafı kuralları âkit bir devletin hukukunun uygulanmasını gösterecektir.

a) Satıcı ve Alıcı Esasına Göre İrtibatlandırma

Madde 1/ I-a hükmünde yer alan şarta göre Viyana Konvansiyonu, *alıcının ve satıcının işyerlerinin bulunduğu devletlerin her birinin Konvansiyon’u taraf olması halinde uygulanabilecektir*. Bu durumda, sözleşmenin tarafları farklı devletlerde işyerine sahip olsalar bile, şayet bu devletlerden birisi Viyana Konvansiyonu’na taraf değilse, Konvansiyon, md. 1/ I-a hükmü aracılığıyla uygulanamayacaktır³¹.

³⁰ Bu hükmün amacı, bölgesel temsilciler (şube veya acente) aracılığıyla kurulan satım sözleşmelerinde taraflardan birinin uluslararası nitelik taşıyan bir sözleşmeyi akdettiğinin farkında olmaması ihtimalini de düzenlemektir (AUDIT, Vente, s.19).

³¹ ERDEM, *Livraison*, s. 18-22.

Konvansiyon'un uygulanmasında uyuşmazlığın çözümünün devlet yargısına mı yoksa tahkime mi tabi tutulduğu önemlidir. Şayet uyuşmazlık mahkemeler aracılığıyla görülecekse, âkit bir devletin hakimi³², taraflardan her ikisinin de işyerlerinin Viyana Konvansiyonu'na taraf olan ülkelerde bulunması halinde bu Konvansiyonu kanunlar ihtilafı yönteminden bağımsız olarak uygulayacaktır³³. Ancak Konvansiyon'un her türlü satıma uygulanmayacağı düşünülürse, kapsam dışı konularda hakim, kendi kanunlar ihtilafı kurallarınca belirleyeceği hukuku uygulayacaktır. *Lex contractus* olarak belirlenen bu hukuk pek tabiidir ki Konvansiyon'a taraf olmayan bir ülke hukuku olabilir.

Uyuşmazlığı çözmekle görevli olan hakim Viyana Konvansiyonu'na taraf olmayan bir ülkenin hakimi de olabilir³⁴. Bu durumda hakim kendi kanunlar ihtilafı kurallarına başvurarak *lex contractus*'u belirleyecektir. Eğer kanunlar ihtilafı kuralları âkit bir ülke hukukunu gösteriyorsa Viyana Konvansiyonu, bu ülkenin hukukunun bir parçası olmasından dolayı uygulanacak, aksi durumun varlığı halinde ise uygulanmayacaktır.

Buna karşılık, şayet taraflar aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesini kararlaştırmışlarsa, tarafların sözleşmelerinde herhangi bir hukuk seçiminde bulunup bulunmadıklarına bakmak gerekecektir. Eğer taraflar Viyana Konvansiyonu'nu kabul eden bir ülkenin hukukunu seçmişlerse Konvansiyon uygulama alanı bulacak, seçilen hukuk âkit olmayan bir devletin hukuku ise uygulanmayacaktır³⁵. Taraflar esasa uygulanacak hukuk seçiminde bulunmamışlarsa esasa uygulanacak hukuk, hakem veya hakemler tarafından belirlenecektir. Bu durumda, taraflar özel olarak Viyana Konvansiyonu'nun uygulanmasını istemediklerini belirtmedikçe, hakemler bu Konvansiyonu uygulayabileceklerdir³⁶.

³² AUDIT, *Vente*, s. 21; HEUZE, *Traité des Contrats*, s. 99.

³³ Konvansiyon'un bu şekilde, md. 1/1-a uyarınca, *lex forinini* kanunlar ihtilafı kurallarına gerek kalmaksızın uygulanmasına doktrinde “doğrudan” veya “otonom” uygulama denilmektedir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 29; ŞANLI Cemal/ ESEN Emre/ ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, İstanbul, s. 300

³⁴ AUDIT, *Vente*, s. 22 ; HEUZE, *Traité des Contrats*, s. 99.

³⁵ HEUZE, *Traité des Contrats*, ss. 100 ; MOUSSERON J.M./ RAYNARD J./ FABRE R./ PIERRE J. : *Droit Du Commerce International*, Paris, 1997, s. 218. Konuya ilişkin tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. AKINCI Ziya: “Viyana Konvansiyonu'nun Tahkimde Uygulanması”, GSÜHFD, 1/ 2013, s. 77-80.

³⁶ AKINCI, s. 81.

Son olarak Konvansiyon'da öngörülen bazı çekinceler uyarınca yukarıda belirtilen esasların uygulanmayabileceğini belirtmek gerekmektedir. Bu çekinceler 92, 93 ve 94'üncü maddelerde yer almaktadır.

92'nci maddeye göre, âkit devletlerden her biri bu Konvansiyon'un II. Veya III. Bölümü veya hem II. hem de III. Bölümü ile bağlı olmayacaklarını beyan edebilirler. Sırasıyla sözleşmenin kuruluşu ve hükümleri ile ilgili düzenlemeler getiren bu bölümlerin her ikisine de çekince koyan bir devlet, 92'nci maddenin ikinci fıkrası gereği "âkit devlet" sayılmaz.

93'üncü maddede ise birden fazla toprağı bulunan ülkeleri düzenlemektedir. Buna göre, "*bir âkit devletin, bu Konvansiyon'da ele alınan konularla ilgili olarak farklı hukuki sistemler uygulanan birden fazla toprağı bulunmakta ise, kabul esnasında, bu Konvansiyon'un ülkesine dahil bütün topraklarda veya birkaçında uygulanacağını beyan edebilir ve bu beyanını her zaman başka bir beyanla değiştirebilir*". Bu çekince Kanada³⁷ tarafından kabul edilmiştir.

b) Kanunlar İhtilafı Kurallarına Göre İrtibatlandırma

Viyana Konvansiyonu'nun 1'inci maddesinin ilk fıkrasının (b) bendi, Konvansiyon'un "*Uluslararası Özel Hukuk kurallarının âkit devletlerden birinin mevzuatının uygulanmasını göstermesi*" durumunda da uygulama alanı bulacağını hüküm altına almıştır. Bu bend Konvansiyon'un uygulama alanının genişletilmesi amacını taşımaktadır. Zira hakimin hukukunun kanunlar ihtilafı kuralı Viyana Konvansiyonu'na taraf olan bir devletin hukukunu gösterdiği takdirde, taraflardan birinin veya her ikisinin de işyerleri âkit olmayan devletlerde olsa dahi Viyana Konvansiyonu uygulanacaktır. Bu hüküm, Konvansiyon'un (a) bendi uyarınca uygulanmadığı durumlarda devreye girmektedir. Böylelikle aynı maddenin (a) bendinde saptanmış bulunan daraltıcı şartlar bir bakıma dengelenmiş olmaktadır³⁸. Konvansiyon'un bu şekilde uygulanması, *lex forin* kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmayı gerektirdiğinden, doktrinde *dolaylı (indirect)* uygulanma olarak ifade edilmektedir³⁹.

Ancak belirtmek gerekir ki, Konvansiyon'un bu bendinde yer alan hüküm kanunlar ihtilafı kurallarına etki tanırken atfı reddetmiştir⁴⁰. Fakat atfın

³⁷ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

³⁸ TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s.109.

³⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 32.

⁴⁰ TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s.109.

reddedilmesi, sadece davanın açıldığı devletin Viyana Konvansiyonu'na taraf olması halinde söz konusudur. Diğer bir deyişle, âkit bir devlet mahkemesi önüne gelen bir olayda bu devletin kanunlar ihtilafı kuralları başka bir âkit devlet hukukunu gösteriyorsa, Konvansiyon bu devletin iç hukuku olarak uygulanır ve onun ihtilaf kuralları dikkate alınmaz. Buna karşılık, uyumsuzluk âkit olmayan bir devlet mahkemesi önüne gelmişse, bu defa hakim kendi kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği ülkenin hukukunu uygularken, o ülkenin ihtilaf kurallarını göz önüne alabilecektir⁴¹.

Viyana Konvansiyonu'nun dünya çapında benimsenmesi ve yaygın olarak uygulanmasına sebep olan en büyük etkenlerden biri de işte bu bentte yer alan hükümdür⁴². Özellikle uluslararası ticaret alanında kanunlar ihtilafı yönteminin modasının geçtiği ve reform çabalarının daha çok maddi hukukun yeknesaklaştırılmasına yöneldiği izleniminin uyandığı günümüzde, Viyana Konvansiyonu, ihtilaf kurallarına etki tanımak suretiyle bir yandan maddi hukuk alanında yeknesaklaştırmaya yönelik düzenlemeler itibariyle ihtilaf kurallarının rolünün hâla var olduğunu göstermiş⁴³, öte yandan da *La Haye Yeknesak Hukuk Konvansiyonlarının* tekelci karakterini kırmıştır⁴⁴.

Konvansiyon'un uygulanma alanının genişlemesini sağlayan bu hüküm yukarıda değinilen olumlu taraflarına rağmen büyük bir tehlikeyi de beraberinde getirmektedir⁴⁵. Şöyle ki, Viyana Konvansiyonu'nun uygulanıp uygulanmayacağına karar verecek olan, mahkemenin kendi ihtilaf kuralları olduğu için, çeşitli devletlerin kanunlar ihtilafı kuralları yeknesaklaştırılmadığı ölçüde *forum shopping* teşvik edilmiş olacaktır⁴⁶. Bu nedenle, satım sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla çalışmalar başlatılmıştır. Bu bağlamda, 1955 tarihli *La Haye Satım Konvansiyonu*'nu revize eden 1986 tarihli *La Haye Konvansiyonu* bu işlevi yerine getirmek üzere hazırlanmıştır⁴⁷.

41 **TİRYAKİOĞLU**, *Uygulanacak Hukuk*, s.110.

42 **PELICHET**, *Vente*, s.39.

43 **PELICHET**, *Vente*, s.33 ; **BALKAR**, s. 95.

44 **TİRYAKİOĞLU**, *Uygulanacak Hukuk*, s.109; **PELICHET**, *Vente*, s.39.

45 **RECZEI**, L.: "The Area of Operation of The International Sales Conventions", *The American Journal Of Comparative Law*, Vol.29, 1981, s.517 vd.

46 **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, s. 19; **TİRYAKİOĞLU**, *Uygulanacak Hukuk*, s.110.

47 **PELICHET** Michel : « *Les rapports entre La Convention de Vienne et La Convention de La Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* »,

Görüldüğü gibi Viyana Konvansiyonu'nun bu maddesi olumlu ve olumsuz tarafları aynı anda barındıran bir maddedir. Bu sebepten dolayı da Konvansiyon'un görüşmeleri esnasında uzun tartışmalara yol açmıştır. Bazı devletler bu bendin Konvansiyon'dan çıkarılmasını istemişlerdir. Ancak bu öneri reddedilerek, madde 95'te yer alan ve bu bendin etkisini ortadan kaldırmaya izin veren bir çekincenin kabul edilmesiyle uzlaşma sağlanmıştır. 95'inci maddeye göre her devlet, onama, kabul, tasvip ya da katılma belgesini tevdi ettiği sırada bu Konvansiyon'un 1'inci maddesinin I-b hükmü ile bağlı olmayacağını beyan edebilecektir⁴⁸.

Konvansiyon'da böyle bir çekincenin yer alması doktrinde eleştirilmektedir. Zira her çekince olduğu gibi bunda da Konvansiyon'un amaçladığı yeknesaklık büyük ölçüde zarara uğramıştır. Ancak, yeknesak hükümlerin kabulünün gerektirdiği uzlaşmaya varmak endişesi bazen bu tür çekincelerin konulmasını zorunlu hale getirmektedir⁴⁹.

C) Konvansiyon'un Konu Bakımından Uygulanması

Viyana Konvansiyonu, başlığından da anlaşılacağı gibi, uluslararası mal satımlarına uygulanmaktadır. Uluslararası satım kavramının oldukça geniş bir kapsamının olması Konvansiyon'un bu konunun sınırlarını açıkça belirtmesini gerektirmiştir.

Konvansiyon öncelikle uluslararası satımı “*işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım*” olarak tanımlamış ve böylelikle iç hukuktaki satım sözleşmesi ile uluslararası satım sözleşmesi arasındaki farkı belirtmiştir. Diğer taraftan Konvansiyon, satım sözleşmesi olarak kabul edilen ve edilmeyen sözleşme tiplerini belirtmiş ve kapsamı dışında kalan satım ve mal türlerini de saymak suretiyle açıklamıştır.

Les Ventes Internationales, Journée d'étude en l'honneur du professeur Karl H. Neumayer, Lausanne, 1998, (*Les rapports*), s. 59 vd.

⁴⁸ TİRYAKİOĞLU çekinceyi öngören bu madde hükmünün aslında yanlış anlaşıldığını ve böyle bir çakinceyi talep edenlerin elde etmek istedikleri sonucu aşan bir etki meydana getirdiğini ileri sürmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s.111. Ayrıca bu konuda örnekler için bkz. ERDEM, *Viyana*, s. 48; HERGÜNER Ümit: “*Applicability of the U.N. Convention on Contracts for The International Sale of Goods to Sales Contracts Concluded by Turkish Companies and Their Affiliates Abroad*”, Murat Sarıca Armağanı, İstanbul, 1988, s.98.

⁴⁹ PELICHET, *Vente*, ss.41.

1) Konvansiyon Uyarınca Satım Sözleşmesi Olarak Kabul Edilen Sözleşmeler

Konvansiyon 3'üncü maddenin 1'inci fıkrasında “*imal edilecek veya üretilecek malların teminine ait sözleşmeler, malları sipariş eden tarafın, işbu imalat veya üretim için gerekli malzemenin büyük kısmını taahhüt etmesi hali dışında, satım sözleşmesi olarak kabul edilir*” demek suretiyle satım sözleşmesi ile istisna sözleşmesi arasındaki ayrımı kolaylaştırmıştır. Örneğin üzerinde değişik motiflerin işlendiği bir kumaş tesliminin söz konusu olduğu hallerde şayet kumaş müşteri tarafından tedarik ediliyorsa, bu satım sözleşmesi Viyana Konvansiyonu'nun kapsamı dışındadır.

Konvansiyon 3'üncü maddenin 2'inci fıkrasında ise, “*Bu Konvansiyon, malları veren tarafın vecibelerinin büyük kısmını, işgücü ve diğer hizmetlerin sağlanmasının oluşturduğu sözleşmelere uygulanmaz*” demek suretiyle hizmet sözleşmesi ile satım sözleşmesi ayrımını ortaya koymuştur.

Bu madde sayesinde karma niteliğe sahip sözleşmelerin ne zaman Viyana Konvansiyonu'nun uygulama alanının dışında kalacağı net bir biçimde anlaşılmaktadır.

2) Konvansiyon Uyarınca Kapsam Dışında Kalan Satımlar ve Mallar

Viyana Konvansiyonu, 2'inci maddesinde yer alan bazı satım ve mal türlerini kapsamına dahil etmemiştir. Satımın amacı, satımda kullanılan yöntem veya satımın konusu dikkate alınmak suretiyle getirilen bu istisnalar altı kategoriye ayrılmaktadır⁵⁰.

Satımın sözleşmesinin amacı bakımından Konvansiyon'un kapsamı dışında bırakılan satım türü “*tüketici satımları*”dır⁵¹. Konvansiyon'un 2'inci maddesinde tüketici satımlarının tanımı yapılmak suretiyle, bu tanım içine giren satım türleri istisna edilmiştir. Buna göre, “*Satıcının sözleşmenin ku-*

⁵⁰ Belirtmek gerekir ki bu istisnaların hemen hemen tamamı satıma ilişkin diğer konvansiyonlarda da bulunmaktadır (AUDIT, *Vente*, s.27).

⁵¹ Tüketici satımlarının Konvansiyonun kapsamı dışında tutulmasının amacı, çoğu ülkede var olan ve emredici nitelik taşıyan tüketicinin korunmasına dair mevzuatlara müdahale etmekten kaçınmaktır (TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s.113 ; DEVELİOĞLU Hüseyin Murat : « *CISG'nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı* », GSÜHFD, 1/ 2013, s. 66-67).

rulduğu tarihte veya ondan sonra bilmediği veya bilemeyeceği hal dışında kişisel, ailevi veya ev halkının kullanımı amacıyla malların satımı tüketici satımı olarak kabul edilir”.

Satımda kullanılan yöntem bakımından Viyana Konvansiyonu'nun kapsamı dışında kalan satım türleri ise, md.2(b) hükmünde yer alan açık arttırma yoluyla yapılan satımlar ile (c) bendinde yer alan icra veya başkaca kanun yoluyla yapılan satımlardır. Açık arttırma yoluyla yapılan satımlar çoğunlukla arttırmanın yapıldığı devlet hukuku tarafından özel kurallar ile düzenlendiği için, satıma dair maddi hukukun yeknesaklaştırılması amacı taşıyan bir Konvansiyon'un bu tür satımları kapsam dışı bırakması doğaldır⁵². Zira açık arttırma yoluyla yapılan satımlarda, satıcı arttırma sonunda kimin alıcı olacağını bilemeyeceği için, sözleşmenin Konvansiyon'un uygulama alanına girip girmediği de belli olamayacaktır⁵³. Cebri icra yoluyla gerçekleştirilen veya kamu otoriteleri tarafından (hakim kararı ile) yapılan satımlar ise, satımın gerçekleştiği ülke hukuku tarafından emredici nitelikteki özel kurallar ile düzenlendiği için Viyana Konvansiyonu'nun kapsamı dışında tutulmuştur⁵⁴.

Viyana Konvansiyonu bazı mal çeşitlerinin satımını da kapsamı dışında bırakmıştır. Satımın konusu bakımından Konvansiyon'un kapsamı dışında kalan satımlar, md.2 (d) de yer alan sermaye payları, hisse senetleri, tahviller, kıymetli evrakın veya paranın satımı, (e) bendinde yer alan vapur, gemi, hoverkraft ve uçak satımı ile (f) bendindeki elektrik satımıdır.

3) Konvansiyonun Düzenlemediği Konular

Viyana Konvansiyonu, 4'üncü maddesinde hangi konulara ilişkin düzenlemeler getirdiğini belirtmiştir. Buna göre Konvansiyon yalnızca satım sözleşmesinin düzenlenmesi ve alıcı ile satıcının hak ve yükümlülükleri konusunda düzenleme getirmektedir. Aynı madde Konvansiyon'un, aksi belirtilmedikçe, sözleşmenin veya herhangi bir hükmünün geçerliliği ile satılan malların mülkiyeti konularına uygulanmayacağını ifade etmektedir.

⁵² TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s.113 ; BALKAR, s. 106.

⁵³ Alıcının ne maksatla söz konusu malı satın aldığı veya nerede işyerinin olduğu gibi hususlar açık arttırma esnasında belli değildir (AUDIT, *Vente*, s.29).

⁵⁴ Bu tür satımlar aynı zamanda satım sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirleyen Konvansiyonlarda da kapsam dışında bırakılmışlardır.

Aynı şekilde, Konvansiyon, malların neden olduğu ve bir şahsın ölümü veya yaralanması ile sonuçlanan olaylarda satıcının sorumluluğuna uygulanmamaktadır (md.5).

D) Viyana Konvansiyonu'nun Alanının Dışında Uygulanması İmkânı

Viyana Konvansiyonu'nun uygulanma alanını belirleyen kurallar, Konvansiyonun, kapsamı dışında kalan satımlara uygulanmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla, Viyana Konvansiyonu'nun uygulama alanına girmeyen bir satım türüyle karşılaşan hakim, uyuşmazlığı kendi kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuku uygulayarak çözüme ulaştıracaktır. Bu noktada akla şu soru gelmektedir: acaba Viyana Konvansiyonu, uygulanma şartları gerçekleşmemesine rağmen salt tarafların sözleşmelerine bu Konvansiyon hükümlerinin uygulanmasını istemeleri durumunda mahkemelerce *lex contractus* olarak uygulanma imkanı kazanabilir mi? Ya da tahkim yoluyla çözümlenecek bir uyuşmazlıkta, tarafların esasa uygulanacak hukuka dair herhangi bir seçimde bulunmamaları halinde hakemler Konvansiyon'un uygulanma şartları gerçekleşmemesine rağmen Viyana Konvansiyonu'nun *lex mercatoria* bağlamında uygulanmasına karar verebilecekler midir? Tüm bu sorular, Viyana Konvansiyonu'nun alanı dışında uygulanma ihtimalinin olup olmadığıyla ilgilidir.

1) Konvansiyonun Tarafların İradesiyle Uygulanması

Uluslararası bir satım sözleşmesinin tarafları, menfaatlerine uygun gördükleri takdirde, Viyana Konvansiyonu'nun alanı dışında kalan konularda dahi bu Konvansiyon hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilirler⁵⁵. Örneğin taraflar arasında Viyana Konvansiyonu'nun uygulama alanına giren bir satım sözleşmesi değil de bir gemi satımı veya bir hisse senedi satımı gibi Konvansiyonun kapsamı dışında kalan bir satım söz konusu olabilir. Ya da tarafların işyerleri aynı devlet topraklarında olabilir. Benzer sebeplerden dolayı Konvansiyon'un uygulanma şartlarının gerçekleşmediği satımlar hakkında acaba Viyana Konvansiyonu *lex contractus* olarak uygulanabilir mi?

⁵⁵ HEUZE, *Traité des Contrats*, s.113 ; EKŞİ Nuray: “Kanunlar İhtilafı Alanında İncorporation”, MHB, S.1-2, 1999-2000, Prof.Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, s.289.

Doktrinde yer alan bir fikre göre, taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku Viyana Konvansiyonu da dahil olmak üzere serbestçe kararlaştırabilirler⁵⁶. Bu fikri benimseyenler, Viyana Konvansiyonu'nun maddi olarak satım sözleşmelerini düzenleyebilecek ve dolayısıyla *lex contractus* sayılabilecek nitelikteki bir düzenleme olduğunu ileri sürmektedirler⁵⁷. Onlara göre Viyana Konvansiyon'u içerisinde bulunabilecek boşluklar yedek bir *lex contractus*'un öngörülmesiyle⁵⁸ doldurulabilecek ve tamamlayıcı nitelikteki bu hukuk ancak asıl *lex contractus* olan Viyana Konvansiyonu'na ek olarak belirlenen ikinci bir *lex contractus* olarak kabul edilecektir.

Viyana Konvansiyonu'nun satım hususunda oldukça yetkin bir düzenleme olmasına dayanan bu görüş doktrinde fazlasıyla eleştirilmiştir⁵⁹. Şöyle ki; Viyana Konvansiyonu, her ne kadar, içerdiği hükümler bakımından son derece etkin ve mükemmele yakın bir düzenleme olsa bile, netice olarak hukuk olma niteliğini onu kabul eden devletler sayesinde ve ancak bu devletler nezdinde kazanmaktadır⁶⁰. Konvansiyon bunun ötesinde basit bir sözleşme hükmü niteliğinde olup hiçbir şekilde milli hukuklardan bağımsız *gerçek bir lex contractus olarak nitelendirilemez*.

Viyana Konvansiyonu'nun niteliği bu şekilde tespit edilince, Konvansiyon'un uygulanma şartlarının gerçekleşmediği durumlarda da tarafların iradesiyle uygulanıp uygulanmayacağı sorusu da cevap kazanmaktadır. Zira devlet yargısı önüne gelen ve Konvansiyon'un uygulama alanının dışında kalan bir konuda, *lex contractus* Konvansiyon'a taraf olan bir ülkenin hukuku olsun veya olmasın, Viyana Konvansiyonu şartları gerçekleşmediği gerekçesiyle uygulanmayacaktır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, *lex contractus* olarak belirlenen ülke hukukuna⁶¹ göre çözümlenecek ve ancak bu hukukun tarafların Viyana Konvansiyonu'nun uygulanmasına yönelik

56 **MOULY, C.:** « *La conclusion du contrat selon la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* », Dr. Prat. Com. Int., 1989, s.400; **KAROLLUS, M.:** UN-Kaufrecht, s.39 (naklen **HEUZE, Traité des Contrats**, s. 114).

57 Aksi görüş için bkz. **TİRYAKIOĞLU, Uygulanacak Hukuk**, s.115.

58 Bu hukuk taraflarca seçilmiş olabileceği gibi, hakim tarafından kanunlar ihtilafı kurallarının işletilmesi sonucu da belirlenmiş olabilir.

59 **PELICHET, Vente**, ss. 36; **HEUZE, Traité des Contrats**, s. 114.

60 **HEUZE, Traité des Contrats**, s.114. Benzer görüş için bkz. **EKŞİ**, s. 288.

61 *Lex contractus*, uyuşmazlığın önüne getirildiği hakimnin ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek ve taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuktur.

sözleşmelerinde yer alan kloza etki tanınması halinde Konvansiyon, şartları gerçekleşmese bile uygulanma imkânı bulacaktır⁶².

Tahkim yargılamasında ise durum daha farklıdır. Zira hakemler yargılama gücünü tarafların iradesinden aldıkları için her şeyden evvel tarafların istekleri ile bağlıdır. Şayet taraflar aralarındaki sözleşmeye, uygulama şartları gerçekleşmese bile, Viyana Konvansiyonu'nun uygulanmasını istemişlerse, bu takdirde hakemlerin yapabileceği tek şey bu iradeye öncelik tanımak suretiyle Viyana Konvansiyonu'nu uygulamak olacaktır⁶³.

2) Konvansiyon'un *Lex Mercatoria* Olarak Uygulanması

Doktrinde üzerinde çok fazla tartışmaların olduğu bir konu da Viyana Konvansiyonu'nun tahkim yargılamasında hakemler tarafından "*lex mercatoria*" sıfatıyla uygulanıp uygulanamayacağıdır⁶⁴. Zira bilindiği gibi hakemler, milletlerarası ticaretin beklentilerini ve uygulamasını dikkate almaya azami ölçüde özen gösterirler⁶⁵.

Gerçekten de, gerek UNCITRAL Model Kanun (md. 28/4), gerekse 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK. Md. 12/C), hakemlerin kararlarında ticari örf ve adetleri dikkate alacaklarını ifade etmektedir. Yalnız, bu iki düzenleme arasında önemli bir fark mevcuttur. Şöyle ki; UNCITRAL Model Kanun'da taraflar arasındaki ilişkiye uygulanması söz konusu olan ticari örf ve adetten bahsedilmektedir. Oysa, MTK uyarınca hakemlerin dikkate alacakları ticari örf ve adet, "*esasa uygulanacak hukuk sistemine ilişkin*" ticari örf ve adettir⁶⁶. MTK'da böyle bir hükmün tercih edilmesi

62 HEUZE, *Traité des Contrats*, s.115. TİRYAKİOĞLU, Viyana Konvansiyonu'nun, sözleşme taraflarının kendisini seçebileceklerine ilişkin bir hüküm içermediğini ve yasaklanmadığına göre tarafların, aynı devlette işyerlerinin olduğu hallerde bile, Konvansiyon hükümlerini sözleşmelerine dahil edebileceklerini ileri sürmektedir. Yazar, tarafların Viyana Konvansiyonu'na taraf olan bir ülkenin hukukunu seçmelerinin dahi bu Konvansiyon'un uygulanması için yeterli olacağını belirtmekte ve ancak tarafların bu ülkenin iç hukukunu seçmeleri durumunda Konvansiyon'un uygulanmayacağını ileri sürmektedir (TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s.115).

63 HEUZE, *Traité des Contrats*, s.115 ; AKINCI, s. 75.

64 Bu konu devlet yargısında çözümlenecek uyuşmazlıklar bakımından tartışma konusu olmaz zira bir hakim, kendi kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmadan vazgeçerek, *lex mercatoria*'nın uygulanması yönünde karar veremez.

65 AKINCI, s. 81.

66 MTK. Md. 12/C: "*Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine*

doktrinde eleştirilmektedir⁶⁷. O halde yukarıda sormuş olduğumuz soruyu iki şekilde yeniden formüle etmemiz gerekecektir: (i) acaba Viyana Konvansiyonu hakemler tarafından *lex mercatoria* sıfatıyla milletlerarası ticari örf ve adet kuralları bağlamında uygulanabilir mi? (ii) Viyana Konvansiyonu MTK. Md. 12/C anlamında “esasla uygulanacak hukuk sistemine ilişkin ticari örf ve adet kuralı sıfatı ile uygulanabilir mi?”

İlk soruyla ilgili olarak doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, hakemler uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria* denilen uluslararası ticari örf, âdet ve teamüllere her başvurduklarında, Viyana Konvansiyonu’nu da uygulayabileceklerdir⁶⁸. Zira bu görüş, Viyana Konvansiyonu’nu “*lex mercatoria*”nın kaynaklarından saymaktadır⁶⁹. Ancak, *lex mercatoria*’nın “tacirlerin hukuku” diğer bir deyişle, tacirlerin yarattığı kurallar olduğunu düşünülürse, farklı ülkelerin temsilcilerinin biraraya gelip, müzakere etmelerinin neticesinde oluşturulan ve bu sebeple devlet kaynaklı sayılan Viyana Konvansiyonu’nun *lex mercatoria* olarak kabulüne imkân olmadığı kabul edilmelidir⁷⁰.

Keza, doktrinde, her ne kadar üye devlet sayısı oldukça fazla olsa da, bugün için Viyana Konvansiyonu’na taraf olmayan ve dolayısıyla bu Konvansiyonun getirdiği prensiplere katılmayan birçok devlet ve ülke hukuk sisteminin var olması, söz konusu Konvansiyon’un MTK. 12/C anlamında da uygulamadaki tüm tacirler tarafından uyulması zorunlu olarak kabul edilen prensipler içeren bir ticari örf ve adet kuralı yani *lex mercatoria* şeklinde yorumlanabilmesi için yeterli sayılamayacağı şeklinde yorumlanmıştır⁷¹.

HEUZE’ye göre, Viyana Konvansiyonu’nun uygulanıp uygulanmayacağına tespit için *lex mercatoria* teorisini ileri sürmeye gerek yoktur⁷². Zira, tarafların Viyana Konvansiyonu’nun uygulanması yönünde iradelerinin bulunduğu ihtimalde hakemlerin bu iradeye uyma mecburiyeti olduğundan Konvansiyon uygulama alanı bulacaktır. Hakemlerin *lex contractus* olarak

ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticari örf ve adetler ile ticari teamüller de göz önüne alınır...”

67 AKINCI, s. 82.

68 Bu konuda bkz. HEUZE, *Traité des Contrats*, s.116.

69 Bu konuda bkz. HEUZE, *Traité des Contrats*, s.116.

70 HEUZE, *Traité des Contrats*, s.116.

71 AKINCI, s. 82.

72 HEUZE, *Traité des Contrats*, s.116.

Konvansiyon'a taraf olan bir devletin hukukunu seçmeleri halinde ise durum biraz daha karışıktır. Zira bu defa tarafların iradeleri değil, hakemlerin Viyana Konvansiyonu'nu alanının dışında uygulamayı öngörmeleri hali söz konusudur. Belirtmek gerekir ki, taraflar Viyana Konvansiyonu'nun uygulanıp uygulanmayacağına dair herhangi bir irade beyanında bulunmamışlarsa, hakemler Viyana Konvansiyonu'nu, âkit bir devletin hukuku olarak dahi hiçbir şekilde alanının dışında uygulayamazlar. Zira aksi düşüncenin kabulü halinde, taraflar hiçbir şekilde öngöremeyecekleri bir hukukla karşı karşıya kalmış olacaklardır ki bu da kabul edilemez. Sonuç olarak HEUZE tüm bu tespitlere varmak için *lex mercatoria* teorisinin işletilmesine ihtiyaç olmadığını söylemektedir⁷³.

III. DİĞER KONVANSİYONLAR

Doktrin tarafından oldukça başarılı bulunan ve uygulamacıların da zaman geçtikçe daha çok benimsedikleri Viyana Konvansiyonu'nun maddi hukuk alanında gerçekleştirdiği yeknesaklaştırma hareketinin tam olarak ürün vermesi ve başarıya ulaşması için, yine uluslararası mal satım sözleşmelerine ilişkin maddi düzenlemeler getiren ve Viyana Konvansiyonu'nu tamamlayan iki konvansiyonun da işlerlik kazanmasına ihtiyaç vardır. Bunlardan *UNCITRAL* tarafından hazırlanan *14 Haziran 1974 Tarihli Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımı Konusunda Zamanaşımına İlişkin New York Konvansiyonu* ile *UNIDROIT* tarafından hazırlanan *17 Şubat 1983 Tarihli Uluslararası Mal Satımı Konusunda Temsile İlişkin Cenevre Konvansiyonu*'dur.

A) Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımı Konusunda Zamanaşımına İlişkin 14 Haziran 1974 Tarihli New York Konvansiyonu

Bu Konvansiyon da, tıpkı Viyana Konvansiyonu gibi, *UNCITRAL* tarafından hazırlanmıştır. *UNCITRAL*'in hazırladığı ilk konvansiyon olma özelliğini taşıyan bu Konvansiyon'un hazırlık çalışmaları 1971 yılında başlamış ve 20 Mayıs-14 Haziran 1974 tarihleri arasında yapılan son oturumda bulunan 65 devletin katılımıyla 14 Haziran 1974 tarihinde kabul edilmiştir. Konvansiyon'un nihai metni aynı tarihte sekiz devlet tarafından imzalanmıştır⁷⁴.

⁷³ HEUZE, *Traité des Contrats*, s.117.

⁷⁴ Bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_status.html.

İngilizce, Fransızca, Rusça, İspanyolca ve Çince olmak üzere beş ayrı dile çevrilen Konvansiyon'un 46'ncı maddesi uyarınca bunların hepsi aynı değerde kabul edilecektir⁷⁵.

1974 tarihli bu Konvansiyon ile 1980 tarihli Viyana Konvansiyonu'nun arasındaki altı senelik zaman diliminde değişen birtakım koşullara uyum sağlanması ve Konvansiyonun Viyana Konvansiyonu ile uyumlu hale getirilmesi amacıyla 11 Nisan 1980 tarihinde New York Konvansiyonu'nu değiştiren bir protokol üye devletlere sunulmuştur. Ancak yeni Konvansiyon metninin tüm âkit devletler tarafından kabul görmemesinden dolayı⁷⁶ bugün için aynı Konvansiyon'un iki farklı metni yürürlüktedir⁷⁷.

Böyle bir Konvansiyon'un hazırlanması, her şeyden evvel, UNCITRAL'e üye olan ve farklı hukuk sistemlerine sahip bulunan birçok devletin birarada çalışarak uluslararası ticari ilişkilerin önemli bir bölümünü oluşturan satıma ilişkin maddi bir düzenleme yapılmasının mümkün olduğunu göstermesi bakımından önemlidir⁷⁸. Gerçekten de New York Konvansiyonu, her hukuk sisteminde farklı şekilde düzenlenen zamanaşımı gibi bir konuda bile uluslararası bir düzenlemenin yapılabileceğini kanıtlamıştır. Uluslararası satım sözleşmeleri açısından son derece önemli olan zamanaşımı meselesi bu Konvansiyon sayesinde yeknesak kurallara kavuşmuş olmaktadır.

B) Uluslararası Mal Satımı Konusunda Temsile İlişkin 17 Şubat 1983 Tarihli Cenevre Konvansiyonu

Viyana Konvansiyonu'nun kabulünden üç yıl sonra, uluslararası satım konusuna ilişkin maddi yeknesak kurallar getiren son konvansiyonun kabulü yönünde büyük bir adım daha atılmıştır. UNIDROIT'nın hazırlamış olduğu bu Konvansiyon "*Uluslararası Mal Satımı Konusunda Temsile İlişkin*

⁷⁵ Konvansiyon'un Fransızca metin için bkz. HEUZE, *Traité des Contrats*, s.472 vd. ; İngilizce metni için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=X-7&chapter=10&clang=_en.

⁷⁶ Bosna Hersek, Burundi, Sırbistan gibi bazı ülkelerde Konvansiyon ilk haliyle yürürlüktedir. Zira 2017 yılı itibarıyla 30 devlet Konvansiyon'a taraf olmasına rağmen bunlardan 23'ü Konvansiyon'un protokolle değişikliğe uğramış olan versiyonunu kabul etmiştir. Bu ülkelerin hangi ülkeler olduğuna ilişkin olarak bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_status.html.

⁷⁷ HEUZE, *Traité des Contrats*, s. 118.

⁷⁸ TİRYAKIOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s.105.

17 Şubat 1983 Tarihli Cenevre Konvansiyonu”dur⁷⁹. İsviçre hükümetinin davetiyle 31 Ocak-17 Şubat 1983 tarihleri arasında Cenevre’de 58 ülkeden delegelerin katıldığı bir diplomatik konferans düzenlenmiş ve nihai metin 17 Şubat 1983’de imzalanmıştır.

Konvansiyon, satım sözleşmesinde temsile ilişkin yeknesak maddi kurallar oluşturmanın yanı sıra, 1980 tarihli Viyana Konvansiyonu’nda yer alan kuralları tamamlama amacı da taşımaktadır⁸⁰. Konvansiyon, tıpkı Viyana Konvansiyonu’nda olduğu gibi, onuncu devletin kendisini onaylaması sonunda yürürlüğe girecektir⁸¹.

Cenevre Konvansiyonu, her ne kadar bugün itibariyle yürürlüğe girmemiş olsa bile, bu onun başarısız bir düzenleme olmasından kaynaklanmamaktadır. Zira yürürlüğe girmemesinden dolayı devlet yargısında uygulanma olanağı olmasa bile tahkim yargılamasında gittikçe artan bir uygulama alanına sahip bulunmaktadır⁸². Bunun yanı sıra Konvansiyon doktrinde de, *common law* sistemleri ile *civil law* sistemleri arasında, temsil alanında mevcut olan geleneksel farklılıkların üstesinden gelmek hususunda başarılı bir çalışma olarak kabul edilmektedir⁸³. *Cenevre Konvansiyonu*, dibaçesinde öngörüldüğü gibi, uluslararası satım ilişkilerinin kolaylaştırılması ve uluslararası ticaretin geliştirilmesi amacını taşımaktadır. Konvansiyon’un düzenleniş biçimi ve öngördüğü kurallar da bu amacı doğrular niteliktedir.

SONUÇ

11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonu, uluslararası ticaret hayatında kendisine en sık başvuru alan sözleşme tipi olan uluslararası satım sözleşmesine ilişkin yeknesak maddi kurallar getiren ve dünya çapında kabul görmüş olan başarılı bir uluslararası düzenlemedir. Viyana Konvansiyonu’nun, doktrin tarafından da kabul edilen bu başarısının en önemli sebebi hiç kuşkusuz farklı hukuk sistemlerine sahip

⁷⁹ Konvansiyon hakkında detaylı bilgi için bkz. HEUZE, *Traité des Contrats*, s.126 vd.; TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s.116 vd.

⁸⁰ TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s.116.

⁸¹ Bugün itibariyle Konvansiyonu sadece beş ülke (Güney Afrika, Fransa, İtalya, Meksika ve Hollanda) onaylamış bulunmaktadır. Konvansiyona ilişkin güncel durum için bkz. <http://www.unidroit.org/status-agency>.

⁸² HEUZE, *Traité des Contrats*, s. 126.

⁸³ TİRYAKİOĞLU, *Uygulanacak Hukuk*, s.122.

birçok ülkeyi aynı çatı altında toplayabilecek nitelikte birleştirici ve tatmin edici maddi kurallar getirebilmiş olmasıdır.

Gerçekten de Viyana Konvansiyonu, önceki Konvansiyonların aksine, sadece Kara Avrupası ülkelerinin benimsediği *civil law* hukuk sistemini değil, Amerika gibi ülkelerin benimsediği *common law*⁸⁴ hukuk sistemini de dikkate alan karma bir düzenleme getirmiştir. Böylelikle sosyalist, liberal, gelişmiş veya gelişmekte olan Asya, Avrupa, Amerika ve hatta Afrika kıtalarından çok sayıda ülkenin bu Konvansiyon'a katılımı sağlanmıştır.

Farklı hukuk sistemleri arasında uzlaşmanın sağlanabilmesi şüphesiz kolay olmamıştır. Nitekim Viyana Konvansiyonu da, dünya çapında bir uzmanlaşma metninde kaçınılmaz olan bazı kusurlara sahiptir⁸⁵. Zira bu sebeplerdir ki Viyana Konvansiyonu doktrinde “*Tavizler Konvansiyonu*” olarak anılmaktadır⁸⁶.

Şu an itibariyle Viyana Konvansiyonu'na taraf olan ülke sayısı 88'dir. Bu sayının zaman geçtikçe daha da artacağını söylemek yanlış olmaz⁸⁷. Belirtmek gerekir ki, Konvansiyon günümüzde ticari uygulama içerisinde yer alan kişilerin kullandığı, hakimlerin giderek artan bir tecrübe ile uyguladığı ve avukatların uluslararası satıma dair çok kapsamlı bir kaynak olarak sıkça başvurduğu bir hukuki metin haline gelmiştir⁸⁸. Tahkim yargılamasında da tercih edilen bir düzenleme olan Viyana Konvansiyonu, değişik konularda milli hukukları da etkilemiştir⁸⁹.

⁸⁴ Belirtmek gerekir ki bugün için Konvansiyon'a taraf olmakta direnen tek Avrupa ülkesi İngiltere'dir.

⁸⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. NEUMAYER KARL H. : «*Intervention Finale*», Les ventes internationales, Journée d'étude en l'honneur du professeur Karl H. Neumayer, Lausanne, 1998, s. 83 vd. Örneğin ücretin belirlenmesi hususundaki md.14 ve md.55'te yer alan tutarsız hükümler *civil law* ile *common law* sistemlerindeki farklılıkları uyumlaştırma çabalarından kaynaklanmaktadır (MOUSSERON/ FABRE/RAYNARD/PIERRE, s. 237).

⁸⁶ DESSEMONTET François : La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, Les Contrats de Vente Internationale de Marchandises, s. 49.

⁸⁷ ERDEM, *Viyana*, s. 34; Convention De Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19-20 novembre 1984, Zürich, 1985, s.3.

⁸⁸ WITZ Claude. : Les Premières Applications Jurisprudentielles du Droit Uniforme de la Vente Internationale, Convention des Nations Unies du 11 Avril 1980, Paris, 1995, s.113.

⁸⁹ AUDIT, *Vente*, s.193-194.

Viyana Konvansiyonu'nun dünya çapında kabul görmesinin bir diğer sebebi de, Konvansiyon'un Uluslararası Özel Hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların klasik çözüm yöntemi olan “*kanunlar ihtilafı kuralları*”nı göz ardı etmemesi ve bu kurallara etki tanınmasıdır. Gerçekten de Konvansiyon gerek 1'inci maddesinin (b) bendinde yer alan ve Konvansiyon'un uygulama alanını düzenleyen hükümde, gerekse 7'nci maddede yer alan ve Konvansiyon'un boşluklarının doldurulması konusunda kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmasını düzenleyen hükümde bu tür kurallara etki tanımıştır. Böylece muhtemel boşlukların her halükârda doldurulması sağlanmış ve bu amaç doğrultusunda yöntem olarak en yaygın ve bilinen yöntem olma özelliğini hâlâ taşıyan kanunlar ihtilafı yöntemi ile işbirliği sağlanmıştır⁹⁰.

Viyana Konvansiyonu'na ilişkin mahkeme kararları ise üye devletlerin içtihatlarında önemli bir rol oynamaktadır⁹¹. Viyana Konvansiyonu'nun yürürlükte olduğu zaman zarfında zenginleşen bu içtihatlar, Konvansiyon'un ne derece büyük bir başarı kazanmış olduğunu ispatlamaktadır. Öyle ki, Konvansiyonun her âkit devlette farklı yorumlanmaması için üniversiteler bünyesinde, barolar ve diğer uzman kuruluşlar nezdinde uluslararası boyutta çalışmalar yapılmakta ve bunlar uygulamacılara ve hakimlere yol gösterici olmaktadır. Böylelikle yeknesak maddi kurallar öngören Viyana Konvansiyonu'nun yeknesak yorumu ve uygulamasının gerçekleştirilebilmesine de katkı sağlanmaktadır⁹². Dolayısıyla Konvansiyon'un varlık sebebi olan yeknesaklaştırma amacı mümkün olduğunca yerine getirilmeye çalışılmaktadır.

⁹⁰ Maddi kurallar içeren konvansiyonlar ile kanunlar ihtilafı kurallarının neden işbirliği içinde olması gerektiğine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. **BALKAR**, s. 122-126; **BALKAR BOZKURT**, s. 191-195.

⁹¹ Bu konuda bkz. **WITZ**, *Les Premières Applications*, s.15 vd ; **WITZ** Claude: *Droit Uniforme de la Vente Internationale de Marchandises*, Recueil Le Dalloz, no.42-43, 2000, s.433 vd. ; **WITZ** Claude: « *L'Application De La Convention de Vienne en France* », *Les Ventes Internationales*, Journée d'étude en l'honneur du professeur Karl H. Neumayer, Lausanne, 1998, s. 3 vd. ; **ZUPPI**, A.: « *La Jurisprudence Sur La Convention de Vienne en Amérique Latine* », *Les Ventes Internationales*, Journée d'étude en l'honneur du professeur Karl H. Neumayer, Lausanne, 1998, s. 25 vd.

⁹² **WITZ**'in bir eserinin sonunda kullandığı “*Juristes de tous les pays , unissez-vous ! Le sort du droit uniforme de la vente internationale en dépend*” (Bütün ülkelerin hukukçuları, birleşin! Yeknesak uluslararası satım hukukunun kaderi buna bağlı!) çağrısı bunu gayet açık bir biçimde ortaya koymaktadır (**WITZ**, *Les Premières Applications*, s.115).

Sonuç olarak Viyana Konvansiyonu, uluslararası satım hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla değişik hukuki ve ekonomik sisteme sahip ülkelerde benimsenen ve gittikçe yaygın bir uygulama alanına kavuşan başarılı bir uluslararası düzenlemedir. Konvansiyon'un alanında tek olması onun gelecekte daha da fazla benimsenip uygulanacağını göstermektedir. Özellikle uluslararası satım gibi evrensel bir konuda yeknesak maddi kurallar getirmekteki bu başarı, bilhassa uluslararası ticaretin diğer alanlarında da benzer yeknesak maddi düzenlemeler yapılması açısından teşvik edici, yüreklendirici bir örnek teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

- AKINCI Ziya, “*Viyana Konvansiyonu’nun Tahkimde Uygulanması*”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1/ 2013.
- AUDIT Bernard, « *Présentation de la Convention, La Convention De Vienne Sur La Vente Internationale et Les Incoterms* », **Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989**, Paris, 1990 (*Présentation de la Convention*).
- AUDIT Bernard, **La Vente Internationale de Marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980**, Paris, 1990 (*Vente*).
- BALKAR Süheyla, Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- BALKAR BOZKURT Süheyla, *Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirleyen Yöntemlere Eleştirel Bakış*, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011/1, Prof.Dr. Atâ SAKMAR’a Armağan, s. 141-196.
- BATIFFOL Henri, **Travaux**, Paris, 1964-1966.
- DESSEMONTET François, «*La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*», **Les Contrats de Vente Internationale de Marchandises ; CEDIDAC**, Lausanne, 1991.
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, «*CISG’nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı*», **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1/ 2013, s. 66-67.
- EKŞİ Nuray, *Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation*, MHB, S.1-2, 1999-2000, Prof.Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, s. 263-291.
- ERDEM Ercüment, **La Livraison Des Marchandises Selon La Convention de Vienne, Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980**, Fribourg, 1990 (*Livraison*)
- ERDEM Ercüment, “*Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)*”, **BATİDER**, 1992, C. XVI, Y. 1992, S.3, s. 35-105. (*Viyana Satım Sözleşmesi*).
- FOUCHARD Philippe, «*Rapport de Synthèse*», La Convention de Vienne Sur La Vente Internationale Et Les Incoterms, **Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989**, Paris, 1990.

HERGÜNER Ümit, “*Applicability of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Sales Contracts Concluded by Turkish Companies and Their Affiliates Abroad*”, **Murat Sarıca Armağanı**, İstanbul, 1988.

HEUZE Vincent, **Traité des Contrats, La vente internationale de marchandises, Droit Uniforme, Paris 2000 (Traité des Contrats)**

KAHN Philippe, Convention De Vienne du 11 Avril 1980, Caractères et domaine d’application, **DPCI**, 1989, Tome 15, no.3.

MOULY C., La conclusion du contrat selon la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, **Droit et Pratique Du Commerce International**, 1989.

MOUSSERON J.M./ RAYNARD J./ FABRE R./ PIERRE J., **Droit Du Commerce International**, Paris, 1997.

NEUMAYER Karl. H., «*Intervention Finale, Les ventes internationales*», **Journée d’étude en l’honneur du professeur Karl H. Neumayer**, Lausanne, 1998.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “*Viyana Konvansiyonu’ nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı*”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/1, ss. 19-52.

PELICHET Michel, «*Les rapports entre La Convention de Vienne et La Convention de La Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*», **Les Ventes Internationales, Journée d’étude en l’honneur du professeur Karl H. Neumayer**, Lausanne, 1998, (*Les rapports*).

PELICHET Michel, «*La Vente Internationale de Marchandises et Le Conflit de Lois*», **Receuil des Cours**, 1987/I, Tome 201, (*Vente*).

RECZEI L., “*The Area of Operation of The International Sales Conventions*”, **The American Journal Of Comparative Law**, Vol.29, 1981.

ŞANLI Cemal/ESEN Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 5. Bası, İstanbul 2016.

THIEFFRY J., «*Les Nouvelles Règles de la Vente Internationale*», **Droit et Pratique Du Commerce International**, 1989, Tome 15, no.3, s.369-384.

TİRYAKİOĞLU Bilgin, *11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerara-*

sı Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/301/2825.pdf>. (Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları)

TİRYAKİOĞLU Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996 (“Uygulanacak Hukuk”).

WITZ Claude, “*L’application de la Convention de Vienne en France*, in *Les ventes internationales*”, **Journée d’étude en l’honneur du professeur Karl H. Neumayer**, édité par Sebatién Bettchart, 1998, s. 1-23. (“*Convention de Vienne*”).

WITZ Claude, **Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale, Convention des Nations Unies du 11 avril 1980**, LGDJ, Paris 1995 (“*Les premières applications*”).

WITZ Claude, **Droit Uniforme de la Vente Internationale de Marchandises**, Recueil Le Dalloz, no.42-43, 2000.

WITZ Claude, «*L’Application De La Convention de Vienne en France*», **Les Ventes Internationales, Journée d’étude en l’honneur du professeur Karl H. Neumayer**, Lausanne, 1998.

ZUPPI, A., «*La Jurisprudence Sur La Convention de Vienne en Amérique Latine*», **Les Ventes Internationales, Journée d’étude en l’honneur du professeur Karl H. Neumayer**, Lausanne, 1998.

Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği

Dr. Berk DEMİRKOL*

Öz: “Uyuşmazlık tahkimde de çözülebilir” ya da “uyuşmazlık İstanbul mahkemelerinde veya İstanbul’da tahkimde çözülecektir” gibi uyuşmazlık çözüm şartları karşılaştırmalı hukukta geçerli kabul edilmektedir. Türk hukukunda doktrin ve Yargıtay içtihadında genel kabul gören görüş ise, karşılaştırmalı hukuktaki bu yaklaşımı yanıtınamaktadır: bu tip tahkim şartları tarafların arasında çıkmış olan veya çıkabilecek uyuşmazlıkların mutlak surette tahkim yoluyla çözüme kavuşturulacağını belirtmediği için, bu anlaşmaların geçersiz olduğu ve tarafların açık ve kesin bir tahkim iradesinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Ancak tarafların tahkim iradesinin mutlak olarak ve diğer tüm uyuşmazlık çözüm yollarını dışlayacak biçimde ortaya çıkmasını gerektiren bir kural ya da ilke bulunmamaktadır. Tahkim hukukunda böyle bir gerekliliğin bulunmaması karşısında, Türk hukukunda genel olarak kabul gören yaklaşım dayanaksız kalmaktadır. Bu çalışma, Türk hukukunda genel olarak kabul edilen yaklaşımın temellerini bulmaya çalışmakta ve bu yaklaşımı sorgulamaktadır.

Anahtar Kelimeler: milletlerarası ticari tahkim, tahkim anlaşmaları, münhasır yetki anlaşmaları, tahkim iradesi, tahkimin bağlayıcı ve nihaî olması

Validity of Non-Exclusive Arbitration Agreements

Abstract: Dispute resolution clauses such as “dispute may be submitted to arbitration” or “dispute shall be submitted to Courts of Istanbul or arbitration in Istanbul” are accepted as valid in comparative law. In Turkish law, on the other hand, it is accepted

* Makale gönderim tarihi: 15.10.2017. Makale kabul tarihi: 27.10.2017.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (bdemirkol@gmail.com).

Makalenin hazırlanmasında yardımlarını esirgemeyen dostlarım Yard. Doç. Dr. Polat Kalafatoğlu ile Arş. Gör. Necdet Uzel’e en içten teşekkürlerimi sunarım.

that these clauses are not valid and the parties would not provide a clear and precise consent to arbitration under such clauses, as they do not include an absolute consent for the resolution of disputes between the parties in arbitration. There is not, however, any rule, principle or system of interpretation, which requires the consent to arbitration to exclude any other potential dispute resolution mechanism. Therefore, there is not any basis supporting the approach adopted in Turkish law. This piece examines the foundations of this approach and questions it.

Keywords: international commercial arbitration, arbitration agreements, exclusive jurisdiction agreements, consent, arbitration as a binding and final decision making process

GİRİŞ

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi için en önemli ve vazgeçilmez unsur ya da “olmazsa olmaz” koşul bir tahkim anlaşmasının bulunmasıdır.¹ Tahkim anlaşmasının, tahkimin “temel taşı” olduğu;² tahkimin temelini teşkil ettiği³ de söylenmiştir. Tahkim yerinin Türkiye olması durumunda, tahkime uygulanacak hükümleri barındıran Milletlerarası Tahkim Kanunu⁴ tahkim anlaşmasını tanımlamıştır. MTK m. 4’e göre, “[t]ahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklı veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır”. Yine aynı hükme göre, “[t]ahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir”. Kanun bunun dışında, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasını aramaktadır. Ancak hükümde belirtilen kimi durumlarda yazılı şekil şartı yerine gelmiş sayılır.

MTK m. 4 ya da mevzuatta başka bir yerde bu yönde açık bir şart olmasa da, Türk hukukunda genel olarak kabul gören anlayışa göre, tahkim anlaşmasının mutlak olması gerekir.⁵ Tahkim anlaşmasının mutlak olmasından kasıt, bu anlaşmadan tarafların aralarında çıkmış olan ya da çıkabilecek

¹ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (Vedat, 2016, 4. bası), 93.

² Nigel Blackaby / Constantine Partasides / Alan Redfern / J Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (OUP, 2015, 6. Bası), 71.

³ Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (Beta, 2016), 297.

⁴ Resmi Gazete Tarih: 5 Temmuz 2001, Sayı: 24453; Kanun Numarası: 4686; Kabul Tarihi: 21 Haziran 2001; Yürürlük Tarihi: 5 Temmuz 2001.

⁵ Akıncı, 98.

uyuşmazlıkları *mutlak surette tahkim yoluyla çözüme kavuşturma iradele-*rinin anlaşılabilmesidir. Bu şart, tahkim anlaşmasının geçerli olması için aranan esaslı unsurlardan birinin açık ve kesin bir irade açıklaması olduğu şeklinde de ifade edilmiştir.⁶ Tarafların aralarında çıkabilecek uyuşmazlıkları mutlak surette tahkim yoluyla çözme iradeleri tahkim anlaşmasından anlaşılıyor, bunun yerine taraflar uyuşmazlığın başka yöntemlerle (örneğin devlet mahkemelerinde) de çözülebileceğini belirtiyorlarsa, tahkim anlaşması–Türk hukukunda genel olarak kabul gören görüş doğrultusunda–geçersiz sayılacaktır.⁷

Bu anlayışın bir sonucu olarak, Türk hukukunda münhasır olmayan tahkim anlaşmalarının genel olarak geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, eğer tarafların arasındaki sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm şartı, uyuşmazlığın seçime bağlı olarak tahkim ya da yerel mahkeme yoluyla çözümlenmesini öngörürse ya da taraflara tahkime gitmeden de uyuşmazlığı çözme olanağı sağlarsa, tahkim anlaşmasının hüküm doğurmayacağı kabul edileceği için, uyuşmazlığın sadece yetkili mahkemede çözülmesi gerekecektir.

Bu çalışma, Türk hukukunda genel olarak kabul edilen bu anlayışın yerinde olup olmadığını tartışmak amacıyla kaleme alınmıştır. Çalışmada ilk olarak uygulamada uyuşmazlık çözüm anlaşmalarında görülebilecek kimi hükümler mutlak olmayan tahkim anlaşmalarından farklılaştırılacak ve böylece ele alınan tahkim anlaşmalarının hangileri olduğu daha net olarak ortaya konmaya çalışılacaktır (I). Ardından, karşılaştırmalı hukukta mutlak olmayan milletlerarası tahkim anlaşmalarıyla ilgili kabul edilen görüşlere yer verilecektir (II). Son olarak, Türk hukukunda mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının hüküm doğurmayacağını kabul eden genel görüş, bu yöndeki içtihatla birlikte ele alınacak ve bu anlayışın yerinde olup olmadığı hakkında bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır (III).

⁶ Akıncı, 98.

⁷ Bu yönde, bkz Akıncı, 98; Hatice Özdemir Kocasakal, ‘Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı’, in Ercüment Erdem, et al (eds), *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan* (On İki Levha, 2017) 509, 520; Nesli Şen Özçelik, ‘Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği’ (2016) 36(2) *MHB* 53, 68.

I. UYGULAMADAKİ ÇEŞİTLİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM ŞARTLARI VE MUTLAK OLMAYAN TAHKİM ANLAŞMALARININ BU ŞARTLARDAN FARKI

Bu başlık altında, çok basamaklı uyuşmazlık çözüm şartları ile tahkim anlaşmasının kapsamına girmeyen hususlarla ilgili olarak devlet mahkemelerinin yetkilendirilmesi durumları ele alınacaktır. Bu iki çeşit uyuşmazlık çözüm anlaşmaları da uygulamada sıklıkla kullanılmaktadır. Bu uyuşmazlık çözüm anlaşmalarının incelenmesinin nedeni, mutlak olmayan tahkim anlaşmalarını bu uyuşmazlık çözüm anlaşmalarından ayırıştırarak “mutlak olmayan tahkim anlaşması”ndan ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymaktır. Bu saptama, çalışmanın da kapsamının belirlenmesi adına önem taşımaktadır.

A. Çok Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları (“*Multi-Tier Dispute Resolution Clauses*” ya da “*Escalation Clauses*”)

Çok basamaklı uyuşmazlık çözüm anlaşmaları, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla tahkim yargılamasını birleştiren hükümlerdir. Bu hükümlere göre, taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda, bu uyuşmazlığın önce taraflar arasında müzakere yöntemiyle, bu yöntemin başarıya ulaşmaması durumunda arabuluculukla, bu yöntemle de uyuşmazlık çözülemese tahkim yargılaması yoluyla çözümü öngörülebilmektedir.⁸ Daha doğrusu, uyuşmazlığın tahkim yoluyla nihaî olarak çözümünden önce, uyuşmazlığın müzakere ve/veya arabuluculuk yöntemiyle de çözülebileceği ilgili uyuşmazlık çözüm şartında belirtilmiş olabilir. Bu tip uyuşmazlık çözüm şartları özellikle uzun süreli ve karmaşık ilişkiler öngören inşaat sözleşmelerinde gittikçe daha fazla kullanılmaktadır.⁹ Böylece sözleşmenin uzun yıllar süren ifası sırasında meydana gelen uyuşmazlıkların taraflar tahkime gitmeden ve dostane bir işbirliği ilişkisinde kalınarak çözülmesi hedeflenmektedir.¹⁰

⁸ David Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (Sweet & Maxwell, 2015, 3. Bastı), 125; Michael Pryles, ‘Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses’ (2001) 18(2) *Journal of International Arbitration* 159, 159; Blackaby / Partasides / Redfern / Hunter, 100-101; Didem Kayalı, ‘Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses’ (2010) 27(6) *Journal of International Arbitration* 551, 551.

⁹ Pryles, 159; Klaus Peter Berger, ‘Law and Practice of Escalation Clauses’ (2006) 22(1) *Arbitration International* 1, 1. Ayrıca bkz, Nuray Ekşi, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları* (Beta, 2015), 1.

¹⁰ Blackaby / Partasides / Redfern / Hunter, 101; Kayalı, 552-553.

Çok basamaklı uyuşmazlık çözüm anlaşmalarına göre, bir yandan uyuşmazlığın kesin olarak tahkim yoluyla çözüme kavuşturulması, öbür yandan uyuşmazlığın çözümünde müzakere ve/veya arabuluculuk gibi farklı yöntemlerin kullanılacak olması, bu uyuşmazlık çözüm anlaşmasındaki tahkim iradesinin mutlak olmadığı anlamına gelmemelidir. Özellikle inşaat sözleşmelerinde de, uyuşmazlık çözüm anlaşmasında, tahkime başvurmadan önce gidilmesi gereken bir merci olarak mühendise ve uyuşmazlık çözüm kurullarına (DAB) başvurunun düzenlenmesi, tahkim şartının mutlak bir anlaşma olarak değerlendirilmesini engellemeyecektir.¹¹

Böyle bir hükümlerle, taraflar, klasik bir tahkim şartından farklı olarak uyuşmazlığın çözümüyle ilgili olarak farklı basamaklar ya da kademeler öngörmektedirler. Bu basamaklardan ilk birkaçında başarıya ulaşamaması ve son basamağa geldiği durumunda, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi öngörülmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın son basamağa gelinene kadar çözülmemesi ihtimalinde, bu basamaktaki tahkim şartı, uyuşmazlığın mutlak olarak tahkimde çözülmesini öngörmektedir. Bu noktada, tarafların uyuşmazlığın nihaî olarak tahkimde çözülmesi yönünde iradelerinde bir eksiklik ya da kuşku yaratabilecek bir durum yoktur.

Bu nedenle, çok basamaklı uyuşmazlık çözüm şartları mutlak olmayan tahkim anlaşmaları olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla, bu uyuşmazlık çözüm şartları çalışmanın konusunun dışında kalmaktadır.¹² Türk hukukunda bu tür uyuşmazlık çözüm anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin bir tartışma bulunmamakta; bu anlaşmalar ve özellikle de maddenin içindeki tahkim şartı–anlaşmanın hüküm doğurmasını etkileyecek başka bir sebep bulunmadığı sürece–geçerli kabul edilmektedir.¹³

¹¹ Akıncı, 105.

¹² Çok basamaklı uyuşmazlık çözüm şartlarının doğurduğu en temel hukukî problem, bir uyuşmazlığın çıkması durumunda, tarafların uyuşmazlık çözümü için son basamakta öngörülen tahkim yoluna diğer basamakları denemeden başvurup başvuramayacaklarıdır. Bir başka deyişle, bir uyuşmazlık hâlinde, bu şarta göre önce taraflar arasında müzakere yapılması, daha sonra arabuluculuk yöntemine başvurulması öngörülmesine rağmen, bu basamaklar atlanarak taraflardan biri tahkimde dava açabilecek midir? Bu tartışma, bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Bu konuda bkz Joseph, 645-652; Kayalı, 560-572; Ekşi, 15-68 (yazarın görüşü için bkz 55).

¹³ Benzer yönde, bkz Akıncı, 104-105.

B. Tahkim Anlaşmasının Kapsamına Girmeyen Hususlarla İlgili Olarak Devlet Mahkemelerinin Yetkilendirilmesi

Bir sözleşmenin tarafları, sözleşmeden doğan uyuşmazlığın nihaî olarak tahkimde çözümlenmesini öngörmekle beraber, tahkim anlaşmasının kapsamına girmeyen konularla ilgili olarak belli bir devlet mahkemesini yetkilendiren bir yetki anlaşması yapmış olabilirler. Bu durum, özellikle iki ihtimalde ortaya çıkabilir.

Birinci ihtimal, tahkim anlaşmasının sözleşmenin bir kısmından çıkan uyuşmazlıkların çözümü için, bir devletin mahkemelerini yetkilendiren anlaşmanın ise sözleşmenin diğer kısmından çıkan uyuşmazlıkların çözümü için öngörülmüş olmasıdır. Kısmî tahkim anlaşması yapılmasıyla ilgili olarak herhangi bir teorik engel ya da tartışma bulunmamaktadır.¹⁴ Bu konuda bir uluslararası hukuk düzenlemesi getiren 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Konvansiyon (New York Konvansiyonu) m. II(1)'de de belirtildiği üzere, taraflar, aralarında belli bir hukukî ilişkiden doğan uyuşmazlıkların *tamamı* ya da *bir kısmının* tahkimde çözümlenmesine karar verebilirler. Türkiye Cumhuriyeti de, New York Konvansiyonu'na taraf olmakla, bu hüküm uyarınca kısmî tahkim anlaşmalarını tanımak durumundadır.

İkinci ihtimal, çalışmanın bu başlığı altında incelenmek istenen asıl senaryoyu içermektedir. Bu ihtimalde, sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkların nihaî olarak tahkimde çözümleneceği belirtilmekte; ancak hakem atanması, geçici koruma tedbirleri, hakem heyeti tarafından verilen kararın iptali gibi tahkim hukukundan kaynaklanan ve devlet mahkemelerinin görevine giren konularda yetkili olacak mahkeme taraflarca seçilmektedir. Örneğin

¹⁴ Bu konuda ayrıca bkz Nevhis Deren-Yıldırım, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları* (Alkım, 2004), 35; Cevdet Yavuz, 'Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler'in II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim" (Marmara Üniversitesi Yayınları, 2009) 133 (çevirim için ulaşım: <https://hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/sempozyum-yayinlari/i-uluslararasi-ozel-hukuk-sempozyumu-tahkim/>), 137; Özçelik, 68-69.

Bununla beraber, taraflar arasındaki hukukî ilişkiden doğan uyuşmazlıkların bir kısmının tahkimde çözümlenebilmesi, tarafların uyuşmazlıkla ilgili yargılamayı istedikleri gibi tahkim ve devlet yargısı yolları arasında bölebileceği anlamına gelmemektedir. Böyle bir bölünme, ancak kısmî davanın mümkün olduğu hâllerde söz konusu olabilir. Bu yönde, bkz Yavuz Alangoya, *Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1973), 31-32. Ayrıca bkz Deren-Yıldırım, 36-37.

tarafardan birinin hakemini seçmemesi ya da üçüncü hakem üzerinde anlaşılabilmesi durumunda hangi mahkemenin bu hakemi seçeceği konusunda taraflar arasında bir anlaşma yapılmış olabilir. Tarafların böyle bir konuda yetki anlaşması yapıp yapamayacakları, böyle bir yetki anlaşmasının geçerli olup olmayacağı bu çalışmanın kapsamına girmemektedir.¹⁵ Bu çalışma açısından önemli olan nokta, böyle bir yetki anlaşması yapılmış olmasının, tahkim anlaşmasının mutlak bir tahkim anlaşması olarak değerlendirilmesine herhangi bir etkisinin olup olmayacağıdır.

Böyle bir durumda, her ne kadar sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm şartı bir yandan tahkim anlaşması, öte yandan da bir devlet mahkemesini yetkilendiren yetki anlaşması öngörüyor olsa da, bu tip bir uyuşmazlık çözüm şartını mutlak olmayan tahkim anlaşmalarından ayırmak gerekir. Mutlak olmayan tahkim şartında, bu tahkim şartının kapsamına giren uyuşmazlığın tahkimde de görülebileceği kararlaştırılmaktadır. Bir başka deyişle, taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın tahkimde de görülebilmesine olanak tanımakla birlikte, yetkili devlet mahkemelerinin bu uyuşmazlık üzerindeki yetkilerini kaldırmamaktadırlar. Oysa, tahkim anlaşmasının kapsamına girmeyen hususlarla ilgili olarak devlet mahkemelerinin yetkilendirilmesi, yetkilendirilen devlet mahkemesinin tarafların arasındaki hukukî ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığın esasını görmek üzere de yetkilendirilmesi anlamına gelmemektedir. Bu durumda—mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının aksine—uyuşmazlığın esasını görmek üzere hakem heyeti ile devlet mahkemesinin birbirine paralel yetkileri olmayacaktır. Diğer bir anlatımla, bu ihtimalde, tarafların uyuşmazlığın esasının tahkim yoluyla çözülmesi yönünde mutlak iradeleri olacaktır. Taraflar, tahkim yoluyla çözülecek konularla devlet mahkemelerinin yetkisine giren konuları birbirinden ayırmış olmaktadır.

Örneğin tahkim yeri Ankara olarak belirlenen bir tahkim anlaşmasında, hakemlerin seçimi konusunda taraflar anlaşamazlarsa yetkili mahkemenin Ankara mahkemeleri olacağı belirtilmesi, uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi iradesini mutlak olmaktan çıkartan bir durum olarak değerlendirilmeyecektir. Böyle bir tahkim şartı altında, tarafların uyuşmazlığın esasının tah-

¹⁵ Türk hukukunda, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kapsamına giren ve devlet mahkemesinin yaptığı işlerde taraflara yetkili mahkemeyi seçme konusunda bir irade serbestisi tanınmadığı yönünde, bkz Akıncı, 100-101; Özdemir Kocasakal, 523.

kimde çözümlenmesine yönelik mutlak bir iradeleri olacaktır. Mutlak olmaması sebebiyle böyle bir tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun ileri sürülmesi doğru olmayacaktır. Bununla birlikte, Ankara mahkemelerini hakem atanmasıyla ilgili yetkilendiren şart, geçerli bir yetki anlaşması olarak kabul edilmeyecektir; çünkü bu konuda taraflara yetki anlaşması yapma imkanı Türk hukukunda tanınmamıştır.

Böyle bir tahkim şartını içeren bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, Yargıtay, bu hükümde belirlenen mahkemenin, MTK m. 3 anlamında yapılmış bir tespit olduğunu ifade etmiştir.¹⁶ Bir başka deyişle, Yargıtay bu hükmü Ankara mahkemelerini belirlenen konularda yetkilendiren bir yetki anlaşması olarak değerlendirmemiştir.¹⁷ Yargıtay bu davada, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin öncelikle hakemler tarafından saptanması gerektiğini belirtmiş; bu nedenle de, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir karar vermemiştir.¹⁸

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MUTLAK OLMAYAN TAHKİM ANLAŞMALARININ GEÇERLİLİĞİ

Karşılaştırmalı hukukta, özellikle de tahkimin yaygın olarak kullanıldığı ve “tahkime dost” (“*arbitration friendly*”) olarak bilinen hukuk sistemlerinde münhasır olmayan milletlerarası tahkim anlaşmaları hüküm doğurmaktadır.¹⁹ Bu anlaşmaların uyuşmazlığın mutlak surette tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin bir taraf iradesi barındırmıyor olmaları özel bir hükümsüzlük hâli olarak kabul edilmemektedir. Taraflar, uyuşmazlık çözüm anlaşmasında, uyuşmazlığın tahkim yoluyla ya da belli bir devlet mahkemesinde çözümlen-

¹⁶ Yarg 15. HD E. 2007/2145, K. 2007/4389, T. 27 Haziran 2007 (www.kazanci.com).

¹⁷ Ayrıca bkz Akıncı, 101.

¹⁸ *Competence-competence* (Almanca’da *Kompetenz-Kompetenz*, Fransızca’da *compétence de la compétence*) ilkesi çerçevesinde, Türk hukukunda, ilk bakışta geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunduğu ihtimallerde, tahkim heyetinin yetkisiyle ilgili kararı ilk olarak hakem heyetinin vermesi gerekmektedir. Dolayısıyla, davanın tahkim anlaşmasına rağmen mahkemede açılması ve davalının tahkim itirazında bulunması durumunda, mahkemenin incelemesi, taraflar arasında *ilk bakışta* geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının tespitinden ibaret olmalıdır. Bu yönde, Emre Esen, ‘Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi’ (2011/1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 355, 377.

¹⁹ Bkz Gary B Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2014, 2. Bası), 786-787 ve 789-793.

mesini kararlaştırabilir ve tarafların bu iradesine uyuşmazlık çözümlerinin şartının lafzına uygun bir etki tanınır.

Örneğin bir Birleşik Krallık Privy Council²⁰ kararında uyuşmazlık çözümlerinin şartındaki “*any Party may submit the dispute to binding arbitration*” (“taraflardan herhangi biri uyuşmazlıkla ilgili olarak bağlayıcı tahkim mekanizmasında dava açabilir”) ifadesi yorumlanmıştır.²¹ Dikkat edileceği üzere, sözleşmede kullanılan “*may*” (“-ebilir”) ibaresi, uyuşmazlığın münhasır olarak tahkimde açılmasını gerektirecek bir mutlak tahkim iradesini ortaya koymaktan uzaktır. Böyle bir mutlak irade, kural olarak, “*shall*” (örneğin “*any dispute arising out of the contract shall be submitted to arbitration*” (“sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıklar tahkimde çözülecektir”) ifadesinde olduğu gibi) ibaresi ile sağlanabilir.²² Tahkim anlaşmasının böyle bir mutlak iradeyi barındırması hâlinde, tahkim anlaşmasının kapsamına giren bir davanın bir devlet mahkemesinde açılması bu tahkim anlaşmasını ihlal edecektir.²³

Birleşik Krallık Privy Council, bu kararında, bir tahkim anlaşmasının tarafların uyuşmazlığı bir mahkeme önüne getirme hakkını ortadan kaldırmaması için, tarafların anlaşmayı böyle bir sonuca uygun olarak kurmalarını gerektiğini belirtmiştir.²⁴ Tarafların herhangi bir yetki anlaşması kurarken olduğu gibi, tahkim anlaşması kurarken de, bu anlaşmanın uyuşmazlığın olası diğer yetkili mahkemeler önüne gelmesini engelleyip engellemediği ilgili şartın yorumlanmasına bağlıdır.²⁵ Söz konusu davaya konu olayda,

²⁰ Privy Council’in Hukuk Komitesi, Birleşik Krallık’ın denizötesi topraklarında, Kraliyet’e bağlı ülkelerde ve bazı Commonwealth ülkelerinde en üst düzey temyiz mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Bu komitenin üyeleri, genellikle Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (United Kingdom Supreme Court) hakimleri arasından seçilmektedir. Bu konuda, bkz ‘<https://www.jcpc.uk/about/judicial-committee.html>’.

²¹ *Anzen Limited and Others (Appellants) v Hermes One Limited (Respondent) (British Virgin Islands)* [2016] UKPC 1 (18 Ocak 2016), para 1.

²² Benzer bir saptamayı, bahsedilen kararda Privy Council da yapmıştır. Mahkemenin de belirttiği üzere, tahkim anlaşmaları genellikle “*unresolved disputes ‘should’ or ‘shall’ be submitted to arbitration*” gibi bir ifade içermektedir (*Anzen v Hermes*, para 12).

²³ *Anzen v Hermes*, para 12.

²⁴ *Anzen v Hermes*, para 13.

²⁵ Elbette yetki anlaşması ya da tahkim anlaşması yorumlanırken, yetki ya da tahkim anlaşmalarının münhasır yetki tesis edip etmediği yönünde ilgili hukuk sisteminde kabul edilen genel ilkelerden de yararlanılacaktır. Ancak bu genel ilkelerin uygulanabilmesi için anlaşmanın metninde tarafların açıkça aksi bir düzenleme öngörmemiş olmaları gerekir.

mahkeme, “davanın tahkimde açılabilceği” ifadesi ile “davanın tahkimde açılması gerekir” ya da “dava tahkimde açılır” ifadeleri arasında, bu yönde açık bir dilbilimsel fark olduğunu belirtmiştir.²⁶

Yapılan inceleme sonucunda, Privy Council, böyle bir tahkim anlaşmasının tahkim lehine münhasır yetki sağlayan mutlak bir anlaşma olmadığına, davanın yetkili devlet mahkemelerinde açılmasına izin veren bir uyuşmazlık çözüm şartı olduğuna karar vermiştir.²⁷ Ancak, Privy Council’a göre, bu tahkim şartının kapsamına giren bir uyuşmazlıkla ilgili bir dava mahkemede açıldıktan sonra, davalı uyuşmazlığın tahkimde görülmesini isterse, mahkemenin yargılamayı durdurması gerekecektir. Bunun için davalının tahkimde dava açması gerekmemektedir.²⁸ Davalının uyuşmazlığın tahkimde görülmesi tercihini belirtmesinden sonra, kendisinin tahkimde dava açmasına gerek kalmadan, mahkemenin yargılamayı durdurması gerekecektir.²⁹

Benzer bir tahkim anlaşmasının öngörüldüğü bir sözleşmeden doğan bir davada, Ontario (Kanada) İstinaf Mahkemesi de tarafların uyuşmazlık çözüm anlaşmasında kullandıkları ifadeyi mantık ve dilbilimi çerçevesinde yorumlamaya çalışmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmenin “Uyuşmazlık” (“*Disputes*”) başlıklı 11. maddesi “[t]he parties may refer any dispute under this Agreement to arbitration, in accordance with Arbitration Act of Ontario”³⁰ demektedir.³¹ Temyiz mahkemesi, bu tahkim şartına göre taraflardan her birinin uyuşmazlığın tahkimde görülmesini isteme hakkı olduğunu belirtmiştir.³² Dava taraflardan biri tarafından Kanada mahkemelerinde açılmıştır. Sözleşmedeki tahkim şartı, o davanın davalısına uyuşmazlığın nihaî olarak çözülmesi için tahkime başvurma ya da mahkemedeki yargılamaya devam etme yönünde bir seçimlik hak tanımış olmaktadır.³³ Böylece, taraflar mutlak olmayan bir tahkim anlaşması yapmış olmalarına rağmen,

²⁶ *Anzen v Hermes*, para 13.

²⁷ *Anzen v Hermes*, para 31.

²⁸ *Anzen v Hermes*, para 33.

²⁹ *Anzen v Hermes*, para 35.

³⁰ Sözleşme maddesi şu şekilde tercüme edilebilir: Taraflar bu sözleşmeden doğan herhangi bir uyuşmazlığı Ontario Tahkim Kanunu uyarınca tahkimde çözebilir.

³¹ *Canadian National Railway Company v Lovat Tunnel Equipment Inc*, 1999 CanLII 3751 (ON CA), 8 Temmuz 1999, para 5.

³² *Canadian National Railway Company v Lovat Tunnel Equipment*, para 12.

³³ *Canadian National Railway Company v Lovat Tunnel Equipment*, para 12.

yapılan uyuşmazlık çözüm anlaşması geçerliliğini korumuş ve taraflardan herhangi biri uyuşmazlığın tahkimde çözülmesini istediği sürece davanın tahkimde görülmesini gerektirmiştir. Ancak davanın devlet mahkemelerinde açılması, bu tahkim anlaşmasının ihlal edilmesine sebebiyet vermemekte, sadece aleyhine devlet mahkemesinde dava açılan tarafa davanın mahkemede ya da tahkimde görülmesi yönünde bir seçimlik hak vermektedir. Davalının mahkemede yargılamaya devam etmek istemesi durumunda ise, sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm anlaşması ihlal edilmeden (ya da değiştirilmeden) dava mahkemede görülebilecektir.³⁴

Singapur Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen bir davada da, sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm şartında geçen "either party may elect to submit such matter to arbitration in Singapore in accordance with the Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (SIAC)"³⁵ ifadesi benzer bir biçimde yorumlanmıştır. Yüksek Mahkeme sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm şartına göre her iki tarafın da uyuşmazlığın tahkimde görülmesi yönünde bir seçim yapma hakkının olduğunu ve böyle bir seçim sonucu her iki tarafın da davanın SIAC'ta görülmesi gerektiği ile bağlı olacaklarını belirtmiştir.³⁶ Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme, böyle bir tahkim şartı altında, az önce belirtilen anlamda bir seçim yapılanaya kadar, sözleşmeden doğan bir uyuşmazlığın tahkimde görülmesi yönünde bir zorunluluğun olmadığını da dile getirmiştir.³⁷ Dolayısıyla, tahkim sadece, taraflardan birinin uyuşmazlığın tahkimde görülmesi yönünde bir seçim yapması hâlinde zorunlu olacaktır.³⁸

Bütün bu açıklamalara rağmen, yukarıda anılan mahkeme yorumları, daha mutlak bir anlam ifade eden ve tahkimi münhasıran yetkilendiren tahkim anlaşmaları ile "parties may submit the dispute to arbitration" gibi bir ibare taşıyan mutlak olmayan tahkim anlaşmaları arasında pratikte büyük bir fark olmamasına sebep olmaktadır. Zira, mutlak bir tahkim anlaşması

³⁴ *Canadian National Railway Company v Lovat Tunnel Equipment*, para 14.

³⁵ Sözleşme maddesi şu şekilde tercüme edilebilir: Taraflardan biri uyuşmazlıkla ilgili olarak Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi'nin Tahkim Kuralları'na göre Singapur'da tahkime başvurabilir.

³⁶ *WSG Nimbus Pte Ktd v Board of Control for Cricket in Sri Lanka* [2002] SGHC 104 (13 Mayıs 2002), para 21.

³⁷ *WSG Nimbus v Board of Control for Cricket in Sri Lanka*, para 21.

³⁸ *WSG Nimbus v Board of Control for Cricket in Sri Lanka*, para 21.

yapılması durumunda, taraflardan biri tahkimde dava açmak yerine devlet mahkemelerinde dava açar ve davalı mahkemenin yetkisine itiraz etmezse, mahkeme tahkim anlaşmasına rağmen davayı görecektir. Böyle bir durumda, davalı mahkemenin yetkisine itiraz ederse, bu itirazı kabul edilecektir. Yukarıdaki örneklerde de, davacının mahkemede dava açması durumunda, davalı uyuşmazlığın mahkemede görülmesini isterse herhangi bir itiraz yapmayacak ve mahkeme uyuşmazlığı görecektir. Ancak, yukarıdaki mahkeme yorumlarının kabul ettiği üzere, “parties may submit the dispute to arbitration” gibi bir ibare taşıyan tahkim anlaşmalarında, davalı dilerse, davacının devlet mahkemesinde dava açmasına rağmen uyuşmazlığın tahkimde görülmesini sağlayabilecektir. Dolayısıyla, bu tahkim anlaşmaları altında, mutlak tahkim anlaşmalarında olduğu gibi, mahkemenin davadan elini çekmesi gerekebilecektir. Sonuç olarak, bu spesifik mutlak olmayan tahkim şartının, genel olarak mutlak tahkim şartlarından farklı bir etki doğurmadığı kabul edilebilir. Bu iki tahkim şartı arasında yine de pratik açıdan iki fark gündeme gelecektir. Birinci fark, mutlak (münhasır) tahkim şartının olduğu durumda, tahkim yerine davanın devlet mahkemelerinde açılması tahkim anlaşmasını ihlal edecektir. Bu ise, mahkemede dava açıp tahkim anlaşmasını ihlal eden tarafın sorumluluğunu doğuracak; davalı taraf, davanın yetkisiz mahkemede açılması nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir. Tahkim şartının mutlak olmaması durumunda ise, davanın mahkemede açılması uyuşmazlık çözüm anlaşmasını ihlal etmeyeceği için böyle bir sorumluluk doğmayacaktır. Gerçekten de, bu tip tahkim şartları, klasik münhasır tahkim şartlarına benzer bir etki doğursa da, taraflara devlet mahkemesinde dava açmama borcu yüklememektedirler.³⁹ İkinci fark ise, mutlak (münhasır) bir tahkim anlaşmasına rağmen, yetkisiz mahkemede dava açılması ihtimalinde, davalının davaya hiç katılmaması durumunda söz konusu olabilir. Davalının davaya hiç katılmaması nedeniyle, mahkemenin yetkisine itiraz yapılmamış olacak ve mahkeme kendisini yetkili görüp uyuşmazlığı çözecektir. Ancak böyle bir mahkeme kararının üçüncü ülkelerde tenfizinin istenmesi durumunda, tenfiz mahkemesi, davayı gören mahkemenin münhasır tahkim anlaşmasına rağmen davayı görerek aşırı yetki kullandığına kanaat getirebilir ve kararı tenfiz etmeyi reddedebilir. Oysa, sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm şartının “parties may submit to arbitration” ibaresinde olduğu gibi mutlak olmayan bir tahkim anlaşmasına yer vermesi durumun-

³⁹ *Anzen v Hermes*, para 35.

da, davalı davaya katılmaz ve mahkemenin yetkisine itiraz etmezse, uyuşmazlığın tahkimde görülmesi yönündeki seçimlik hakkını kullanmamış olacak ve böylece davanın açıldığı mahkeme—herhangi bir aşırı yetki kullanmadan—davayı görmek üzere kendi yetkisini kabul edecektir. Bu nedenle, tenfiz mahkemesinin, davayı gören mahkemenin aşırı yetki kullanması sebebiyle kararın tenfizini reddetmesi mümkün olmayacaktır.

Mutlak olmayan tahkim anlaşmaları, “parties may submit to arbitration” formülasyonu dışında farklı türlerde olabilirler. Karşılaştırmalı hukukta birçok hukuk sistemi farklı tür mutlak olmayan tahkim anlaşmalarını geçerli kabul etmekte ve bu anlaşmalara etki tanımaktadır.

Bir Paris İstinaf Mahkemesi kararı temyiz edilerek Fransız Yargıtayı önüne gelen bir davada,⁴⁰ sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm anlaşması yukarıdaki formülasyondan farklı bir mutlak olmayan tahkim şartı içermekteydi. Bu uyuşmazlık çözüm anlaşmasına göre, taraflar, aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlığın—ilk aşamada müzakereler ve ikinci aşamada şirket yöneticilerinin toplanması sonucu bir çözüme ulaşılmamışsa—nihaî olarak *ya tahkim yoluyla ya da alıcı şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılacak bir dava sonucu* çözülmesi konusunda anlaşmışlardır. Dikkat edileceği üzere, bu uyuşmazlık çözüm anlaşması, dilbilimsel açıdan, “uyuşmazlık tahkimde çözülebilir” gibi bir ibareden farklı olarak, uyuşmazlığın tahkim yoluyla ya da yetkili devlet mahkemesinde çözülmesini tamamen aynı düzeyde ve birbirinin alternatifi olarak düzenlemiştir.

Bu sözleşmenin taraflarından biri, tahkim yoluna başvurmadan yetkili devlet mahkemesinde dava açmıştır. Davalı uyuşmazlığın tahkimde görülmesi amacıyla bir yetki itirazında bulunsa da, Paris İstinaf Mahkemesi söz konusu uyuşmazlık çözüm anlaşmasına dayanarak Paris Ticaret Mahkemesi’nin yetkili olduğunu kabul etmiştir. İstinaf mahkemesi kararında,⁴¹ davalının ilk bakışta geçerli olan bir tahkim anlaşmasının varlığına dayanarak yaptığı itirazın ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Mahkeme bu kararı verirken, uyuşmazlık çözüm şartının uyuşmazlığın üç farklı aşamada dört farklı yön-

⁴⁰ *Société Thermodyn c/ Société M-Real Alizay, et autre*, Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, No 12-22656, 12 Haziran 2013.

⁴¹ Paris İstinaf Mahkemesi kararı ile ilgili olarak, bkz Jérôme Barbet, ‘La clause de résolution de litiges optionnelle bilatérale à l’épreuve du principe compétence-compétence, note sous Cass. civ. 1re, 12 juin 2013’ (2013/4) *Revue de l’Arbitrage* 1013, 1014-1015.

temle çözülebileceğini öngördüğünü dikkate almıştır. İlk iki aşamada bir çözüm elde edilemezse, üçüncü aşamada uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi tamamen seçimlik bir nitelik taşımaktadır. Buna göre, her iki tarafın da tahkim ya da yetkili devlet mahkemesinden birine başvurma alternatifi bulunmaktadır.⁴² Tahkime başvurma seçimlik bir hak olarak düzenlenmiş olması nedeniyle, devlet yargısı yoluyla uyuşmazlığı çözmek isteyen ve yetkili mahkemede dava açan taraf, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda zorlanamayacaktır. İstinaf mahkemesi kararının davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Fransız Yargıtayı da, uyuşmazlık çözüm anlaşmasının her iki tarafa aynı şekilde tahkim ya da yetkili mahkemede dava açma opsiyonlarından birini seçme hakkı tanıdığını belirtmiştir. Yargıtay kararında, bu uyuşmazlık çözüm şartının, tarafları, uyuşmazlık hâlinde tahkimde dava açılması yükümlülüğü altına sokmadığı ifade edilmiştir. Bunun üzerine, Fransız Yargıtayı temyiz talebini reddetmiştir.⁴³

Dikkat edilecek olursa, gerek Paris İstinaf Mahkemesi, gerekse de Fransız Yargıtayı, mutlak olmayan bir tahkim şartı içeren uyuşmazlık çözüm anlaşmasının geçersiz olduğunu belirtmemiş; tam tersine böyle bir uyuşmazlık çözüm anlaşmasına dayanılarak tahkimde veya yetkili devlet mahkemesi önünde dava açılabileceğini kabul etmiştir. Somut olayda ileri sürülen ve tahkim anlaşmasına dayanan yetki itirazının reddedilmesinin sebebi, mutlak olmayan tahkim şartının geçersiz olması değil, davacının bu uyuşmazlık çözüm anlaşmasının kendisine tanıdığı alternatiflerden davanın yetkili devlet mahkemesinde açılmasını seçmiş olmasıdır. Eğer davacı, yetkili devlet mahkemesinde dava açmak yerine bir tahkim davası başlatmış olsaydı, bu durumda da hakem heyetinin yetkisine yapılacak itirazın reddedilmesi gerekecekti. Sonuç olarak, Fransız hukuku taraflara tahkime veya devlet mahkemelerine gitme opsiyonu tanıyan uyuşmazlık çözüm anlaşmalarını kural olarak geçerli görmektedir.⁴⁴

İsviçre milletlerarası tahkim uygulamasında da, uyuşmazlık için tahkime başvurunun seçimlik olarak düzenlenebileceği, bir başka deyişle, dava-

⁴² Mahkeme kararının orijinal metninde şu şekilde ifade edilmiştir: “c’est une faculté alternative qui est ouverte à chaque partie de recourir soit à l’arbitrage, soit à une action devant une cour du siège de l’Acheteur”.

⁴³ Kararla ilgili bir değerlendirme için, bkz Barbet, 1016-1021.

⁴⁴ Emmanuel Gaillard / John Savage (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 1999), 268-269.

ciya tahkimde ya da devlet mahkemelerinde dava açma hakkı tanınabileceği kabul edilmiştir.⁴⁵ Hatta İsviçre hukukunda böyle bir seçimlik hakkın, bir asimetrik tahkim şartı olarak, sadece taraflardan birine tanınabilmesi bile genel olarak kabul edilmektedir, meğer ki taraflardan biri müzakere gücünü zayıf taraf aleyhine kötüye kullanarak haksız bir asimetrik tahkim şartı öngörsün.⁴⁶

III. TÜRK HUKUKUNDA MUTLAK OLMAYAN TAHKİM ANLAŞMALARININ GEÇERLİLİĞİ TARTIŞMASI

Bu başlık altında, ilk olarak, mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin Türk hukukunda yerleşik içtihadı yer verilecek ve bu yerleşik içtihadın dayanak noktaları ele alınacaktır. Daha sonra ise, Türk hukukunda kabul gören genel görüş eleştirel bir bakışla değerlendirilecek ve farklı bir görüşün benimsenip benimsenemeyeceği tartışılacaktır.

A. Türk Hukukunda Mutlak Olmayan Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliğine İlişkin Yerleşik İçtihat

Türk hukukunda mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin yerleşik içtihat (bir alt başlıkta değinilecek doktrindeki hakim görüşle de paralel olarak), bu tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe göre, taraflar arasında çıkan bir uyuşmazlığın çözülmesinde kural olarak devlet mahkemeleri yetkili olduğu için, bunun aksini öngören tahkim anlaşmalarının hüküm doğurabilmesi, tahkim iradesinin açık ve kesin bir biçimde ortaya çıkmasına bağlıdır. Böyle bir tahkim iradesi için ise, tahkim anlaşmasında uyuşmazlığın mutlak olarak hakemde görüleceğinin kararlaştırılmış olması gerekir. Aksi hâlde, uyuşmazlığın devlet mahkemelelerinde de görülebilme ihtimali dışlanmamış olacaktır. Bu görüşe göre, “mah-

⁴⁵ Gabrielle Kaufmann-Kohler / Antonio Rigozzi, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland* (Oxford University Press, 2015), 93.

⁴⁶ Kaufmann-Kohler / Rigozzi, 93.

Karşılaştırmalı hukukta asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliği ile ilgili olarak, bkz Joseph, 121-123; Blackaby / Partasides / Redfern / Hunter, 101-102; Emre Esen, ‘Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü’nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi’nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği’ (2010) 9(2) *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 145. Ayrıca bkz Alangoya, 35-37.

keme yolu açık bırakılmışsa tahkim sözleşmesi veya şartı geçersiz (hüküm-süz) olacağından davaya hakemde bakılamaz”.⁴⁷

Uygulamada bu çerçevede çeşitli tahkim anlaşmaları Yargıtay tarafından geçersiz sayılmıştır. Örneğin uyuşmazlık çözüm şartının “[t]araflar aralarındaki anlaşmazlıkları evvela kendi aralarında anlaşıp çözmeye çalışacaklardır. Anlaşmazlıkları aralarında çözemediklerinde; tarafların üzerinde anlaşıp belirleyecekleri üç kişilik bilirkişi heyeti ile hakem kurulu sağlanacaktır. Taraflar arasındaki anlaşmazlıkların çözümünde konutların bulunduğu Karaburun Mahkemelerinin veya İzmir Mahkemelerinin icra dairelerinin yetkili olduğu taraflarca kabul edilmiştir” şeklinde kaleme alınması nedeniyle, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması oluşturabilecek açık ve kesin bir tahkim iradesi bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.⁴⁸ Benzer bir biçimde, taraflar arasındaki sözleşmenin uyuşmazlık çözüm şartında uyuşmazlığın hakem kurulunda çözümlenmesi öngörülüp aynı maddenin sonunda ihtilaf hâlinde İstanbul mahkemelerinin yetkilendirilmesi nedeniyle, Yargıtay kesin bir tahkim iradesinin bulunmadığını belirtmiş ve tahkim itirazını reddetmiştir.⁴⁹ Bir başka davaya konu uyuşmazlık çözüm şartında önce uyuşmazlığın tarafların seçeceği hakemlerce çözümleneceği belirtilmiş, ancak daha sonra hakem heyetinin çalışmalarından sonuç alınamaz ise Isparta Mahkeme ve İcra Daireleri’nin yetkili olduğu kararlaştırılmıştır. Bu davada da, Yargıtay, tarafların uyuşmazlığı kesin olarak tahkim yoluyla çözmek istemiş oldukları saptaması yapılamayacağını belirtmiştir.⁵⁰ Uyuşmazlık çözüm şartının “[t]araflar arasında meydana gelecek ihtilâfların öncelikle tarafların her birinin ayrı ayrı tayin edeceği birer hakemden oluşan iki kişilik hakem heyetince çözümlenmesi esastır. 30 gün içinde bu yolla anlaşma sağlanamaması durumunda

⁴⁷ Yarg 15. HD E. 2014/3330, K. 2014/4607, T. 1 Temmuz 2014 (emsal.yargitay.gov.tr), Karşı Oy. Bu kararda, çoğunluk oy, bu konuda karar verme yetkisinin hakem kuruluna ait olması nedeniyle, ilk derece mahkemesinin temyiz itirazını reddeden kararını onaylamıştır. Karara aşağıda değinilecektir.

⁴⁸ Yarg 23. HD E. 2014/887, K. 2014/4043, T. 26 Mayıs 2014 (emsal.yargitay.gov.tr).

⁴⁹ Yarg 15. HD E. 2009/1438, K. 2009/2153, T. 13 Nisan 2009 (emsal.yargitay.gov.tr). Benzer şekilde, bkz Yarg 15. HD E. 2007/2680, K. 2007/4137, T. 18 Haziran 2007 (www.kazanci.com).

⁵⁰ Yarg 15. HD E. 2007/769, K. 2007/1572, T. 13 Mart 2007 (www.kazanci.com). Benzer şekilde, bkz Yarg 15. HD E. 1996/247, K. 1996/438, T. 29 Ocak 1996 (www.kazanci.com); Yarg 11. HD E. 2003/1050, K. 2003/3012, T. 31 Mart 2003 (emsal.yargitay.gov.tr); Yarg 11. HD E. 2004/6686, K. 2005/3600, T. 12 Nisan 2005 (www.kazanci.com).

ihtilafların halinde İstanbul Mahkemeleri ve İcra Daireleri yetkilidir” şeklinde kaleme alınması durumunda da, uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem heyetinin kabul edilmemesi nedeniyle tahkim iradesinin açık ve kesin olmadığı ve tahkim şartının geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁵¹

Bu tahkim anlaşmalarından biraz daha farklı olarak, sözleşmenin sadece bir tarafına tahkime başvurma hakkı veren (asimetrik) bir uyuşmazlık çözüm anlaşmasının geçerliliğinin tartışıldığı bir davada ise, Yargıtay, tahkim şartının mutlak olmamasını anlaşmanın hüküm doğurmamasına ek bir dayanak olarak göstermiştir. Yargıtay, “geçerli bir tahkim sözleşmesinden sözü edilebilmesi için uyuşmazlığın mutlaka hakemde çözümleneceğinin taraflarca kararlaştırılmış olması gerektiği şartı duraksamasız olarak aranmaktadır. Çünkü tahkim kurumu, istisnai hallerde başvurulacak bir çözüm yoludur ve asıl olan uyuşmazlığın mahkemeler eliyle çözümlenmesidir” tespitinde bulduktan sonra yaptığı incelemede, taraflardan sadece birine tahkime başvurma hakkı verilmesinin, öbür tarafa mahkemeye başvurma hakkı tanındığı anlamına geldiğini belirtmiştir. Yargıtay, bu durumu, “aynı uyuşmazlık için hem tahkim hem de mahkemeye gitme yolunun kararlaştırılmış bulunması” hâli olarak değerlendirmiş ve bu nedenle de tahkim şartının geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁵²

Mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının Türk hukukunda geçersiz kabul edildiği yönündeki yerleşik Yargıtay içtihadından uzaklaşan bir karar, 15. Hukuk Dairesi tarafından 2014 yılında verilmiştir.⁵³ Karara konu uyuşmazlığın çıktığı sözleşmenin uyuşmazlık çözüm maddesi önce uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğini kabul etmiş, ardından bir başka alt maddede “[i]htilaf durumunda Bursa Mahkemeleri ve İcra Daireleri yetkilidir” demiştir.⁵⁴ Oy çokluğu ile verilen bu kararda, yerel mahkeme ve Yargıtay tahkim şartının geçerliliğine ilişkin bir saptama yapmamış; “tahkim şartının geçerli

⁵¹ Yarg 15. HD E. 2015/2198, K. 2015/2758, T. 22 Mayıs 2015 (emsal.yargitay.gov.tr).

⁵² Yarg 11. HD E. 2009/3257, K. 2011/1675, T. 15 Şubat 2011 (www.kazanci.com). Kararla ilgili olarak ayrıca bkz Esen, *Kıyı Emniyeti*, 151-154; Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat, 2016, 5. Bası), 633-634; Özçelik, 73-76.

⁵³ Yarg 15. HD E. 2014/3330, K. 2014/4607, T. 1 Temmuz 2014 (emsal.yargitay.gov.tr).

⁵⁴ Bkz Yarg 15. HD E. 2014/3330, K. 2014/4607, T. 1 Temmuz 2014 (emsal.yargitay.gov.tr), Karşı Oy.

olup olmadığına karar verme yetkisinin görevli ve yetkili hakem kuruluna ait olduğunu” belirtip davalının tahkim ilk itirazını kabul etmiş ve davayı usulden reddetmiştir.⁵⁵ Her ne kadar diğer kararlardan ayrışsa da, bu kararın mutlak olmayan tahkim anlaşmalarını onaylayan ve Türk hukukundaki yerleşik içtihat ve hâkim görüşün karşısında yer alan bir karar olarak ele alınması mümkün olmayacaktır. Bunun ilk sebebi, kararda tahkim anlaşmasının geçerli olduğu sonucuna varılmayıp tahkim ilk itirazı sonucunda bu saptamanın hakem heyetine bırakılmasıdır. İkinci ve daha önemli sebep ise, tahkim şartı ve Bursa mahkemelerini yetkilendiren anlaşmanın bulunduğu uyuşmazlık çözüm maddesi ile ilgilidir. Bu maddede önce tahkim şartı, sonra hakem sayısına ilişkin bir düzenleme, ardından iptal davasından feragat edilemeyeceği, sonra tahkim usulüne ilişkin kimi düzenlemeler yer almakta, en sonunda Bursa mahkemelerini yetkilendiren alt madde yer almaktadır. Böyle kapsamlı bir tahkim anlaşmasının ardından bu yetki anlaşmasına yer verilmesi, bu yetki anlaşmasının sözleşmenin genelinden doğan uyuşmazlıklar için değil, tahkim anlaşmasının yorumlanması ve ihtiyatî tedbirlere ilişkin uyuşmazlıklar için öngörüldüğü izlenimi vermektedir. Zira, ilk derece mahkemesinin de kararı “ihtilaf halinde Bursa mahkeme ve icra dairelerinin yetkili olacağına dair hükmün uyuşmazlık hakemde görülse dahi ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir gibi mahkemelerde yapılması zorunlu bir kısım dava ve işleri kapsadığı, tahkim şartını geçersiz hale getirmediği” yönünde olmuştur. Dolayısıyla, bu karar yerleşik içtihadı–mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının geçerliliği tartışması kapsamında–ters bir karar teşkil etmemektedir. Bunun yerine, bu karar, Bursa mahkemelerini yetkilendiren ifadeyi dar yorumlayan bir karar olarak nitelendirilmelidir. Bu açıdan, bu karar, bu makalenin I-B başlığı altında incelenen konu kapsamında değerlendirilebilir.⁵⁶

Yargıtay’ın genel içtihadından farklı bir sonuca ulaştığı düşünülebilecek bir diğer karar ise, 11. Hukuk Dairesi’nin 2015 tarihli kararıdır. Taraflar arasındaki sözleşmenin uyuşmazlık çözüm maddesinde önce uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği kararlaştırılmış, ardından da “buradaki hiçbir

⁵⁵ Bu kararla ilgili bir inceleme için bkz Özdemir Kocasakal, 510, vd.

⁵⁶ Makalenin I-B başlığı altında incelendiği üzere, Türk hukukunda tahkim usulüne ilişkin devlet yargısında görülecek işlerle ilgili mahkemelerin yetkisinin taraf iradesi ile belirlenmesi kabul edilmemektedir. Ancak söz konusu başlık altında da belirtildiği üzere, Yargıtay, bu konularda mahkemelerin yetkisini belirleyen sözleşme maddelerinin açıklayıcı nitelikte olduğunu kabul etmektedir.

husus taraflardan birinin söz konusu işlemin telafisi mümkün olmayan zararlardan kaçınmak, satış imkanının yok etmemek için geçici bir kısıtlayıcı mahkeme emri, ihtiyati tedbir veya diğer geçici benzer tedbir alınmasını ya da *yukarıdaki maddeler ile ilgili dava açılmasını yasaklamayacaktır*⁵⁷ şeklinde bir hüküm getirilmiştir. Yargıtay, bir önceki kararda olduğu gibi, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlığın ilk aşamada hakem heyetince çözülmesi gerektiğine karar vermiştir.⁵⁸ Bu karar, bir önceki karardan biraz daha farklıdır. İki kararın farklı olduğu nokta şu şekilde açıklanabilir. Bir önceki kararda, uyuşmazlık çözüm şartında yer alan Bursa mahkemeleri lehine yapılan yetki anlaşması, şartın geneline bakıldığında, sadece tahkim hukukuna ilişkin hususlarla ilgili (örneğin hakem seçimi, kararın iptali gibi) bir yetki anlaşması olarak nitelendirilebilecektir. Bu anlamda, yapılan yetki anlaşması, uyuşmazlığın esası ile ilgili konuları kapsamamakta ve bu nedenle de tahkim şartının kapsamı ile örtüşmemektedir. Oysa, ikinci karara konu olan uyuşmazlık çözüm anlaşması ile ilgili olarak, yetki anlaşmasıyla tahkim anlaşmasının kapsamının kesiştiği ve tarafların esasa ilişkin konularda tahkimde veya mahkemelerde dava açabileceği gibi bir anlam çıktığı söylenebilir. Bu kararda, uyuşmazlık çözüm şartının tamamına yer verilmemiştir. Bu şartın tamamı görülmeden, Yargıtay'ın verdiği karar üzerine bir yorum yapılması çok da doğru olmayabilecektir. Yine de, böyle bir tahkim şartı karşısında bir hakem heyetinin yetkisini kabul ettikten sonra, açılacak olası iptal davasında, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin ne karar verileceği merak konusudur.

Sonuç olarak, yukarıda incelenen Yargıtay içtihadı, her ne kadar sözleşmedeki uyuşmazlık çözüm şartının tahkim ve devlet mahkemelerini beraber yetkilendirmesi durumunda, tarafların tahkim iradesinin yeterince açık olmayacağını dile getiriyor olsa da, Yargıtay'ın bu yerleşik içtihadına sebep olan anlaşmaların niteliğine özellikle dikkat edilmesi gerekir. Eğer bu kararlar dikkatle incelenirse, Yargıtay'ın bu yerleşik içtihadından, tahkim ve yetki anlaşmasına beraber yer veren uyuşmazlık çözüm anlaşmalarının Türk hukukunda genel olarak geçersiz kabul edileceği gibi bir sonuç çıkmamalıdır. Her ne kadar, Yargıtay kararlarında kullanılan gerekçe tüm bu tahkim şartlarını geçersiz kabul edecek gibi gözükse de, aslında bu kararlar özel

57 Vurgu eklenmiştir.

58 Yarg 11. HD E. 2015/4467, K. 2015/11347, T. 2 Kasım 2015 (emsal.yargitay.gov.tr).

bir durumu ele almaktadırlar. Bu özel durum, tarafların tahkim şartı öngörmesi, ardından da uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülememesi durumunda, uyuşmazlığın belli bir mahkemede görülmesinin öngörülmesidir. Böyle bir uyuşmazlık çözüm şartında tahkim bağlayıcı ve nihaî bir mekanizma olarak öngörülmemektedir. Tahkim iradesinin kesin olarak ortaya çıkmamasının nedeni de, bu sözleşmelerde öngörülen tahkim mekanizmasının bağlayıcılık özelliğinin eksikliğidir. İncelenen bu yerleşik içtihat, “uyuşmazlık tahkimde de çözülebilir” ya da “uyuşmazlık tahkimde veya İstanbul mahkemelerinde çözülür” şeklinde uyuşmazlık çözüm şartlarına doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. Bu nedenle, bu tip şartların geçerliliğinin ayrıca tartışılması gerekir.

B. Türk Hukukunda Mutlak Olmayan Tahkim Anlaşmaları Geçerli Sayılabilir

Yerleşik içtihadı oluşturan mahkeme kararlarının gerekçesine paralel olarak, doktrinde de ağırlıklı biçimde, tarafların bir yandan tahkim anlaşması, diğer yandan da yetki anlaşması yapmalarının, tahkim iradelerini muğlak ve çelişkili hâle getirmesinden dolayı bir geçersizlik sebebi oluşturacağı dile getirilmiştir.⁵⁹ Bu görüşe göre, tahkim anlaşması geçerli ise uyuşmazlığın tahkimde, geçerli değilse devlet yargısında çözülmesi gerekecektir.⁶⁰ Bu görüş, tahkim anlaşmasının esaslı unsurları arasında, devlet yargısını bertaraf etme ve uyuşmazlığın sadece tahkimde çözülmesi iradesinin de aranması gerektiğini savunmaktadır.⁶¹ Aksi hâlde, tahkim anlaşması geçersiz olacaktır.

Oysa tahkim anlaşmasının esaslı unsuru, devlet yargısının bertaraf edilmek istenmesi değil, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşılmasıdır. Tahkim anlaşması olmadan uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi mümkün olmayacak ve uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde görülmesi gerekecektir.⁶² Ancak, bu ifadeden tam ters bir anlam çıkartılması, yani tahkim anlaşması olması durumunda, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi gerekeceği ve devlet mahkemelerinin davaya bakamayacağı

⁵⁹ Özdemir Kocasakal, 516. Ayrıca bkz Akıncı, 98; Yavuz, 150.

⁶⁰ Özdemir Kocasakal, 516.

⁶¹ Özdemir Kocasakal, 522. Benzer yönde, bkz Şanlı, 297-298.

⁶² Mustafa Erkan, ‘Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi’ (2013) 17(1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 535, 536.

sonucuna varılması doğru olmayacaktır. Bu ifadeden çıkartılması gereken saptama, devlet mahkemeleri dışında bir uyuşmazlık çözüm yolunun uyuşmazlığın çözümünde kullanılabilmesi için bu yönde taraf iradesinin muhakkak bulunması gerektiğidir.⁶³

Her ne kadar, karşılaştırmalı hukukta tahkime ilişkin düzenlemeler, tahkim anlaşmasının kural olarak tahkim lehine münhasır bir yetki kurduğunu kabul etse de, münhasır olmayan tahkim anlaşmalarına etki tanınmasına ilişkin tahkim hukukunda herhangi bir engel bulunmamaktadır. Nasıl ki, münhasır olmayan yetki anlaşmaları taraflara yetkilendirilen mahkemede dava açma hakkı tanıyor, ancak bu mahkemede dava açılmasını gerektirmiyorsa, münhasır olmayan tahkim anlaşmalarının da, tahkimde dava açılması hakkı tanıdığı, ama tarafları tahkimde dava açmaya zorlamadığı kabul edilebilir. Hatta bu sebeple, tarafların zorunlu mu seçimlik mi tahkim öngördüğüne uygun olarak, tahkim anlaşmasının sadece tahkimde dava açma hakkı veren ya da davanın tahkimde açılması yükümlülüğünü getiren bir anlamının olmasının, tahkim anlaşması kaleme alınırken dikkat edilmesi gereken bir nokta olduğu belirtilmiştir.⁶⁴

Bu noktada, MTK m. 5'in incelenmesi gerekir. Bu hükme göre, “[t]ahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir”. Bu hüküm, New York Konvansiyonu m. II(3)'e paraleldir. Aslında her iki hüküm de, genel olarak herhangi bir tahkim anlaşmasına ilişkin bir düzenleme getiriyor gibi gözükse de, aslında zımnen sadece münhasır nitelik taşıyan tahkim anlaşmalarını konu almaktadır. Her iki hükmü de, sanki münhasır olmayan tahkim anlaşmalarını yasaklıyor gibi yorumlamak doğru olmayacaktır. Aksi hâlde, New York Konvansiyonu m. II(3) karşısında, karşılaştırmalı hukukta münhasır (ya da mutlak) olmayan tahkim anlaşmalarının geçerli kabul edilmesi mümkün olmazdı. New York Konvansiyonu m. II(3)'e çok benzer bir hüküm getiren MTK m. 5(1)'in de, bundan farklı yorumlanması ve münhasır olmayan tahkim anlaşmalarını yasaklaması için hiçbir sebep bulunmamaktadır.

Türk doktrininde bir müellifin çok da yerinde bir şekilde belirttiği üzere, “[t]araflar tahkim sözleşmesini devlet mahkemelerine giden yolu tamamen kapayacak şekilde de kararlaştırabilirler [...] her iki yargı yolunu eş değer-

⁶³ Blackaby / Partasides / Redfern / Hunter, 71.

⁶⁴ Blackaby / Partasides / Redfern / Hunter, 93.

li olarak birbirlerinin yanında da kabul edebilirler".⁶⁵ Bu durumda, tahkim anlaşması geçerli olsa da—tahkim anlaşması münhasır nitelik taşımadığı ve diğer yetkili uyuşmazlık çözüm organlarının yetkisini bertaraf etmediği için—uyuşmazlık devlet mahkemelerinde de görülebilecektir. Bu nedenle, uyuşmazlık çözüm anlaşmasında hem tahkim, hem de yetki anlaşmasına yer verilmesinin bir çelişki olarak değerlendirilmesi zorunlu olmamalıdır. Böyle bir uyuşmazlık çözüm anlaşmasında, tahkim anlaşmasının açık ve net bir şekilde ortaya konulmadığı da tam olarak söylenemez. Münhasır olmayan bir tahkim anlaşması da (aynen münhasır olmayan yetki anlaşmaları gibi) açık ve net olarak bir iradeyi göstermektedir. Tahkim anlaşmasının bağlayıcı olması şartı da, yine tahkim anlaşmalarının mutlak olmayan bir şekilde yapılmasını engellemektedir. Tahkim anlaşmasının bağlayıcı olması, uyuşmazlığın tahkim mekanizmasında çözülmesi sonucu bu mekanizmanın tarafları bağlayan nihaî bir karar verecek olmasını ifade eder. Mutlak olmayan tahkim anlaşmaları uyarınca işletilecek tahkim mekanizması sonucunda da—aynen münhasır olmayan yetki anlaşmaları sonucunda verilecek mahkeme kararlarında olduğu gibi—bu nitelikte bir karar ortaya çıkacaktır.

Türk hukukunda genel kabul gören görüşün aksine, bir görüş, taraflar arasındaki uyuşmazlık çözüm anlaşmasında uyuşmazlığın tahkim ve devlet mahkemeleri tarafından çözülmesinin birbirine alternatif olarak düzenlenmesi ve bu şekilde taraflara seçimlik bir hak tanınması durumunda, uyuşmazlık çözüm anlaşmasının geçerli olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, taraflardan biri seçimlik hakkı kullandığında, uyuşmazlığın tahkimde mi, yetkilendirilen devlet mahkemesinde mi çözülmesi gerektiğine ilişkin belirsizlik yok olacak, tahkim yolu seçilmişse uyuşmazlık münhasıran hakem heyetinin yetkisine girecek ve kullanılmayan uyuşmazlık çözüm yoluna erişim hakkı tamamen ortadan kalkacaktır.⁶⁶ Böylece, uyuşmazlık çözüm anlaşmasında kararlaştırılan tahkim ya da devlet mahkemesinden biri, seçimlik hakkın kullanılmasıyla yetkisiz hâle gelecek ve bu noktada geçerli bir tahkim iradesinin varlığından veya yokluğundan söz edilebilecektir.⁶⁷

Bu görüş şu şekilde desteklenebilir: Tarafların uyuşmazlık çözüm anlaşmasında birbirinin alternatifi yollar öngörmeleri durumunda, tarafların

⁶⁵ Alangoya, 34.

⁶⁶ Alangoya, 32-33. Ayrıca bkz Deren-Yıldırım, 35-36.

⁶⁷ Bu yönde, bkz Özçelik, 70.

arasında henüz geçerli sayılabilecek bir tahkim anlaşması ya da devlet mahkemelerini yetkilendiren bir yetki anlaşması kurulmamış olduğu kabul edilse bile, taraflardan biri ne zaman ki kendisine sunulan seçimlik haklardan birini kullanır, o anda taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması ya da yetki anlaşması kurulmuş olacaktır. Bir başka deyişle, uyuşmazlık çözüm anlaşmasında taraflara çeşitli alternatif yollar sunulması durumunda, geçerli bir tahkim ya da yetki anlaşmasının kurulması, seçimlik hakkın kullanılmasına kadar ertelenecektir.

Yukarıda belirtilen ve Türk hukukunda azınlıkta olan görüş bile, karşılaştırmalı hukukta kabul edilen görüşe göre, mutlak olmayan tahkim anlaşmalarına çok sınırlı bir etki tanımaktadır. Örneğin, bu görüşün uyuşmazlığın tahkimde çözülebileceğini (“the dispute may be submitted to arbitration”) belirten, bu anlamda kesin ya da mutlak olmayan tahkim anlaşmalarına uygulanması pek mümkün olmayacaktır. Bunun dışında, uyuşmazlık çözüm anlaşmasının, taraflara seçimlik hak tanıyarak çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yolları öngörmesi durumunda, yukarıdaki gibi bir görüş, taraflar arasında bir uyuşmazlık çıktıktan ve bu uyuşmazlıkla ilgili seçimlik hak kullanıldıktan sonra, artık geriye dönülemez bir tahkim ya da yetki anlaşmasının kurulacağına işaret edebilecektir. Oysa, aynı taraflar arasında aynı sözleşmeden bir başka uyuşmazlık çıkarsa, bu uyuşmazlığın söz konusu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından bir diğerinde görülmesinin (yani tarafların yeniden bir seçim yapmalarının) önünde bir engel bulunmamalıdır.

Bu nedenle, mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının geçerliliği ile ilgili daha esnek bir yaklaşımın kabul edilmesi daha yerinde olacaktır. Çalışmanın başında da belirtildiği üzere, Türk hukuk mevzuatında mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının geçersiz sayılmasını gerektirecek herhangi bir kural bulunmamaktadır. Türk hukukunda, bu tip tahkim anlaşmalarının geçersiz sayılması, tamamen çeşitli ilkelerin yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu ilkeler yorumlanırken ortaya konan sebep-sonuç ilişkisi ikna edicilikten uzaktır.

Mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının geçersiz kabul edilmesi gerektiği ile ilgili ileri sürülen gerekçe, herhangi bir tahkim anlaşması bulunmaması durumunda başvurulması gereken yol olan devlet yargısından taraf iradesi ile vazgeçiliyorsa, bu iradenin mutlak olarak ortaya çıkması gerektiğine dayanmaktadır. Oysa bu çıkarımı destekleyebilecek ne bir pozitif hukuk ku-

ralı, ne bir hukuk ilkesi, ne de bir yorum kuralı bulunmaktadır. Zaten böyle bir yorumun Türk hukuk sistemi açısından önem taşıyan yabancı hukuk düzenlerinde de bir karşılığı yoktur. Türk hukukunda genel kabul görüşün gerekçesi, sanki bir yorum kuralına ya da anayasal ilkeye dayanıyormuş gibi gözükmekle beraber, hiçbir somut dayanak içermemektedir. Bir ilke olarak yansıtılan “devlet yargısından taraf iradesi ile vazgeçiliyorsa, bu iradenin mutlak olarak ortaya çıkması gerekir” saptamasının düşünsel dayanağı hiçbir yerde açıklanamamıştır.

Gerçekten de, tarafların tahkim anlaşması yapmamaları durumunda uyuşmazlığın devlet yargısında çözülecek olması ile tahkim iradesinin başka her türlü uyuşmazlık çözüm yolunu dışlayarak ortaya çıkmasının gerekmesi arasında hiçbir sebep-sonuç bağı yoktur. Devlet yargısından taraf iradesi ile vazgeçilmesi istisna olarak görülüyor ise de, bu durum tarafların uyuşmazlığı ya tamamen devlet yargısına ya da tamamen devlet yargısı dışında bir mekanizmaya götürmelerini gerektirmemektedir. Eğer taraf iradesi ile istisnaî uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkim seçilebiliyorsa, mutlak olmayan tahkim anlaşmalarındaki taraf iradesi ile de uyuşmazlığın tahkimde görülebilmesi pekâlâ kararlaştırılabilir. Taraflar bu durumda son ana kadar hâlâ genel kurala uygun olarak devlet yargısına başvurabilir ya da kendi aralarında yaptıkları düzenleme sonucunda yetkilendirilen tahkim mekanizmasında dava açabilirler. Sonuçta, tahkim yolunun istisnaî bir düzenleme olması, tarafların sadece uyuşmazlığın tahkimde görülmesi konusunda anlaşmalarını gerektirmektedir; bu anlaşmanın mutlak olmasını, başka hiçbir uyuşmazlık çözüm yöntemini içermemesini gerektirmemektedir. Taraf iradesi mevcut olduğu sürece, tahkim anlaşması ister mutlak olarak, ister tarafların tahkim haricinde devlet mahkemelerinde de dava açabileceği belirtilerek düzenlenebilir.

Hukuk düzeni (özellikle de milletlerarası özel hukukta taraflara tanınan irade serbestisi), taraflara uyuşmazlıklarını devlet yargısına ya da tahkime götürme hakkı tanırken, tarafların kendi aralarında her iki yolun da yetkili olabileceğini kararlaştırmaları herhangi bir hukukî ilkeye aykırı değildir. Aynı taraflar münhasır olmayan bir yetki anlaşması yapabilirken, tahkim anlaşmasının da münhasır nitelikte olmadan yapılabiliyor olması gerekir. Mutlak olmayan tahkim anlaşmalarındaki sorun, uyuşmazlık çözüm anlaşmasının yeterince açık olmaması da değildir. Öyle olsa, içinde alternatif barındıran tüm uyuşmazlık çözüm anlaşmalarının geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerekirdi. Oysa, taraflar “İstanbul ya da Ankara mahkemeleri” ya

da “ICC ya da ISTAC tahkimi” biçimde yetki ya da tahkim anlaşmaları yapabilirler. Bu yetki ya da tahkim anlaşmaları yeterli derecede açık ve dolayısıyla geçerli olacaktır.

Mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının Türk hukukunda anayasal ilkelere ve normlara aykırı olmadığını gösteren bir örnek de, Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı yatırım antlaşmalarıdır.⁶⁸ Önemli sayıda antlaşmanın uyuşmazlık çözüm maddesinde, uyuşmazlığın, yatırımcının tercihi doğrultusunda yatırım yapılan (ev sahibi) ülkenin mahkemelerinde veya belirlenen çeşitli tahkim merkezlerinde veya UNCITRAL Tahkim Kuralları’na göre ad hoc tahkimde görülebileceği belirtilmiştir. Eğer mutlak olmayan tahkim anlaşmaları, kişinin yargıya erişimi ile ilgili bir anayasal ilke ya da normu ihlal ediyor olsa idi, uluslararası yatırım antlaşmalarının en azından uyuşmazlık çözüm maddelerinin de Türk hukukuna aykırı olduğu ve bu maddelerin hüküm doğurmaması gerektiği ileri sürülebilirdi. Uluslararası yatırım antlaşmaları açısından bu tip uyuşmazlık çözüm maddeleri doğal kabul edilebiliyorken, uluslararası ticarî tahkimde mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin bu denli tartışılması da bir tutarsızlık gibi gözükmektedir.

Elbette mutlak olmayan bir tahkim anlaşması, basit, tek bir mahkeme ya da tahkim merkezini yetkilendiren bir uyuşmazlık çözüm anlaşmasına göre daha karmaşık olabilecek ve hangi durumda hangi uyuşmazlık çözüm merkezinin yetkili olduğunun anlaşılması hukukî yorum yapılmasını gerektirebilecektir. Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde de, yabancı mahkemelerin aynen böyle bir yöntem izlediği görülebilir. Mutlak olmayan tahkim anlaşmalarını açıkça yasaklayan bir kural olmadığı sürece, bu anlaşmaların geçerli olup olmadığı, aynen herhangi diğer bir sözleşme hükmünde olduğu gibi, şartın yorumlanmasıyla belli olacaktır. Mutlak olmayan tahkim anlaşmaları yorumlanırken de, borçlar hukukunda kabul edilen yorum esaslarına göre bir yorum yapılması gerekecektir.⁶⁹ Buna göre, taraflar arasındaki uyuşmazlık çözüm anlaşması “taraflar arasındaki bir uyuşmazlık İstanbul mahkemeleleri veya ISTAC tahkiminde çözülecektir” derse, bu anlaşma, lafzına uygun olarak yorumlanmalı ve bir uyuşmazlık anında davacı İstanbul mahkemelerinde ya da ISTAC tahkiminde dava açabilmelidir. Gerçekten de, eğer söz

⁶⁸ Bu antlaşmalar için bkz ‘<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/214>’ (12 Ekim 2017).

⁶⁹ Joseph, 149; Kaufmann-Kohler / Rigozzi, 94.

konusu şart “ taraflar arasındaki bir uyuşmazlık İstanbul veya Ankara mahkemelerinde çözülecektir” deseydi, davacının İstanbul veya Ankara’da dava açabileceği kabul edilecekti. Böyle bir anlaşma kurulurken tarafların ortak iradeleri, uyuşmazlık anında dava açmak isteyen tarafın farklı uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvurabilmesine imkan tanımaktır.⁷⁰

Bir tahkim anlaşması sırf yeterince açık değil ya da uygulanması zor diye geçersiz kabul edilmemelidir.⁷¹ İlk bakışta, belli bir karışıklık ya da tutarsızlık içeren tahkim anlaşmalarının bile yorumlanması ve mümkün olduğunca geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir.⁷² Karşılaştırmalı hukukta genel olarak kabul gören efektif yorum ilkesi uyarınca, bir sözleşme hükmünde terimleri etkin kılan yorumun tercih edilmesi gerekecektir.⁷³ Bu ilkenin tahkim anlaşmalarına da uygulanması gerekir.⁷⁴ Bununla birlikte, bir uyuşmazlık çözüm anlaşmasının devlet yargısını ve tahkim yolunu yetkilendirme yöntemi, anlaşma lafzına uygun olarak yorumlanmasına rağmen, anlaşmanın anlamsız veya icra edilemeyecek olmasına ya da devlet yargısı veya tahkim kurumlarının işlevi ve özellikleri ile uyumsuz bir sonuç doğmasına sebep veriyorsa, ancak o zaman bu uyuşmazlık çözüm anlaşmasının geçerli olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir.⁷⁵

Örneğin tarafların ilk olarak uyuşmazlıklarını tahkimde çözmeye çaba sarf etmelerini gerektiren, ancak burada bir çözüme ulaşılamazsa devlet mahkemelerine gidilebileceğini öngören bir uyuşmazlık çözüm anlaşmasının geçerli bir tahkim anlaşması niteliğini haiz olduğu söylenemez. Ancak bu sonucun nedenini, tahkim anlaşmasının mutlak ya da kesin olmamasıyla açıklamak doğru olmayacaktır. Böyle bir uyuşmazlık çözüm anlaşmasının–en azından tahkim şartı kapsamında–geçerli olmamasının nedeni, anlaşmada öngörülen tahkimin bağlayıcı etki doğurmamasıdır. Tahkim yargılaması

⁷⁰ Karş Özdemir Kocasakal, 519.

⁷¹ Joseph, 149.

⁷² Joseph, 149. Benzer yönde, Julian D M Lew / Loukas A Mistelis / Stefan Michael Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2003), 154; Born, 787-788.

⁷³ Bu yorum ilkesi in *favorem validatis* yorumla karıştırılmamalıdır. Etkin yorum ilkesinde amaç kullanılan terimlere etkin nitelik kazandırmaktır; hükmün geçerli olmasını sağlamak değildir.

⁷⁴ Gaillard / Savage, 258-259.

⁷⁵ Bkz Joseph, 149; Gaillard / Savage, 270.

sonucunda bağlayıcı ve nihaî bir karar verilmesi, tahkimin en önemli ve olmazsa olmaz özelliklerinden biridir.⁷⁶ Tahkim yoluyla çözülmek istenen bir uyuşmazlığın, nihaî olarak tahkimde çözülememesi gibi bir olasılık doğamaz. Zira, tahkim davası açıldığında, hakem heyeti bu davayı nihaî olarak çözecek ve bunun sonucunda—kararın iptal edilmemesi ve üçüncü ülkelerde tanınması ihtimalinde—kesin hüküm etkisi doğacaktır. Kesin hüküm etkisine rağmen, başka bir uyuşmazlık çözüm organının bu davayı esastan ele alması mümkün olamaz. Bu nedenle, bağlayıcı olmayan bir tahkim usulü öngören bir tahkim şartı, “tahkim anlaşması” olma özelliği taşımamaktadır.⁷⁷ Böyle bir anlaşma, olsa olsa bağlayıcı bir yargı usulü öncesinde arabuluculuk anlaşması olarak kabul edilebilir. Her ihtimalde, böyle bir tahkim anlaşması geçersiz olacak ve uyuşmazlığın nihaî çözümü devlet mahkemeleri tarafından gerçekleştirilecektir.

SONUÇ

“Uyuşmazlık tahkimde de çözülebilir” ya da “uyuşmazlık İstanbul mahkemelerinde veya İstanbul’da tahkimde çözülecektir” gibi uyuşmazlık çözüm şartları karşılaştırmalı hukukta geçerli kabul edilmektedir. Bu şartlar, tarafların arasında çıkmış olan veya çıkabilecek uyuşmazlıkların mutlak surette tahkim yoluyla çözüme kavuşturulacağını belirtmediği için, Türk hukukunda bu anlaşmaların geçersiz olduğu ve tarafların açık ve kesin bir tahkim iradesinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Ancak tarafların tahkim iradesinin mutlak olarak ve diğer tüm uyuşmazlık çözüm yollarını dışlayacak biçimde ortaya çıkmasını gerektiren bir kural ya da ilke bulunmamaktadır. Tahkim hukukunda böyle bir gerekliliğin bulunmaması karşısında, Türk hukukunda genel olarak kabul gören yaklaşım dayanaksız kalmaktadır.

Öte yandan, Yargıtay’ın yerleşik içtihadı ve doktrinin konuyu ele alırken öngördüğü ihtimaller dikkatli bir biçimde incelendiğinde, geçersiz olarak kabul edilmek istenen tahkim anlaşmalarının daha spesifik bir grup olduğu fark edilebilecektir. Dolayısıyla, özellikle Yargıtay’ın yerleşik içtihadının, Türk hukukunda *genel olarak* mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının geçer-

⁷⁶ Bkz Jean-François Poudret / Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (Thomson, 2007, 2. Bası), 124; Born, 253-255.

⁷⁷ *Kruppa v Benedetti & Anor* [2014] EWHC 1887 (Comm) (11 Haziran 2014), paras 9-10, 12 ve 14. Ayrıca bkz Joseph, 113; Deren-Yıldırım, 36.

siz olduğunu kabul ettiğini ileri sürmek doğru olmayacaktır. Bir başka deyişle, içinde hem tahkim anlaşması, hem de yetki anlaşması olan *tüm* uyuşmazlık çözüm anlaşmalarının Türk hukukunda geçersiz olarak kabul edildiği sonucunu Yargıtay kararlarına bakarak teyit etmek mümkün olmayacaktır.

Yargıtay'ın geçersiz saydığı tahkim anlaşmaları, aslında “mutlak olmayan tahkim anlaşması” olarak değil, “bağlayıcı olmayan tahkim anlaşmaları” olarak değerlendirilmelidir. Doktrinin de bu konuda atıf yaptığı Yargıtay kararlarında, ya uyuşmazlığın tahkimle çözülemeyebileceğini ya da uyuşmazlık tahkimde çözülsün bile taraflar arasında belli bir uyuşmazlığın süreceğini öngören tahkim anlaşmaları söz konusudur. Bu tahkim anlaşmaları, tahkimin bağlayıcı ve nihaî bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olduğunu göz ardı etmektedir. Tahkimin esaslı unsurlarından biri olan bu özelliğin göz ardı edilmesi, tarafların tahkim iradesi olmadığı anlamına gelecektir. Böyle bir tahkim anlaşmasının geçersiz olacak olmasının nedeni, tarafların tahkim yolunu bağlayıcı bir mekanizma olarak öngörmemesidir. Mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının yani uyuşmazlığın tahkim yoluna veya devlet yargısına götürülebileceğini söyleyen anlaşmaların genel olarak geçersiz olacağı, bu durumdan çıkartılması gereken sonuç olmamalıdır. Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, Türk hukukunda da mutlak olmayan tahkim anlaşmalarının genel olarak geçerli olduğu kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

• *Yabancı Mahkeme Kararları*

Anzen Limited and Others (Appellants) v Hermes One Limited (Respondent) (British Virgin Islands) [2016] UKPC 1 (18 Ocak 2016)

Canadian National Railway Company v Lovat Tunnel Equipment Inc, 1999 CanLII 3751 (ON CA), 8 Temmuz 1999

Kruppa v Benedetti & Anor [2014] EWHC 1887 (Comm) (11 Haziran 2014)

Société Thermodyn c/ Société M-Real Alizay, et autre, Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, No 12-22656, 12 Haziran 2013

WSG Nimbus Pte Ktd v Board of Control for Cricket in Sri Lanka [2002] SGHC 104 (13 Mayıs 2002)

• *Doktrin*

Akıncı, Ziya: *Milletlerarası Tahkim* (Vedat, 2016, 4. bası)

Alangoya, Yavuz: *Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1973)

Barbet, Jérôme: ‘La clause de résolution de litiges optionnelle bilatérale à l’épreuve du principe compétence-compétence, note sous Cass. civ. 1re, 12 juin 2013’ (2013/4) *Revue de l’Arbitrage* 1013

Berger, Klaus Peter: ‘Law and Practice of Escalation Clauses’ (2006) 22(1) *Arbitration International* 1

Blackaby, Nigel / Partasides, Constantine / Redfern, Alan / Hunter, J Martin: *Redfern and Hunter on International Arbitration* (OUP, 2015, 6. Bası)

Born, Gary B: *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2014, 2. Bası)

Deren-Yıldırım, Nevhis: *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları* (Alkım, 2004)

Ekşi, Nuray: *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları* (Beta, 2015)

Erkan, Mustafa: ‘Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi’ (2013) 17(1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 535

Esen, Emre: ‘Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü’nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi’nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği’ (2010) 9(2) *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 145

- Esen, Emre: ‘Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi’ (2011/1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 355
- Gaillard, Emmanuel / Savage, John (eds): *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 1999)
- Joseph, David: *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (Sweet & Maxwell, 2015, 3. Bası)
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle / Rigozzi, Antonio: *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland* (Oxford University Press, 2015)
- Kayalı, Didem: ‘Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses’ (2010) 27(6) *Journal of International Arbitration* 551
- Lew, Julian D M / Mistelis, Loukas A / Kröll, Stefan Michael: *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2003)
- Özçelik, Nesli Şen: ‘Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği’ (2016) 36(2) *MHB* 53
- Özdemir Kocasakal, Hatice: ‘Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı’, in Ercüment Erdem, et al. (eds), *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan* (On İki Levha, 2017) 509
- Poudret, Jean-François / Besson, Sébastien: *Comparative Law of International Arbitration* (Thomson, 2007, 2. Bası)
- Pryles, Michael: ‘Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses’ (2001) 18(2) *Journal of International Arbitration* 159
- Şanlı, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (Beta, 2016)
- Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman-Figanmeşe, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat, 2016, 5. Bası)
- Yavuz, Cevdet: ‘Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler’in II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim” (Marmara Üniversitesi Yayınları, 2009) 133 (çevirim için ulaşım: <https://hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/sempozyum-yayinlari/ii-uluslararasi-ozel-hukuk-sempozyumu-tahkim/>)

Şirketler Topluluğu Hukukuna İlişkin Avrupa'da Ortaya Çıkan Yeni Yaklaşımlar

Dr. F. Beril ÖZCANLI*

Öz: Şirketler topluluğu hukukuna ilişkin AB ekseninde ortak kurallar oluşturma çabası 1970 yıllardan beri devam etmektedir. Sınıraşan topluluklara uygulanacak ortak hükümlerin olmayışı bu tür toplulukların yönetimini oldukça güçleştirmektedir. Komisyon'un 2012 tarihli Eylem Planı ile bu doğrultuda bir düzenlemeye gidileceğini belirtmesi ile AB hukuku ekseninde şirketler topluluğu hukukuna ilişkin çalışmalar yeniden hareketlenmiş ve gerek Komisyon'un oluşturduğu uzman grupları (ICLEG) gerek bağımsız akademisyenlerden oluşan topluluklar (FECG, ECLE, EMCA, CDJ) bu kapsamda çeşitli öneriler ileri sürmüşlerdir.

Anahtar Kelimeler: Şirketler topluluğu hukuku, 2012 Eylem Planı, sınıraşan toplulukların yönetimi, AB şirketler topluluğu hukuku, FECG, ICLEG, EMCA, ECLE, CDJ.

New Approaches in Europe about Corporate Group Law

Abstract: The effort to establish common rules on the EU basis for corporate groups has been ongoing since the 1970s. The lack of EU legislation governing cross-border corporate groups resulted in high agency costs as well as bad governance. In order to solve these problems the Commission stated in its Action Plan 2012 to take measures in order to establish common rules applicable to corporate groups operating EU wide. Following the Action Plan several expert groups, (such as ICLEG, FECG, ECLE- EMCA, CDJ) have taken the initiative to suggest draft legislation with regards to the substantive content of the future legal measurements.

Keywords: Corporate group law, Action Plan 2012, management of cross border corporate groups, EU corporate group law, FECG, ICLEG, EMCA, ECLE, CDJ.

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (bozcanli@ku.edu.tr).

I. Giriş

Şirketler topluluğu hukukunu, ortaklıklar hukukuna ilişkin genel sorumluluk hükümlerinden ayıran başlıca farklılık, topluluk hukukunda menfaatlerin farklı şekilde konumlanmış olmasıdır¹. Örneğin topluluk oluşturmeyen ortaklıklardaki menfaat çatışması şirket yönetimi ve bunu temsil eden yöneticiler ile pay sahipleri arasında şekillenirken²; topluluk yapılarında hâkim pay sahibinin menfaati ile yönetim menfaati çoğu zaman paralel olarak ortaya çıkmakta, fakat bu menfaatlerin karşısında bağlı şirket menfaati ve topluluk dışı pay sahiplerinin de menfaatlerinin gözetilmesi gerekmektedir³. Hâkimiyet ve bağlılık ilişkilerinin şirketlerin işleyişi, yönetimleri ve giderek pay sahipliği haklarının kullanılması üzerindeki etkilerinin dikkate alınması zorunluluğu, şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin çıkış noktası olmuştur⁴.

-
- 1 Ünal Tekinalp, “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara, 2003, s. 237. Gereke’de de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile şirketler topluluğu hukukuna ilişkin düzenlemelerin getirilmesinin temel amacının, bağlı şirket menfaatinin grup menfaatine feda edilmesini önlemek olduğu belirtilmiştir. **Gereke**, s. 70. Alman hukukunda ise, bağlı şirketler arasındaki ilişkilerin nasıl şekilleneceği ve hâkim ortağın menfaatlerinin ne oranda dikkate alınması gerektiği şirketler topluluğuna ilişkin getirilen kurallar ile belirlenmeye çalışılmıştır. Emmerich/Habersack, **AktG**, Einl. N.1; Bruno Kropff, “Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965”, **Betriebs-Berater** C.32, 20. Yıl, s. 1282; Hüffer, **Aktiengesetz**, §15 N. 3; Schmidt/Lutter/Langenbacher, **AktG** §291 N. 7-10; Bürgers/Körber/Fett, **AktG**, §15 N. 7.
 - 2 İlk defa 1932 yılında *Berle/Means* tarafından ifade edildiği üzere, ekonomik gelişmeler şirketler hukuku doktrininin modernleşmesine ve şirket üzerindeki “kontrol ve mülkiyet” ayrımını ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu gelişmeye yol açan en önemli neden, ticaret şirketlerinin bir tüzel kişiliği haiz olmaları, pay sahiplerinin de aynı zamanda söz konusu tüzel kişinin paylarına sahip olmaları ve şirketin faaliyetlerini kontrol edecek olan yöneticileri seçmeleri gerçeğidir. Pay sahipliği olgusu ve modern şirketler hukuku, eşya hukuku anlamındaki “mülkiyet” kavramının anlamını tamamiyle değiştirmiştir. Bunun temelinde pay sahibinin kural olarak şirketin günlük işleri hakkında bilgi ve fikir sahibi olmayışı ve ancak şirketin günlük işlerini takip eden ve yönlendiren şirket yöneticilerinin, şirket kaynaklarını kendi menfaatleri doğrultusunda yönetmek yetkilerini haiz bulunmaları yatmaktadır. Adolf A. Berle / Gardiner C. Means, **The Modern Corporation and Private Property**, New Jersey, 1991, s.355.
 - 3 Sıtkı Anlam Altay, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**, İstanbul, 2009, s.350. Özellikle şirketler topluluğu olgusunun kökeninde yatan hukuki ilişkiler, bağımsız yönetim anlayışının terk edilmesine sebep olabilir. Topluluk içerisindeki şirketlerin her biri topluluk menfaati kapsamında oluşturulan tekil bir irade tarafından yönetilmektedir.
 - 4 Ünal Tekinalp, “Turkish Concept and Approaches in Corporate Group Law” **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, München, 2007, s. 850; Gül Okutan Nilsson, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, 1. Bas-

Şirketler topluluğu yapılarının birden çok ülkede faaliyet göstermeleri ve bunun sonucunda örneğin topluluğun hakiminin ve bağlı şirketlerinin farklı hukuklara tabi olması toplulukların yönetimini zorlaştırmıştır. Önce Avrupa Toplulukları ardında da Avrupa Birliği ekseninde bu sıkıntının, sınıraşan toplulukların ülke hukuklarından bağımsız kurallara tabi tutularak aşılabileceği düşünülmüş ve şirketler topluluğuna uygulanacak hükümler oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu süreçte ilk yaklaşım ayrıntılı ve kapsayıcı hükümler oluşturmak şeklinde iken; yakın zamanda gerek Komisyon gerek konunun uzmanları ve akademisyenler sadece belirli alanların topluluk ekseninde düzenlenmesinin daha uygun ve uzlaşmaya açık bir yaklaşım olacağı sonucuna varmışlardır.

Biz de söz konusu çalışmamız ile şirketler topluluğu hukukunun AB ekseninde uyumlaştırılması sürecini ve özellikle Komisyon'un 2012 Eylem Planı'ndan⁵ sonra ortaya çıkan yeni yaklaşımları ele alıyoruz. Çalışmamızın amacı, Türk hukukunda yeni düzenlenen ve temelde Alman AktG hükümleri esas alınarak oluşturulmuş olan topluluk hükümlerinin, Alman sisteminden daha farklı bir bakış açısı ekseninde oluşturulan ve TTK'nın yasalaşmasından sonra ortaya çıkan evrensel dayanaklarına göz atmaktır. Kanaatimizce ortaya çıkan bu yeni yaklaşım özellikle sınıraşan toplulukların yönetimine ilişkin sorunların giderilmesine hizmet edecek ve AB ekseninde uzun yıllardır gerçekleşemeyen şirketler topluluğu hukukunun uyumlaştırılması sürecini hızlandırabilecek niteliktedir.

Çalışmamız kapsamında öncelikle AB hukukundaki gelişmeler ve özellikle Avrupa doktrininde ileri sürülen görüşler incelenecektir. Çalışmanın amacı yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi ortaya çıkan bu yeni yaklaşımların ortaya konulmasıdır. Bu doğrultuda Türk şirketler topluluğu hukukuna ilişkin açıklamalar ise, yaklaşımların izdüşümlerinin TTK hükümlerinde yer aldığı durumlar ya da Türk şirketler topluluğu hukukuna ilişkin olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bakımından getirilecek öneriler ile sınırlı tutulmuştur.

ki, İstanbul, 2009, s. 15; İrfan Akın, **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Ankara, 2014, s. 28; Cafer Eminoğlu, **Konzern/Gesellschaftengruppe Österreich-Türkei-EU – ein Rechtsvergleich-**, İstanbul, 2013, s. 144; Ünal Tekinalp, "Inspired by German Konzern Law, but on a different breed: Turkey's Şirketler Topluluğu", **Festschrift für Gerhard Wegen**, 2015, s.47.

5 **2012 tarihli Avrupa Şirketler Hukuku ve Kurumsal Yönetim Eylem Planı**, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN /TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0740&from=EN>.

II. AB Şirketler Topluluğu Hukuku'nu Uyumlaştırma Aşamaları

Avrupa Komisyonu, Avrupa Topluluklarının daha yeni oluştuğu dönemden itibaren sınıraşan topluluklara uygulanacak hükümleri uyumlaştırmak için çaba göstermiştir. Bu kapsamdaki ilk adım, 1964 yılında Belçikalı uzman *van Ommeslaghe*'nin şirketler topluluğu hukukunun uyumlaştırılmasının ne şekilde mümkün olacağına ilişkin kapsamlı bir rapor hazırlamakla görevlendirilmesidir⁶.

Söz konusu raporu takiben Komisyon 1970 yılında Avrupa Şirketi (*Societas Europea, SE*) Statüsüne ilişkin Taslağı⁷ yayınlamıştır. Söz konusu taslak oluşturulurken 1966 yılında Hollandalı Profesör *Pieter Sanders* başkanlığındaki bir çalışma grubu tarafından oluşturulan öneriler esas alınmış ve bu öneriler ufak değişikliklerle 284 maddelik taslağa aktarılmıştır⁸. Taslakta şirketler topluluğu hukukuna ilişkin ayrı bir bölümde söz konusu dönemdeki Alman Konzern hukukundan dahi ileri giden ayrıntılı düzenlemeler önerilmiştir. Bu kapsamda örneğin topluluk hukukuna ilişkin koruyucu hükümlerin uygulanması fiili konzern ya da hakimiyet sözleşmesine dayanan bir konzernin varlığına değil “tek elden yönetim” olgusunun varlığına bağlanmıştır⁹; Taslağın 228 ila 238. maddeleri ile topluluk dışı pay sahiplerinin korunmasına yönelik olarak paylarının satın alınması, denkleştirme ödemesi ya da paylarının hakim şirket payları ile değiştirilmesini talep etme hakları öngörülmüştür. Taslak kapsamında bağlı şirket alacaklılarının, bağlı şirket yanında ayrıca hakim şirkete başvurma hakkı düzenlenmiş ve hakim şirkete de talimat verme yetkisi tanınmıştır.

Komisyon daha sonra Avrupa Ekonomik topluluğu (EEC) özel danışmanı Profesör *Hans Würdinger* tarafından 1970 yılında hazırlanan çalışma

⁶ Holger Fleischer, “Europäisches Konzernrecht: Eine Akteurzentrierte Annäherung” **ZGR** 2017, S.1, s. 1-37. *Fleischer*, henüz herhangi bir topluluk yapısına dahil olmayan şirketlere uygulanacak hukuka ilişkin bir uyumlaştırmanın gerçekleşmemiş olduğu dönemde dahi, Komisyon'un topluluk hukukuna yönelik bu yaklaşımının şirketler topluluklarına Avrupa Ortak Pazarı'nın oluşturulması bakımından atfedilen önemi gösterdiğini ifade etmiştir.

⁷ Proposal for a Council Regulation Embodying a Statute for the European Company, OJ C 124, 10.10.1970, p. 1. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51970PC0600&from=EN>.

⁸ Jessica Schmidt, “Europäisches Konzernrecht”, **der Konzern**, 2017, S.1, s. 1-12.

⁹ Proposal for a Council Regulation Embodying a Statute for the European Company, OJ C 124, 10.10.1970, Madde 223.

raporu¹⁰ ve *van Ommeslaghe* tarafından gerçekleştirilen araştırmaları temel alarak 1974-1975 yıllarında 9. Şirketler (Şirketler Topluluğu) Hukuku Yönergesi'ne ilişkin Taslak'ı oluşturmuştur¹¹. Söz konusu Taslak ile üye ülkelere Alman AktG sistemi ile öngörülen sözleşmesel/fiili konzern ayırımının esas alınması ya da daha güçlü bir topluluk yapılanması arasında seçim yapma imkanı sunmuştur¹². Söz konusu Taslak SE Tasarısı ile öngörülmüş olan sisteme paralel olarak, tek elden yönetimin varlığını, fiili ya da sözleşmesel topluluk yapılanması aranmaksızın, topluluğa ilişkin koruyucu hükümlerin uygulanabilmesi için yeterli kabul etmiştir. Koruyucu hükümler kapsamında pay sahibine paylarının satın alınmasını ya da uygun bir denkleştirme ödemesinin yapılmasını talep etmek hakkı tanınması dışında ayrıca hakim şirketin bağlı şirket alacaklılarına karşı sorumlu olacağı da düzenlenmiştir. Ne var ki söz konusu düzenleme önerisi üye ülkeler tarafından "tek elden yönetim" kavramının belirli olmayışı ve bu sebeple özellikle uygulama bakımından sorunlar yaratacağı ve daha konsantre şirket yönetimine ancak bağlı şirketler yapılarının katılaştırılması ile ulaşılmasını öngören yapısı temelinde sert şekilde eleştirilmiş ve bunun sonucunda Komisyon gerek SE Taslağı'nın topluluğa ilişkin hükümlerini gerek 9. Şirketler Hukuku Yönerge Taslağına ilişkin yasalaşma sürecini ertelemek durumunda kalmıştır¹³.

Komisyon 9. Yönerge'nin ilk taslağına ilişkin getirilen eleştirileri dikkate alarak 1984 yılında bağlı işletmelere ilişkin taslağı revize ederek yeni bir Yönerge Taslağı oluşturmuştur¹⁴. Söz konusu taslak AktG ile konzernler bakımından öngörülmüş olan fiili/sözleşmesel konzern ayırımı ve ilhak hükümleri temelinde oluşturulmuş, ancak topluluk dışı pay sahibi ya da bağlı şirket alacaklılarının korunmasına yönelik olarak bu sistemin de ötesine giderek üye devlet mahkemelerine ya da yetkili otoritelerine gözetim ve yönetim kurulu üyelerini görevden alma, kayıp doğurucu nitelikteki eylem ve işlemlerin geri alınmasına ya da topluluk dışı pay sahiplerinin paylarının hakim şirket tarafından satın alınmasına karar verme yetkileri bahşetmiştir¹⁵. Bu

¹⁰ Fleischer, **ZGR**, s.14

¹¹ J. Schmidt, **Der Konzern**, s. 1. Taslağın 1984 değişikliğinden önceki ilk metni için Bkz.: Marcus Lutter, **Europäisches Unternehmensrecht**, 2. Auflage, 1984, s.187 vd.

¹² Fleischer, **ZGR**, s.6

¹³ Fleischer, **ZGR**, s.7.

¹⁴ Metin için Bkz.: Marcus Lutter, **ZGR** 1985, s. 444 vd.

¹⁵ Lutter, **ZGR** 1985, s. 453.

model de, üye ülkelerin ulusal hukuklarına tamamen yabancı bir kurum olan şirketler topluluklarına ilişkin pozitif bir düzenlemeye yanaşmamaları sebebiyle taslak olmaktan öteye gidememiş¹⁶ ve söz konusu 9. Şirketler Hukuku Yönergesi hiçbir zaman kabul edilmemiştir¹⁷.

Yönerge taslağının kabul görmemesi üzerine *Thyssen* Vakfı tarafından desteklenen ve Avrupa’da şirketler topluluğu hukuku alanında çalışan akademisyenleri biraraya getiren *Forum Europaeum Konzernrecht*” projesi ortaya çıkmıştır¹⁸. Forumun amacı, politik etkilerden bağımsız olarak, her bir ülke hukukunun kendine has özelliklerini korumak suretiyle birlik düzeyinde ortak bir düzenlemenin ortaya konmasının mümkün olup olmadığını araştırmaktır¹⁹. Topluluğun bir diğer amacı ise, 9. Yönerge Taslağını revize ederek, topluluk bakımından şirketler topluluğu hukukuna ilişkin çerçeve kurallar oluşturabilmektir²⁰.

Forum Europaeum Konzernrecht önerileri arasında özellikle topluluk yapısı ve topluluk ilişkilerinin şeffaflaştırılmasını sağlamaya yönelik yönerge önerileri yer almaktadır²¹. Bu kapsamda topluluğun tepesindeki hakim

¹⁶ Altmeppen, **MüKoAktG**, Einl N. 35; Emmerich/Habersack, **AktG**, Einl N.43.

¹⁷ *Tekinalp*, Alman şirketler topluluğu hükümlerinin *ürkütücü yoğunluğu ve karmaşıklığının* birçok Avrupa ülkesini ortaklıklar topluluğu düzenlemesinin yasalaşması bakımından olumsuz tutum almaya yönelttiğini ifade etmiştir. Ünal Tekinalp, “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara, 2003, s. 238.

¹⁸ J. Schmidt, **Der Konzern**, s. 2; Altmeppen, **MüKoAktG**, Einl N. 35.

¹⁹ Christine Windbichler, “Corporate Group Law for Europe”: Comments on the Forum Europaeum’s Principles and Proposals for a European Corporate Group Law”, **European Business Organization Law Review** 1: 265-286.

²⁰ Forum Europaeum Corporate Group Law **EBOR** (2000), s.174 vd.

²¹ TTK’nın şirketler topluluğuna ilişkin sisteminin oluşturulmasında *Forum Europaeum* Önerileri’nden yararlanılmıştır. Bu kapsamda özellikle TTK şirketler topluluğu sisteminde Alman “konzern” sözcüğü yerine “grup” kavramının tercih edilmesinin FECG önerisi ile de “group” kavramının kullanılması yönünde yapılan tercihin yol gösterici olduğu, TTK’da hakimiyetin tespiti bakımından hem kontrol hem de karineler sisteminin tercih edilmesinde, tek elden yönetim ilkesini öngören Alman sistemine karşın kontrol ve tek elden yönetim sisteminin birarada bulabileceğini ifade eden FECG yaklaşımının söz konusu olduğu ve sorun çıkartan azınlığın şirketten çıkarılmasına (*squeeze-out*) imkan tanıyan TTK m. 208 hükmünün *Forum Europaeum* yaklaşımından esinlenilerek kaleme alındığı belirtmiştir. Gereke’de ayrıca TTK sisteminin oluşturulmasında Alman AktG sisteminin belirleyici olmasına rağmen sorumluluk sisteminin kendine özgü olduğu ve bu kapsamda yine Forum Europaeum önerilerinin esas alındığı ifade edilmiştir. **Gereke**, s. 69,70.

şirketin topluluk politikasını, topluluğa dahil olan şirketlerin menfaatlerinin etkili bir şekilde korumak suretiyle, hangi kapsamda uygulayabileceğinin tespiti bakımından Fransız yargılama hukukuna dayanan *Rosenblum Konseptini* kabul edilmiştir²². *Rosenblum konsepti* uyarınca bağlı şirketlerde kayıp doğurucu müdahalelere ancak (i) bir topluluk yapısının varlığı (ii) topluluğun tümünü kapsayan bir topluluk politikasının söz konusu olması ve (iii) kazanç ve kayıpların topluluk içinde adil bir şekilde dağılımının sağlanması durumunda izin verilebileceği kabul edilmektedir.

Ancak bu konseptin, AktG §311 hükmü ile öngörülen kaybın işlemsel bazda denkleştirilmesi prensibini sulandırması ve en nihayetinde AktG §311 hükmünden daha geri kalan bir düzenleme kapsamında topluluk dışı pay sahiplerini korumayı öngörmesi, üye ülkeler tarafından eleştirilmiş²³ ve şirketler topluluğuna ilişkin AB düzeyindeki uyumlaştırma faaliyetleri rafa kaldırılmıştır²⁴.

Forum Europaeum Projesi'nin de şirketler topluluğu hukukunu Avrupa Toplulukları düzeyinde uyumlaştırılması bakımından başarısız olması üzerine Komisyon, topluluk hukukunun uyumlaştırılması için belirli bir süre herhangi bir faaliyette bulunmamıştır. Bu süre doktrinde “Avrupa Şirketler Hukuku Krizi” olarak adlandırılmaktadır²⁵. Komisyon 2003 tarihli Eylem Planına kadar sürecek dönemde, şirketler hukuku²⁶, banka ve sermaye piyasası hukuku²⁷ ve iflas hukukuna ilişkin²⁸ ikincil mevzuat çalışmaları ortaya koymuş ve bu kapsamda da şirketler topluluğu hukukuna dahil olan birçok alan da düzenlenmiştir.

²² Forum Europaeum Corporate Group Law **EBOR** (2000), s.204 vd., Aynı yönde: Peter Hommelhoff, “Ein Neustart im europäischen Konzernrecht” **Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht- KsZW** 2014 S. 2, s. 63-68.

²³ Kropff, **MüKoAktG**, Vor§311, N.38; Koppensteiner, **KK-AktG**, Vor§291, N.135.; Emmerich/ Habersack, **Konzernrecht**, §1 N.45.; Altmeppen, **MüKoAktG**, Vor§311, N.31.

²⁴ J. Schmidt, **Der Konzern**, s. 2.

²⁵ Fleischer, **ZGR**, s. 8;

²⁶ Örneğin 2012/30/EU sayılı ikinci Şirketler Hukuku Yönergesi, kısaca Sermaye Yönergesi ile topluluklarda şirketlerin kendi paylarını edinmesi rejimi düzenlenmiş; konsolide tablolara ilişkin 83/349/EWG numaralı 7. Şirketler Hukuku Yönergesi ile ise toplulukların tabi olacağı bilanço ve yıl sonu hesaplarına ilişkin rejim düzenlenmiştir.

²⁷ Özellikle 2011/61/EU; 2007/87/EG ve 2015/65/EU D numaralı Yönergeler. Ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: J. Schmidt, **Der Konzern**, s. 3.

²⁸ 2015/848/EU sayılı İflas Usullerine ilişkin Yönerge ile topluluk şirketlerinin iflası özel bir usule tabi kılınmıştır. Ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: Fleischer, **ZGR**, s.28.

2002 yılında toplanan Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu (*High Level Group of Company Law Experts*) hazırladıkları raporda orta vadede Komisyon'a şirketler topluluğuna ilişkin öngörülecek düzenlemelerin topluluk dışı pay sahipleri ve bağlı şirket alacaklıları bakımından yeterli koruma sağlayan önlemleri içeren²⁹ ve topluluk politikasının bağlı şirket nezdinde kabulüne izin veren bir çerçevede gerçekleştirilmesini önermiştir. Raporda şirketler topluluğuna ilişkin olarak (i) topluluk yapısının ve ilişkilerinin şeffaflaştırılması, (ii) topluluk ve içerisindeki yapılar arasındaki menfaat ihtilaflarının giderilmesi ve (iii) piramid yapıları yönelik düzenlemelere gidilmesinin faydalı olacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda topluluk içi şeffaflığın sağlanması ve topluluk menfaatinin kabulüne imkan tanınması en önemli öneriler olarak ortaya çıkmıştır.

Komisyon daha sonra Şirketler Hukukunun Modernleştirilmesi ve Kurumsal Yönetim İlkelerinin Geliştirilmesini hedef alan bir rapor yayınlamış³⁰ ve bu kapsamda söz konusu Yüksek Uzmanlar Kurulu Raporu doğrultusunda³¹ topluluk düzeyinde şirketler topluluğu hukukuna ilişkin bir kapsamlı bir uyumlaştırmadan vazgeçmiş ve bunun yerine daha noktasal düzenlemeler yapmaya karar vermiştir³².

Bu doğrultuda şirketler topluluğuna ilişkin bir Avrupa Birliği düzenlemesi oluşturulabilmesi amacıyla topluluk menfaatinin bağlı şirket nezdinde tanınmasını temel alan çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. 2011 yılında bir araya gelen *Reflection Group on the Future of Company Law*³³, şirketler topluluğunun topluluk şeması, yönetim ve işlerlik yapısına ilişkin bilgilerin kamuya açıklanması ve bağlı şirket nezdinde karar alınırken topluluk menfaatinin dikkate alınabilmesine yönelik bir düzenleme yapılmasını önermiştir³⁴. Raporda,

²⁹ http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/consult_en.pdf, s. 27-30.

³⁰ *Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward: Communication 21 May 2003, COM (2003) 284 final*, s.18. Komisyon, topluluk hukukunu AB ekseninde düzenleyen genel kapsamlı bir Yönerge yerine Yüksek Uzmanlar Kurulu Raporu'nda belirtilen alanlarda düzenlemeye gidilmesine karar vermiştir. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003DC0284&from=EN>.

³¹ http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/consult_en.pdf, s.30.

³² Emmerich/Habersack, **Konzernrecht**, §1, N.45. Peter Kindler, "Die Einpersonen-Kapitalgesellschaft als Konzernbaustein- Bemerkungen zum Kompromissvorschlag der italienischen Ratpraesidentschaft für eine Societas Unius Personae (SUP)", **ZHR** 179 (2015), s. 330-384.

³³ http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf.

³⁴ Kindler, **ZHR**, s. 332.

birçok üye ülkede bağlı şirketleri bulunan uluslararası toplulukların Avrupa piyasasına hâkim olan işletme türü olduğu ve bunların yönetiminin kolaylaştırılabilmesinin topluluk menfaatinin tanınması ile mümkün olacağı ileri sürülmüştür³⁵. Özellikle tam hâkimiyet altındaki bağlı şirketler bakımından topluluk menfaatinin tanınmasının mümkün olabileceği ve böylelikle bağlı şirket yöneticileri bakımından da bir “safe harbour” (güvenli liman) yaratılmasının topluluğun yönetimini kolaylaştırabileceği belirtilmiştir³⁶.

AB Komisyonu söz konusu rapor üzerine bir kamuoyu anketi çalışması başlatmıştır. Ankete katılanların 2/3’ü özellikle topluluklara ilişkin bilgilerin kamuya açıklanması ve topluluk menfaatinin kabulü ve topluluk dışı pay sahipleri ile bağlı şirket alacaklılarının korunması bakımından AB düzeyinde düzenleyici bir işlem yapılmasının gerekliliğine işaret etmiş, ancak özellikle ticaret odaları, sanayici ve iş adamları dernekleri gibi kurumlar AB düzeyinde bir düzenleyici işleme sıcak bakmadıklarını belirtmiştir.

Söz konusu anket ile elde edilen sonuçlar ise Komisyonun 2012 tarihli Avrupa Şirketler Hukuku ve Kurumsal Yönetim- *daha engaje pay sahipleri ve sürdürülebilir şirketler için hukuki çerçeve- Eylem Planında (Action Plan: European company law and corporate governance - a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies)* dikkate alınmış; şirketler topluluğuna ilişkin bir düzenleyici işlemin yapılmasının gerekliliği ifade edilerek bu kapsamda yakın zamanda grup şirketlerine ilişkin bilgi alma yükümlülüklerine ve bağlı şirket düzeyinde topluluk menfaatinin tanınmasına ve ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler yapılacağı ve şirketler topluluğuna ilişkin AB düzeyinde kapsayıcı bir düzenlemeye gitmektense, toplulukların sınır aşan yönetimini kolaylaştıracak önlemlerin tercih edileceği ifade edilmiştir³⁷.

III. Komisyon’un 2012 tarihli Eylem Planı sonrasında Avrupa Doktrininde Ortaya Çıkan Yeni Yaklaşımlar

Sınıraşan şirketler topluluklarının yönetimi AB üye ülkelerinin sayısının artması ile zorlaşmış ve hakim ile bağlı şirketleri farklı üye ülkelerde

³⁵ http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf..

³⁶ http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf..

³⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0740&from=EN>, s. 14.

olan şirketler topluluğu yapılarının tabi olacağı hükümler AB düzeyinde uyumlaştırılmadığı için, örneğin hakim şirketin yavru şirket yönetim kuruluna yönelen bağlayıcı talimatları bakımından sorumluluk rejiminin ne şekilde belirlenmesi gerekeceği ve hangi hukuka tabi olacağı gibi sorunlar ortaya çıkmıştır³⁸.

Komisyon'un 2012 tarihli Eylem Planı ile şirketler topluluğuna ilişkin bilgi paylaşımı ve AB genelinde topluluk menfaatinin tanınmasına ilişkin 2014 yılında Komisyon tarafından bir düzenleme yapılacağına belirtilmesi ile gerek akademisyenlerden oluşan uzman grupları bu doğrultuda çeşitli öneriler getirmiş gerek Komisyon'un kendisi çeşitli çözümler ortaya koymuştur.

A. Komisyon Tarafından Gerçekleştirilenler

AB Komisyonu 2012 Eylem Planı'na sadık kalarak, AB düzeyinde topluluklara ilişkin bir düzenleyici işlem gerçekleştirilmesi amacıyla *ICLEG* olarak adlandırılan gayri resmi uzmanlar grubunu oluşturmuş ve SUP Tek Kişilik Şirkete İlişkin bir Yönerge taslağı ortaya koymuştur.

1. ICLEG Grup Menfaatinin Tanınmasına İlişkin Rapor

a. Raporun Amacı

Bu kapsamda 2012 Eylem Planı'nda gerçekleştirileceği belirtilen şirketler hukukuna ilişkin ikincil mevzuatın altyapısını oluşturmak üzere Komisyon tarafından biraraya getirilen Şirketler Hukuku Gayri Resmi Uzmanlar Grubu'nun (*The Informal Company Law Expert Group-ICLEG*)³⁹ hazırladığı 2015 tarihli "Grup Menfaatinin Tanınmasına İlişkin Rapor (*Report on the Recognition of the Interest of the Group*)"⁴⁰ ile amaçlanan sınıraşan toplulukların yönetimini kolaylaştırmak ve üye ülkeler hukuklarının topluluk menfaatine ilişkin yaklaşımlarını olabildiği ölçüde uyumlaştırmaktır⁴¹.

³⁸ Hommelhoff, *KSzW*, s. 63; *FECG 2015*, §3.

³⁹ <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.GroupDetail&groupID=3036>. (*ICLEG-Group Interest Report*)

⁴⁰ http://ec.europa.eu/justice/civil/files/company-law/icleg_recommendations_interest_group_final_en.pdf.

⁴¹ *ICLEG-Group Interest Report*, s.28.

Rapor kapsamında, özellikle tam hâkimiyet altındaki bağlı şirketler (*wholly-owned subsidiaries*) bakımından topluluk menfaatinin⁴² bağlı şirket nezdinde de tanınması⁴³ ve tam hâkimiyetin söz konusu olmadığı durumlarda ise, topluluk menfaatinin kabul edilip edilmeyeceği yönündeki inisiyatifin, üye ülkelere değil bizzat şirketlere tanınması gerekeceği önerilmiştir⁴⁴. Topluluk menfaatinin bağlı şirket nezdinde kabul edilmesi, bağlı şirketin kaybına sebebiyet verecek hâkim şirket yönlendirmeleri doğrultusunda hareket etmeye imkan vermekte ve bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından güvenli bir liman (*safe harbour*) oluşturmaktadır⁴⁵.

ICLEG, topluluk menfaatinin bağlı şirket nezdinde kabul edilmesinin ayrıca sınıraşan toplulukların yönetim masraflarını azaltacağını; grup içi finansmanın mekanizmalarının oluşturulmasına imkan vererek bu kapsamda finans kurumlarına olan bağımlılığı azaltacağını ve sınıraşan *cash-pooling* uygulaması bakımından hukuki belirsizliği ortadan kaldıracığı görüşündedir⁴⁶. Grup topluluk menfaatinin bağlı şirket düzeyinde benimsenmesinin yanında sayılan sorunları çözüme kavuşturmak yanında ayrıca hakim şirketi bağlı şirket alacaklılarının haksız taleplerinden korumak, harmonizasyonun sınıraşan bağlı şirket kuruluşunu artırması, topluluk düzeyinde getirilecek bir düzenlemenin bağlı şirket hukuklarında şirketler topluluğu menfaatinin tanınmasına ilişkin itici güç oluşturması ve söz konusu düzenlemenin konsolide vergilendirmeye ilişkin düzenleme yapılmasına kapı açması gibi avantajları da olacağını belirtmiştir⁴⁷.

b. Rapor Kapsamında Getirilen Öneriler

ICLEG, topluluk menfaatinin geniş kapsamlı bir düzenleyici işlem vasıtasıyla AB düzeyinde tanınmasının özellikle geçmişteki üye ülke yaklaşımları da incelendiğinde soruna çözüm getirmekten uzak olacağını belirterek,

⁴² *ICLEG* önerisi ile topluluk menfaati kavramına topluluğa dahil olan herhangi bir topluluk üyesinin de menfaatlerinin de dahil olacağı kabul edilmektedir.

⁴³ *ICLEG*-raporunda ileri sürülen bu görüş 2015 tarihli *Forum Europaeum on Corporate Groups (FECG)* görüşü ile paraleldir. **FECG 2015**, §9.

⁴⁴ Özellikle *ICLEG-Group Interest Report*, s.41vd.

⁴⁵ *ICLEG-Group Interest Report*, s.40 vd.

⁴⁶ *ICLEG-Group Interest Report*, s.28.

⁴⁷ *ICLEG-Group Interest Report*, s.28.

topluluk düzeyinde üye ülkelere tam hakimiyet altındaki⁴⁸ bağlı şirketler bakımından topluluk menfaatinin tanınmasına imkan tanıyacak 3 farklı düzenleme yöntemi önermektedir⁴⁹.

Bunlardan ilki yapılacak bir düzenleme ile tam hakimiyet altındaki bağlı şirket yöneticilerinin hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın topluluk menfaatlerini dikkate almalarına izin verilmesidir. İkinci öneri topluluk menfaatinin ancak belirli sınırlar dahilinde dikkate alınacağına yöneliktir. Bu kapsamda bağlı şirket yönetimi gerçekleştireceği işlemin bağlı şirketin net varlığını ya da dağıtılabilir kârını belirli bir oranın⁵⁰ altına indirmemesi şartıyla topluluk menfaatini dikkate alabilecektir⁵¹. Bu şart doktrinde Bilanço Testi (*Bilanztest*) olarak adlandırılmıştır⁵². Üçüncü öneride ise, *public limited company* ve *private limited company* arasında bir ayrıma gidilmiş⁵³; *public limited company* için topluluk menfaatinin benimsenmesi bakımından yukarıda ikinci öneride belirtilen sınır öngörülürken, *private limited company* yöneticilerinin topluluk menfaatini dikkate alabilmeleri için, bağlı şirketin söz konusu işlemi gerçekleştirdikten sonra en azından ilk altı aylık dönemde borca batık hale gelmeyeceği ve borçlarını zamanında ödeyebileceğine kanaat getirmeleri zorunlu kılınmıştır⁵⁴.

48 Raporda üye ülkelerin kendi takdirleri doğrultusunda hükümlerin tam hakimiyet altında olmayan bağlı şirketler tarafından da uygulanmasına imkan vermelerinin mümkün olacağı belirtilmiştir. *ICLEG-Group Interest Report*, s.40.

49 *ICLEG-Group Interest Report*, s.41.

50 2012/30/EU sayılı Yönergenin 17. maddesinin 1. ila 3. fıkralarında belirtilen sınırların altına indirmesi şartıyla.

51 *ICLEG-Group Interest Report*, s.42.

52 Thomas Schüßler, “Europäisches Konzernrecht: Welche Wege führen nach Brüssel? Ein Vergleich der Vorschläge von FECG und ICLEG” *NZG* 2017, s. 1046- 1056.

53 *Public limited company* teriminin Alman hukukundaki karşılığı *J. Schmidt* tarafından *Aktiengesellschaft (AG)*, *private limited company* terimi ise *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)* olarak tespit edilmiştir. *J. Schmidt*, **Der Konzern**, s. 7. Kanaatimizce Türk hukuku bakımından da aynı sınıflandırma esas alınarak, terimlerin sırasıyla Anonim Ortaklık ve Limited Ortaklık olarak ifade edilmesi mümkündür. *ICLEG* raporundaki üçüncü öneri kapsamında, özellikle farklı şirket türlerinin tabi tutulduğu farklı hükümler de incelendiği takdirde, sermayesi paylara bölünebilen ve bölünemeyen şirketler temelinde bir ayrıma gidildiği sonucuna varmak mümkündür. Makale ile *ICLEG* önerisi arasındaki bütünlüğün sağlanması bakımından, metinde *public limited company* ve *private limited company* terimleri kullanılacaktır.

54 *ICLEG-Group Interest Report*, s.43.

Rapor ile ayrıca üç farklı düzenleme önerisinin hangisinin kabul edildiğinden bağımsız olarak topluluk içinde izin verilecek özellikli topluluk içi işlemlere ilişkin bir “*White List*” eklenmesi de önerilmiştir⁵⁵. Rapor kapsamında üye ülkelerin mevzuatlarında tam hakimiyet altında olmayan şirketler bakımından da, pay sahiplerinin genel kurulda şirket esas sözleşmesine topluluk menfaatinin tanınmasına yönelik bir madde eklemeyi kabul etmiş olmaları durumunda, topluluk menfaatinin kabul edilmesine imkan tanıyan düzenlemeler öngörmeleri önerilmiştir⁵⁶.

ICLEG Raporu ile sonuç olarak hakim şirketin topluluk şirketlerine yapısal ve önemli kararlar bakımından bağlayıcı talimat verme yetkisi tanıyan bir düzenlemeye gidilmesine, bazı üye ülkeler tarafından olumlu yaklaşılmayacağı gerekçesiyle AB eksenindebu yönde bir düzenlemeye gidilmemesi⁵⁷; ancak üye ülkelerin bağlı şirketleri borca batık hale getirmediği sürece hakim şirketin talimat verme yetkisini tanıyan esas sözleşme hükümlerini kabul etmesine imkan veren düzenlemeler⁵⁸ yapılmasının mümkün olacağı belirtilmiştir. Uzmanlar bu düzenlemenin tamamlayıcısı olarak topluluk düzeyinde talimat verme yetkisini haiz olmanın hakim şirketi doğrudan “*shadow director*” konumuna getirmeyeceğinin düzenlenmesi gerekeceği-

55 *ICLEG-Group Interest Report*, s.44.

56 *ICLEG-Group Interest Report*, s.44.

57 Aksi yönde Bkz.: *J. Schmidt*, topluluk menfaatinin tanınmasına ilişkin düzenleme kapsamında hakim şirkete bağlayıcı talimat verme yetkisi tanınmamasının, kurumun oluşturulması bakımından temel bir eksiklik oluşturacağını ifade etmiştir. *J. Schmidt, der Konzern*, s. 8.

58 Hollanda Medeni Kanunu’nun 2:239/4 hükmü ile halka açık olmayan şirketlerin esas sözleşmelerine eklenecek bir hüküm ile şirket yönetim kurulunun başka bir tüzel kişinin talimatları doğrultusunda hareket edeceği öngörülebilir. Şirket yönetim kurulu üyeleri söz konusu talimat doğrultusunda hareket etmekle yükümlüdür, meğer ki talimat şirketin ya da onunla bağlantılı olan başka bir tüzel kişinin menfaatlerine aykırı olsun. Hükme ilişkin ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: Steef M. Bartman, “From Autonomy of Interest to Concurrence of Interest in Dutch Group Company Law”, *European Company Law*, October 2007, Cilt:4, S.5, s. 207-210. Hakim şirketin bağlayıcı talimat verme yetkisini *ultra vires* ve menfaat çatışmaları ekseninde inceleyen yazar, söz konusu hükmün yasallaşmasının bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin şirketi yönetirken bağlı şirket menfaati yerine öncelikle topluluk menfaatini esas almaları sonucunu doğacağını ve bağlı şirket menfaatinin artık sadece talimat yetkisinin sınırlarını çizeceğini (*correction factor*) ifade etmektedir. Yazar hükmün ayrıca hakim şirket ve bağlı şirket arasındaki uyumsuzluklarda delilleri sunma ve ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğuracağını, ancak halihazırda Hollanda Medeni Yargılama Usulü Kanunu’nun 150. maddesinin somut olayın haklı gösterdiği durumlarda topluluk içi uyumsuzluklarda ispat yükünün yer değiştirmesine imkan tanıdığını belirtmektedir.

ni belirtmiştir⁵⁹. Kanaatimizce *ICLEG* önerilerinin en can alıcı ve önerileri işlevsel hale getirmeye hizmet edecek bölümü, önerilerin hayata geçirme konusundaki takdir yetkisinin sadece üye ülkelere değil de şirketlerin de takdirine bırakılmış olmasıdır⁶⁰.

2. SUP Yönerge Taslağı

Şirketler topluluğu bakımından önemli gelişmelerden bir diğeri ise, *SUP-Societas Unius Personae*- Tek Kişilik Şirketlere ilişkin Yönerge Taslağıdır⁶¹. SUP ile amaçlanan, Avrupa hukukuna ilişkin bir yapının tüm üye ülkelerde kabul edilmesi yerine, her bir üye ülkede kurulabilecek tek kişilik bir şirket modeli ile özellikle başka bir üye ülkede şirket kurulmasının kolaylaştırılmasıdır⁶². Yönerge taslağı şirket kuruluşu ve şirket sermayesinin toplanması sürecinin üye ülke hukuklarında uyumlaştırılmasını öngörmektedir⁶³.

Yönerge Taslağı'nın şirketler topluluğu hukuku bakımından önemi; Taslak metninde SUP modelinin sadece yeni kurulan şirketler bakımından uygulanacak bir model olmadığı aynı zamanda bir şirketler topluluğu yapılandırılması bakımından da önemli bir rol oynayabileceğinin ifade edilmiş olmasıdır⁶⁴. Bu kapsamda tek pay sahibinin topluluğun hakimi ya da SUP üzerinde hakimiyet gücünü haiz olması gereklidir⁶⁵. Taslağın 21/2/e maddesi tek pay sahibinin şirketin yöneticilerini belirlemek ve istediği zaman⁶⁶ görevden almak konusunda tek başına karar alma yetkisini haiz olmasını öngörmektedir. Taslağın 23. maddesi ile topluluk hakimine belirleyici olma imkanı tanımak amacıyla, tek ortağa şirket yöneticilerine şirket esas sözleş-

⁵⁹ *ICLEG-Group Interest Report*, s.45.

⁶⁰ *ICLEG-Group Interest Report*, s.45.

⁶¹ Yönerge taslağı için Bkz.: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:100dbdec-c08b-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0002.01/DOC_1&format=PDF

⁶² Ferdinand Dreher, "Der Richtlinienvorschlag über die Societas Unius Personae und seine Regelungen über die faktische Geschäftsführung" *NZG* 2014 S.25, s. 968-983.

⁶³ Yönerge taslağının Türk Hukuku bakımından değerlendirmesi için Bkz.: Aslı E. Gürbüz Usluel, "Societas Unius Personae (SUP): Yeni Tek Kişilik Şirket Taslak Yönergesi ve Türk Şirketler Hukukuna Etkileri", *BATİDER* C. 31 S. 4, s. 75-108.

⁶⁴ SUP Taslağı, s. 13.

⁶⁵ J. Schmidt, *der Konzern*, s. 8.

⁶⁶ SUP Taslağı m. 22/5

mesi ve uygulanacak ulusal hukuka⁶⁷ aykırı olmamak üzere bağlayıcı talimat verme imkanı tanınmıştır⁶⁸. *Hommelhoff*, Taslağın 23. maddesinde yer alan ve topluluğun tepesindeki şirkete bağlayıcı talimat verme yetkisi tanıyan düzenlemeyi, Alman fiili şirketler topluluğu uygulamasının hakim şirkete bağlayıcı bir talimat verme yetkisi öngörmemesine rağmen, bu yöndeki yaygın kullanıma değinerek eleştirmekte ve bu talimat verme yetkisinin, hükümde yapılacak açık bir düzenleme ile sınırlandırılması gerekeceğini belirtmektedir⁶⁹. Yazar ayrıca, sınırlamanın iç hukukta ve bağlı şirketin esas sözleşmesinde öngörülen hükümler ile gerçekleşeceğini ileri sürülmesinin, birçok üye devlette faaliyet gösteren şirketler bakımından büyük sorun yaratacağını belirtmiştir⁷⁰. *Drygala* ise tek kişi ortağa tanınan bağlayıcı talimat verme yetkisinin, tek kişi ortağın “fiili organ” temelinde sorumluluğunu doğurması ihtimalinin yüksek olduğunu, ancak şirketler hukuku araçlarına dayanan hakimiyet yetkisinin icrasının “fiili organ” sorumluluğu doğurmaması gerektirdiğini; bu durumun daha büyük belirsizliklere yol açacağını belirlemekte⁷¹ ve çözümün AB düzeyindeki bir düzenleme ile şirketler topluluğu menfaatinin tanınmasına izin verilmesi ile çözülebileceğini ifade etmektedir⁷².

Taslağın 2/V maddesi kapsamında şeklen atanmış yönetici sıfatını taşımasalar dahi fiilen yönetici olarak hareket eden kişilerin *de facto director* sıfatı altında yönetici sorumluluğuna tabi olacakları ve 22/VII maddesi ile ise şirket

⁶⁷ *J. Schmidt*, hükümde yer alan ifadenin ulusal hukukun örneğin ceza hukuku gibi genel kurallarına gönderme yapmakta olduğu sonucuna varılması gerekeceği görüşündedir. Ancak yazar hükümde yer alan ifadenin, ulusal hukukun örneğin şirket yöneticilerine sadece şirket menfaatinin dikkate alma yükümlülüğü getiren ve şirketler topluluğu menfaatinin dikkate alma imkanı tanımayan hükümleri olarak da anlaşılmaya müsait olduğunu, fakat bu ihtimalde SUP Taslağı ile öngörülen bağlayıcı talimat verme yetkisinin artık *de facto* geçersiz hale geleceğini ifade etmiştir. Jessica Schmidt, “Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP)- super oder suboptimal?” **GmbHR im Blickpunkt**, 9/2014 R 129-130. Hükümde yer alan ifadenin belirsizlik yarattığı yönünde: Tim Drygala, “What, SUP? Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer europäischen Einpersonengesellschaft (Societas Unius Personae, SUP)”, **EuZW** 2014, S.13, s. 491-506.

⁶⁸ Dreher, **NZG**, s. 969, 970.

⁶⁹ Peter Hommelhoff, “Die Societas Unius Personae: als Konzernbaustein momentan noch unbrauchbar” **GMBH Rundschau**, Sonderdruck 15. Oktober 2014, s. 1065-1075.

⁷⁰ Hommelhoff, **GMBH Rundschau**, s. 1071. Aynı görüşte: Kindler, **ZHR**, s. 358 vd; Drygala, **EuZW**, s.495.

⁷¹ Aynı yönde: J. Schmidt, **der Konzern**, s. 9.

⁷² Drygala, **EuZW**, s.496.

yönetimini etkileme ve belirleme gücü olan kişilerin şeklen atanmış yöneticiler olmasalar dahi yöneticilerin tabi olacakları yükümlülüklerle tabi olacaklarına ilişkin düzenleme *Dreher* tarafından eleştirilmektedir. Yazar, Taslağın 22/VII maddesi ile *shadow director* sorumluluğunun öngörüldüğünü, oysa ikinci fıkranın *de facto director* sorumluluğu temelinde düzenlendiğini, bu iki kurumun kökenlerinin İngiliz hukuku olduğunu, ancak İngiliz doktrininde dahi birbirlerinden keskin çizgilerle ayrılmalarının mümkün olmadığını belirtmiş, Taslak bakımından yapılacak ayırımın ABAD⁷³ içtihatları ile yapılacak yoruma muhtaç olduğunu ifade etmiştir⁷⁴. Ancak söz konusu hükümler, yönerge taslağının 2015 metninden çıkarılmıştır. *J. Schmidt* bu yaklaşımı AB'nin topluluk düzeyinde grup menfaatinin tanınmasına yönelik inisiyatifi SUP Yönerge Taslağı vasıtasıyla kullanmak istememesi olarak yorumlamaktadır⁷⁵.

3. Komisyon Tarafından Gerçekleştirilen Diğer Çalışmalar

Komisyon'un 2012 tarihli Eylem Planı, topluluk menfaatinin AB düzeyinde tanınmasına, ilişkili taraf işlemlerine ve bilgilendirme yükümlülüklerine ve ayrıca yukarıda belirttiğimiz ve şirketler topluluğu hukukuna ilişkin ayrı bir bölüm içeren SPE (*Societas Privata Europaea*)'nin geleceğine ilişkin bir sonuca varılmasını öngörmekteydi. Bu kapsamda Komisyon, yukarıda belirtilen SUP Taslağı dışında ayrıca Pay Sahipleri Yönergesi olarak adlandırılan 2007/36/EC sayılı yönerge⁷⁶ ile payları borsada işlem gören şirket pay sahiplerinin haklarına ve ilişkili taraf işlemlerine ilişkin özel durum açıklaması yapılması ve şirket malvarlığının belirli bir oranı üzerindeki işlemlerin genel kurul onayına tabi tutulması gibi değişikliklere gitmiştir⁷⁷.

B. Akademisyenler ve Diğer Sivil Toplum Kuruluşları Tarafından Getirilen Öneriler

2012 Eylem Planını açıklanması itibariyle AB Komisyonu'nun şirketler topluluğu hukukunun uyumlaştırılması amacıyla gerçekleştireceği düzen-

⁷³ Avrupa Birliği Adalet Divanı, (*Court of Justice of the European Union, CJEU*)

⁷⁴ *Dreher*, NZG, s. 972.

⁷⁵ *J. Schmidt, der Konzern*, s. 9.

⁷⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:184:0017:0024:EN:PDF>

⁷⁷ Pay Sahipleri Direktifi'nde ilişkili taraf işlemleri konusunda getirilen değişikliklere yönelik ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: *J. Schmidt, der Konzern*, s.9-10.

leyici işlemlerin kapsamına ve içeriğine ilişkin *Forum Europaeum on Company Groups (FECG) 2015 Önerisi*, *Club des Juristes Raporu*, *ECLE Önerisi* ve *EMCA Taslağı* ile çeşitli görüşleri sürülmüştür.

1. FECG 2015 Önerisi

AB şirketler topluluğu hukukunun uyumlaştırılmasına ilişkin ilk çalışmasını 1998 yılında gerçekleştiren *Forum Europaeum*, 2015 yılında “*Forum Europaeum on Company Groups (FECG) çatısı* altında⁷⁸ sınıraşan toplulukların yönetimine ilişkin rejimin bir Yönerge ile düzenlenmesini öngörmektedir⁷⁹. Öneri topluluk içerisindeki bağlı şirketleri, paylarının tamamına topluluk şirketleri tarafından sahip olunan *service company* ile bu kapsamda olmayan *ordinary company* olmak üzere ikiye ayırmakta ve her iki tür bağlı şirketin de hâkim şirket talimatları ile yönetileceğini öngörmektedir.

Söz konusu öneri kapsamında *service company*, geniş anlamda tam hakimiyet altındaki ve topluluk içerisindeki bazı fonksiyonları yerine getirmesi amacıyla oluşturulan şirketlerdir⁸⁰ (*pure auxillary function*). Örneğin bir şirketler topluluğu içinde pazarlama fonksiyonu özgülenen ve topluluk şirketlerinin tüm alım satım işlemlerini gerçekleştiren ve topluluk şirketleri dışında başka bir pay sahibi bulunmayan şirketler bu kategoridedir⁸¹. Bu

⁷⁸ *Forum Europaeum on Company Groups*, “Proposal to Facilitate the Management of Cross-Border Company Groups in Europe”, **ECFR** 2015, s. 299-306.

⁷⁹ **FECG 2015** Önerisi ile paralel olarak *Bartman* da topluluk hukukunun AB düzeyinde uyumlaştırılması amacına yönelik olarak benzer yönde bir öneri ileri sürmüştür. Bkz.: Steef M. Bartman, “Dutch Supreme Court at a Loss over Groups” **European Company Law**, September 2016 C.13, S.4, s. 123, d.n.2.

⁸⁰ **FECG 2015**, §10, uyarınca bir bağlı şirketin *service company* rejimine tabi olabilmesi için: (i) bağlı şirketin grup içerisinde sadece hizmet sağlama fonksiyonu yerine getirmesi, diğer topluluk şirketlerinin finansal, malvarlıklarının muhafazası, tedarik ve satış gibi menfaatlerine hizmet etmesi; personel yönetimi, planlama ya da hukuki danışmanlık gibi merkezileştirilmiş hizmetler sağlaması gerekir. Başka bir ifadeyle *service company* bağımsız olarak üçüncü taraflarla işlem yapan değil, topluluk yönetimine hizmet eden bir yapıda olmalıdır. (ii) *Service company* küçük ve orta büyüklükteki şirketlere ilişkin AB mevzuatında öngörülen sınırları aşmamalı; başka bir ifadeyle çalışan sayısı 250’yi bilanço toplamı 20 milyon Euro’yu ya da yıllık satış tutarı 40 milyon Euro’yu aşmamalıdır. (iii) *service company* paylarının tamamı grup şirketlerine ait olmalıdır.

⁸¹ TTK m. 203/1 hükmü tam hakimiyeti bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması olarak tanımlamıştır. Oysa ki FECG tam hakimiyet bakımından bağlı şirket paylarının tamamının dolaylı

şirketlerin sadece topluluk içerisindeki belirli fonksiyonları yerine getiren şirketler olduklarının ticaret unvanlarında ve ticari yazışmalarında kullanıldıkları antetlerinde belirtilmesi gereklidir. *Service company* topluluğun tepesindeki hâkim şirketin tüm talimatlarına uymak zorundadır; meğer ki bu talimatlar neticesinde takip eden 12 ay içerisinde borca batık duruma gelsin.

Böylelikle söz konusu öneri hakim şirketin talimat yetkisinin sınırını, bağlı şirketin borca batık duruma getirmeyecek talimatlar olarak çizmiştir⁸². Bağlı şirket, hakim şirketin bağlı şirketi borca batık hale getirecek ya da varlığını tehlikeye düşürecek olan talimatları ile bağlı değildir. Bağlı şirketin hakim şirket talimatını takip eden 12 ay içerisinde borca batık hale gelmesi durumunda ise, hâkim şirketin, başka bir topluluk şirketinin ya da herhangi bir üçüncü kişinin *service company*'ye garanti vermesi mümkündür; hâkim şirket ayrıca her zaman bir bağlı şirket olan *service company*'nin tasfiyesini talep etmek hakkını da haizdir. Söz konusu garantörlerin bağlı şirket alacaklılarından herhangi birinin talep etmesi durumunda üzerine, ödeme kabiliyetlerini ortaya koyabilmeleri gerekir. Herhangi bir topluluk şirketinin garantör olarak hareket edecek olması durumunda bağlı şirket yöneticileri ile garantör şirketin ve topluluğun ekonomik durumu hakkında bilgi paylaşılması gereklidir.

Öneri uyarınca diğer bağlı şirket türü olan *ordinary company* ise, *service company* özelliklerine sahip olmayan ya da o rejime kendi isteğiyle dahil olmayı tercih etmeyen bağlı şirket türüdür. *Ordinary company* bakımından *Rozenblum* sistemi ekseninde daha esnek bir rejim öngörülmüş ve bağlı şirkete kendi ekonomik hedeflerini gerçekleştirme imkanı tanınmıştır. Bu sistemde özellikle “ilişkili taraf işlemleri” yaklaşımı temelinde *ordinary company* yöneticilerine hâkim şirket talimatlarının akibeti hakkında karar verirken, bağımsız bir uzmandan bir “*fairness opinion*” (*uygunluk görüşü*) alma imkanı sunulmuştur.

Rozenblum kararı, temelde bir şirketler topluluğu ilişkisinin nasıl şekillenmesi gerektiğine, hangi koşullarda ve hangi sınırlar dahilinde hâkim şirketlere ve dolayısıyla onun yöneticilerine talimat serbestisi tanınabilece-

hakimiyet ya da geniş bir tam hakimiyet kapsamında topluluk şirketlerine ait olmasını öngörmektedir.

82 *Existenzgefährdungsschwelle*, J. Schmidt, *Der Konzern*, s. 5.

ğine ilişkin genel bir çerçeve çizmektedir⁸³. Esasen söz konusu karar, aralarında aynı kişi tarafından idare edilmek dışında organik veya hukuki hiçbir bağ olmayan birden çok şirket arasında, bunlar adeta bir şirketler topluluğu oluşturuyormuş gibi gerçekleştirilen malvarlığı transferleri sonucunda, bazı şirketlerin menfaatlerinin ve malvarlıklarının diğerleri uğruna feda edildiğinin ortaya çıkması üzerine, şirket malvarlığının kötüye kullanılmasını cezai müeyyideye bağlayan Fransız Ticaret Kanunu'nun 242-6 maddesine⁸⁴ dayanan bir ceza yargılaması neticesinde verilmiştir⁸⁵.

Şirket malvarlığının kötüye kullanılması iddiasıyla başlatılan bir kovuşturma kapsamında, birbiriyle hiçbir organik bağlantısı olmayan birden çok şirketin yöneticisi ve bu şirketleri kontrol eden kişi konumunda olan *Bay Rozenblum*'un, kontrolü altında bulunan bazı şirketlerin malvarlıklarını aktararak, zarar eden diğerlerinin ayakta kalmasını sağladığı ortaya çıkmıştır⁸⁶. Mahkeme de bu transferlerin hukuka aykırı nitelikte olup olmadıklarının tespiti için belirli koşullara bağlı olduğuna hükmetmiştir⁸⁷. Ayrıca, sonradan Fransız Ticaret Kanunu'na aktarılan Fransız Ticaret Şirketlerine İlişkin Kanun'un⁸⁸ şirket malvarlıklarının devrini sınırlayan hükümlerinin bertaraf edilebilmesi de belirli şartlar dahilinde mümkündür: Bu kurallar uyarınca şirketler arası malvarlığı transferleri ya da mali yardım, ancak bir şirketler topluluğu kapsamında söz konusu olan belirli bir grup mali politikası bakımından zorunluluk arz etmeli, karşılıksız olmamalı, topluluk içerisinde yer alan şirketlerin karşılıklı taahhütleri arasındaki dengeyi bozmamalı ve son olarak yardımda bulunan şirketin ekonomik imkanlarını aşacak boyutta olmamalıdır⁸⁹.

⁸³ Müge Tekil, "Fransız Temyiz Mahkemesinin Rozenblum Kararı ve Grup Çıkarı Kavramı", **Hukuki Perspektifler Dergisi** 2005, S.3, s. 213-217.

⁸⁴ Hükümün İngilizce metni için bkz.: (<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/fr/fr199en.pdf>), (Çevrimiçi, 15.10.2015).

⁸⁵ Tekil, **Rozenblum Kararı**, s. 213.

⁸⁶ Klaus J. Hopt, / Eddy Wymeersch, **Capital Markets and Company Law**, Oxford, 2003, s.590. Karara konu olan uyuşmazlıkta Fransız Temyiz Mahkemesi, malvarlığı transferlerine konu şirketler arasında asgari düzeyde dahi bir bağ bulunmadığını, söz konusu malvarlığı transferlerinin şirketlerin toplamının genel amacına değil, sadece lehine transfer yapılan şirketin hayatta kalmasına ve yöneticilerinin şahsi çıkarlarına hizmet ettiğini ve nihayet bir şirketler topluluğunun varlığını ortaya koyacak herhangi bir yapının söz konusu olmadığını belirtmiştir.

⁸⁷ Hopt/ Wymeersch, **Company Law**, s.591.

⁸⁸ Söz konusu Kanun 2000 yılında Fransız Ticaret Kanunu'na aktarılmıştır. İlgili madde metninin İngilizce metni için Bkz. yuk. 82 no.'lu d.n..

⁸⁹ Tekil, **Rozenblum Kararı**, s. 215, 216.

FECG 2015 önerisi kapsamında, bir başka bağlı şirket türü olan *ordinary company* ve hakim şirketi ise mevcut raporlama yükümlülüklerinden başka ayrıca kendine özgü bir raporlama rejimine tabi tutulmuştur⁹⁰: Bu kapsamda hakim şirket düzenleyeceği *structural report* ile söz konusu raporlama döneminde topluluk içerisindeki bağlılık ilişkilerini ve izlenen yönetim yapısını ortaya koyacaktır. Bağlı şirketlerin ise hazırlayacakları *transactional report* ile ilgili raporlama döneminde topluluk şirketleri ile gerçekleştirdikleri işlemler bakımından esas alınan prensipleri ve varsa bunların istisnalarını ortaya koymaları beklenmektedir.

Önerinin 18. paragrafı ile söz konusu düzenlemelere aykırı davranan hakim şirketin üye ülkelerin iç hukuklarında özel hukuk, ceza hukuku ya da idare hukukuna ilişkin tabi olacağı hükümlerin yanında ayrıca hükümler ile öngörülen dengeyi bozması ve bir anlamda *Rozenblum* konseptine aykırı hareket etmesi durumunda, *ordinary company*'nin topluluk dışı pay sahibinin paylarını satın alma yükümlülüğü getirilmesi öngörülmüştür.

Öneri uyarınca bağlı şirketlerin varlıklarını tehdit eden ticari bir kriz durumunda şirket idaresi bakımından sorumluluk öncelikle bağlı şirket yöneticilerine ait olacaktır. Bu ihtimalde hakim şirketin bağlı şirketi “*destekleme yükümlülüğü*”⁹¹ devam etmesine rağmen, talimatları bağlı şirket üzerinde bağlayıcı olmayacaktır.

Önerinin son ve 20. paragrafı ile, *service company* ve *ordinary company* ayırımına dayanan iki ayrı Yönerge ile hukuki zeminin oluşturulması gerekeceğini, Komisyon Önerisi gibi düzenlemelerin etkisiz kalacağı belirtilmiş; bu kapsamda *service company* bakımından SUP Yönergesi kapsamında hemen pozitif bir düzenlemeye gidilmesi, *ordinary company* bakımından ise sürecin oluşmasının beklenmesi gerekeceği ifade edilmiştir.

Doktrinde FECG'nin *service* ve *ordinary company* temelinde yaptığı ayırım ve özellikle *service company* bakımından benimsenen hakim şirketin talimat verme yetkisine ilişkin yaklaşım olumlu olarak değerlendirilmekte, ancak *service company*'nin bu özelliğini gerek ticaret unvanında gerek ticari yazışmalarında kullanacağı antetinde yer vermesinin şirketler topluluğu

⁹⁰ FECG 2015, §17.

⁹¹ Kanaatimizce söz konusu ifadenin hakim şirketin bağlı şirketleri ve topluluğu yönetme yükümü (*Konzernleitungspflicht*) altında olacağı şeklinde değerlendirilmesi mümkündür.

hukukundan kaynaklanan bir güven sorumluluğuna (*Konzernvertrauenshaftung*) yol açmayacağıın da açıkça düzenlenmesi gerekeceği ifade edilmiştir⁹².

2. EMCA Önerisi

Şirketler topluluğuna ilişkin ayrı bir bölüm içeren Avrupa Şirketler Model Kanunu (*EMCA- European Model Companies Act*)⁹³ ise topluluğun yönetimini esas alan bir yaklaşım izlemekte⁹⁴, bu kapsamda hâkim şirketin talimat verme yetkisini, sadece bağlı şirketin hâkim şirket tarafından atanan yöneticileri bakımından kabul etmektedir⁹⁵. Ancak Taslak uyarınca hakim şirketin söz konusu bağlayıcı talimat verme yetkisinin ticaret siciline tescili ve ilanı gereklidir⁹⁶.

EMCA 15.16 hükmü, topluluk menfaatinin bağlı şirket düzeyinde kabul edilmesini belirli şartların varlığında kabul etmektedir: (i) bağlı şirket menfaatine hizmet etmeyen hakim şirket talimatının tüm topluluğun menfaatine hizmet etmesi gereklidir, (ii) söz konusu talimat neticesinde oluşan zararın makul bir sürede denkleştirilmesi gerekir, (iii) söz konusu talimatın bağlı şirketin varlığını tehlikeye düşürmemesi gereklidir. Hükümde belirtilen şartlar dahilinde hareket eden bağlı şirket yönetim kurulu üyesinin de bağlı şirket menfaatine aykırı hareket etmesi sebebiyle sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

EMCA kapsamında önerilen topluluk düzenlemeleri tam hâkimiyet altına olan ve olmayan bağlı şirket şeklinde temel bir ayırım ekseninde şekillenmiş, tam hâkimiyet durumunda bağlı şirket menfaatine aykırı hareket

⁹² J. Schmidt, *Der Konzern*, s. 5.

⁹³ http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/CHAPTER_1_GENERAL_PROVISIONS_AND_PRINCIPLES.Pdf.

⁹⁴ Pierre Henri Conac, "The Chapter on Groups of Companies of the European Model Company Act (EMCA)", *ECFR*, 2016, S.2, s. 305.

⁹⁵ 9 Nisan 2014 tarihli *Societas Unius Personae* hakkındaki Yönergenin ilk taslağında da hâkim şirketin talimat verme yetkisi tanınmıştı. Ancak Konsey'de Mayıs 2015 tarihinde kabul edilen genel yaklaşım neticesinde söz konusu talimat yetkisine ilişkin hükümler, yönerge taslağından çıkarılmıştır. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9050-2015-INIT/en/pdf>.

⁹⁶ *EMCA* 15.09/4

eden yönetim kurulunun özen yükümüne aykırı hareket etmiş sayılmayacağı kabul edilmiştir.

Tam hakimiyet altında olmayan bağlı şirketlerin ise *Rozenblum* doktrini çerçevesinde topluluk menfaati ekseninde yönetilmesi⁹⁷ önerileri getirilmiş; bağlı şirket düzeyinde topluluk dışı pay sahiplerinin korunması bakımından hakim şirketin oy haklarının ve paylarının en az %90'ına sahip olduğu bağlı şirketlerdeki topluluk dışı pay sahiplerinin paylarını satın alarak çıkarma (*right to squeeze-out*) hakkı ya da topluluk dışı pay sahiplerinin aynı şartlar altında paylarının satın alınmasını talep etme hakları (*right to sell-out*) olacağı düzenlenmiş; alacaklıların korunması bakımından ise İngiliz Hukuku kökenli *Wrongful Trading* sistemi temelinde bir düzenlemeye gidilmiştir⁹⁸.

EMCA 15.17 hükmü uyarınca hakim şirket talimatları ile grup menfaati doğrultusunda yönetilen bir bağlı şirketin tasfiye haline girmesine engel olacak yeterli kaynağının olmaması durumunda, hakim şirket bağlı şirketi acilen yeniden yapılandırmak ya da şirketin tasfiyesini talep etmekle yükümlü olacaktır. Hakim şirketin bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi veya bağlı şirketi kendi menfaatlerine aykırı bir şekilde yönetmesi durumunda, hakim şirket bağlı şirketin ticari kriz öncesinde doğmuş olan ve ödenmemiş tüm borçlarından sorumlu olacaktır. Bu ihtimalde hakim şirketin, bağlı şirketin ticari kriz yaşadığını bildiği ya da bilmesi gerektiği varsayılmaktadır⁹⁹. Hakim şirketin sorumlu olacağı borç miktarı mahkeme tarafından belirlenecektir. Bu kapsamda bağlı şirket adına hakim şirketten tazminat talep etme yetkisi sadece bağlı şirketin iflası ile görevlendirilmiş iflas memuru, yönetim kayyımı gibi kişilere tanınmıştır. Söz konusu tazminat davasının iflas mahkemesi tarafından kendiliğinden açılması da mümkündür.

EMCA 15.12 ve 15.14 hükümleri kapsamında ayrıca bağlı şirket pay sahiplerinin korunması için pay sahiplerinin bilgi alma hakkının genişletil-

⁹⁷ *Conac*, bu kapsamda topluluğun hakiminin topluluğu yönetme yükümlülüğünün (*Konzernleitungspflicht*) kesinlikle söz konusu olmadığını, açıkça belirtmektedir. *Conac*, **ECFR**, s.305.

⁹⁸ Ancak *Taslak*'ta İngiliz Hukuku'ndan farklı olarak sorumlu tutulanlar bağlı şirketin yöneticileri değil, hakim şirkettir. *Conac*, **ECFR**, s. 319.

⁹⁹ Bu ifadenin, topluluk hakiminin bağlı şirketlerinin mali durumuna ilişkin her zaman güncel olarak bilgi sahibi olması mümkün olmayacağından adaletsiz sonuçlar doğuracağı gerekçesi ile *EMCA* Taslağı'nın en son versiyonunda yer almaması önerilmiştir. *Conac*, **ECFR**, s. 320.

mesine yönelik öneriler getirilmekte ve bağlı şirket pay sahiplerine hakim şirkete yönelik bilgi alma haklarının kullanabilmeleri bakımından özel denetim talep hakkı tanımaktadır¹⁰⁰.

3. Diğer Öneriler

Bir başka öneri Avrupa Şirketler Hukuku Uzmanları (*European Company Law Experts-ECLE*)¹⁰¹ tarafından, Avrupa Birliği'nde topluluk hukukunun reformuna ilişkin olarak ileri sürülmüştür¹⁰². Söz konusu öneri, topluluk dışı pay sahiplerinin korunması, topluluk menfaatinin kabul edilmesi ve bağlı şirket yöneticilerinin sorumluluk rejiminin tespitine ilişkin temel sorunları “ilişkili taraf işlemleri” (*related party transactions- RPT*) eksenindeki düzenlemeler ile çözüme kavuşturmayı hedeflemektedir¹⁰³.

Topluluk menfaatinin *Rozenblum* doktrini ekseninde kabulüne ilişkin bir başka öneri ise, Fransız düşünce kuruluşu *Club des Juristes* tarafından hazırlanmıştır¹⁰⁴. Söz konusu öneri, şirketler topluluğu hukukuna ilişkin genel ilkeleri ortaya koyan çerçeve bir düzenleme öngörmektedir.

IV. Avrupa Hukuku'ndaki Gelişmelerin Özü ve Genel Hatlarıyla Türk Hukuku'na Etkileri

Yukarıda birçoğuna ilişkin tanıtıcı bilgi verdiğimiz şirketler topluluğu hukukunun AB düzeyinde uyumlaştırılmasına ilişkin önerilerin ortak noktası, katı kurallar içeren ve temelde topluluk menfaatinin bağlı şirket nezdinde kabulünü öngörmeyen Alman sistemi yerine, özellikle çok uluslu topluluk-

¹⁰⁰ Şirketler topluluğunda bilgi alma hakları bakımından kapsamlı öneriler için Bkz. **ICLEG-Mart 2016 Raporu**, *ICLEG Report on Information on Groups*, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/company-law/icleg-report-on-information-of-groups-march-2016_en.pdf. Rapor kapsamında özellikle *Reflection Group* Raporu'ndaki önerilerle paralel olarak topluluk yapısının görsel bir şekilde açıklanmasını; bağlı şirketlerde “*ultimate parent*”ın tespitine imkan tanıyacak şekilde pay sahipliği yapısının ve giderek topluluk içi karar alma mekanizmalarının ve kontrol değişikliklerinin kamuya paylaşılması önerilmektedir. Rapor kamuya açıklama yöntemi bakımından şirket internet sitesi, ticaret sicili ya da şirket yazışmalarında kullanılacak belgeler arasındaki seçimi Komisyon'a bırakmaktadır.

¹⁰¹ <https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/>

¹⁰² <https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/reforming-group-law-in-the-eu/>

¹⁰³ Topluluk ve üye devlet seviyesindeki önerilere ilişkin bkz.: **ECLE-Report**, s. 37-39.

¹⁰⁴ https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/28103/1/CDJ_Rapports_Group-interest_UK_June-2015_web.pdf.

ların yönetimine ilişkin daha esnek bir yönetim anlayışı öngören *Rozenblum* doktrini ekseninde şekillenmiş olmalarıdır.

Temelde her bir öneri farklı seviyelerde de olsa topluluk menfaati- ni tanımaktadır; önerilerin çoğunda tam hakimiyet altındaki bağlı şirket- ler bakımından ayrı bir rejim benimsenmiştir. Özellikle FECCG tarafından önerilen bağlı şirketlerin *service company* ve *ordinary company* şeklinde sınıflandırılması ve farklı rejimlere tabi tutulması, EMCA'nın ve sorumluluk rejiminin *Wrongful Trading* eksenindeki yeni bir yaklaşım esas alınarak belirlenmesi ve ICLEG önerisindeki topluluk menfaatinin kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin tercihün üye devletler yerine şirketlere de bırakılması dikkat çekicidir.

İleri sürülen bu görüşlerin hiçbirinin topluluk hukukuna ilişkin kapsamlı bir düzenleme ve üye ülke hukukları bakımından tam bir uyumlaştırmayı önermemesi *Fleischer* tarafından da ifade edildiği üzere, gelinen nokta itibarıyla bu tartışmanın artık gerek hukuk politikası temelinde gerek mantıken sonuçsuz olmasındandır¹⁰⁵. Ayrıca varılan nokta, şirketler topluluğu hukukuna ilişkin yaklaşımın ve belirli alanlara ilişkin ikincil mevzuat bakımından artık Alman sisteminin esas alınmayacağını da ortaya koymuştur¹⁰⁶.

Şirketler topluluğu hukukuna ilişkin olarak üye ülkelerin hukuklarının uyumlaştırılması ve AB genelinde tek bir rejime tabi tutulması önerilen alanlar bu kapsamda topluluk menfaatinin tanınması ve hakim şirketin talimat yetkisi, ilişkili taraf işlemleri, topluluk ilişkilerinin şeffaflığı ve pay sahiplerinin bilgi alma hakları, bağlı şirketin hatalı yönetiminden kaynaklanan sorumluluk (*Wrongful Trading*) temelli bir sorumluluk sistemi ile pay sahiplerinin korunması bakımından pay sahiplerine tanınan paylarının satın alınmasını talep etme (*sell-out*) ve hakim pay sahibine tanınan çıkarma (*squeeze-out*) hakları olarak ortaya çıkmaktadır. Bilgi alma haklarına ilişkin olarak EMCA, ICLEG ve FECCG tarafından ileri sürülen görüşler özellikle “topluluğun nihai hakimi”nin (*ultimate parent*) belirlenmesi bakımından oldukça yenilikçidir.

Her bir öneri Yönerge düzeyindeki ikincil mevzuat ile belirli alanların AB ekseninde uyumlaştırılmasını öngörmektedir. Bir diğer ortak yaklaşım

¹⁰⁵ Fleischer, **ZGR**, s. 15.

¹⁰⁶ J.Schmidt, **Der Konzern**, s. 11; Fleischer, **ZGR**, s. 16.

ise tam hakimiyet altındaki bağlı şirketlere ilişkin rejimin benimsenmesi, ya da aslında bu sistemin esas alınarak, tam hakimiyet altında olmayan bağlı şirketler bakımından da istisnai düzenlemeler getirilmesidir¹⁰⁷.

Şirketler topluluğuna ilişkin uyumsuzlukların ortak noktası, bağlı şirket, hâkim şirket ve topluluk menfaatlerinin birbirlerine karşı olan konumlarının belirlenmesindeki zorluktur¹⁰⁸. Alman sistemi¹⁰⁹ ve onu temel alan alelade hakimiyete ilişkin TTK hükümleri, genel bir kabul olarak bağlı şirket menfaatinin her koşulda korumayı esas almaktadır¹¹⁰. Bu kapsamda, kayıp-denkleştirme sistemi bağlı şirket menfaatinin sadece geçici bir süreyle göz ardı edilmesine imkan tanımaktadır¹¹¹. Oysa ki, *Rozenblum* konsepti, topluluk menfaatinin bağlı şirket seviyesinde de kabulüne izin vermekte; işlem bazında bir denkleştirme yükümlülüğü de öngörmemektedir¹¹². Bu kapsamda bağlı şirket menfaatinin gözardı edilmesi “imkanı” sınırsız değildir. Her

¹⁰⁷ Schüßler, *NZG*, s. 1052.

¹⁰⁸ Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s.13.

¹⁰⁹ Alman sisteminde bu koruyucu mekanizmalar sözleşmesel konzern bakımından topluluk dışı pay sahibine AktG §304 hükmü ile tanınan denkleştirme ödemesi ve AktG §305 hükmü uyarınca paylarının satın alınmasını talep etme imkanı, bağlı şirket bakımından ise hâkim şirketin, bağlı şirketin AktG §302 hükmü temelinde bilanço zararlarını kapatma yükümlülüğüdür. Fiili konzernlerde ise, bağlı şirket menfaati kayıp-denkleştirme sistemi temelinde gözetilmektedir. TTK sistemi fiili topluluk ilişkilerinde bağlı şirket menfaatinin korunması bakımından, AktG sistemi ile paralel bir düzenleme öngörmekte; tam hâkimiyette de her ne kadar hâkim şirkete talimat yetkisi tanınmış ise de; denkleştirme yükümlülüğü halen devam etmektedir.

¹¹⁰ *Tekinalp*, şirketler topluluğu hukukuna yönelik bir kodifikasyon faaliyetine gidilmesine ilişkin gerekçeleri (i) şirketler topluluğunu düzenleyecek yasal bir çerçevenin gerekliliği (ii) bağlı şirketin topluluk dışı pay sahiplerinin ve alacaklılarının menfaatlerinin korunması, (iii) şirketler topluluğunun hukuka uygun ve ekonomik değer oluşturacak şekilde fonksiyon gösterebilmesi için gerekli hukuki alt yapının oluşturulması (iv) bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri bakımından ayrı bir sorumluluk rejiminin düzenlenmesi gerekliliği, şeklinde dört ana kategori altında incelemiştir. *Tekinalp*, *FS Canaris*, s. 850.

¹¹¹ Fatma Beril Özcanlı, *Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması*, Doktora Tezi, İÜSBE, Danışman: Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul, 2017. s. 141.

¹¹² *Schön*, *Rozenblum* konseptinin, şirket grupları bakımından Alman sisteminden çok daha esnek bir yönetim yapısını öngördüğünü; tüm topluluk şirketlerine ekonomik avantajlar sağlamak üzere bir topluluk politikasının mevcut olması durumunda, bağlı şirketlerin çeşitli dezavantajlara maruz bırakılabildiğini; hâkim şirketin bağlı şirkette meydana gelen kayıpları denkleştirme yükümlülüğünün bulunmadığını; bu kapsamda bağlı şirketin topluluk üyesi olması sebebiyle ileride elde edeceği kârları değerlendirdiğini ifade etmektedir. Wolfgang Schön, “The Concept of the Shareholder in European Company Law”, *EBOR 2000*, s. 3-39.

olasılıkta bağlı şirketin karşılayamayacağı yükler altına sokulmaması gerekir¹¹³.

TTK'nın şirketler topluluğu sorumluluk hukukuna ilişkin hükümleri alelaide hakimiyet- tam hakimiyet ayrımı temelinde oluşturulmuştur. Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının sonuçları, alelaide hâkimiyet bakımından TTK m. 202 hükmü; tam hâkimiyet bakımından ise, TTK m. 203-206 hükümleriyle düzenlenmiştir.

Kanun koyucu TTK m. 202 hükmü ile iki farklı kategori hukuka aykırılığı yaptırıma bağlamıştır. Bunlardan ilki, TTK m. 202/1 hükmünde yer alan hâkim şirketin bağlı şirketin yönetimine yaptığı müdahaleler neticesinde oluşan kayıp ve bunun denkleştirilmemesinden doğan sorumluluktur. Söz konusu hüküm, büyük ölçüde AktG §311 hükmünü yansıtmaktadır¹¹⁴. İkinci kategori hukuka aykırılık ise, bağlı şirket genel kurulunda alınan ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı sebebi olmayan önemli nitelikte kararlar neticesinde doğacak zarardan kaynaklanan sorumluluktur¹¹⁵.

TTK'nın tam hâkimiyet ve alelaide hâkimiyet düzenlemeleri arasında hâkimiyetin tesisi bakımından temel fark, iştirakin yoğunluğudur. Bu eksen- de kanun koyucu tam hâkimiyet ilişkisi kapsamında hâkim şirkete talimat yetkisi tanımıştır. Tam hâkimiyet altındaki bir şirketin oy haklarının ve paylarının tamamı doğrudan ya da dolaylı olarak hâkim şirkete aittir. Doğrudan veya dolaylı pay sahipliği ilişkileri vasıtasıyla geniş anlamda tek pay sahipli bir şirket olarak tanımlanabilecek olan tam hâkimiyet altındaki bağlı şirket menfaatinin, şirketin tek pay sahibinininkinden ayrıştırılarak ortaya konması güçtür¹¹⁶. Kanun koyucu şirketler topluluğu bakımından bu soruna, *Rozenblum* konseptini benimseyerek çözüm bulmaya çalışmıştır¹¹⁷. Bu konsept basit

¹¹³ Akın, *Sorumluluk Hukuku*, s.313; Kürşat Göktürk, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları*, Ankara, 2015, s.105.

¹¹⁴ **Gereke**, s. 77; Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s. 422.

¹¹⁵ TTK m. 202/2 sistemini, yönlendirmeden kaynaklanan sorumluluktan ayıran temel unsur, öncelikle hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının tespiti bakımından bağlı şirketin kayba uğrayıp uğramadığının belirleyici olmamasıdır. Gerek ikinci fıkra hükmünün lafzı, gerek Gereke'de yer alan açıklamalar; hükmün amacının topluluk dışı pay sahibini bağlı şirket zararından uzakta tutmak olduğuna işaret etmektedir. Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s.13; **Gereke**, s.79.

¹¹⁶ Özcanlı, *Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması*, s.140.

¹¹⁷ Göktürk, *Sorumluluk Esasları*, s. 108; Tekinalp, *FS Canaris*, s.859.

bir ifadeyle, topluluk menfaatinin bağlı şirket seviyesinde kabulüne imkan tanımaktadır¹¹⁸. Kanun koyucunun bunu sadece tam hâkimiyet bakımından kabul etmesinin ardındaki düşünce, tam hâkimiyet altındaki bir bağlı şirketin menfaatinin, tek ortağının ve içinde bulunduğu topluluğun menfaatinden bağımsız olarak tayininin gerçekleşti olmayışıdır¹¹⁹.

Tam hakimiyete ilişkin ayrı bir rejim öngören TTK şirketler topluluğu sistemi kapsamındaki TTK m. 203 hükmü, tam hâkimiyetin varlığında, hâkim şirketin bağlı şirketin kaybına dahi sebebiyet verebilecek talimatlarına dahi izin vermektedir¹²⁰. Kayıp doğurucu nitelikte talimat verilmesi ancak talimatın topluluğun belirlenmiş ve somut politikaları kapsamında olması durumunda bağlayıcı olacaktır¹²¹. Başka bir ifadeyle, topluluğun tüm topluluk şirketlerinin yararını gözeten bir politika¹²² ekseninde şekillenmiş olması gereklidir ve ancak bu hedefin gerçekleştirilmesi amacıyla bağlı şirketlerin sınırlı olarak dezavantajlı konuma sokulması bir yaptırıma tabi tutulmamıştır.

Bu husus, hem talimat serbestisinin bir sınırı hem de kayıp doğurucu talimat verebilmenin bir ön şartıdır. Ancak, kayıp doğurucu talimatın bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek veya

¹¹⁸ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s. 425; Göktürk, **Sorumluluk Esasları**, s. 107.

¹¹⁹ Türk hukukunda de gerek alelade hâkimiyet gerekse tam hâkimiyet bakımından, bağlı şirkette kayıp doğuran yönlendirme ya da talimatın topluluk menfaatine hizmet etmemesi durumunda doğrudan hukuka aykırı olacağı kabul edilmektedir. Örneğin Bkz.: Göktürk, **Sorumluluk Esasları**, s. 93-97.

¹²⁰ TTK m. 203 hükmüne ilişkin Gerekçe'de yer alan açıklamalarda, topluluk politikalarının tespiti bakımından *Rozenblum* konseptinden faydalandığı belirtilmektedir. *Tekinalp*, bir topluluğun tespitinin sorun yaratabileceğini ve konseptin uygulanabilmesi için söz konusu bu ilk şartın Tasarı kaleme alınırken benimsenmediğini belirtmektedir. *Tekinalp*, **Kalpsüz'e Armağan**, s. 241.

¹²¹ **Gerekçe**, s. 79.

¹²² Topluluk politikaları, topluluk içinde açıklanmış olabilir. Örneğin grubun iş etiği politikası, yatırımcı ilişkileri ve kâr dağıtım politikası, rüşvet ve yolsuzlukla mücadele politikası ya da bilgilendirme politikası gibi. Bu durumda topluluk politikalarının somutlaşması daha kolaydır, ancak topluluk politikasının açıklanması zorunlu değildir. Özellikle ticari sırların açığa çıkma ihtimali, topluluk politikasının sadece özen ve sadakat yükümü altındaki yöneticiler ile paylaşılması sonucunu doğurabilir. *Okutan Nilsson*, grup politikalarının, genel kurul ya da yönetim kurul kararları ya da yıllık faaliyet raporlarında belirtilen ilkeler doğrultusunda şekillenebileceğini; esas amacın şirket malvarlığının keyfi şekilde kullanılmasının engellenmesi olduğunu belirtmektedir. *Okutan Nilsson*, **Şirketler Topluluğu**, s. 424.

önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelikte olmaması gerekir; bu nitelikteki talimatlar yasaklanmıştır.

AB hukukuna ilişkin şirketler topluluğu hukukunun tamamını kapsayıcı bir düzenleme yapmanın mümkün olmayacağına anlaşılmasından sonra ileri sürülen önerilerin tamamına yakını topluluk hukukuna ilişkin sadece belirli alanların AB düzeyinde ortak hükümlere tabi tutulmasını dile getirmektedir. Bu noktada Türk kanun koyucusunun tam hakimiyete ilişkin ayrı bir rejim öngörmüş ve söz konusu rejimi *Rozenblum* yaklaşımı ekseninde bir düzenlemeye kavuşturmuş olması kanaatimizce topluluk hukukuna ilişkin yaklaşımının ne kadar ileri görüşlü olarak oluşturulduğunu ortaya koymaktadır. Başka bir ifade ile, TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri oluşturulurken topluluk hukuku kökenli uyuşmazlıkların temelindeki bağlı şirket ile topluluk menfaatinin çatışması bakımından tam hakimiyet ihtimalinde topluluk menfaati lehine bir tercih yapabilmenin mümkün olduğu ortaya konmuştur. Yine TTK tam hakimiyet hükümleri temelinde topluluk menfaatinin kabulünün bağlayıcı talimat yetkisi ile eşleştirilmiş olması ileri sürülen öneriler bakımından da yol gösterici olmalıdır.

Kısaltmalar Cetveli

AB	: Avrupa Birliği
AG	: Die Aktiengesellschaft
AktG	: Aktiengesetz
Anh.	: Anhang
AO	: Anonim Ortaklık
Art.	: Artikel
AŞ	: Anonim Şirket
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	: Der Betriebsberater
Bkz.	: Bakınız
CDJ	: Club des Juristes
d.n.	: dipnot
EBOR	: European Business Organization Law Review
ECFR	: European Company and Financial Law Review
ECLE	: European Company Law Experts

EEC	: European Economic Community
EMCA	: European Model Company Act
EuZw	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FECG	: Forum Europaeum on Company Groups
FS	: Festschrift
Gerekeçe	: 6102 sayılı TTK'ya ilişkin Gerekeçe
GK	: Genel Kurul
GmbH	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung
ICLEG	: Informal Company Law Experts Group
İÜSBE	: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
KK-AktG	: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KsZW	: Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
m.	: madde
MüKO-AktG	: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
N.	: Kenar numarası
NZG	: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
RPT	: Related party transactions
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SE	: Societas Europea
SUP	: Societas Unius Personae
vd.	: ve devamı
Vorb.	: Vorbemerkung
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
ZHR	: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZGR	: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

KAYNAKÇA

- AKIN İrfan, **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Ankara, 2014.
- ALTAY Sıtkı Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**, İstanbul, 2009.
- ALTMEEPEN Holger, **Münchener Kommentar zum AktG, AktG Band 5**, 4. Auflage, München, 2015. (Altmeeppen, **MüKoAktG**).
- BARTMAN Steef M., “Dutch Supreme Court at a Loss over Groups” **European Company Law**, September 2016 C.13, S.4, s. 121-128.
- BARTMAN Steef M., “From Autonomy of Interest to Concurrence of Interest in Dutch Group Company Law”, **European Company Law**, October 2007, Cilt:4, S.5, s. 207-210.
- BERLE Adolf A. / MEANS, Gardiner C., **The Modern Corporation and Private Property**, New Jersey, 1991.
- BÜRGER, Tobias/ KÖRBER, Torsten, **Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz**, 3. Auflage, München, 2014. (Bürgers/Körber, **AktG**).
- CONAC, Pierre Henri, “The Chapter on Groups of Companies of the European Model Company Act (EMCA)”, **ECFR**, 2016, S.2, s. 301-321.
- DREHER, Ferdinand, “Der Richtlinienvorschlag über die Societas Unius Personae und seine Regelungen über die faktische Geschäftsführung”, **NZG**, 2014 S.25, s. 968-983.
- DRYGALA, Tim, “What, SUP? Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer europäischen Einpersonengesellschaft (Societas Unius Personae, SUP)”, **EuZW**, 2014, S.13, s. 491-506.
- EMİNOĞLU Cafer, **Konzern/Gesellschaftengruppe Österreich-Türkei-EU –ein Rechtsvergleich-**, İstanbul, 2013.
- EMMERICH Volker/ HABERSACK Mathias, **Aktien- und GmbH-Konzernrecht Kommentar**, 7. Auflage, München, 2015, (Emmerch/Habersack, **AktG**).
- EMMERICH Volker/ HABERSACK Mathias:, **Konzernrecht**, juristische Kurz-Lehrbücher, 10. Auflage, München, 2013. (Emmerich/Habersack, **Konzernrecht**).
- FLEISCHER Holger, “Europäisches Konzernrecht: Eine Akteurzentrierte Annäherung”, **ZGR**, 2017, S.1, s. 1-37.
- Forum Europaeum on Company Groups*, “Proposal to Facilitate the Management of Cross-Border Company Groups in Europe”, **ECFR**, 2015, s. 299-306.

- GÖKTÜRK Kürşat, **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları**, Ankara, 2015.
- GÜRBÜZ USLUEL Aslı E., “Societas Unius Personae (SUP): Yeni Tek Kişilik Şirket Taslak Yönergesi ve Türk Şirketler Hukukuna Etkileri”, **BATİDER**, C. 31 S. 4, s. 75-108.
- HOMMELHOFF Peter, “Die Societas Unius Personae: als Konzernbaustein momentan noch unbrauchbar” **GMBH Rundschau**, Sonderdruck 15. Oktober 2014, s. 1065-1075.
- HOMMELHOFF Peter, “Ein Neustart im europäischen Konzernrecht”, **Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht- KsZW**, 2014 S. 2, s. 63-68.
- HÜFFER Uwe/ KOCH, Jens, **Aktiengesetz**, Beck’sche Kurz Kommentare, 12. Auflage, München, 2016. (Hüffer, **AktG**).
- KINDLER Peter, “Die Einpersonen-Kapital gesellschaft als Konzernbaustein-Bemerkungen zum Kompromissvorschlag der italienischen Ratpraesidentschaft für eine Societas Unius Personae (SUP)”, **ZHR**, 179 (2015), s. 330-384.
- KOPPENSTEINER Hans Georg, **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz**, Band 6, 3. Auflage, Köln, 2004. (Koppensteiner, **KK-AktG**).
- KROPFF Bruno, “Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965”, **Betriebs-Berater** C.32, 20. Yıl, s. 1282 vd.
- KROPFF Bruno, **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, Band 8, 2. Auflage, München, 2000. (Kropff, **AktG**).
- LUTTER Marcus, **Europäisches Unternehmensrecht**, 2. Auflage, 1984.
- OKUTAN NILSSON Gül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul, 2009.
- ÖZCANLI Fatma Beril; **Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırılı Kullanılması**, Doktora Tezi, İÜSBE, Danışman: Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul, 2017.
- SCHMIDT Jessica, “Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP)- super oder suboptimal?”, **GmbHR im Blickpunkt**, 9/2014 R 129-130.
- SCHMIDT Jessica, “Europäisches Konzernrecht”, **der Konzern**, 2017, S.1, s. 1-12.
- SCHMIDT Karsten/ LUTTER Marcus, **Aktiengesetz Kommentar II. Band §§ 150-410**, 3. Auflage, 2015. (Lutter/Schmidt, **AktG**).
- SCHÖN Wolfgang, “The Concept of the Shareholder in European Company Law”, **EBOR 2000**, s. 3-39.

- SCHÜßLER Thomas, “Europäisches Konzernrecht: Welche Wege führen nach Brüssel? Ein Vergleich der Vorschläge von FECG und IC-LEG”, *NZG*, 2017, s. 1046- 1056.
- TEKİNALP Ünal, “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara, 2003, s. 237 vd. (**Kalpsüz’e Armağan**).
- TEKİNALP Ünal, “Inspired by German Konzern Law, but on a different breed: Turkey’s Şirketler Topluluğu”, **Festschrift für Gerhard Wegen**, 2015, s. 541-548. (**FS Wegen**).
- TEKİNALP Ünal, “Turkish Concept and Approaches in Corporate Group Law” **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, München, 2007, s.849-880. (**FS Canaris**).
- WINDBICHLER Christine, “Corporate Group Law for Europe”: Comments on the Forum Europaeum’s Principles and Proposals for a European Corporate Group Law”, **European Business Organization Law Review**, 1: 265-286.

Online Kaynaklar:

- 6102 sayılı TTK’ya ilişkin **Gerekeç**: <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>.
- **Avrupa Şirketi (Societas Europaea SE) Statüsüne ilişkin Taslak**:
Proposal for a Council Regulation Embodying a Statute for the European Company, OJ C 124, 10.10.1970, p. 1. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51970PC0600 &from=EN>.
- **Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubu Raporu**:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/consult_en.pdf.
- **Şirketler Hukukunun Modernleştirilmesi ve Kurumsal Yönetim İlkelerinin Geliştirilmesine ilişkin Rapor**:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003DC0284&from=EN>.
- **Yüksek Uzmanlar Kurulu Raporu**:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/consult_en.pdf.
- **Reflection Group on the Future of Company Law Raporu**:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf.

- 2012 tarihli Avrupa Şirketler Hukuku ve Kurumsal Yönetim Eylem Planı

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN /TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0740&from=EN>.

- ICLEG-Topluluk Menfaatinin Tanınmasına İlişkin Rapor:

http://ec.europa.eu/justice/civil/files/company-law/icleg_recommendations_ interest_group_final_en.pdf.

- SUP Yönerge Taslağı:

http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:100dbdec-c08b-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0002.01/DOC_1&format=PDF

- 2007/36/EC sayılı Pay Sahipleri Yönergesi:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:184:0017:0024:EN:PDF>

- Avrupa Şirketler Model Kanunu (EMCA):

http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/CHAPTER_1_GENERAL_PROVISIONS_AND_PRINCIPLES.Pdf.

-ICLEG- Mart 2016 Raporu:

http://ec.europa.eu/justice/civil /files/company-law/icleg-report-on-information-of-groups-march-2016_en.pdf.

- Avrupa Şirketler Hukuku Uzmanları (*European Company Law Experts-EC-LE*) Raporu:

<https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/reforming-group-law-in-the-eu/>.

- Club des Juristes Raporu:

https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/28103/1/CDJ_Rapports_Group-interest_UK_June-2015_web.pdf.

Algoritma ve Rekabet Hukuku: 4. Madde İhlallerinin Dijital Görünümleri

Av. Cihan DOĞAN*

Öz: İçerisinde bulunduğumuz bilişim çağı, tüketicilerin tüketim davranışlarını hızla değiştirmektedir. Tüketiciler, geçmişte yalnızca uçak bileti ya da otel rezervasyonu için kullandıkları online platformları artık bankacılık işlemleri, ulaşım hizmetleri veya ev-ofis ihtiyaçlarını karşılamak için de kullanabilmektedir. Online platformlara doğru yönelen talep haliyle arzı da online platformlara kaydırmıştır. Teşebbüslerin fiziki ortamlardan online ortamlara geçiş yapması doğal olarak piyasadaki rekabet yapısını da etkilemiştir. Teşebbüsler online platformlar üzerinden satış yaparken, gelişen teknolojiyle ortaya çıkan daha iyi veri toplama ve analiz etme teknikleri ile fiyata etki eden değişkenleri daha kolay analiz edebilmekte ve satış fiyatlarını da anlık olarak çok düşük maliyetlerle değiştirebilmektedir. Fiyat optimizasyonlarının algoritma tabanlı programlar aracılığıyla etkin bir şekilde yapılabilmesi, algoritmik fiyatlama da denen bu yöntemin kullanımının yaygınlaşmasına sebep olmaktadır. Bu durum ise, teşebbüslerin algoritmaları pazardaki rekabetçi yapıyı kendi lehlerine bozmak amacıyla kullanabileceği noktasında bir hassasiyet yaratmaktadır. Fiyatlama algoritmaları, etkinlik kazanımlarının yanı sıra, teşebbüslere rekabet karşıtı davranışlarda bulunmak adına yeni fırsatlar da sunmaktadır. Algoritmalar rekabet karşıtı bir anlaşmanın uygulanmasında araç olarak kullanılabilirliği gibi, bir anlaşma olmaksızın salt pazarda yaygın kullanıma bağlı olarak fiyatı rekabetçi fiyatın üzerinde dengeleyen bir koordinasyon sonucu da doğurabilir. Hatta öz-öğrenimli algoritmaların deneme yanıtı yoluyla hiçbir insan iradesi bulunmasa dahi koordinasyonu optimal strateji olarak belirlemek suretiyle tüketici refahını azaltmaları mümkündür.

Anahtar Kelime: Algoritma, Anlaşma, *Hub and Spoke*, Gizli Danışıklı ilişki, Öz-öğrenim

* Makale gönderim tarihi: 30.10.2017 Makale kabul tarihi: 15.12.2017.

Avukat, City University London (LLM), Barcelona GSE (MSc), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi (cihan.dogan@cdlaw.com.tr).

Algorithm and Competition Law: Digital Versions of Article 4 Infringements

Abstract: The digital age affects the behaviour of consumers in an increasing pace. While in the past consumers were only using online platforms for booking a plane ticket or a hotel room, nowadays, consumers can perform banking transactions, order a taxi or purchase their needs. The demand shift towards to online platforms naturally necessitates a shift from supply side as well. Undertakings' sifting towards online platforms affected the competitive landscape. Undertakings, through better data collecting and analysing tools, can easily analyse the factors affecting the price and adjust sale prices instantly with very low marginal costs. The ability of undertakings to optimize their pricing strategies through algorithm driven software, increased the use of such tools. This, in turn, raised the question whether undertakings can use algorithms to behave in anti-competitive way. Together with efficiency gains associated with pricing algorithms, they can provide undertakings with new tools to behave anti-competitively. Whereas pricing algorithms can be used to implement an anti-competitive agreement, they can lead to anti-competitive pricing even in the absence of an agreement. Likewise, self-learning algorithms, even in the absence of a human will, can identify coordination as optimal strategy through trial-and-error and lead to decrease in consumer welfare.

Keywords: Algorithms, Agreement, Hub and Spoke, Tacit Collusion, Self-learning

Giriş

Teknolojik gelişmeler, teşebbüslerin müşterilerine, rakiplerine veya pazara ilişkin veri toplama, toplanan verileri saklama ve en önemlisi toplanan bu verileri analiz etmek suretiyle ticari kararlarını şekillendirmesine imkan tanımaktadır. Teknolojinin gelişim hızına bağlı olarak ortaya çıkan bu araçlar, teşebbüslerin satış yöntemleri ve fiyatlama stratejileri üzerinde önemli değişikliklere sebep olmuştur. Teşebbüsler topladıkları verileri kullanmak suretiyle algoritmalar geliştirmekte ve bu algoritmalar vasıtasıyla ürünlerin satış fiyatını belirlemektedir. Fiyatlama stratejilerinde kullanılan teknolojik araçlar rekabet otoritelerinin de dikkatinden kaçmamaktadır. Konuya ilişkin olarak, Avrupa Birliği Rekabet Komiseri Margrethe Vestager, yakın zaman önce yaptığı bir konuşmada, rekabet karşıtı anlaşmaların her zaman gizli odalarda yapılmadığını ve otomasyon sistemleri de dâhil olmak üzere birçok yolla yapılabileceğini ifade etmiştir. Komiser, “(...)rekabet hukuku uygulayıcıları olarak, teşebbüslerin bilgisayar programlarının arkasına sığınarak sorumluluktan kaçamayacağını çok açık ve net bir şekilde ortaya koymalı-

yız(...)" ifadesiyle Avrupa Komisyonu'nun ("**Komisyon**") tutumuna ilişkin ciddi ipucu vermiştir¹. Benzer hassasiyetlere sahip olan Avrupa Birliği Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü Direktörü Johannes Laitenberger ise, teşebbüslerin yazılımlarını rekabet karşıtı etki doğurmayacak şekilde dizayn etmek suretiyle ihtiyatlı davranmaları gerektiğinin altını çizmiştir^{2,3}. Söz konusu ifadeler Komisyon nezdinde, teşebbüsler tarafından fiyatlama stratejilerinde kullanılan algoritmalara ihtiyatlı bir şekilde yaklaşıldığını çok net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Teşebbüslerin fiyatlama stratejileri için kullandıkları algoritmalara ilişkin hassasiyet sinyalleri salt Avrupa'dan gelmemekte, Atlantik'in diğer tarafından, Birleşik Devletler'den de, benzer hassasiyetlere sahip olduğuna dair mesajlar verilmektedir. Adalet Bakanlığı'nın Asistan Başsavcısı Bill Baer konuya ilişkin olarak, şu ifadeleri kullanmıştır: "*Duman altı odalarda veya karmaşık fiyatlama algoritmalarıyla internette, rekabet karşıtı eylemler nasıl ortaya çıkarsa çıksın, bu eylemlere müsamaha göstermeyeceğiz. Amerikan tüketicilerinin fiziki piyasalarda olduğu kadar online piyasalarda*

-
- 1 Komiser Margrethe Vestager tarafından kullanılan ifadenin orijinali şu şekildedir: "(...) *illegal collusion isn't always put together in back rooms. There are many ways that collusion can happen, and some of them are well within the capacity of automated systems. (...) So as competition enforcers, I think we need to make it very clear that companies can't escape responsibility for collusion by hiding behind a computer program (...)*". VESTAGER Margrethe, "Algorithms and Competition", Bundeskartellamt 18. Rekabet Konferansı Konuşması, Berlin, 2017, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en (Erişim Tarihi: 22.08.2017).
 - 2 Johannes Laitenberger tarafından kullanılan ifadenin orijinali şu şekildedir: "(...) *even in this case the firm would still be liable for its actions. To stay on the safe side of the law, it should have programmed the software to prevent collusion in the first place (...)*". LAITENBERGER Johannes, "Competition at the digital frontier", Tüketici ve Rekabet Günü, Malta, 2017, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_06_en.pdf (Erişim Tarihi: 07.09.2017).
 - 3 Benzer şekilde, Birleşik Krallık Rekabet ve Pazar Otoritesi Başkanı David Currie şu ifadeleri kullanmıştır: "(...) *Algorithms can provide a very effective way of almost instantly co-ordinating behaviour, possibly in an anti-competitive way. Where algorithms are designed by humans to do so, this is merely a new form of the old practice of price-fixing (...)*". CURRIE David, "The role of competition in stimulating innovation", Concurrences Inovasyon Ekonomisi Konferansı, King's College London, 2017, <https://www.gov.uk/government/speeches/david-currie-on-the-role-of-competition-in-stimulating-innovation> (Erişim Tarihi: 20.08.2017).

*da serbest ve adil bir piyasaya hakkı var*⁴.” Benzer hassasiyetlere sahip olduğu açık olan Federal Ticaret Komisyonu’ndan Maureen K. Ohlhausen ise, rekabet otoritelerinin her zaman için yeni tür ihlaller için ihtiyatlı olmaları gerektiğini ve algoritmalara ilişkin bazı endişelerin alarm verici seviyede olduğunu ifade etmiştir⁵.”

Her ne kadar literatürde ya da kamuya açık kaynaklarda ülkemiz rekabet hukukuna ilişkin benzer hassasiyetleri an itibariyle işitmemiş olsak da, Atlantik’in her iki yakasından da teşebbüslerin fiyatlandırma stratejilerinde kullandıkları algoritmalara ilişkin ciddi hassasiyet mesajları bulunmaktadır. Hatta sayısı az olmakla beraber, söz konusu uygulamalara ilişkin ihlal kararları da mevcuttur. Ülkemizde aktif teşebbüslerin de benzer satış stratejisi kullanmaları ve bu kullanımın ileride artarak devam edeceğini düşündüğümüzden, söz konusu hassasiyetlere kulak verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu noktada, geleneksel rekabet hukuku araçlarının söz konusu hassasiyetleri giderebilir etkinliğe sahip olup olmadığı hususuna tereddüt ile yaklaşılmalıdır. Nitekim algoritmalar vasıtasıyla, teşebbüsler en geniş anlamda anlaşma tanımına yol vermeksizin rekabet karşıtı koordinasyon içerisine girebilme imkanına sahip olabilir.

Fiyatlandırma algoritmalarının rekabet üzerindeki potansiyel olumsuz etkileri ve bu etkileri giderme noktasında geleneksel rekabet hukuku araçlarının yeterli olup olmadığını irdelediğimiz çalışmamızın ilk bölümünü algoritmanın tanımına ve teşebbüslerce kullanımına ayrılmıştır. İkinci bölümde, teşebbüslerin fiyatlandırma stratejilerini belirlemek için kullandıkları algoritmaların

4 Bill Baer tarafından kullanılan ifadenin orijinali şu şekildedir: “(...) *We will not tolerate anticompetitive conduct, whether it occurs in a smoke-filled room or over the Internet using complex pricing algorithms. American consumers have the right to a free and fair marketplace online, as well as in brick and mortar businesses (...)*”. BAER Bill, “Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division’s First Online Marketplace Prosecution”, Basın Açıklaması 15-421, 2015, <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace> (Erişim Tarihi: 20.08.2017).

5 Maureen K. Ohlhausen tarafından kullanılan ifadenin orijinali şu şekildedir: “(...) *although antitrust enforcers should always remain vigilant for new forms of anticompetitive behaviour, some of the concerns about algorithms are a bit alarmist (...)*”. OHLHAUSEN K. Maureen, “Should We Fear the Things That Go Beep in the Night? Some Initial Thoughts on the Intersection of Antitrust Law and Algorithmic Pricing”, 23 Mayıs 2017, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1220893/ohlhausen_-_concurrentes_5-23-17.pdf (Erişim Tarihi: 02.09.2017).

rekabet üzerindeki olumlu etkilerine kısaca değinilecektir. Üçüncü bölümde ise söz konusu algoritmaların rekabet üzerindeki potansiyel olumsuz etkileri muhtelif senaryolar altında incelenecektir. Hakim durumun kötüye kullanılması ile birleşme-devralma rejimine ilişkin konular farklı bir çalışmanın konusunu oluşturması sebebiyle, çalışmamızın merkezine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("**4054 sayılı Kanun**") 4. maddesini almaktayız. Çalışmamızın son bölümünde ise konuya ilişkin genel değerlendirmemize yer vereceğiz.

I. ALGORİTMA

1. Tanımı ve Kullanımı

Algoritma, bir işin görülmesinde veya bir problemin çözülmesinde kullanılan yöntem, metot veya teknik olarak tanımlanabilir. Algoritmalar, kavraması ve takip etmesi kolay olan sınırlı kurallar ve operasyonlardan oluşmaktadır⁶. Algoritmalar, basit veya karmaşık olmalarından bağımsız olarak, birbirini izleyen aynı komutlara sahiptir ve bu komutlar bir bilgisayar sistemi tarafından bir işin yapılmasını sağlar⁷. Tabii, bir işin görülmesi veya bir problemin çözülmesi yalnızca bilgisayar programlarına özgü değildir. Eline bir kağıt ve kalem alan birisi de bir işi tamamlayabilir, bir problemi çözebilir ve bu iş görme veya problem çözme de bir algoritma teşkil edebilir⁸. Algoritma kullanımı, matematik, bilgisayar ve internetin bir arada kullanılması vasıtasıyla ciddi sinerji yaratmaktadır. Zira matematik, bilgisayar ve internetin birlikte kullanılması daha çok verinin toplanması ve analiz edilmesine imkan tanımakta, bu imkan ise daha çok ampirik veriye dayalı karar vermek için kullanılabilir⁹. Mesela, Google'ın arama sonuçları bir algoritmanın sonucudur. Algoritma, kullanıcının ne aradığını analiz etmekte ve konuyla en yakın ilişkiye sahip sonuçları kullanıcıya sağla-

⁶ WILSON A. Robert / KEIL C. Frank, **The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences**, The MIT Press, Massachusetts, 1999, s. 11.

⁷ GAL Avigdor, "It's a Feature, not a Bug: On Learning Algorithms and what they teach us", **Roundtable on Algorithms and Collusion**, OECD Competition Committee, 21-23 Haziran 2017, s. 1.

⁸ **Wilson / Keil**, 1999, s. 11.

⁹ MEHRA K. Salil, "Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms", **Minnesota Law Review**, S. 100, 2015, s. 1331, http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Mehra_ONLINEPDF1.pdf (Erişim Tarihi: 10.08.2017).

maktadır. Algoritmik süreç aynı zamanda teşebbüslerin üretim ve fiyatlama stratejileri için de kullanılabilir. Fiyatlama stratejileri açısından algoritmalar, fiyatı otomatik olarak belirleyen bilgisayar programlarıdır. Teşebbüsler algoritma vasıtasıyla pazar şartlarına göre üretim miktarı veya ürün fiyatı belirleyebilir¹⁰. Teşebbüsler, doğrudan rakibin fiyatını eşleştirme, stok belli bir seviyeye geldiğinde fiyatı %15 artırma veya en düşük fiyatlı rakipten %1 daha uygun fiyat belirleme gibi komutları algoritma tabanlı bilgisayar programlarına işlemek suretiyle fiyatlama stratejilerini belirleyebilir. Fiyatlama stratejilerinin algoritması belirlendikten sonra, işin takibi ve uygulanması bilgisayar programına bırakılmaktadır. Gerçekten de finans ve seyahat sektörü, fiyatları arz ve talebe bağlı olarak belirlemek için uzun zamandır algoritma tabanlı yazılımlar kullanmaktadır¹¹. Benzer şekilde, kredi ve sigorta gibi hizmetin maliyetinin tüketiciden tüketiciye ciddi anlamda değiştiği pazarlarda, algoritmik fiyatlama, gözlenebilir veriler vasıtasıyla tüketicileri birbirine yakınlaştırmakta kullanılabilir¹². Algoritmik fiyatlama, havayolları veya oteller gibi talebin arzdan çok daha hızlı değişebildiği pazarlarda fiyatın belirlenme için kullanılması mümkündür¹³.

2. Teknolojik Gelişmelerin Rekabet Üzerindeki Etkileri

Teknolojik gelişmeler, insanlar arasındaki etkileşime, iletişime ve daha da önemlisi ticari ilişkiye doğrudan etki yapmaktadır¹⁴. Gerçekten de teknolojik gelişmeler bilgisayar cihazlarını daha hızlı, daha ucuz ve daha küçük hale getirmek suretiyle tüketicilerin ihtiyaçlarını satın alma yolunda önemli değişikliklere yol açmakta ve açmaya da devam edecek gibi görünmektedir¹⁵. Günümüzde, online mağazaların kolayca erişilebilir doğası, ihtiyaçlarını online mağazalardan alan tüketicilerin sayısına ciddi olumlu etki yapmaktadır. Bu durumdan olumsuz etkilenen birçok fiziki mağaza sahibi ise,

¹⁰ Mehra, 2015, s. 1334.

¹¹ Mehra, 2015, s. 1334.

¹² OXERA, **When Algorithms Set Prices: Winners and Losers**, Discussion Paper, 19 Haziran 2017, s. 16.

¹³ Oxera, 2017, s. 2.

¹⁴ EZRACHI Ariel / STUCKE E. Maurice, "Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition (April 8, 2015)", **Oxford Legal Studies Research Paper**, S. 18/2015, **University of Tennessee Legal Studies Research Paper**, S. 267, 2015, s. 3.

¹⁵ Mehra, 2015, s. 1331.

rekabetçi gücünü koruyabilmek adına online satış yapmaya başladılar. Online pazaryerleri ise rekabet dinamiklerini hızlı bir şekilde değiştirmektedir.

Geçmişte fiyatlama stratejileri için algoritma kullanımı yaygın değildi. Ne var ki, daha iyi veri toplama ve analiz etme tekniklerinin gelişmesiyle, fiyata etki eden değişkenleri ölçme imkanı elde edildi ve bu da algoritmik fiyatlamayı popüler bir araç kıldı¹⁶. Gerçekten de havayolları, otel, ulaşım, elektrik ve perakende gibi birçok sektörde algoritmik fiyatlama aracı kullanılmaktadır¹⁷. Teşebbüsler, satış veya kâr gibi hedeflerine ulaşmak adına ihtiyaç duydukları optimal fiyatı belirlemek için kullandıkları yazılımlar, aynı zamanda arz ve talep arasındaki bağıllığı da tahmin etmekte ve buna bağlı olarak optimal fiyatı belirlemektedir¹⁸. Dolayısıyla, algoritmik fiyat belirleme sürecinde, insanlardan ziyade algoritma tabanlı çalışan yazılımlar rekabetçi tepkileri vermekte ve fiyatı belirlemektedir. Algoritmik fiyatlama, özellikle sürekli fiyat değişikliği olan pazarlarda fiyat tespiti için kullanılan bir araçtır. Nitekim pazardaki değişen şartların fiziki insan gücüyle sürekli takip edilmesi ve o şartlara göre fiyatın yeniden belirlenmesi ciddi insan gücü gerektirecek ve her halükarda algoritmalar kadar hızlı ve etkin bir sonuç doğurmayacaktır.

3. Algoritma Kullanımının Pazarın Yapısal Faktörleri üzerinde Etkisi

Rekabet karşıtı anlaşmaları, sürdürülebilir kılan pazarın yapısına ilişkin muhtelif özellikler mevcuttur. Bunlardan en belirgin olanları pazarın yoğunlaşmış olması, şeffaf olması ve pazara giriş engellerinin yüksek olmasıdır¹⁹. Bu yapısal özelliklerden biri ya da birkaçına sahip olan pazarlarda, rekabet

¹⁶ Mehra, 2015, s. 1336.

¹⁷ GRAEF Inge, "Algorithmic price fixing under EU competition law: how to crack robot cartels?", **KU LUEVEN Centre for IT and IP Law Blog**, 2016, <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/algorithmic-price-fixing-under-eu-competition-law-how-to-crack-robot-cartels/> (Erişim Tarihi: 17.08.2017).

¹⁸ Mehra, 2015, s. 1337.

¹⁹ Bu faktörler dışında, etkileşimin sıklığı, pazarın büyümesi, talep şoklarının bulunmaması, pazar oyuncularının simetrik olması, pazarın yenilikçi bir pazar olmaması, ürünün homojen olması, alıcı gücünün bulunmaması gibi faktörler de bir piyasada rekabet karşıtı bir anlaşmanın ortaya çıkmasını kolaylaştıran faktörlerdir. Bu faktörler rekabet karşıtı anlaşmaların yanında, anlaşma kavramına dahil olmayan gizli danışıklı ilişki konseptinin de sürdürülebilirliğine katkı sağlayan faktörlerdir.

karşıtı anlaşmanın sürdürülebilmesi nispeten daha kolaydır. Algoritma kullanımını bu yapısal faktörlerden bazılarını önemsiz kılmak suretiyle, rekabet karşıtı anlaşmaların, bu özellikler olmaksızın da sürdürülebilir olmasını sağlayabilir²⁰. Algoritma kullanımının, pazardaki yoğunlaşma oranını rekabet karşıtı anlaşmanın sürdürülebilirliği için daha az önemli faktör haline getirebileceği gibi, şeffaflığı sağlamak suretiyle rekabet karşıtı anlaşmanın sürdürülebilirliğine önemli katkı sağlayabilir.

Yoğunlaşma oranı, ilgili pazarda rekabet karşıtı anlaşmanın ortaya çıkması riskine doğrudan etki eden bir yapısal faktördür. Nitekim pazarın yoğunlaşmış yapısı rekabet karşıtı anlaşmaları daha sürdürülebilir kılar. Bu önermemizin mantığı çok basit. Öncelikle rekabet karşıtı anlaşmayı az sayıda teşebbüsün bulunduğu piyasada yapmak, az sayıda teşebbüs ile anlaşılması gerekeceğinden daha kolaydır. İlâveten, az sayıda teşebbüsün fiyat hareketlerinin gözlemlenmesi, rekabet karşıtı anlaşmadan sapma bulunup bulunmadığının tespiti ve sapma durumunda misilleme yapılması da, teşebbüs sayısının az olması durumunda daha kolay olacaktır²¹. Ne var ki, pazarda algoritma kullanımı, yoğunlaşma oranını rekabet karşıtı anlaşmanın sürdürülebilirliği için daha az önemli bir unsur haline getirmektedir. Nitekim, algoritma kullanımı, pazarda verilerin daha etkin bir şekilde toplanmasını sağlamakta, rekabet karşıtı anlaşmadan sapmaları daha hızlı tespit edebilmekte ve nihayet çok daha etkin bir şekilde misilleme yapabilmektedir²². Diğer bir ifadeyle, algoritma tabanlı bir yazılım kullanıldığında, takip edilecek ya da misilleme yapılacak rakip sayısının az ya da çok olması ciddi bir

20 CAPOBIANCO Antonia / GONZAGA Pedro, "Algorithms and Competition: Friends Or Foes?", **CPI Antitrust Chronicle**, Ağustos 2017, s. 4, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/08/CPI-Capobianco-Gonzaga.pdf> (Erişim Tarihi: 16.09.2017).

21 GAL Michal, "Algorithmic-Facilitated Coordination: Market and Legal Solutions", **CPI Antitrust Chronicle**, Mayıs 2017, s. 24. Yoğunlaşmamış ve birçok teşebbüsün aktif olduğu pazarlarda, teşebbüslerin diğer teşebbüslerin rekabet karşıtı anlaşma içerisinde olmasını bekleme ve bu sayede anlaşma dışındaki (*outsider*) teşebbüs olarak kârını artırma motivasyonuna sahip olabilir. **Capobianco / Gonzaga**, 2017, s. 2. Bu da yoğunlaşmamış pazarlarda rekabet karşıtı anlaşma veya koordinasyonun görülmesini zorlaştırır. Yoğunlaşmış pazarlarda böyle bir motivasyon olmamakla birlikte, pazardaki rakip fiyatların hareketlerinin takip edilmesi nispeten kolaydır.

22 EVANS David, "What an Illegal Price-Fixing Bot Might Look Like", 2017, <https://www.law360.com/articles/914904/what-an-illegal-price-fixing-bot-might-look-like> (Erişim Tarihi: 15.09.2017).

farklılık yaratmayacaktır. Dolayısıyla, algoritma vasıtasıyla rekabet karşıtı bir anlaşma içerisinde bulunulduktan sonra, pazarın yapısının yoğunlaşmış olup olmaması, rekabet karşıtı anlaşmanın sürdürülebilirliğine ciddi bir etki yapmayacaktır. Yoğunlaşma oranı hala rekabet karşıtı anlaşmanın sürdürülebilirliğine etki eden bir faktördür fakat algoritma kullanımı ile artık değişilmez bir faktör olmaktan çıkmakta ve rekabet karşıtı anlaşmaların oligopol olmayan pazarlarda görünme olasılığı da artmaktadır²³.

Rekabet karşıtı anlaşmanın sürdürülebilirliği için bir diğer önemli faktör ise pazarın şeffaf olup olmadığıdır. Nitekim pazarın şeffaflığı, rekabet karşıtı anlaşmadan sapma ile rakiplerin misillemesi arasındaki zaman dilimine doğrudan etki etmektedir. Rekabet karşıtı anlaşmadan sapma ile misilleme arasındaki zaman dilimi uzadıkça, teşebbüsler için rekabet karşıtı anlaşmadan sapma daha kârlı bir seçenek olacaktır. Rekabet karşıtı anlaşmadan sapmanın kârlı olması ise rekabet karşıtı anlaşmanın sürdürülebilirliğine darbe vuracaktır. Zira teşebbüslerin rekabet karşıtı anlaşmadan sapmak suretiyle kârlarını artırma motivasyonları bulunacaktır. Algoritma kullanımı pazara ilişkin bu yapıyı da etkileyebilecek potansiyele sahiptir. Nitekim algoritma kullanımıyla, rekabet karşıtı anlaşmadan sapmalar çok kısa sürede tespit edilebilir ve ciddi bir misilleme tehdidi olarak teşebbüslerin rekabet karşıtı anlaşmadan sapma motivasyonlarını düşürebilir²⁴. Nitekim algoritmalar rekabet karşıtı anlaşmadan sapma durumunda çok kısa sürede misillemede bulunmak üzere dizayn edilebilir²⁵. Haliyle, teşebbüslerin rekabet karşıtı anlaşmadan sapma motivasyonlarındaki düşüş, rekabet karşıtı anlaşmanın daha da sürdürülebilir olması sonucunu doğuracaktır.

²³ OECD, **Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age**, 2017, s. 21, www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm, (Erişim Tarihi: 21.09.2017), (“OECD 2017a”); ITTOO Ashwin / PETIT Nicolas, “Algorithmic Pricing Agents and Tacit Collusion: A Technological Perspective”, 2 Ekim 2017, s. 2, <https://ssrn.com/abstract=3046405> (Erişim Tarihi: 08.10.2017); **Capobianco / Gonzaga**, 2017, s. 4.

²⁴ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE / BUNDESKARTELLAMT, **Competition Law and Data**, 2016, s. 14, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf;jsessionid=84B905B7177E54E2AC0852B484FD6BB0.2_cid362?__blob=publicationFile&v=2 (Erişim Tarihi: 02.08.2017); OECD, 2017a, s. 21-22; COMPETITION POLICY INTERNATIONAL, “CPI talks... with Antonio Gomes of the OECD”, **CPI Antitrust Chronicle**, Mayıs 2017, s. 8.

²⁵ **Gal**, 2017, s. 24.

II. ALGORİTMA VE ETKİNLİK

Algoritmaların rekabet üzerindeki potansiyel olumsuz etkilerine ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce, algoritma kullanımına bağlı olarak ortaya çıkması muhtemel etkinlik kazanımlarına değinelim. Algoritma kullanımı, pazardaki şeffaflığın artması sonucunu doğurabileceği gibi²⁶, yeni bir ürünün geliştirilmesi veya mevcut ürünün ilerletilmesi suretiyle pazardaki inovasyonu artırabilir ve statik etkinlik kazanımlarına yol açabilir. Üretim maliyetinin düşürülmesi, ürünün kalitesinin artırılması ve işletme sürecinin daha da etkin hale getirilmesi statik etkinliğin en yaygın görünümü olabilir²⁷.

Teşebbüsler, algoritma kullanarak mevcut ürünlerini geliştirebilirler. En basitinden, arama motorları, verileri kullanmak suretiyle en uygun arama sonuçlarını ortaya çıkarmaktadır²⁸. Diğer bir örnek ise tüketicilerinin geçmiş alışveriş bilgilerini kullanan e-ticaret siteleri olabilir. E-ticaret siteleri tüketicilerin geçmiş alışveriş bilgilerini ve ziyaret ettikleri sayfa bilgilerini kullanmak suretiyle tüketicilere kullanıcıya özgü alışveriş tavsiyesinde bulunmaktadır²⁹. Dolayısıyla, online olarak bir yazıcı satın alan kullanıcı, yazıcısına uygun bir kartuş arama zahmetinden kurtulacaktır. Nitekim e-ticaret sitesi söz konusu kullanıcının geçmiş alışveriş bilgisini kullanmak suretiyle, kullanıcıya uygun olan kartuşu bir alışveriş tavsiyesi olarak önerecektir. Algoritmalar, teşebbüsler için tüketicilere ilişkin sağlıklı bilgi toplama ve bu bilgiler özelinde teşebbüslerin kendilerini ve ürünlerini geliştirmelerine de imkan tanımaktadır³⁰.

²⁶ Şeffaflık, tüketicilere ürünlerin fiyat ve kalitesini karşılaştırma ve kendilerine en uygun ürünü tercih etmesine yardımcı olmaktadır. EZRACHI Ariel / STUCKE Maurice, **Virtual Competition – The Promise and Perils of the Algorithm Driven Economy**, Harvard University Press, Londra, 2016, s. 4.

²⁷ OECD, 2017a, s. 16.

²⁸ Arama motorları, arama sorgusunu ve tıklamaları kullanmak suretiyle, en ilişkili sonuçları tespit etmek suretiyle kullanıcıya sunmaktadır. Arama motorları, arama sonuçlarını ilave katma değerli hizmet sunmak için de kullanılabilir. OECD, 2017a, s. 15-16. Uber, algoritmik fiyatlamayı kısa vadede kapasite sorununu çözmek için kullanırken, Amazon'da satış yapan teşebbüsler rakiplerinin fiyatlarını tespit etmek, Airbnb farklı karakteristikteki ürünleri fiyatlamak için kullanmaktadır. Oxera, 2017, s. 10.

²⁹ OECD, 2017a, s. 16.

³⁰ Capobianco / Gonzaga, 2017, s. 2.

Algoritma kullanımı neticesinde artan pazardaki şeffaflık, tüketiciler için olumlu sonuçlar doğurabilir. Nitekim tüketiciler artan şeffaflık dolayısıyla fiyat ve diğer ticari şartları karşılaştırma fırsatı elde edebilir³¹. Tüketicilerin fiyat ve diğer şartları karşılaştırma imkanı elde etmesi, tüketicilerin arama maliyetlerini düşürmekte ve tüketicilere çok daha rasyonel tercihler yapma imkanı tanımaktadır³². Söz konusu şeffaflık pazara girişi teşvik etmek suretiyle de tüketicilere olumlu yansiyabilir. Şöyle ki, online pazarların şeffaf yapısı gereği tüketicilerin rahatlıkla fiyat veya diğer satış şartlarını karşılaştırabilmesi ve bu sayede en uygun tercihi yapabilmesi, uygun fiyat ve kalite stratejisi izleyen nispeten küçük teşebbüslerin pazara girmesini kolaylaştırabilir³³. Nitekim söz konusu küçük teşebbüsler pazara girdikleri gibi uygun fiyat kalite stratejileri ile pazarın şeffaf yapısı dolayısıyla pazarda hızlı bir şekilde tüketiciler gözünde görünürlük sağlayabilirler.

Algoritma kullanımı, teşebbüslerin işgücüne harcadıkları kaynakların azaltılması ve bu sayede maliyetlerin azaltılmasına da yardımcı olabilir. Şöyle ki, algoritma vasıtasıyla çok düşük marjinal maliyetler ile pazardaki fiyatlar takip edilebilir ve pazardaki fiyatlara göre teşebbüsün fiyatı belirlenebilir. Algoritma kullanılmaksızın bu işi yapacak olan çalışanlara ayrılacak bütçe algoritma kullanımıyla birlikte maliyet kalemleri içerisinde yer almayacak³⁴. Kaynakların etkin tahsisi üretim maliyetinin düşmesine yardımcı olacak bu da tüketicilerin daha düşük fiyattan ürün almasını sağlayabilir. Diğer taraftan algoritmalar teşebbüsün potansiyel talep şokları ve maliyet değişiklikleri gibi değişen pazar şartlarına karşı fiyatlarını adapte etmesini sağlamak ve bu sayede pazarın daha etkin çalışmasına imkan tanımaktadır³⁵. Nihayet algoritmaların kapsamlı veri kaynaklarını çok hızlı bir şekilde analiz edebilen yapısını kullanarak, teşebbüsler rekabetçi tepkilerini hızlı bir şekilde verebilir ve bu sayede rekabetçi denge çok daha hızlı bir şekilde kurulabilir³⁶.

³¹ **Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt**, 2016, s. 14. Üçüncü bölüm altında açıklayacağımız üzere, şeffaflık rekabet hukuku açısından muhtelif hassasiyetler yaratabilir.

³² **OECD**, 2017a, s. 17.

³³ **Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt**, 2016, s. 14; **Oxera** 2017, s. 16.

³⁴ **Mehra**, 2015, s. 1362; **Oxera**, 2017, s. 16; **OECD**, 2017a, s. 11-12.

³⁵ **Oxera**, 2017, s. 15.

³⁶ **Oxera**, 2017, s. 2.

III. ALGORİTMA VE REKABET KARŞITI ETKİLERİ

1. Algoritma ve Danışıklı ilişki

A. Giriş

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi teşebbüsler arası doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerini yasaklamaktadır. Hükmün temel amacı, her teşebbüsün ticari politikalarını ve davranışlarını diğer teşebbüslerden bağımsız olarak belirlemesini sağlamaktır³⁷. Rekabet karşıtı bir anlaşmanın mevcudiyeti halinde, teşebbüslerin bağımsız davranışlarının yerini anlaşmaya taraf teşebbüslerin ortak çıkarlarını ençoklaştıran koordineli davranışlar alabilir. Bu halde ise serbest piyasa ekonomisinden elde edilmesi beklenen fayda azalmak suretiyle kaynakların etkinsiz kullanılmasına ve serbest piyasa sisteminin sağladığı refahın piyasadaki aktörlere hak etmedikleri oranda dağılmasına yol açabilir³⁸.

Kanun koyucunun 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında, sözleşme ifadesi yerine anlaşma ibaresi kullanması kanun koyucunun bilinçli bir tercihinin sonucudur. Nitekim kanun koyucu, tarafların kendini bağlı hissettiği yazılı, sözlü veya zımni her türlü irade uyuşmasını anlaşma olarak kabul etmektedir³⁹. Rekabet hukuku bağlamında anlaşma, iki teşebbüsün iradelerinin uyuşması durumunda ortaya çıkmakta ve hiçbir şekil şartına tabi değildir⁴⁰. Önemli olan, tarafların samimi bir şekilde kendilerini taahhülle-

³⁷ KESİCİ Buğra, **Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu**, On iki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 56.

³⁸ **Kesici**, 2017, s. 56; Kurul, 11.08.2014 T. ve 14-27/556-239 S. *Tokat Dershaneler* kararı, para. 21

³⁹ ASLAN İ. Yılmaz, **Rekabet Hukuku Teori – Uygulama – Mevzuat**, Ekin, Bursa, 2017, s. 206-207; KARAKILIÇ Hasan, “Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Hakim Durumda Olmayan Teşebbüslerin Tek Yanlı Uygulamaları”, **Rekabet Dergisi**, 14(4), 2013, s. 16.

⁴⁰ 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşmanın varlığını ispat edebilmek için noter onaylı ya da tarafların açıkça imzaladıkları bir belge gerekmemektedir. Dolayısıyla, Medeni Hukuk ya da Borçlar Hukuku'na göre geçerli olmayan bir sözleşme de Rekabet Hukuku bakımından bir anlaşma olarak kabul edilebilmektedir. Kurul, 19.10.2006 T. ve 06-77/992-287 S. *Ege Çimento* kararı, para. 2000. Aynı yönde **Karakılıç**, 2013, s. 16-17.

riyle bağılı hissetmesi ve bu taahhütlerin ilgili teşebbüsün gelecekteki ticari davranışlarını kısıtlamış olmasıdır⁴¹.

Bu noktada uyumlu eylem karinesine de kısaca değinmek yerinde olacaktır⁴². Teşebbüsler arası bir anlaşmanın varlığının ispat edilemediği vefakat teşebbüslerin pazar davranışlarının analizi neticesinde söz konusu pazar davranışlarının ancak rekabet karşıtı bir anlaşmanın mevcut olması durumunda ortaya çıkabileceği sonucuna ulaşılıyorsa, teşebbüsler arası uyumlu eylemin varlığı karine olarak kabul edilebilmekte ve bu durumda ispat yükü yer değiştirmektedir. Teşebbüsler arası uyumlu eylemin varlığının kabul edilmesi için teşebbüsler arası toplantı, tartışma veya bilgi değişimi bulunmasının yanı sıra, teşebbüsler arası söz konusu temasın teşebbüslerin gelecekteki rekabetçi davranışlarındaki belirsizliği ortadan kaldırmaya yönelik olması gerekmektedir⁴³. Nitekim Rekabet Kurulu ("**Kurul**") 26.7.2007 tarih ve 07-62/742-269 sayılı *Hürriyet Gazete* kararında, bir fiilin uyumlu eylem olarak nitelenebilmesi için (i) taraflar arasında genellikle sözlü ya da yazılı şekilde ifade edilen toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmaları içeren olumlu temasların olması, (ii) bu temasın pazar davranışını etkileme ve özellikle bir teşebbüsün gelecekteki rekabetçi davranışının belirsizliğinin önceden ortan kaldırma amacı taşıması, (iii) ilgili teşebbüslerin ticari davranışlarını, tam olarak rekabetçi etkiler tarafından belirlenmeyecek bir şekilde oluşturma ya da değiştirme etkisi olması gerektiğini ve önemli olan hususun teşebbüslerin, rakiplerinin gelecekteki davranışlarını öğrenmeleri ve pazardaki belirsizliğin ortadan kaldırılması olduğunu ifade etmiştir⁴⁴. Anlaşma ve uyumlu eylem için de uzlaşmaya yönelik ortak iradenin varlığı ortaya konulmakta fakat kullanılan ispat araçları bakımından farklılık söz konusu olmaktadır. Anlaşmanın ortaya konması için irade uyuşmasının bu-

⁴¹ Kesici, 2017, s. 59.

⁴² Türk rekabet hukuku kapsamında uyumlu eylem konusu için bkz. KEKEVİ Gökşin / CAN Burcu / ŞENGÖREN Zeynep "Uyumlu Eylem Karineleri: Mitler ve Gerçekler", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX**, 6 Mayıs 2011, Kayseri içinde s. 175-240, Ankara; GÜRKAYNAK Gönenç / YILDIRIM Korhan / ÖZGÖKÇEN Hakan / AYDIN Buğra, "Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları", **Rekabet Dergisi**, S. 12 (4), 2011, s. 75-125.

⁴³ Kesici, 2017, s. 61.

⁴⁴ Kurul, 26.7.2007 T. ve 07-62/742-269 S. *Hürriyet Gazete* kararı, para. 710-720. Aynı yönde Kurul'un 25.08.2011 T. ve 11-46/1132-397 S. *Beyşehir Akaryakıt-LPG* kararı; 25.08.2011 T. ve 11-46/1131-396 S. *Niksar Akaryakıt-LPG* kararı.

lunduğunu gösteren birincil⁴⁵ ve ikincil⁴⁶ deliller gerekmektedir, uyumlu eylemin mevcudiyeti ikincil deliller vasıtasıyla zımni irade uyuşması ortaya koyulmaktadır⁴⁷.

Kapsamına anlaşma ve uyumlu eylemi de alan danışıklı ilişki (*collusion*) kavramı, pazardaki fiyatı rekabetçi fiyatın üzerine çekmek amacıyla teşebbüslerin rekabetçi davranışlarını koordine etmeleri olarak tanımlanabilir. Danışıklı ilişkinin varlığı için bir anlaşmanın mevcudiyeti gerekmemekle birlikte, anlaşmanın bulunduğu kurgular da danışıklı ilişki kapsamına dahildir. Danışıklı ilişki, rekabeti kısıtlamak amacıyla yapılan teşebbüsler arası anlaşma şeklinde açık bir şekilde (*explicit collusion*) ortaya çıkabileceği gibi⁴⁸, taraflar arasında herhangi bir anlaşma veya iletişim olmaksızın da gizli danışıklı ilişki olarak ortaya çıkabilir (*tacit collusion*). Gizli danışıklı ilişki, teşebbüsler arası bir temas olmaksızın, pazar şartlarının uygun olduğu hallerde ortaya çıkar. Rekabet karşıtı dengeden sapmanın kolaylıkla tespit edilip cezalandırılabildiği oligopol pazarlar, gizli danışıklı ilişkiye en uygun pazarlardır⁴⁹.

Oligopol pazarlarda, teşebbüslerin fiyatlama stratejilerine birbirine bağımlıdır. Dolayısıyla oligopol pazarda aktif bulunan teşebbüsler, aralarında

⁴⁵ Birincil deliller teşebbüsler arasında bir uzlaşmanın gerçekleştiğini açıkça ortaya koyan delil türüdür. Birincil deliller, konu, ilgili pazar, fiyat politikası, kazancın dağıtım usulü, denetim ve uygulama yöntemi gibi uzlaşmanın unsurlarını kararlaştırmak üzere taraflar arasında iletişim kurulduğunu ve söz konusu iletişimin içeriğine ilişkin bilgiler içeren delillerdir. KOVACIC E. William / MARSHALL C. Robert / MARX M. Leslie / WHITE L. Halbert, “Plus Factors and Agreement in Antitrust Law”, Center for the Study of Auctions, Procurements and Competition Policy, Working Papers - 2011, <http://capcp.psu.edu/papers/2011/plusfactors.pdf>, s. 6, dph 19, (Erişim Tarihi: 05.10.2017); CAN Burcu, **Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı**, Uzmanlık Tezi 123, Ankara, 2012, s. 14.

⁴⁶ İkincil deliller, iletişim ve ekonomik deliller olarak iki türüdür. İletişim delilleri, teşebbüslerin toplantı veya farklı bir iletişim yoluyla iletişim kurduğunu gösteren ancak anlaşmanın içeriğine ilişkin bilgi içermeyen delillerdir. Ekonomik deliller ise, teşebbüslerin rekabet etmediğini gösteren davranışsal deliller ile ilgili pazarın yapısının gizli bir uzlaşmanın kurulması ve sürdürülmesi için uygun olduğunu gösteren yapısal delillerdir. **Can**, 2012, s. 14-15.

⁴⁷ **Can**, 2012, s. 67-68.

⁴⁸ GREEN J. Edward / Marshall C. Robert / MARX M. Leslie, “Tacit Collusion in Oligopoly”, R. D. Blair and D. D. Sokol (der.), **The Oxford Handbook of International Antitrust Economics**, 2(19) içinde, Oxford University Press, 2013, s. 464-497, <https://faculty.fuqua.duke.edu/~marx/bio/papers/tacitcollusion.pdf>. (Erişim Tarihi: 08.08.2017).

⁴⁹ **Ittoo / Petit**, 2017, s. 1.

bir anlaşma olmaksızın kârı ençoklaştırıcı rasyonel bir strateji olarak rakiplerinin davranışlarını göz önünde bulundurmak suretiyle koordineli bir şekilde hareket edebilirler⁵⁰. Bu koordinasyon, fiyat düşürme durumunda rakiplerin de buna hızlıca fiyat düşürmek suretiyle cevap vereceği tehdidi altında sürdürülebilir kılınmaktadır. Dolayısıyla, oligopol, şeffaf ve homojen ürün bulunan pazarlarda gizli danışıklı ilişkinin ortaya çıkması beklenir. Bilinçli paralellik veya oligopolistik bağımlılık⁵¹ da denen bu oligopol pazarlara özgü gizli danışıklılık, en sert ihlal türü olarak bilinen kartel anlaşmalarıyla aynı sonuçları doğuracak potansiyele sahip olmasına rağmen⁵², 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal olarak nitelendirilmemektedir⁵³.

B. 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesindeki Çatlak

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi teşebbüsler arası rekabet karşıtı anlaşmaları, uyumlu eylemi ve teşebbüs birliği kararını yasaklamaktadır. Teşebbüsler arası fiyat, fiyatı oluşturan mali-

⁵⁰ OECD, 2017a, s. 19; JOHNSON A. Paul, "Should We Be Concerned That Data and Algorithms Will Soften Competition?", *CPI Antitrust Chronicle*, Mayıs 2017, s. 12. Stigler'e göre, danışıklı ilişki için gerekli olan üç önemli şart şunlardır: (i) ticari şartlar konusunda uzlaşmaya varmak, (ii) uzlaşılan ticari şartlardan sapılması durumunda bunu tespit edecek bir mekanizma ve nihayet (iii) sapma durumunda misilleme yapma tehdidi. STIGLER J. George, "A Theory of Oligopoly" *Journal of Political Economy*, S. 72(1), 1964, s. 44-61.

⁵¹ Oligopol piyasalarda, teşebbüsler, pazardaki oyuncu sayısının az olması sebebiyle, elde edeceği kârın salt kendi davranışları değil, aynı zamanda rakip teşebbüslerin davranışlarına da bağlı olduğunun bilinciyle piyasayı takip etmektedir. Piyasanın takip edilmesi de haliyle teşebbüslerin karar alma sürecinde karşılıklı bağımlılıklarını doğuracaktır. Oligopolistik bağımlılık olarak nitelendirilen bu durum, fiyat seviyelerini de benzeştirmektedir. Dolayısıyla, oligopol bir pazarda ortaya çıkan paralel fiyat artışları her zaman rekabeti kısıtlama amacı veya etkisi olan bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararına dayanmayabilir. Bilakis, kâr elde etmeyi amaçlayan teşebbüslerin birbirlerinin kararlarına rasyonel bir şekilde ayak uydurmalarının bir sonucu olabilir. Kurul, 16.1.2014 T. Ve 14-02/40-18 S. *Gür-Sel* Kararı, para. 11; 01.10.2014 T. ve 14-37/713-318 S. *Pamukkale/Kamil Koç* kararı, para. 20.

⁵² *Ittoo / Petit*, 2017, s. 1.

⁵³ Kurul muhtelif kararlarında oligopolistik bağımlılık savunmasını kabul etmiş ve ilgili teşebbüslerin rekabet hukuku ihlalinde bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kurul, 01.10.2014 T. ve 14-37/713-318 S. *Pamukkale/Kamil Koç* kararı; 16.01.2014 T. ve 14-02/40-18 S. *Gür-Sel* kararı; 20.02.2013 T. ve 13-11/165-87 S. *Lider/Yeni Adana* kararı; 29.12.2011 T. ve 11-64/1666-596 S. *Silopi Otobüs Firmaları* kararı; 24.11.2011 T. ve 11-59/1521-546 S. *İzmir-Konya Otobüs Firmaları* kararı; 17.11.2011 T. ve 11-57/1461-519 S. *Konya-Akşehir Otobüs Firmaları* kararı; 4.11.2010 T. ve 10-69/1466-564 S. *Anamur-Ankara Otobüs Firmaları* kararı; 17.7.2008 T. ve 08-45/626-238 S. *Kütahya Astur* kararı.

yet, kâr gibi unsurlara ilişkin yapılan rekabet karşıtı anlaşmalar 4054 sayılı Kanun'un kapsamında iken, birbirine bağlı paralel davranışlardan oluşan gizli danışıklı ilişki (*tacit collusion*), 4054 sayılı Kanun kapsamında yasaklanmış bir eylem biçimi değildir⁵⁴. Ne var ki, eğer bir pazara ilişkin temel endişe rekabet karşıtı yollardan rekabetçi fiyatın üzerinde fiyatlama ise, anlaşma kavramını ne kadar geniş tutarsak tutalım temel endişeyi engellemek için yeterli aracı sağlamayacaktır.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile ciddi benzerlikler taşıyan Birleşik Devletler Sherman Kanunu 1. Bölümü için, *Posner*, ilgili hükmün birbirine bağlı bir şekilde fiyatlama yapan teşebbüslere de uygulanması gerektiğini ve teşebbüsler arası bir iletişim veya sinyal aranmasına gerek bulunmadığı ve birbirinin fiyatlarını izlemelerinin yeterli olacağını savunmuştur⁵⁵. *Turner*, anlaşma kavramının klasik anlamda bir anlaşma gibi anlaşılmasında gerektiğini savunmakla birlikte, hiçbir iletişim veya sinyal aranmaksızın salt fiyat takibinin ihlal olarak kabul edilmesi görüşünü aşırı bulmuştur⁵⁶. *Turner*, teşebbüsleri rasyonel bir şekilde kârlarını ençoklaştırma stratejileri dolayısıyla cezalandırmanın doğru bir yaklaşım olmayacağını savunmaktadır⁵⁷. *Kaplow* ise anlaşma kavramının modern oligopol piyasa teorisiyle örtüşmediğini ve ihlal olmadığı savunulan birbirine bağlı fiyatlama yapmanın en çok sosyal maliyet yaratan eylemlerden olduğu görüşünü savunmuştur⁵⁸.

Gizli danışıklı ilişkinin yasak kapsamında olmaması, şüphesiz ki onun istenen bir sonuç olduğunu göstermez. Bilakis, istenen bir sonuç olmamakla beraber, teşebbüslerin oligopol pazarlarda birbirine bağlı fiyatlama yapması sonucunu engelleyici hukuki çarenin bulunmaması dolayısıyla herhangi bir

⁵⁴ Kurul, pazardaki paralel davranışların ihlal teşkil etmesi için, teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlama amaçlı ve karşılıklı bir iletişimin olması ve bu iletişimin açık ve tutarlı delillerle ortaya konması gerektiği görüşündedir. Kurul, 25.06.2014 T. ve 14-22/460-202 S. *Beyaz Çimento* kararı.

⁵⁵ POSNER Richard, "Oligopoly and the Antitrust Laws: A suggested Approach", *Stanford Law Review*, S. 21, 1969, s. 1576-92; *Mehra*, 2015, s. 1341

⁵⁶ TURNER F Donald, "The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal", *Harvard Law Review*, S. 75(4), 1962, s. 671-672; *Mehra*, 2015, s. 1341.

⁵⁷ *Turner*, 1962, s. 669-670; *Mehra*, 2015, s. 1342.

⁵⁸ KAPLOW Louis, "On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law", *California Law Review*, S. 99(3), 2011, s. 685-689.

müdahalenin konusunu oluşturmamaktadır⁵⁹. Nitekim teşebbüslerin rakiplerinin fiyatlarını gözlemlemeden fiyatlama yapmaları makul bir yaklaşım olmayacaktır⁶⁰. Zaten teşebbüslerin birbirine bağlı olarak fiyatlama yaptıklarının gözlemlenmesi ve somut deliller ile ispatlanması oldukça zordur.

Kurul, uygulama geçmişinde çok büyük çoğunlukla uzlaşmanın ortaya konması noktasında iletişim delillerinden yararlanmasına rağmen, herhangi bir iletişim delili olmaksızın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştığı istisnai nitelikte kararları da mevcuttur. Kurul'un yaş ekmek mayası üreticileri Pak Gıda, Özmaya, Mauri Maya ve Akmaya'nın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası üzerinde başlattığı soruşturma konuya ilişkin irdelenmesi gereken bir dosyadır⁶¹. Kurul, ilgili karar kapsamında, oligopolistik pazar ne kadar şeffaf, ürün ne kadar homojen olursa olsun, fiyat artışı gerçekleştiren teşebbüsü rakiplerinin takip etmeme riskinin her zaman mevcut olduğunu ve bu riski azaltmaya yönelik olarak teşebbüslerin ileriye dönük fiyat hareketlerini rakiplerine bildirmeleri teşebbüsler arası bir anlaşma veya uyumlu eylemin göstergesi olabileceği ifade etmiştir⁶². Ne var ki, teşebbüslerin, uyumlu eylem karinesini destekleyecek herhangi bir yazılı delil bulunmadığı iddiasına karşılık, Kurul söz konusu pazarın, üçüncü defa rekabet tahkikatına maruz kaldığını dolayısıyla, eldeki soruşturma ve ilerideki soruşturmalarda teşebbüslerin telefon konuşmaları dinlenemediği sürece herhangi bir yazılı delile ulaşmak mümkün olmayacağını ifade etmiştir⁶³. Kurul, her ne kadar oligopolistik pazarlarda

⁵⁹ Bu noktada ifade edilmelidir ki, gizli danışıklı ilişkiyi kolaylaştıracak pazar yapısı değişiklikleri birleşme ve devralmanın rekabet hukuku açısından değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmaktadır. Birleşme veya devralma işlemi sonrası pazar yapısının değişmesi ve bu değişiklik ile birleşme veya devralma işlemi öncesi aralarında koordinasyon bulunmayan firmaların, işlem sonrasında koordinasyon içinde bulunmak imkanına sahip olmasına imkan tanıyan işlemler, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi tahtında problemli görülmektedir.

⁶⁰ **Johnson**, 2017, s. 14.

⁶¹ Kurul'un 12.11.2008 T. ve 08-63/1050-409 S. *Maya* kararı, Danıştay'ın Kurul'un 23.9.2005 T. ve 05-60/896-241 S. kararını iptal etmesi üzerine verilmiştir. Danıştay 13. Dairesi, Pak Gıda Üretim ve Pazarlama A.Ş.'ye ilişkin 23.5.2008 T., 2006/1031 E., 2008/4390 K., Özmaya San. A.Ş.'ye ilişkin 23.5.2008 T., 2006/1150 E., 2008/4392 K. ve Akmaya San. Tic. A.Ş. ilişkin 23.5.2008 T., 2006/1521 E., 2008/4391 K. sayılı kararlarında; teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmelerine rağmen cezaya esas alınan cironun ait olduğu yılın yanlış belirlendiği gerekçesi ile Kurul'un kararını iptal etmiştir.

⁶² Kurul, 12.11.2008 T. ve 08-63/1050-409 S. *Maya* kararı, para. 220.

⁶³ Kurul, 12.11.2008 T. ve 08-63/1050-409 S. *Maya* kararı, para. 1050.

fiyat hareketlerinin benzerlik göstermesi oligopol tanımında yer alsa da; dört teşebbüsün birden piyasa koşullarında objektif herhangi bir değişme olmaksızın üretim maliyetlerindeki artışın ve enflasyon oranlarının hayli üzerinde fiyat artışına gitmelerinin ve bu artışları başlangıçta üst üste iki ay ve yüksek oranda gerçekleştirebilmelerinin ve ilerleyen zamanlarda da istikrarlı bir şekilde fiyat artış trendlerini devam ettirebilmelerinin uyumlu eylemden başka bir iktisadi gerekçesi bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır⁶⁴. Bu bağlamda, Kurul, teşebbüsler arası herhangi bir iletişim delili bulunmamasına rağmen teşebbüslerin uyumlu eylemde bulduklarına hükmetmiştir. Benzer şekilde, Kurul, *Göлтаş*⁶⁵ kararında, ihlal sonucuna ulaşılırken, iktisadi analizler dışında hiçbir delil kullanmamıştır. Karar kapsamında teşebbüsler arasında belirsizliği ortadan kaldıracı ve paralelliğe yol açabilecek nitelikte doğrudan veya dolaylı hiçbir iletişim deliline yer verilmemiştir⁶⁶.

Söz konusu kararlar, Kurul'un uygulama geçmişinde istisna olarak gözüксе de, algoritma kullanımına bağlı olarak ortaya çıkması muhtemel rekabet hukuku endişeleri için Kurul'un önümüzdeki dönemlerde benzer yaklaşım almasının şaşırtıcı olmayacağı söylenebilir. Nitekim teşebbüsler, aşağıda açıklayacağımız üzere, Kurul'un karar kapsamında ifade ettiği ve dinleme imkanı olmayan telefon görüşmeleri veya buna benzer farklı iletişim aracı kullanmaksızın, rekabet karşıtı koordinasyonu kurabilir ve söz konusu dengeyi sürdürebilir kılabilir. Algoritmalar ise söz konusu dengenin oluşmasında merkezi role sahip olabilir.

2. Algoritmik İhlal Senaryoları

Online platformlar üzerinden yapılan satış oranında süregelen ciddi artışa bağlı olarak algoritmik fiyatlama uygulamasının da artacağı noktada herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Komisyon'un e-ticaret sektör araştırması raporuna⁶⁷ göre, araştırmaya katılan perakendeci teşebbüslerin %53'ü

⁶⁴ Kurul, 12.11.2008 T. ve 08-63/1050-409 S. *Maya* kararı, para. 1100; Kararın eleştirisi için bkz. **Kekevi ve diğ.**, 2011, s. 217 vd.

⁶⁵ Kurul, 20.09.2007 T. ve 07-76/908-346 S. *Göлтаş* kararı.

⁶⁶ Deliller bu kadar zayıfken teşebbüslerin davranışlarının herhangi bir uzlaşmaya dayanmadığını söylemenin mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. **Kekevi ve diğ.**, 2011, s. 217.

⁶⁷ EUROPEAN COMMISSION, **Commission Staff Working Document accompanying the Final Report on the E-commerce Sector Inquiry of 10 May 2017**, SWD(2017) 154 final, para. 149, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf, (Erişim Tarihi: 07.09.2017).

rakiplerinin online satış fiyatını gözlemlemekte olduğunu beyan etmiştir. Bu %53'lük kesimin %67'si de rakiplerin fiyatlarını gözlemlemek için online bilgisayar programı kullandığını belirtmiştir. Rapora göre, büyük teşebbüsler, küçük teşebbüslere nazaran, rakiplerinin fiyat hareketlerini gözlemlemeye daha çok meyillidir. Rakiplerinin fiyat hareketlerini gözlemlemek için bilgisayar programı kullanan perakendecilerin %78'i ise kendi fiyatını rakibinin fiyatına göre değiştirmektedir. Söz konusu rapor, algoritmik fiyatlamanın yaygınlığı noktasından önemli ipuçları vermektedir.

Fiyatlama algoritmasının kullanılması durumunda, fiyat dengesinin rekabetçi fiyatın üzerinde oluşabileceğine en güzel örnek hiç kuşku yok ki, *Peter Lawrence*'ın "*The making of a Fly*" adlı kitabının Amazon satış platformu üzerinde 23 milyon ABD doları seviyesine ulaşması olacaktır. Söz konusu fiyat, kitabı satan teşebbüslerin otomatik fiyatlama algoritması kullanmasından kaynaklanmaktadır⁶⁸. Her gün ilgili kitabın fiyatı ilk teşebbüs tarafından rakibinin 0.9983 katı, diğer teşebbüs tarafından rakibinin 1.27059 katı olarak belirlenmiştir⁶⁹. Her iki teşebbüs tarafından kullanılan algoritma da, rakibin fiyatına endeksli bir şekilde çalışmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bir teşebbüsün fiyatı rakip teşebbüsün fiyatının belirli bir oranla çarpımıyla elde edilmektedir. Her iki teşebbüsün de rakibine endekslediği fiyatı, sürekli olarak hızlı bir şekilde güncellenmiş ve haliyle 23 milyon ABD doları gibi gerçekçi olması imkansız seviyelere çıkmıştır.

Şurası çok açık ki, algoritma kullanımı özü itibariyle bir ihlal teşkil etmediği gibi, özü itibariyle etkinlik kazandırıcı bir eylem de değildir. Nitekim algoritma kullanımına bağlı olarak ortaya çıkması muhtemel etkinlik kazanımları pazarın yapısı, algoritmanın kullanılış biçimi ve teşebbüsün motivasyonu ile toplumsal faydanın ne derece örtüştüğü gibi muhtelif değişkenlere bağlıdır⁷⁰. Diğer bir ifadeyle, algoritma kullanımı rekabeti artırmak suretiyle tüketici refahını artırabileceği gibi, teşebbüslerin gizli danışıklı ilişki içerisinde bulunmasını da kolaylaştırabilir⁷¹. Bu bölüm altında algoritma kullanımının yol açabileceği ihlal senaryoları irdelenecektir.

⁶⁸ SALCEDO Bruno, "Pricing Algorithms and Tacit Collusion" **Pennsylvania State University**, 2015, s. 2, <http://www.brunosalcedo.com/docs/collusion.pdf> (Erişim Tarihi: 05.08.2017).

⁶⁹ **Salcedo**, 2015, s. 2.

⁷⁰ STUCKE Maurice / EZRACHI Ariel, "Looking up in The Data-Driven Economy", **Antitrust Chronicle**, Mayıs 2017, s. 17 ("Stucke ve Ezrachi 2017b").

⁷¹ **Stucke / Ezrachi**, 2017b, s. 17.

A. Algoritma Yoluyla Uygulanan Geleneksel Rekabet Karşıtı Anlaşma

Algoritma marifetiyle uygulanan geleneksel rekabet karşıtı anlaşma, klasik rekabet karşıtı ihlallere benzemesi sebebiyle, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal olduğu sonucuna en kolay ulaşılabilecek senaryodur. Bilindiği üzere, 4054 sayılı Kanun'un ihlali muhtelif yollarla ortaya çıkabilir. En klasik örneği teşebbüslerin bir araya gelmek suretiyle satış fiyatı gibi ticari şartlar üzerinde anlaşmalarıdır. Rekabet otoritelerinin sahip oldukları inceleme araçları ve uyguladıkları ağır para cezaları, teşebbüsleri rekabet ihlalinde bulunmak için yaratıcı çözümler bulmaya itmiştir. Algoritma vasıtasıyla rekabet karşıtı anlaşmanın uygulanması da son zamanların en yaratıcı çözümleri olarak göze çarpmaktadır. Bu senaryoda, teşebbüsler kendi aralarında yaptıkları rekabet karşıtı anlaşmayı, algoritmalar vasıtasıyla uygulamaya koymaktadır.

şurası net ki, teşebbüsler arası rekabet karşıtı anlaşmalar uygulandıkları yöntemden bağımsız olarak, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal teşkil eder. Dolayısıyla, algoritmalar vasıtasıyla uygulanan, gözlemlenen veya denetlenen rekabet karşıtı anlaşmalar da bu kapsamda ihlal teşkil etmekte ve yasaktır⁷². Gerçekten de, teşebbüsler fiyatlama algoritmalarını birbirleriyle anlaşarak belirleyebilecek ve algoritmayı anlaşmanın uygulamacısı olarak kullanabilecektir. Algoritmalar vasıtasıyla, rekabet karşıtı anlaşmaya taraf teşebbüslerin anlaşma dışına çıkıp çıkmadığı gözlemlenebilecek, anlaşmadan sapma durumunda hızlı bir şekilde misillemede bulunabilme imkanı mevcuttur⁷³.

Klasik bir rekabet karşıtı anlaşmada rakip teşebbüsler gizli bir şekilde satış fiyatı belirlemede, pazar paylaşımı yapmakta veya satış fiyatını arttırmak saikiyle arzı kısılabilmektedir. Uygulanması algoritmalara bırakılan rekabet karşıtı anlaşmaların, klasik rekabet karşıtı anlaşmalardan tek farkı, uygulanmasının insana değil de bir bilgisayar programına bırakılmış olmasıdır. Dolayısıyla, uygulanması algoritmalara bırakılmış bir rekabet karşıtı

⁷² FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, **Pricing algorithms: the digital collusion scenarios**, s. 1, <https://www.freshfields.com/globalassets/our-thinking/campaigns/digital/mediainternet/pdf/freshfields-digital---pricing-algorithms---the-digital-collusion-scenarios.pdf> (Erişim Tarihi: 04.09.2017).

⁷³ **Ezrachi / Stucke**, 2015, s. 10; **Oxera**, 2017, s. 18.

anlaşma için de, teşebbüslerin rekabet karşıtı bir anlaşma içerisinde bulunduğu ve haliyle ortaya çıkardığı etki bakımından klasik bir rekabet karşıtı anlaşmadan farksız olduğu sonucuna ulaşılabilir. Nitekim her iki durumda da teşebbüsleri temsil eden insanların rekabet karşıtı bir anlaşma içinde bulunma niyetleri söz konusudur⁷⁴.

Teşebbüsler, rakiplerinin kararlarını gözlemlene ve rekabet karşıtı anlaşmadan potansiyel sapmaları tespit etmek suretiyle rekabet karşıtı anlaşmaları etkin bir şekilde uygulamak için algoritma tabanlı bilgisayar programları kullanabilir⁷⁵. Teşebbüsler, algoritmalar vasıtasıyla yalnızca rakiplerinin davranışlarını gözlemlemekte, aynı zamanda rekabet karşıtı anlaşmadan sapma durumunda otomatik olarak misillemede bulunabilmektedir⁷⁶. Kurguyu somutlaştıralım: Teşebbüs algoritma vasıtasıyla fiyatını, karteğe taraf diğer teşebbüslerin fiyatının da kartel fiyatı seviyesinde olması şartıyla kartel fiyatı olarak belirleyebilirler. Eğer karteğe taraf teşebbüslerden biri kartel fiyatının altına düşerse, algoritma vasıtasıyla teşebbüsün fiyatı otomatik olarak misilleme için rekabetçi fiyat olarak belirlenecektir⁷⁷. Şüphesiz ki, algoritmaların kartel anlaşmasından sapmaları tespitinde ve hızlı bir şekilde misilleme yapma noktasındaki etkinlik, karteğe taraf teşebbüslerin kartelden sapma motivasyonlarını düşürecektir. Şöyle ki, rekabet karşıtı anlaşmalardan sapma ile bu sapmanın tespiti ve misilleme yapılması arasındaki süre uzadıkça, rekabet karşıtı anlaşmadan sapan teşebbüs daha fazla kâr elde edebilmekte ve bu da rekabetçi anlaşmayı daha az sürdürülebilir kılmaktadır⁷⁸. Algoritma kullanılması durumunda ise, bilgisayar programı hızlı bir şekilde bu sapmayı tespit etmekte ve hemen misilleme için rekabetçi fiyatlara geçilmektedir. Söz konusu hızlı tespit ve misilleme ise teşebbüslerin rekabet karşıtı anlaşmadan sapma motivasyonunu düşürmekte ve nihayet rekabet karşıtı

⁷⁴ **Freshfields Bruckhaus Deringer**, 2017, s. 1; **Competition Policy International**, Mayıs 2017, s. 8; EZRACHI Ariel / STUCKE Maurice, “Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures”, **Roundtable on Algorithms and Collusion**, 21-23 Haziran 2017, s. 3. (“Ezrachi ve Stucke 2017a”)

⁷⁵ **OECD**, 2017a, s. 26; MODRALL Jay, “OECD Workshop Addresses Algorithms and Collusion Issues”, **Kluwer Competition Law Blog**, 17 Temmuz 2017, s. 6, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/07/17/oecd-workshop-addresses-algorithms-collusion-issues/?print=pdf>, (Erişim Tarihi: 10.09.2017).

⁷⁶ **OECD**, 2017a, s. 27; **Modrall**, 2017, s. 6; **Gal**, 2017, s. 22.

⁷⁷ **Evans**, 2017.

⁷⁸ **Mehra**, 2015a, s. 1328.

anlaşmayı daha sürdürülebilir kılmaktadır. Üstüne üstlük, fiyatlama algoritmaları, rekabet karşıtı anlaşmaların Kurul tarafından ortaya çıkarılmasını da zorlaştırabilir. Nitekim bu senaryoda teşebbüsler arası anlaşma kurulduktan sonra uygulanması noktasında başkaca bir temas kurulmamaktadır. Teşebbüsler arası temasın azlığı da, Kurul tarafından rekabet karşıtı anlaşmanın ortaya konma ihtimalini düşürmektedir.

Arz ve talebe ilişkin değişkenlerin sürekli olarak değişiklik gösterdiği dinamik pazarlarda rekabet karşıtı bir anlaşmanın sürdürülebilmesi nispeten zor⁷⁹ olmasına rağmen, algoritma yoluyla uygulanan bir rekabet hukuku ihlalinin, dinamik pazarlarda görülme olasılığı nispeten daha yüksektir. Zira algoritma kullanımı değişen pazar şartlarına göre sürekli fiyat değişimi gerektiren dinamik pazarlar için, hızlı bir şekilde fiyat adaptasyonu yapması sebebiyle uygun bir yöntemdir. Ayrıca, dinamik pazarlarda değişen şartlara göre rekabet karşıtı anlaşmayı revize etme gereksinimi ve bu bağlamda kurulan iletişim, Kurul tarafından rekabet karşıtı anlaşmanın ortaya çıkarılması riskini artırmaktadır. Tam da bu noktada, bu riski bertaraf etmek adına teşebbüsler, birbiriyle rekabet etmemek ve aynı fiyatı belirlemek için aynı fiyatlama algoritmasını kullanabilir. Söz konusu algoritma sayesinde teşebbüsler hem rekabet karşıtı anlaşmayı sürdürebilir kılmakta hem de fiyatlarını değişen pazar şartlarına, rakipler arası doğrudan iletişim kurmaksızın, uygun hale getirmektedir⁸⁰.

Algoritmalar vasıtasıyla uygulanan rekabet karşıtı anlaşmalara ilişkin, bilgimiz dahilinde, Kurul tarafından verilen bir karar bulunmamaktadır. Birleşik Devletler’de yukarıda açıkladığımız senaryoya uygun önemli bir dava görülmüştür. Davanın konusunu David Topkins tarafından yönetilen teşebbüsün kullandığı algoritma tabanlı bir bilgisayar programı oluşturmaktadır. Söz konusu program, rakip fiyatları toplamakta ve satıcı tarafından belir-

⁷⁹ Teşebbüsler dinamik fiyatlama algoritmalarını, arz ve talebi ölçmek ve kitap, uçak bileti, tüketici elektroniği, süpermarket ve diğer ürünlerin fiyatını belirlemek için kullanmaktadır. **Mehra**, 2015, s. 1327. Nitekim değişen pazar şartları fiyat, çıktı veya diğer şartlara ilişkin olarak sürekli bir iletişim gerektirme ve söz konusu iletişimin sıklığı da rekabet karşıtı anlaşmanın rekabet otoriteleri tarafından ortaya çıkarılma riskini artırmaktadır. **OECD**, 2017a, s. 27. İnsanların müdahil olmaması durumunda, rekabet karşıtı eylemin tespiti zor olabilir. **BLOCKX Jan**, “Antitrust in Digital Markets in the EU: Policing Price Bots”, **Radbound Economic Law Conference**, 9 Haziran 2017, s. 2.

⁸⁰ **OECD**, 2017a, s. 27-28; **Modrall**, 2017, s. 7.

lenen kurallar çerçevesinde Amazon'da satılan posterlerin fiyatını belirlemektedir⁸¹. David Topkins ve rakipleri, Amazon'da satılan bazı posterlerin fiyatını yükseltme konusunda anlaşmış⁸² ve rekabet karşıtı bu anlaşmayı uygulamak için, posterlerin fiyatındaki değişikliği koordine edebilen belirli bir fiyatlama algoritması kullanmıştır⁸³. Söz konusu algoritma, fiyat koordinasyonunu sağlamak için rakiplerin fiyat bilgilerini toplamakta ve fiyatı belirlemektedir. Bu sayede piyasadaki fiyat dengesi rekabetçi fiyatın üzerinde belirlenmiştir. Dava sonucunda, David Topkins suçlamayı kabul etmiş ve dosya kapanmıştır.

Konuya ilişkin diğer bir karar ise Birleşik Krallık Rekabet ve Pazar Otoritesi tarafından verilen Trod Ltd kararıdır. Otorite, iki online lisanslı spor ve eğlence poster ve çerçevesi perakendecisi olan Trod Ltd ve BG eye Ltd'yi aralarında anlaştıkları gerekçesiyle mahkum etmiştir. Teşebbüslerin aralarındaki anlaşmaya göre, Amazon Birleşik Krallık online satış platformunda daha uygun fiyata satan üçüncü bir satıcı olmadıkça Trod Ltd ve GB eye Ltd birbirinin fiyatının altına satmayacaktır⁸⁴. Teşebbüsler kendi algoritmalarını aralarındaki anlaşmaya göre geliştirmişler. Trod Ltd'ye £163,371 para cezası uygulanırken, GB eye Ltd pişmanlık başvurusu yaptığı gerekçesiyle cezadan tam muafiyet almıştır.

Bu kararlar rekabet karşıtı anlaşmayı uygulamak için algoritma kullanılması ile uygulamanın insanlara bırakılması arasında, ortaya çıkacak rekabet hukuku endişesi açısından herhangi bir fark bulunmadığını ortaya koymak açısından önemlidir. Zira her iki durumda da rekabet karşıtı anlaşma noktasında iradesini ortaya koyan teşebbüsler bulunmaktadır. Dolayısıyla klasik anlamda anlaşma kavramı için gerekli olan irade uyuşması bu senaryoda da mevcut olması sebebiyle, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin bu ihlali kapsamına aldığı söylenebilir. Nihayet, klasik anlamda irade uyuşması olduktan sonra rekabet karşıtı anlaşmayı uygulamak için kullanılan aracın herhangi

⁸¹ United States District Court Northern District of California San Francisco Division, United States of America v. David Hopkins, para. 5.

⁸² United States District Court Northern District of California San Francisco Division, United States of America v. David Hopkins, para. 6-7.

⁸³ United States District Court Northern District of California San Francisco Division, United States of America v. David Hopkins, para. 8/c.

⁸⁴ CMA, Case 50223, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf> para 6.1.

bir önemi bulunmamaktadır⁸⁵. Hatta bir adım daha ileriye gidecek olursak, doğrudan rekabet karşıtı bir anlaşma olmaksızın, teşebbüsler kullandıkları algoritmanın yapısı ve işleyişine ilişkin rakipleri ile bilgi paylaşması dahi benzer sonuç doğurabileceği için 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal teşkil edebilir.

B. Algoritma Kullanımı ve *Hub and Spoke* Tipi İhlaller

a. *Hub and Spoke* Tipi İhlaller

Geleneksel *Hub and Spoke* tipi ihlallerde, toplayıcı merkez konumundaki teşebbüs (*hub*), rekabete duyarlı bilgi paylaşımı vasıtasıyla, alt pazarda veya üst pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin (*spoke*) danışıklı bir şekilde davranmak suretiyle rekabet ihlalinde bulunmasını koordine etmektedir⁸⁶. Söz konusu rekabet karşıtı denge, sağlayıcı ve perakendeci arasındaki rekabete duyarlı bilgi paylaşımı dolayısıyla kurulabilmektedir⁸⁷. *Hub and Spoke* tipi ihlallerin literatüre alışılmışın dışında kattığı özellik ise yatay ve dikey gibi muhtelif rekabet karşıtı etkileri bir arada barındırabilmesidir⁸⁸. Bu ihlaller, karteğe ilişkin tipik özelliklere sahip olmasalar bile, rekabetçi düzene kartellerle aynı zararı verebilirler⁸⁹.

Hub and Spoke türü ihlalleri iki kategori altında inceleyebiliriz. İlk kategori *Hub and Spoke* tipi ihlalde, bir sağlayıcı ile birden çok perakendeci arasında akdedilmiş muhtelif dikey anlaşmalar bulunmaktadır. Bu tip ihlalin en belirgin özelliği, perakendecilerin ortak bir sağlayıcıya danışıklı fiyatı belirleme, bu fiyatın takip edilip edilmediğini gözlemlene ve nihayet bu fiyattan sapma olması durumunda cezalandırma görevi vermektedir⁹⁰. Senaryoyu

⁸⁵ BALLARD I. Dylan / NAIK S. Amar, "Algorithms, Artificial Intelligence and Joint Conduct" *CPI Antitrust Chronicle*, Mayıs 2017, s. 31-32.

⁸⁶ AMORE Roberto, "Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition", *European Competition Journal*, S. 12(1), 2016, s. 28-29; SAHUGUET Nicolas / WALCKIERS Alexis, "A theory of hub-and-spoke collusion", *International Journal of Industrial Organization*, S. 53, 2017 s. 354.

⁸⁷ **Sahuguet / Walckiers**, 2017, s. 355. *Hub and Spoke* tipi ihlallerin refah yaratabilecek potansiyele sahip olabileceği görüşü için bkz. **Sahuguet / Walckiers**, 2017, s. 353-370.

⁸⁸ ZAMPA, GianLuca / BUCCIROSSI Paolo, "Hub and Spoke Practices: Law and Economics of the New Antitrust Frontier?" *Competition Law International*, S. 9(1), 2013, s. 92; **Amore**, 2016, s. 28-29.

⁸⁹ **Zampa / Buccirossi**, 2013, s. 92.

⁹⁰ **Amore**, 2016, s. 32-33.

örnek üzerinden netleştirelim. Üst pazarda sağlayıcı S ile alt pazarda S'nin ürünlerini satan perakendeci A, B ve C'nin aktif olduğunu düşünelim. Sağlayıcı S, perakendeci A'nın S'nin ürünlerinin satış fiyatını ancak rakipleri perakendeci B ve perakendeci C'nin de artırması durumunda artırmayı kabul edeceğini bilmektedir. Nitekim rakipleri fiyat artırmaksızın A'nın fiyat artırması, A'nın satış miktarını düşürmek suretiyle toplam gelirini azaltabilir. Bunu bilen S ise, A'nın fiyat artışı yapmayı ancak B ve C'nin de fiyatını artırması durumunda kabul edeceğini perakendeci B ve C'ye iletir ve B ve C'den A'nın fiyat artışı takip etme sözü alır. Bu bilgi A'ya aktarıldığında, A rahatlıkla fiyat artışı yapar ve rakipleri B ve C'de bu fiyat artışı takip eder. Dolayısıyla piyasada fiyat dengesi rekabetçi fiyatın üzerinde bulunur. Bu hassasiyet, S'nin A, B ve C ile ayrı ayrı akdettiği anlaşmalarda aynı yeniden satış fiyatını belirlemesi ve perakendecileri söz konusu yeniden satış fiyatına diğer perakendecilerin de uyacağı taahhüdüyle ikna etmesi durumunda da söz konusu olacaktır. Bu senaryo aynı yeniden satış fiyatı belirleme anlaşmaları ağı ile perakende seviyesinde yatay bir danışıklı ilişki kurmak ve sürdürmek amacıyla da yapılabilir⁹¹. Bu halde de alt pazarda yatay bir rekabet karşıtı anlaşmanın ortaya çıkardığı sonuca benzer sonuçlar ortaya çıkabilecektir.

İkinci tip *Hub and Spoke* tipi ihlallerde ise alt pazarda faaliyet gösteren bir perakendeci (veya dağıtıcı) ile üst pazarda faaliyet gösteren birden çok sağlayıcı arasında akdedilmiş birden çok dikey anlaşma bulunmaktadır. Bu tip ihlalde yatay element üst pazardadır. Perakendeci, ortak sağlayıcılarına münhasırlık veya en çok kayırlan müşteri gibi muhtelif dikey kısıtlamalar getirmesini ve uygulamasını talep etmektedir⁹². Amaç ise alt pazarda fiyat düşürenleri ve potansiyel yeni girişleri engellemektir.

Kurul⁹³, *Araç Lastiği* kararında, Birleşik Krallık Rekabet Temyiz Mahkemesi (*Competition Appeal Tribunal*) (RTM) tarafından ele alınan *Tesco* kararına atıfta bulunmuştur. İlgili kararda RTM, perakendeciler ile sağlayıcılar arasında gerçekleşen bilgi değişiminin rekabeti amaç bakımında kısıtlamasının koşullarının (i) sağlayıcı A'nın ortak perakendeci X'e rakip

⁹¹ Amore, 2016, s. 33.

⁹² Amore, 2016, s. 33.

⁹³ Kurul, 07.11.2016 T. ve 16-37/628-279 S. *Aral Oyun* Kararında da *hub and spoke* tipi bir ihlalin varlığını incelemiş fakat dosyada böyle bir ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

sağlayıcı B'nin pazar davranışlarını etkilemek niyetiyle geleceğe dönük fiyatlamaya bilgilerini aktarması, (ii) perakendeci X'in bu fiyatlamaya bilgilerini B'ye aktarması ve nihayet (iii) B'nin de rakip firma A'ya ait olduğuna inandığı (kesin kanaat getirdiği) bu bilgileri kullanarak kendi fiyatlamaya politikasını belirlemesi olduğunu ifade etmiştir⁹⁴. Kurul, konuyla ilgili en güncel ve kapsamlı karar olması nedeniyle Araç Lastiği dosyası kapsamında şikâyete konu sağlayıcılar ile bayiler arasındaki bilgi değişimi değerlendirmesini RTM'nin ortaya koyduğu üç koşul üzerinden yapmıştır⁹⁵. Bu bağlamda, Kurul'un söz konusu mekanizmalara bakış açısı, *per se* değil, doğrudan *rule of reason* yaklaşımı olduğu söylenebilir. Rekabet karşıtı etki ortaya çıkarıyacak bilgi değişimlerini Kurul, ihlal olarak görmemektedir.

b. *Hub and Spoke* Tipi İhlal ve Algoritma

Algoritma kullanımına bağlı olarak rekabet karşıtı sonuç doğurabilecek bir diğer senaryo ise, rakip teşebbüslerin aynı algoritmayı kullanmak suretiyle fiyatlamaya stratejilerini belirledikleri kurgudur. Böylesi kurgularda, aynı algoritmanın kullanılması, *Hub and Spoke* tipi ihlallerde olduğu gibi, rakiplerin fiyatlamaya davranışlarının benzeşmesi sonucunu doğurabilir⁹⁶. Klasik senaryoda merkezi teşebbüs rolü ortak bir sağlayıcı veya alıcıya aitken, algoritma vasıtasıyla ortaya çıkan *Hub and Spoke* tipi ihlallerde merkezi rol bir bilgisayar programına aittir.

Algoritma kullanımıyla *Hub and Spoke* tipi ihlal ilk olarak teşebbüslerin bilinçli olarak, pazarda koordinasyonu sağlamak için, aynı bilgi işlem şirketinden algoritma hizmeti alınmasında olduğu gibi aynı algoritmayı kullandıkları durumunda ortaya çıkabilir⁹⁷. Bu durum algoritmalar vasıtasıyla kurulmuş bir *Hub and Spoke* tipi ihlal teşkil edebilir. Böylesi bir senaryoda algoritma fiyatı belirledikten sonra teşebbüslerin bu fiyattan sapma motivasyonları düşük olacak ve bu durum da haliyle rekabet karşıtı sonucun sürdürülebilirliğini sağlayacaktır⁹⁸. Rekabet karşıtı anlaşmanın sürdürülebilirliği özellikle yoğunlaşmış pazarlarda söz konusu olacaktır. Yoğunlaşmamış

⁹⁴ Kurul, 16.12.2015 T. ve 15-44/731-266 S. Araç Lastiği kararı, para. 38.

⁹⁵ Kurul, 16.12.2015 T. ve 15-44/731-266 S. Araç Lastiği kararı, para. 39.

⁹⁶ **Ezrachi / Stucke**, 2015, s. 14; **Ezrachi / Stucke**, 2017a, s. 10.

⁹⁷ **Blockx**, 2017, s. 6.

⁹⁸ **Ezrachi / Stucke**, 2016, s. 53.

pazarlarda, tüm teşebbüsler aynı algoritmayı kullansa bile teşebbüslerden birinin kârlılığını artırmak için sapma motivasyonunun olabileceği tartışılabilir⁹⁹.

Algoritma kullanımı yoluyla *Hub and Spoke* tipi ihlal, teşebbüslerin ihlal niyetinde olmadığı durumlarda da ortaya çıkabilir. Şöyle ki, arz ve talebe ilişkin şartların sürekli değişiklik gösterdiği dinamik pazarlarda aktif teşebbüsler, dinamik fiyatlama yapmak için algoritma kullanma ihtiyacı duyabilir. Nitekim dinamik fiyatlama yapabilmeye pazarda rekabetçi bir şekilde davranabilmek için önem arz etmektedir. Bazı durumlarda teşebbüsler dinamik fiyatlama yapabilmek için bir yazılım geliştirmeyi masraflı bulabilir ve sağlayıcısının yazılımını ve algoritmasını kullanmak isteyebilir. Alt pazarda aktif teşebbüslerin sağlayıcılarının yazılımını ve algoritmasını kullanması durumunda ortaya aynı algoritma tarafından üretilmiş ve haliyle benzeşen bir fiyatlama stratejisi çıkacaktır. Bu durumda rakip teşebbüsler arasında doğrudan bir iletişim söz konusu değilken, salt aynı sağlayıcı tarafından sağlanan algoritma kullanılmaktadır. Rakip teşebbüslerin, satış fiyatını ve pazarda değişen şartlara verilecek tepkileri belirleyen algoritmayı kullanması durumunda aynı beyni kullanmalarına bağlı olarak pazar davranışlarında ciddi benzerlikler ortaya çıkabilecektir¹⁰⁰. Rakip teşebbüslerin pazar davranışlarında ortaya çıkması muhtemel fiili benzerlikler, pazardaki rekabetin kısıtlanması ve tüketici refahının azalması sonucunu doğurabilir¹⁰¹. Bu senaryo, klasik *Hub and Spoke* tipi ihlalleri neticesinde ortaya çıkan sonuca benzer sonuçlar ortaya çıkacaktır. Sağlayıcının algoritması, alt pazardaki teşebbüslerden topladığı veriler ile optimal fiyatı belirleyecek, bu fiyat da pazarda sağlayıcı ve alt pazardaki perakendeciler için daha yüksek kara sebep olan istikrarlı bir fiyatın ortaya çıkmasını sağlayacaktır¹⁰².

Kurul'un konuya ilişkin olarak herhangi bir kararı olmamakla birlikte, konuya ilişkin bir dosya Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) önüne gel-

⁹⁹ Evans, 2017.

¹⁰⁰ Ezrachi / Stucke, 2016, s. 47-48; *Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt*, 2016, s. 15; Oxera, 2017, s. 21; Ezrachi / Stucke, 2017a, s. 10.

¹⁰¹ *Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt*, 2016, s. 15; Oxera, 2017, s. 21. Algoritma kullanan teşebbüslerin pazar liderini takip etmesi durumunda da benzer sonuç ortaya çıkabilir. Bu halde, pazar lideri, rekabet karşıtı fiyatı belirleyen dinamik fiyatlama algoritmasının programcısı gibi olacaktır. OECD, 2017a, s. 28.

¹⁰² Ezrachi / Stucke, 2016, s. 49.

miştir. Eturas dosyası Litvanya Yüksek İdari Mahkemesince, ABAD'a ön karar için yönlendirilmiştir. Dosyanın konusunu seyahat acentelerinin online rezervasyon platformu üzerinden indirimlerinin belirlenmesidir. Online rezervasyon platformu sağlayıcısı olan Eturas'ın yöneticisi, katılımcılara, platform üzerinden yapılacak satışlarda indirim tavanının mevcut olduğu ve sistemin bu tavanı otomatik olarak uygulayacağını belirten bir mesaj gönderiyor. ABAD, seyahat acentelerinin söz konusu mesajın farkında olmaları durumunda, kamuya açık bir şekilde kendileri ile bu davranış arasına mesafe koymadıkça, yetkililere konuya ilişkin bilgilendirme yapmadıkça veya varsayımı tersine çevirebilecek tavan indirimden fazlasının sistemli bir şekilde yapıldığına ilişkin delil sunmadıkça, uyumlu eyleme katılım göstermiş olduklarının varsayılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹⁰³. Dolayısıyla, teşebbüsler bağımsız bir şekilde bir platforma ait algoritmayı kullanmış olsalar dahi, rakip teşebbüslerin de aynı algoritmayı kullandığını bilmeleri ve söz konusu algoritmanın fiyatları sabitlemesi durumunda klasik *Hub and Spoke* tipi ihlallere benzer bir ihlal söz konusu olacaktır ve teşebbüsler bu ihlalden ötürü sorumlu olacaktır¹⁰⁴. Bu yaklaşımın, üçüncü kişilerin algoritmalarını kullanan teşebbüslere, aynı algoritmayı kullanmaktan kaynaklanabilecek potansiyel rekabet karşıtı etkileri engelleyici, iletişim kanallarının denetlenmesi gibi önlemler alma yükümü getirdiği söylenebilir. Benzer şekilde, bu yaklaşım söz konusu algoritmayı geliştiren teşebbüse de geliştirdiği algoritmanın potansiyel etkileri konusunda tedbirli davranma yükümü getirdiği savunulabilir¹⁰⁵⁻¹⁰⁶.

¹⁰³ Case C-74/14, Eturas, Para 51, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d69099650f3fe742f39591a533d2747897.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMbh n0?text=&docid=173680&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=796836> (Erişim Tarihi: 18.08.2017).

¹⁰⁴ **Freshfields Bruckhaus Deringer**, 2017, s. 2.

¹⁰⁵ **Freshfields Bruckhaus Deringer**, 2017, s. 2.

¹⁰⁶ Konuya ilişkin bir diğer dosya ise *Meyer v. Kalanick* dosyasıdır. Dosya Uber tarafından kullanılan, talebin artması durumunda fiyatı artıran özel dinamik fiyatlamaya ilişkindir. Şikayetçi Uber'in her bir sürücü ile yaptığı dikey anlaşmalar, aynı algoritmanın kullanılması sebebiyle yatay koordinasyona sebep olduğunu iddia etmiştir. Bu sistem, Uber'in merkez konumunda (hub) bulunduğu ve sürücülerin Uber vasıtasıyla koordinasyon içinde hareket ettiği bir *Hub and Spoke* tipi ihlale benzemektedir. Bu dosyadaki asıl konu, Uber'in algoritmasının sürücüler arasında koordinasyona yol açıp açmadığıdır (Graef, 2016.). Bu bağlamda Uber'in sürücüler ile yolcu arasındaki işlem maliyetini azaltmak suretiyle sosyal refaha yaptığı katkı da göz önünde bulundurulmalıdır.

Klasik *Hub and Spoke* türü ihlale bilinçli bir şekilde taraf olan teşebbüslerin ihlalde bulunduğu noktasında bir tereddüt bulunmamalıdır. Nitekim algoritma teşebbüsler arasındaki davranışları koordine etmek için merkezi teşebbüs tarafından geliştirilmiş ve teşebbüsler de bilinçli bir şekilde bu algoritmaları kullanmışlardır. Söz konusu ihlalin klasik *Hub and Spoke* tipi ihlalden tek farkı ise merkezin bir teşebbüs değil, algoritma tabanlı bir bilgisayar programı olmasıdır. Ne var ki, bilinçsiz bir şekilde aynı algoritmanın kullanılması durumunda ortada bir ihlalin bulunduğu savunulması nispeten zor olacaktır. Bu kapsamda önemle ifade edilmelidir ki, teşebbüslerin aynı fiyatlandırma algoritması kullanmasının sebebi, teşebbüslerin benzer maliyet, benzer talep değişikliği gibi muhtelif pazar şartları arasındaki benzerlik de olabilir¹⁰⁷. Bu durumda pazardaki gelişmelere aynı şekilde tepki veren teşebbüsler arasında bilinçli bir koordinasyon bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak ortada bir ihlal bulunmadığı aşıkardır. Fakat bu durumun tespiti de bir o kadar zordur. Nihai olarak, ortadan bir ihlalin varlığının tespiti için teşebbüsler arası rekabet karşıtı bir niyetin bulunduğu veya rekabet karşıtı sonucun ortaya çıkmasının muhtemel olduğunun teşebbüslerce biliniyor olması şartı aranacaktır.

C. Algoritma ve Yeniden Satış Fiyatının Tespiti

Dikey ihlallerin en klasik örneklerinden biri olan yeniden satış fiyatı tespiti, sağlayıcı teşebbüs tarafından alıcı teşebbüse sağlanan ürünün, alıcı teşebbüs tarafından üçüncü kişilere yapılacak satışta hangi fiyattan satılması gerektiği noktasından sağlayıcı ve alıcı teşebbüsün anlaşmasından ibarettir. Yeniden satış fiyatı tespiti, sabit satış fiyatının tespit edilmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, asgari satış fiyatının tespiti şeklinde de ortaya çıkabilir. Her ne kadar son zamanlarda Kurul'un yeniden satış fiyatı tespiti noktasında etki temelli bir yaklaşıma meylettiği düşünülebilecek olsa da, Kurul'un genel yaklaşımı söz konusu satış fiyatı tespitinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi bağlamında ihlal teşkil ettiği yönündedir. Fakat, teşebbüslerden herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi şartıyla, azami satış fiyatının belirlenmesi veya satış fiyatının tavsiiye edilmesi ihlal teşkil etmemektedir.

Algoritmalar, teşebbüsler tarafından alt pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin fiyatlarının izlenmesi ve böylelikle yeniden satış fiyatı tespiti anlaş-

¹⁰⁷ Ballard / Naik, 2017, s. 33.

masının etkin bir şekilde uygulanması için etkin bir araç olabilir¹⁰⁸. Fiyat takip algoritmaları, sağlayıcı teşebbüslere tespit edilen sabit veya minimum fiyattan herhangi bir sapma olup olmadığının tespiti noktasında yardımcı olabilir¹⁰⁹. Fiyat takip algoritması kullanılması başlı başına yeniden satış fiyatının belirlenmesi suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği anlamına gelmemekle birlikte, yeniden satış fiyatı tespitinin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamaktadır. Şöyle ki, fiyatlama algoritmaları tüketiciler için olduğu kadar teşebbüsler için de pazardaki şeffaflığı artırmakta, bu şeffaflık sağlayıcı teşebbüslerin alıcı teşebbüslerin satış fiyatlarını takip etmesini ve tespit edilen yeniden satış fiyatının dışına çıkılması durumunda yaptırım uygulamasına yardımcı olabilmektedir¹¹⁰. Söz konusu yaptırım tehdidi de doğal olarak alt pazarda faaliyet gösteren alıcı teşebbüsün, sağlayıcı teşebbüsün tespit ettiği yeniden satış fiyatı dışına çıkma motivasyonuna ciddi darbe vurmaktadır¹¹¹.

Benzer şekilde, pazarın şeffaflaşması tavsiye fiyatın sabit fiyata dönüşmesi sonucunu da doğurabilir. Sağlayıcı teşebbüsler, fiyat takip yazılımları vasıtasıyla, tavsiye fiyatın uygulanıp uygulanmadığını takip edebilir ve tavsiye fiyatı uygulamayan alıcı teşebbüslere karşı misillemede bulunabilir¹¹². Söz konusu misilleme tehdidinin de alıcı teşebbüsün tavsiye fiyatı uygulama noktasında motivasyonunu artıracığı noktasında herhangi bir şüphe bulunmamaktadır.

D. Algoritma ve Gizli Danışıklı İlişki

Teşebbüsler arası rekabet karşıtı bir anlaşma olmaksızın da, teşebbüsler, birbirlerinden bağımsız olarak, pazarı gözlemleyip veri toplayan ve topladığı verilere göre fiyatı belirleyen algoritmalar kullanabilir. Böylesi durumlarda, teşebbüs kendi algoritmasını, pazardaki fiyat değişimlerini takip etmek ve pazardaki fiyat değişikliklerine karşı anında cevap vermek suretiyle kendi

¹⁰⁸ Oxera, 2017, p. 20.

¹⁰⁹ OECD, **Algorithms and Collusion - Note from the European Union**, 2017, p. 4, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2017\)12&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2017)12&docLanguage=En) (Erişim Tarihi: 08.08.2017).

¹¹⁰ Oxera, 2017, p. 21.

¹¹¹ OECD, **Algorithms and Collusion - Note from the European Union**, 2014, p. 4.

¹¹² **European Commission**, 2017, para. 607; OECD, **Algorithms and Collusion - Note from the European Union**, 2014, p. 4.

kârını ençoklaştıracak fiyat stratejisini belirlemesi için geliştirmektedir¹¹³. Teşebbüslerin rekabet karşıtı bir anlaşma içerisinde bulunma niyeti olmasa bile, pazarda aktif bulunan teşebbüslerin birçoğunun rakiplerinin fiyat bilgilerine ulaşmak ve rakiplerinin fiyat bilgilerine göre fiyatlama stratejilerini geliştirmek için algoritma kullanması halinde, pazardan toplanan verilen tüm pazara ilişkin olacak ve nihayet pazar şeffaf bir yapıya bürünecektir¹¹⁴. Pazarın şeffaflaşması da şüphesiz ki teşebbüsler arası koordinasyonu kolaylaştırıcı bir faktör olarak ön plana çıkacaktır¹¹⁵. Bu başlık altında irdeleyeceğimiz risk senaryosu, teşebbüsler arası rekabet karşıtı bir anlaşma bulunmamasına rağmen algoritma kullanımına bağlı olarak pazardaki şeffaflığın artması ve bu şeffaflığa bağlı olarak ortaya çıkması muhtemel gizli danışıklı ilişkidir.

Yoğunlaşmış pazarlarda algoritma kullanılması, teşebbüslerin fiyatlama stratejilerinin anlaşma olmaksızın koordineli bir şekilde ilerlediği gizli danışıklı ilişki sonucunun ortaya çıkmasını kolaylaştıran faktörlerden biri olabilir. Nitekim algoritma vasıtasıyla pazardaki fiyat veya diğer ticari şartlar kolaylıkla takip edilebilmektedir¹¹⁶. Algoritma kullanımının gizli danışıklı ilişkinin ortaya çıkmasına sebep olabilecek diğer bir özelliği ise algoritma sayesinde teşebbüslerin koordinasyon dışına çıkan teşebbüse saniyeler içerisinde misilleme yapabilmesidir. Bu misilleme imkanı, caydırma mekanizmasının güçlü olduğu pazarlarda teşebbüsün koordinasyon dışına çıkma motivasyonunu düşürmektedir¹¹⁷.

Kurguyu net bir şekilde ortaya koyacak olursak; oligopol bir pazarda şeffaflığın bulunmaması durumunda gizli danışıklı ilişki sürdürülebilir ol-

¹¹³ **Ezrachi / Stucke**, 2016, s. 61.

¹¹⁴ **Ezrachi / Stucke**, 2016, s. 61. Teşebbüsler arası bir anlaşmanın mevcut olmadığı durumlarda, benzer fiyatlama algoritması kullanmanın bir ilave faktör (*plus factor*) olarak kabul edilmesi düşünülebilir. Şöyle ki, rakip teşebbüslerin fiyatlarını belirlerken aynı değişkenlere dayanmasının pek olası değildir. Nitekim aynı ürün pazarında aktif olsalar dahi tamamıyla aynı ürünü satmayabilecekleri gibi farklı müşteri kitlelerini de hedefliyor olabilirler. **Bal-lard / Naik**, 2017, s. 32; **Capobianco / Gonzaga**, 2017, s. 4. İlave faktörlere ilişkin kapsamlı bilgi için bkz. HAY A. George, "Horizontal Agreements: Concept and Proof", **The Antitrust Bulletin**, S. 51 (4), 2006, s. 884-888; **Can**, 2012, s. 22-29.

¹¹⁵ **Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt**, 2016, s. 14.

¹¹⁶ **Ezrachi / Stucke**, 2017a, s. 3.

¹¹⁷ Algoritma kullanımının bu pazar özelliklerine çok etki etmese de, alıcı gücü bulunmaması, işlemlerin sık ve küçük olarak yapılması ve giriş engellerinin yüksek olması da gizli danışıklı ilişki görülmesi nispeten kolaylaştıran diğer faktörlerdir.

mayacaktır. Nitekim, teşebbüslerin birbirini takip etmesi ve sapma durumunda cezalandırması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla fiyatın rekabetçi bir seviyede olacağı açıktır. Söz konusu pazarda algoritma kullanılmaya başlamasıyla, pazarda şeffaflık artacak ve teşebbüsler rakiplerini takip edebilecek pozisyona gelecekları için gizli danışıklı ilişki kurulması kolaylaşacaktır. Gizli danışıklı ilişki dolayısıyla da fiyat rekabetçi fiyatın üzerinde belirlenecektir.

Yine algoritma kullanımına bağlı olan farklı bir kurgu üzerinden ilerleyelim. Online perakendeci teşebbüs A'nın, ürününe olan talebi artırmak için fiyat indirimi yapmak istediğini varsayalım. A teşebbüsü fiyatını düşürmesi durumunda, kendi müşterilerini A'ya kaptırmak istemeyecek olan A'nın rakipleri de A'nın fiyat indirimine karşılık fiyatlarını düşürebilecektir. Bu kurgunun sonunda tüm teşebbüsler fiyatlarını düşürebileceği için hepsi daha az kâr elde edecek ve tüketiciler bundan fayda sağlayacaktır. Dolayısıyla, fiyat düşürme A teşebbüsü için ilk etapta kârlı bir strateji olmayacaktır. Nitekim A teşebbüsünün fiyatını düşürmesi durumunda kâr marjı azalacak ve rakipleri de fiyat düşürerek cevap vereceği için A teşebbüsünün ürününe olan talep de artmayacaktır. Bu kurgu, online satış yapan teşebbüslerin düşük fiyattan ürün satan teşebbüs itibarı elde etmesini engelleyecektir¹¹⁸. Bu durum da haliyle teşebbüslerin fiyatlarını düşürme motivasyonlarına darbe vuracaktır. Hatta, teşebbüslerin birbirlerine bu denli bağlı olmaları, değil fiyatlarını düşürmek, fiyatlarını birlikte artırmaları motivasyonlarını destekleyebilir¹¹⁹. Şöyle ki, yukarıdaki örneği A teşebbüsünün fiyatını artırmak istediği bir kurguyla değiştirelim. A teşebbüsünün fiyatını artırması durumunda, rakip teşebbüsler bu fiyat artışını hızlıca gözlemleyebilir. Bu fiyat artışına karşı rakip teşebbüslerin iki seçeneği bulunmaktadır: ya fiyat artıracaklar ya da fiyatını sabit tutma yolunu tercih edecekler. Rakip teşebbüslerin fiyatlarını sabit tutması durumunda, A teşebbüsü için fiyat artışı kârlı bir hal almayacağı için A teşebbüsü fiyatını tekrar eski seviyeye düşürecektir. Bunu öngören A teşebbüsünün rakiplerinin, fiyatlarını A'nın fiyat seviyesine çıkarmalarının kendileri için daha kârlı olacağını öngörerek, A'nın fiyat artırımını takip

¹¹⁸ LAWRENCE Sophie / HUNT Matt, **Will pricing algorithms be the European Commission's next antitrust target?**, 2017, <http://www.bristowscleanup.com/post/will-pricing-algorithms-be-the-european-commission-s-next-antitrust-target> (Erişim Tarihi: 03.09.2017).

¹¹⁹ **Ezrachi / Stucke**, 2016, s. 59.

etme motivasyonları bulunabilecektir. Teşebbüsler arası bu bağımlılık fiyat artırma noktasında motivasyon yaratmak suretiyle, rekabetçi fiyatın daha üzerinde bir yerde fiyat dengesinin yakalanmasına dahi sebep olabilir¹²⁰.

Pazarın artan şeffaf yapısı, fiyatın rekabetçi fiyatın üzerinde dengelendiği yukarıdaki kurguda merkezi öneme sahiptir. Şöyle ki, eğer pazar yeteri kadar şeffaf olmasaydı, A teşebbüsünün fiyatını düşürmesine rakiplerinin cevap vermesi haftalar alabilecekti. Rakiplerin cevabı için gerekli olan o süre boyunca, A teşebbüsü düşük fiyattan ürün satacak ve haliyle ürününe olan talebi de artıracak. Düşük fiyat kârlı bir strateji olacağı için A teşebbüsünün rakipleri de fiyatını düşürmek durumunda kalacaktır¹²¹.

Algoritma kullanımı, sinyalleşme maliyetini düşürmek suretiyle rekabet karşıtı koordinasyon kurulmasını kolaylaştıran bir faktör olarak da karşımıza çıkabilir¹²². Pazar yapısından ötürü rekabet karşıtı koordinasyonun sürdürülmesinin zor olduğu pazarlarda, teşebbüsler sinyal gönderme yoluyla rekabet karşıtı koordinasyon oluşturmayı deneyebilirler. Fakat sinyal gönderme, çoğu zaman maliyetli bir stratejidir. Şöyle ki, teşebbüsün fiyat artırma yoluyla gönderdiği sinyal, rakiplerce algılanmaz veya olumlu tepki verilmezse, sinyal veren teşebbüs fiyatını artırdığı için talebinin bir kısmını kaybetmek suretiyle zarar edecektir¹²³. Algoritma kullanımı, sinyal verme maliyetini düşürme noktasında önemli bir rol oynayabilir. Algoritmalar sayesinde, tüketiciler tarafından anında görülemeyecek ama algoritma kullanan rakipler tarafından kolaylıkla okunabilecek sinyaller verilebilir¹²⁴. Gecenin bir yarısı yapılacak fiyat artışı güzel bir örnek oluşturabilir. Gece yarısı yapılacak fiyat artışı tüketiciler tarafından fark edilmesi nispeten zordur fakat rakipler bu sinyali kullandıkları algoritma vasıtasıyla kolaylıkla alabilir. Rakipler bu sinyali almasalar veya almalarına rağmen olumsuz davranışlar bile, sinyal gece yarısı verildiği için o saatte ürün alacak tüketici sayısının düşük olmasına bağlı olarak, kâr kaybı yani sinyalin maliyetinin düştüğü söylenebilir.

Birleşik Devletler Adalet Departmanı, havayolu endüstrisinde, kartel üyelerinin üçüncü bir kişi vasıtasıyla ve sofistike sinyalleme araçları kul-

¹²⁰ **Ezrachi / Stucke**, 2016, s. 59.

¹²¹ **Ezrachi / Stucke**, 2016, s. 62.

¹²² **Capobianco / Gonzaga**, 2017, s. 3.

¹²³ **OECD**, 2017a, s. 31-32; **Capobianco / Gonzaga**, 2017, s. 3.

¹²⁴ **OECD**, 2017a, s. 30; **Evans**, 2017.

lanmak suretiyle gizli olarak tarifeleri koordine ettiklerine yönelik bir fiyat anlaşması dosyası incelemiştir¹²⁵. Soruşturma 1991 yılında başlamış ve 1994 yılının Mart ayında uzlaşma ile kapatılmıştır. Yargılamaya geçmemesi dolayısıyla emsal bir karar olarak da kabul edilmemektedir. Soruşturmanın başladığı 1991 yılında, havayolu şirketleri, fiyatı belirledikleri, hangi fiyattan ne kadar koltuk bulunduğu ve bu bilgileri müşteriler, seyahat acenteleri ve diğer havayolu şirketleri ile paylaştıkları sofistike bir yazılım geliştirmişti¹²⁶. Havayolu Tarife Paylaşım Şirketi (ATPCO), fiyat bilgisi değişimi konusunda merkezi role sahipti. Adalet Departmanı, ATPCO ve 8 büyük havayolu şirketinin havayolu pazarında rekabeti kısıtladığını iddia etmiştir. Adalet Departmanı, havayolu şirketleri, ATPCO aracılığıyla detaylı pazarlık ve iletişimde bulunduğunu ileri sürmüştür. Adalet Departmanı, havayolu şirketlerinden birinin ileriki bir tarihte bir rota için fiyat artışı duyurmasının akabinde, diğer şirketlerinde aynı rota için aynı tarihten itibaren fiyat artışı yapacağını duyurduğunu, bazı durumlarda bu fiyat artışları birebir aynı olarak duyurulmadığını ve söz konusu duyurular vasıtasıyla havayolu şirketlerinin pazarlık yaptığını ve günün sonunda ise tüm şirketler aynı tarihten itibaren aynı fiyat artışı yaptığını örnekleriyle açıklamıştır. Hatta, bazen havayolu şirketlerinden birinin bile aynı günde aynı fiyat artışı yapacağını açıklamaması halinde söz konusu fiyat artışı yapılmamış, fiyat artışı tarihi ileriki bir güne alınmıştır¹²⁷. Adalet Departmanına göre, hızlı bilgi değişimi mekanizması, doğrudan bir iletişim olmaksızın tarifeleri gözlemleme ve fiyat değişikliğine hızlıca cevap vermek için kullanılmıştır¹²⁸. Gizli danışıklı ilişki (*tacit collusion*) rekabet hukuku bağlamında ihlal teşkil etmemesi ve ceza hukuku anlamında ispatlanmasının oldukça zor olması sebebiyle, Adalet Departmanı uzlaşma yoluna gitmiştir. Uzlaşma gereği havayolu şirketleri önceden fiyat artışı yapacaklarını açıklamayı, önceden fiyat artışı-

¹²⁵ OECD, **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era**, 2016, s. 23, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) (Erişim Tarihi: 06.08.2017). (“OECD 2016a”)

¹²⁶ BORENSTEIN Severin, “Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case”, J. E. Kwoka Jr. and L. J. White (der.), **The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy**, içinde, Oxford University Press, New York, 1999, s. 235, http://global.oup.com/us/companion.websites/fdscontent/uscompanion/us/pdf/kwoka/9780195322972_09.pdf (Erişim Tarihi: 13.09.2017).

¹²⁷ Borenstein, 1999, s. 237-238.

¹²⁸ OECD, 2016a, s. 23; OECD, 2017a, s. 29.

nın açıklanmasının tüketici refahını artıracığı bazı istisnai haller hariç, son vermeyi kabul etmiştir¹²⁹. Algoritmaların teşebbüslere hızlı bir şekilde fiyat değişikliklerini uygulama ve sonunda ortak bir pazar fiyatı bulmasına imkan tanıdığı kabul edilirse, etki açısından, bunun teşebbüsler arası açık fiyat pazarlığından farkı olmadığını söylemek iddialı bir çıkarım olmayacaktır¹³⁰.

Algoritma kullanımı, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal olan rekabet karşıtı anlaşma ile ihlal teşkil etmeyen gizli danışıklı ilişki arasındaki gri alanı genişletmekte ve rekabetçi seviyenin üzerinde fiyatlama yapmak suretiyle, rekabet karşıtı anlaşma olmaksızın, kârlarını artırabilmektedir¹³¹. Teşebbüslerin, oligopol pazarlarda rekabetçi fiyatın üzerinde bir fiyat dengesi oluşsa dahi, pazar şartlarına göre rasyonel davranmak konusunda serbest olmaları da bu sonuca doğrudan etki etmektedir¹³². Teşebbüslerin rasyonel davranmak adına algoritma kullanması da yalnızca süreci daha etkin kılmaktadır¹³³. Hakim durumda bulunmayan teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız olarak algoritma kullanmaları, tüketiciler için yüksek fiyat sonucu doğurmalarına rağmen, mevcut rekabet hukuku kurallarına göre ihlal teşkil etmemektedir¹³⁴. Nitekim teşebbüsler tek taraflı olarak algoritma kullanmakta ve aralarında fiyat artışı noktasında bir anlaşma bulunmamaktadır¹³⁵. Özü itibarıyla, onlarca yıldır tartışılan oligopol piyasalara ilişkin problemin kapsamı ve problemin oluşum etkinliği artmaktadır. Diğer bir ifadeyle oligopol pazarlara özgü problem artık oligopol olmayan pazarlarda da görülebilecektir.

E. Makineler Arası İletişim ve Öz-öğrenimli Algoritmalar

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, algoritmalar rakip teşebbüsler arası rekabete duyarlı bilgi değiştirmek üzere veya rakip teşebbüsler arası re-

¹²⁹ OECD, 2016a, s. 23; OECD, 2017a, s. 29. Havayolu şirketlerinin yaptıklarının paralel fiyatlamadan ziyade fiyat sabitleme olduğu hakkında görüş için bkz. Evans, 2017.

¹³⁰ Capobianco / Gonzaga, 2017, s. 4.

¹³¹ OECD, 2017a, s. 25.

¹³² Blockx, 2017, s. 2; Eyrachi / Stucke, 2017a, s. 20.

¹³³ Evans, 2017.

¹³⁴ Lawrance / Hunt, 2017.

¹³⁵ Mevcut durumda kullanılacak tek rekabet hukuku aracı birleşme ve devralma kontrolüdür. Nitekim gizli danışıklı ilişkiyi kolaylaştıracak pazar yapısı değişiklikleri birleşme ve devralmanın rekabet hukuku açısından değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmaktadır.

kabet karşıtı bir anlaşmanın uygulayıcısı olarak geliştirildiyse, bu mekanizma insan iradesinin bir uzantısı olarak kabul edileceği noktasından herhangi bir tereddüt yoktur¹³⁶. Peki, rekabet karşıtı bir koordinasyonun kurulması noktasında insan iradesi bulunmamasına rağmen, öz-öğrenimli algoritmalar, bağımsız karar veren ve tecrübeyle öğrenen yapılarını kullanmak suretiyle rekabet karşıtı bir dengeye ulaştıklarında durum ne olacaktır? Teşebbüsler rekabet karşıtı dengenin kurulmasına sebep olan rekabete duyarlı bilgi değişimini engellemediği için sorumlu olmalı mıdır? Bu başlık altında bu senaryoyu inceleyelim.

IBM'in *Deep Blue* isimli süper bilgisayarının, dünyanın en iyi satranç oyuncusu *Gary Kasparov*'u yenmesinin ardından, kısa süre önce *Libratus* isimli yapay zeka ürünü makine, dünyanın en iyi poker oyuncularını yenmeyi başardı¹³⁷. *Libratus*'un başarısı, *Deep Blue*'nun başarısını bir adım daha ileri taşımaktadır. Nitekim, *Libratus*'a yalnızca oyunun basit kuralları öğretilmiş olmasına rağmen, *Libratus* zamanla herhangi bir insanın etkisi olmaksızın galibiyet stratejileri geliştirmiştir. *Libratus*'un farklı bir oyun oynadığını ve o oyunun amacının da uzun dönemli kârın çoğaltılması olduğunu varsayalım¹³⁸. Bu amaca ulaşmak için, diğer sistemler ile ortak çıkar için birlikte fiyatlandırma yapması durumunda, böylesi bir fiyat belirleme durumunda Kurul'un konuya nasıl yaklaşacağı belirsizdir.

Algoritmalar veri toplamak suretiyle, güçlü bir tahmin/öngörü kapasitesine sahip olabilir¹³⁹. Bu tahmin kapasitesi, teşebbüsün iradesi olmasa bile rekabet karşıtı koordinasyon sonucu doğurabilecek potansiyele sahiptir¹⁴⁰. Nitekim algoritma, kârı çoğaltıracak yöntemi seçmek üzere geliştirildikten sonra, kârı çoğaltırma hedefine ulaşmak için bağımsız bir

¹³⁶ **Freshfields Bruckhaus Deringer**, 2017, s. 2.

¹³⁷ METZ Cade, "Inside Libratus, the Poker AI that Out-Bluffed The Best Humans", 2017, <https://www.wired.com/2017/02/libratus/> (Erişim Tarihi: 03.10.2017).

¹³⁸ ZDZIEBORSKA Monika, 'Brave New World of 'Robot' Cartels?', **Kluwer Competition Law Blog**, 7 Mart 2017, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/03/07/brave-new-world-of-robot-cartels> (Erişim Tarihi: 12.10.2017).

¹³⁹ Geliştirilen algoritmalar sayesinde, geçmişe ait verilere dayanılarak ileriye dönük öngörüler yapılabilmektedir. Bu modeller, talebi tahmin etme, fiyat değişiklerini öngörme, müşteri davranış veya tercihlerini tahmin etme ve nihayet pazara yeni giriş gibi pazar şartlarına ilişkin riskleri öngörmek için kullanılabilir. **OECD**, 2017a, s. 11.

¹⁴⁰ **OECD**, 2017a, s. 31.

şekilde çalışmaktadır¹⁴¹. Algoritma geliştirilirken, fiyat tespiti veya pazar paylaşımı gibi yasal olmayan davranışları yasaklayan sınırlandırıcı ilkeler de getirilmekle beraber, algoritma öz-öğrenim ve deneme yapma konusunda serbesttir¹⁴². Söz konusu sınırlandırıcı ilkelerin mevcudiyeti son derece önemlidir. Nitekim rekabet karşıtı anlaşma sonucunu engelleyici söz konusu sınırlandırıcı ilkeler olmaksızın, algoritmaların rakipler arası rekabet karşıtı anlaşmayı uygulamak için dizayn edildiği ve ilk kategoride olduğu gibi 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal teşkil ettiği savunulabilir.

Mevcut kurgudaki problem, öz-öğrenimli algoritmanın optimal stratejiyi olarak pazardaki fiyatı artırmak amacıyla pazardaki şeffaflığı artırmak olarak belirlemesidir¹⁴³. Şeffaf pazarlarda, algoritmaların hızlı bir şekilde deneme yanılma yoluyla rekabetçi fiyatın üzerinde bir denge bulmaları mümkündür¹⁴⁴. Bu kurgudaki önemli nokta, rekabet karşıtı koordinasyon teşebbüs iradesinin ya da teşebbüs tarafından yapılan dizaynın sonucu olarak ortaya çıkmamakta bilakis algoritmanın öz-öğrenim yeteneği sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda teşebbüsün kendisi dahi rekabet karşıtı koordinasyon sonucundan bihaber olabilir. Tabi pazarda artan şeffaflık neticesinde fiyatların rekabetçi seviyenin üzerine çıkacağını öngörece kadar basiretli olmaları gerektiği de karşı argüman olarak kendisine yer bulabilir. Şurası açık ki algoritmalar insanların yönlendirmesiyle çalışır fakat insanların müdahil olması algoritmaya rekabet karşıtı koordinasyona girmesine yönelik talimat verdiği anlamına gelmez. Algoritma bağımsız olarak hareket etmek suretiyle söz konusu fiyatı belirleyebilir. Bu durum da haliyle algoritma (*agent*) ile insan (*principal*) arasındaki bağlantıyı güçsüzleştirmekte ve ortada bir rekabet hukuku ihlali olup olmadığının tespitini güçleştirmektedir¹⁴⁵.

Rakipleri hakkında hassas bilgi toplayan teşebbüslerin, rekabet hukuku kurallarıyla uyum içinde davranmak adına gerekli tedbirleri almaları gerektiği savunulabilir. Bilgi toplama için algoritmaların kullanılması bu gereksi-

¹⁴¹ **Ezrachi / Stucke**, 2015, s. 23.

¹⁴² **Ezrachi / Stucke**, 2015, s. 23.

¹⁴³ **Ezrachi / Stucke**, 2015, s. 23. Algoritmalar vasıtasıyla yüksek miktarda verinin hızlı bir şekilde analiz edilebilmesi, pazardaki şeffaflığı artırmaktadır.

¹⁴⁴ **OECD**, 2017a, s. 31.

¹⁴⁵ **Capobianco / Gonzaga**, 2017, s. 5.

nimi deęiřtirmez¹⁴⁶. Teşebbüslerin, algoritmaların rekabet karşıtı koordinasyon doğurmasını engellemek adına gerekli önlemleri almaması durumunda, teşebbüsler, algoritmaların öz-öğrenimli olup olmamasından bağımsız olarak sorumlu tutulabilir¹⁴⁷. Nitekim, öz-öğrenimli robotlar, öğrenime açık ve öğrendiklerini satış stratejilerinde uygulayan satış personellerinden farksızdır. Teşebbüslerin alışanlarının rekabet hukuku ihlalinden sorumlu olduğu gibi, fiyatlama robotlarının da eylemlerinden sorumlu tutulabilir¹⁴⁸. Federal Ticaret Komisyonun'dan Maureen K. Ohlhausen konuya ilişkin olarak şu ifadeleri kullanmıştır: “*Bob isimli bir kişinin pazardaki tüm teşebbüslerden gizli fiyatlama bilgisi toplaması ve tüm katılımcılara nasıl fiyatlama yapması gerektiğini söylemesi makul mü? Eğer Bob isimli kişi bunu yapamıyorsa, bir algoritmanın da bunu yapamıyor olması gerekir*”¹⁴⁹.” Bu bağlamda, rekabete duyarlı bilgi değişimi ve rekabet karşıtı sonucun teşebbüs tarafından planlanmamış olduğu kurgularda dahi, teşebbüsün rekabete duyarlı bilgi değişimini ve rekabet karşıtı sonucu engellemek için gereken tedbirleri almaması sebebiyle, rekabet hukuku ihlalinden dolayı sorumluluğu söz konusu olabilir.

Bu senaryoda bahsettiğimiz, makinelerin bir araya gelmek suretiyle rekabet karşıtı bir koordinasyon kurmaları bu aşamada pek gerçekçi gözükme-yebilir. Fakat, her halükarda teşebbüsler geliştirdikleri algoritmaların neler yapabileceğini bilmesinin gerektiği savunulabilir. Hatta bir adım daha öteye gidecek olursak, sadece bilmek yetmez, eğer rekabetçi düzeni bozabilecek güce sahipse, teşebbüsler bu sonucu engelleyici tüm önlemleri almak durumunda olduğu da kabul edilebilir. Aksi halde ortaya çıkacak rekabet karşıtı etki dolayısıyla sorumlulukları söz konusu olabilir.

Sonuç

Rekabet Kurumu, geleneksel rekabet hukuku araçlarının fiyatlama algoritmaları dolayısıyla ortaya çıkması muhtemel rekabetçi endişelere uygulanabilir olup olmadığını, yakın gelecekte, irdelemek durumunda kalabilir.

¹⁴⁶ Blockx, 2017, s. 9.

¹⁴⁷ Blockx, 2017, s. 9.

¹⁴⁸ Blockx, 2017, s. 9.

¹⁴⁹ Maureen K. Ohlhausen tarafından kullanılan ifadenin orijinali şu şekildedir: “*Is it ok for a guy named Bob to collect confidential price strategy information from all the participants in a market, and then tell everybody how they should price? If it isn't ok for a guy named Bob to do it, then it probably isn't ok for an algorithm to do it either.*” Ohlhausen, 2017.

Hatta fiyatlama algoritmalarının kullanım yaygınlığı ve bu yaygınlığın artış hızına bakılırsa, söz konusu algoritmaların denetimi Rekabet Kurumu'nun günlük işleri arasında dahi yerini alabilir. Nitekim, fiyatlama yazılımlarının geliştirilmesi ve kullanımı ciddi rekabet hukuku incelemesi gerektirmekte ve rekabet karşıtı sonuç doğurma kastının bulunmaması veya ihmalden kaynaklanması, rekabet hukuku sorumluluğunun doğmasını engellemektedir. Bu durum da teşebbüsleri fiyatlama algoritmalarının rekabet hukuku ile uyumlu olduğu noktasında gerekli tedbirleri almak durumunda bırakmaktadır. Salt geliştirilme aşamasında değil aynı zamanda uygulama aşamasında da pazardaki rekabetçi yapıyı tüketiciler aleyhine değiştirecek herhangi bir sonuç doğurmaması noktasında gerekli ve yeterli teknik donanımın sağlanması önem arz etmektedir. Şunu biliyoruz ki, teşebbüsler salt kendilerine iletilen rekabete duyarlı bilgiyi açıkça reddetmemekten dolayı, söz konusu bilgiyi kullanıp kullanmamaktan bağımsız olarak sorumlu olabiliyorken, böylesi kurgularda da yeterli aksiyonun alınmamasına bağlı olarak sorumluluğun doğması söz konusu olabilir.

Mevcut yasal düzenlemelerimizin, tüketici refahına zarar veren tüm eylemleri yasaklamadığı açıktır. İlave olarak, mevcut rekabet hukuku kurallarımızın tüm teknolojik gelişmeleri ve bu gelişmelerin rekabet hukukuna etkisini öngörmesi mümkün değildir. Bu yetersizlik de pazardaki rekabeti tüketiciler aleyhine bozan bazı davranışların, rekabet hukuku kuralları çerçevesinde ihlal olarak görülmemesine ve diğer bir ifadeyle mevzuat boşluğu oluşmasına yol açmaktadır.

Çalışmamızda açıkladığımız üzere, algoritma kullanımına bağlı olarak ortaya çıkacak etkinlik kazanımlarının yanında, muhtelif rekabet hukuku hassasiyetleri de söz konusu olabilecektir. Öncelikle, rekabet karşıtı anlaşma veya danışıklı ilişkinin ortaya çıkması muhtemel pazar yapılarını etkilemek suretiyle, daha çok pazarda rekabet karşıtı danışıklı ilişki veya anlaşmanın ortaya çıkmasına yol açabilecektir. Bunun dışında muhtelif ihlal senaryoları marifetiyle rekabet ihlalinin ortaya çıkması da mümkün olabilecektir.

Öncelikle, algoritmalar rekabet karşıtı anlaşmaların uygulanması için kullanılabilir. Bu halin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunduğu noktasında tereddüt bulunmamaktadır. Benzer şekilde rekabet karşıtı yatay ve dikey unsurlar barındıran *hub and spoke* tipi ihlaller için algoritmanın kullanılması durumunda da Kurul'un ihlal kararı verebileceği açıktır.

Fakat problem gizli danışıklı ilişki ve öz-öğrenimli algoritmalar ekseninde yoğunlaşmaktadır. Nitekim söz konusu senaryolarda Kurul'un yerleşik içti-hadında aradığı irade uyuşması veya iletişime ilişkin herhangi bir unsur bulunmamaktadır. Dolayısıyla, irade uyuşmasının olmadığı bir kurguda 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşmanın bulunmayacağı aşıkardır. Teşebbüsler arası iletişime ilişkin delilin bulunmaması durumunda, Kurul'un uyumlu eylem karinesini kullanması geçmiş uygulamalarıyla, istisnai nitelikteki kararlarını ayrı tutacak olursak, çelişkili bir durum ortaya çıkarabilir. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini salt irade uyuşmasını değil de, algoritma uyuşmasını da kapsayacak şekilde yorumlamak ya da algoritma kullanımını ilave faktör olarak kabul etmek alternatif olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda, algoritma kullanımındaki gözle görülür artış ve algoritma kullanımına bağlı olarak ortaya çıkması muhtemel rekabet huku-ku endişeleri göz önünde bulundurulduğunda, iletişim delili olmaksızın da 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği yönünde karar verilebileceği yaklaşımına doğru bir kayışın sürpriz olmayacağı da söylenebilir.

Her halükarda ampirik verilere dayalı olarak daha kapsamlı çalışmalar ile cevaplandırılması gereken muhtelif sorular bulunmaktadır. Algoritma kullanımı neticesinde ortaya çıkan gizli danışıklı ilişki ihlal olarak kabul edilmeli midir? Gizli danışıklı ilişkinin ihlal olarak kabul edilmesi durumunda, müdahale eşiği ne olmalıdır? Gizli danışıklı ilişkiye sebep olan pazarın şeffaf yapısına bağlı ortaya çıkan tüketicilerin muhtelif fiyatları karşılaştırmakta imkanı, hatta bazen küçük firmalar piyasaya girebilmesi gibi etkinlik kazanımlarını göz ardı etmeli miyiz? Gizli danışıklı ilişkiden şüphelenilen pazarlarda algoritma kullanımını yasaklamak makul bir çözüm olacak mıdır? Peki, yapay zeka yıkıcı fiyatlama veya dışlayıcı eylemin uzun dönemli kârı ençoklaştıran strateji olduğunu anlaması durumunda nasıl bir müdahale gerekecektir? Teşebbüsler fiyat sabitlemeyi yasaklamış olmasına rağmen, öz-öğrenimli algoritmaların tüketici refahına olumsuz etki eden farklı bir strateji geliştirmiş olması halinde de teşebbüslerin sorumluluğu gündeme gelmeli midir? Nihayet, mevzuat değişikliği gerekli midir? Gerekli ise nasıl bir değişiklik yapılmalıdır?

KAYNAKÇA

- AMORE Roberto, “Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition”, **European Competition Journal**, S. 12(1), 2016, s. 28-53.
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE / BUNDESKARTELLAMT, **Competition Law and Data**, 2016, s. 14, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf;jsessionid=84B905B7177E54E2AC0852B484FD6BB0.2_cid362?__blob=publicationFile&v=2 (Erişim Tarihi: 02.08.2017).
- ASLAN İ. Yılmaz, **Rekabet Hukuku Teori – Uygulama – Mevzuat**, Ekin, Bursa, 2017.
- BALLARD I. Dylan / NAIK S. Amar, “Algorithms, Artificial Intelligence and Joint Conduct” **CPI Antitrust Chronicle**, Mayıs 2017, s. 29-36.
- BAER Bill, “Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division’s First Online Marketplace Prosecution”, Basın Açıklaması 15-421, 2015, <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace> (Erişim Tarihi: 20.08.2017).
- BLOCKX Jan, “Antitrust in Digital Markets in the EU: Policing Price Bots”, **Rad-boud Economic Law Conference**, 9 Haziran 2017.
- BORENSTEIN Severin, “Rapid Price Communication and Coordination: The Air-line Tariff Publishing Case”, J. E. Kwoka Jr. and L. J. White (der.), **The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy**, içinde, Oxford University Press, New York, 1999, s. 233-251, http://global.oup.com/us/companion.websites/fdscontent/uscompanion/us/pdf/kwoka/9780195322972_09.pdf (Erişim Tarihi: 13.09.2017).
- CAN Burcu, **Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı**, Uzmanlık Tezi 123, Ankara, 2012.
- CAPOBIANCO Antonia / GONZAGA Pedro, “Algorithms and Competition: Friends Or Foes?”, **CPI Antitrust Chronicle**, Ağustos 2017, s. 4, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/08/CPI-Capobianco-Gonzaga.pdf> (Erişim Tarihi: 16.09.2017).

- EUROPEAN COMMISSION, **Commission Staff Working Document accompanying the Final Report on the E-commerce Sector Inquiry of 10 May 2017**, SWD(2017) 154 final, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf, (Erişim Tarihi: 07.09.2017).
- CURRIE David, “The role of competition in stimulating innovation”, *Concurrences Inovasyon Ekonomisi Konferansı*, King’s College London, 2017, <https://www.gov.uk/government/speeches/david-currie-on-the-role-of-competition-in-stimulating-innovation> (Erişim Tarihi: 20.08.2017).
- EVANS David, “What an Illegal Price-Fixing Bot Might Look Like”, 2017 <https://www.law360.com/articles/914904/what-an-illegal-price-fixing-bot-might-look-like> (Erişim Tarihi: 15.09.2017).
- EZRACHI Ariel / STUCKE E. Maurice, “Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition (April 8, 2015)”, **Oxford Legal Studies Research Paper**, S. 18/2015, **University of Tennessee Legal Studies Research Paper**, S. 267, 2015.
- EZRACHI Ariel / STUCKE Maurice, **Virtual Competition – The Promise and Perils of the Algorithm Driven Economy**, Harvard University Press, Londra, 2016.
- EZRACHI Ariel / STUCKE Maurice, “Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures”, **Roundtable on Algorithms and Collusion**, 21-23 Haziran 2017 (“Ezrachi ve Stucke 2017a”).
- FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, **Pricing algorithms: the digital collusion scenarios**, <https://www.freshfields.com/globalassets/our-thinking/campaigns/digital/mediainternet/pdf/freshfields-digital---pricing-algorithms---the-digital-collusion-scenarios.pdf> (Erişim Tarihi: 04.09.2017).
- GAL Avigdor, “It’s a Feature, not a Bug: On Learning Algorithms and what they teach us”, **Roundtable on Algorithms and Collusion**, OECD Competition Committee, 21-23 Haziran 2017.
- GAL Michal, “Algorithmic-Facilitated Coordination: Market and Legal Solutions”, **CPI Antitrust Chronicle**, Mayıs 2017, s. 22-29.
- GRAEF Inge, “Algorithmic price fixing under EU competition law: how to crack robot cartels?”, **KU LUEVEN Centre for IT and IP Law Blog**, 2016, <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/algorithmic-price-fixing-under-eu-competition-law-how-to-crack-robot-cartels/> (Erişim Tarihi: 17.08.2017).

- GREEN J. Edward / Marshall C. Robert / MARX M. Leslie, "Tacit Collusion in Oligopoly", R. D. Blair and D. D. Sokol (der.), **The Oxford Handbook of International Antitrust Economics**, 2(19) içinde, Oxford University Press, 2013, s. 464-497, <https://faculty.fuqua.duke.edu/~marx/bio/papers/tacitcollusion.pdf>. (Erişim Tarihi: 08.08.2017).
- GÜRKAYNAK Gönenç / YILDIRIM Korhan / ÖZGÖKÇEN Hakan / AYDIN Buğra, "Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları", **Rekabet Dergisi**, S. 12 (4), 2011, s. 75-125.
- HAY A. George, "Horizontal Agreements: Concept and Proof", **The Antitrust Bulletin**, S. 51 (4), 2006, s. 877-914.
- ITTOO Ashwin / PETIT Nicolas, "Algorithmic Pricing Agents and Tacit Collusion: A Technological Perspective", 2 Ekim 2017, <https://ssrn.com/abstract=3046405> (Erişim Tarihi: 08.10.2017).
- JOHNSON A. Paul, "Should We Be Concerned That Data and Algorithms Will Soften Competition?", **CPI Antitrust Chronicle**, Mayıs 2017, s. 10-16.
- KAPLOW Louis, "On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law", **California Law Review**, S. 99(3), 2011, s. 683-818.
- KARAKILIÇ Hasan, "Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Hakim Durumda Olmayan Teşebbüslerin Tek Yanlı Uygulamaları", **Rekabet Dergisi**, 14(4), 2013, s. 3-48.
- KEKEVİ Gökşin / CAN Burcu / ŞENGÖREN Zeynep, "Uyumlu Eylem Karineleri: Mitler ve Gerçekler", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX**, 6 Mayıs 2011, Kayseri içinde s. 175-240, Ankara.
- KESİCİ Buğra, **Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu**, On iki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017.
- KOVACIC E. William / MARSHALL C. Robert / MARX M. Leslie / WHITE L. Halbert, "Plus Factors and Agreement in Antitrust Law", Center for the Study of Auctions, Procurements and Competition Policy, Working Papers - 2011, <http://capcp.psu.edu/papers/2011/plusfactors.pdf> (Erişim Tarihi: 05.10.2017)
- LAITENBERGER Johannes, "Competition at the digital frontier", Tüketici ve Rekabet Günü, Malta, 2017, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_06_en.pdf (Erişim Tarihi: 07.09.2017).

- LAWRANCE Sophie / HUNT Matt, **Will pricing algorithms be the European Commission's next antitrust target?**, 2017, <http://www.bristowscleanup.com/post/will-pricing-algorithms-be-the-european-commission-s-next-antitrust-target> (Erişim Tarihi: 03.09.2017).
- MEHRA K. Salil, "Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms", **Minnesota Law Review**, S. 100, 2015, s. 1323-1375, http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Mehra_ONLINEPDF1.pdf (Erişim Tarihi: 10.08.2017).
- METZ Cade, "Inside Libratus, the Poker AI that Out-Bluffed The Best Humans", 2017, <https://www.wired.com/2017/02/libratus/> (Erişim Tarihi: 03.10.2017).
- MODRALL Jay, "OECD Workshop Addresses Algorithms and Collusion Issues", Kluwer Competition Law Blog, 17 Temmuz 2017, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/07/17/oecd-workshop-addresses-algorithms-collusion-issues/?print=pdf>, (Erişim Tarihi: 10.09.2017).
- OECD, **Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age**, 2017 s. 21, www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm, (Erişim Tarihi: 21.09.2017) ("OECD 2017a").
- OECD, **Algorithms and Collusion - Note from the European Union**, 2017, p. 4, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2017\)12&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2017)12&docLanguage=En) (Erişim Tarihi: 08.08.2017).
- OECD, **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era**, 2016, s. 23, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) (Erişim Tarihi: 06.08.2017). ("OECD 2016a")
- OHLHAUSEN K. Maureen, "Should We Fear the Things That Go Beep in the Night? Some Initial Thoughts on the Intersection of Antitrust Law and Algorithmic Pricing", 23 Mayıs 2017, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1220893/ohlhausen_-_concurrences_5-23-17.pdf (Erişim Tarihi: 02.09.2017).
- OXERA, **When Algorithms Set Prices: Winners and Losers**, Discussion Paper, 19 Haziran 2017.
- POSNER Richard, "Oligopoly and the Antitrust Laws: A suggested Approach", **Stanford Law Review**, S. 21, 1969, s. 1562-1606.

- SAHUGUET Nicolas / WALCKIERS Alexis, “A theory of hub-and-spoke collusion”, **International Journal of Industrial Organization**, S. 53, 2017 s. 353-370.
- SALCEDO Bruno, “Pricing Algorithms and Tacit Collusion” **Pennsylvania State University**, 2015, <http://www.brunosalcedo.com/docs/collusion.pdf> (Erişim Tarihi: 05.08.2017).
- STIGLER J. George, “A Theory of Oligopoly” **Journal of Political Economy**, S. 72(1), 1964, s. 44-61.
- STUCKE Maurice / EZRACHI Ariel, “Looking up in The Data-Driven Economy”, **Antitrust Chronicle**, Mayıs 2017, s. 16-22 (“Stucke ve Ezracchi 2017b”).
- TURNER F. Donald, “The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal”, **Harvard Law Review**, S. 75(4), 1962, s. 655-706.
- VESTAGER Margrethe, “Algorithms and Competition”, Bundeskartellamt 18. Rekabet Konferansı Konuşması, Berlin, 2017, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en (Erişim Tarihi: 22.08.2017).
- WILSON A. Robert / KEIL C. Frank, **The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences**, The MIT Press, Massachusetts, 1999.
- ZAMPA, GianLuca / BUCCIROSSI Paolo, “Hub and Spoke Practices: Law and Economics of the New Antitrust Frontier?” **Competition Law International**, S. 9(1), 2013, s. 91-110.
- ZDZIEBORSKA Monika, ‘Brave New World of ‘Robot’ Cartels?’, **Kluwer Competition Law Blog**, 7 Mart 2017, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/03/07/brave-new-world-of-robot-cartels> (Erişim Tarihi: 12.10.2017).

