

ISSN: 2667-5668

e-ISSN: 2667-6117



ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

Cilt: 1

Sayı: 2

Aralık-2019

Vol.: 1

no.: 2

December-2019

ADALET YAYINEVİ
Ankara - 2019

ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

ISSN: 2667-5668

e-ISSN: 2667-6117

Cilt: 1 Sayı: 2

Vol.: 1 no.: 2

Aralık-2019

December-2019

Dergi İletişim Bilgileri/ ASBUHFD Contact Information:

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 44-45 **Fax:** +90 312 311 86 00

e-mail: asbuhfd@asbu.edu.tr <https://dergipark.org.tr/asbuhfd>

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

ASBUHFD is a peer-reviewed journal.

The liability of the published work is on the author/authors.

YAYINA HAZIRLAYAN

Adalet Yayınevi

Strazburg Caddesi No: 10/B Sıhhiye-Ankara

Tel: (0312) 231 17 00 Fax: (0312) 231 17 10

www.adalet.com.tr

Baskı

Ay-bay Kırtasiye İnş. Gıda Paz. ve Tic. Ltd. Şti.

Sertifika No: 33365

Tel: (0 312) 472 58 55 - Ankara

Basım Tarihi:

Aralık, 2019

İMTİYAZ SAHİBİ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Bülent KENT

Editör

Doç. Dr. Erdal YERDELEN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Editör Kurulu

Doç. Dr. Erdal YERDELEN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Talat KAYA

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Arş. Gör. Hakan KOÇAK

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Arş. Gör. Hayrunnisa ALTIN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Arş. Gör. Hasan Utku ŞATIROĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Rauf KARASU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf AKSAR

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAZIM KURALLARI

Başlangıç

1. Makale başlığı: Amerigo Md BT, 15 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış.
2. Yazar adı: Amerigo Md BT, 13 pt., Kalın, Sağa yaslı, İlk harfler büyük, yıldız ile dipnotta yazarın mesleği.
3. Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük.

Metin

1. Metin içi başlıklar: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:
 1. **Seviye:** Numaralandırma stili: **I, II, III**... Kalın, Tümü büyük harfler
 2. **Seviye:** Numaralandırma stili: **A, B, C**... Kalın, İlk harfler büyük
 3. **Seviye:** Numaralandırma stili: **1, 2, 3**... Kalın, İlk harfler büyük
 4. **Seviye:** Numaralandırma stili: **a, b, c**... Kalın, İlk harfler büyük
 5. **Seviye:** Numaralandırma stili: *i, ii, iii*... Normal, İlk harfler büyük, İtalic.
3. Ana metin: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

Dipnotlar

1. Dipnot: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından "sonra" kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise "önce" kısmı 0 nk yapılmalıdır).
3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.
4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işaretten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.
5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilecektir.

➤ **Yanlış:** verilecektir¹. **Doğru:** verilecektir.¹

Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.
2. Alfabetik sıralı, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Kaynakça paragrafları: 0,75 cm asılı (ilk satırdan sonraki satırlar 0,75 cm içeride), her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi aralık 3 nk paragraf sonrası aralık 0 nk, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1.

Yazım şekline ilişkin yukarıdaki kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu için bkz.

<http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14834>

Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.
2. Dipnot ve kaynakçalarda "The Chicago Manual of Style" atıf sistemi benimsenmiştir. Atıf sistemine ilişkin detaylı bilgi için bkz.

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;
 - "and" yerine "ve"
 - "unpublished" yerine "yayımlanmamış" veya "yayınlanmamış"
 - "Anonymous" yerine "Anonim"
 - birden fazla ciltten oluşan eserlerde "volume/vol." yerine "Cilt."
 - "see" yerine "bkz."
 - "in" yerine "iç."
 - "accessed" yerine "erişim tarihi"
 - "trans." yerine "çev."
 - "edited by" yerine "editör"
 - "translated by" yerine "çeviren"
 - "interview by" ifadesi yerine "röportajı yapan"
 - "PhD diss." yerine "doktora tezi"
 - "thesis" yerine "tez"
 - "last modified" yerine "son değiştirilme"
 - "filmed" yerine "çekim" ifadeleri kullanılmalıdır.
 - Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.
 - Dergi sayısını ifade eden "no." ifadesi korunmuştur. Keza "ed." ifadesi aynen korunmuştur.
 - Sayfa numarasında "vd." kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın "ff." ifadesi konulmalıdır. Eğer "ff."dan sonra "." gelecekte kullanılmaz ancak ";", "?" vb. gelecekte onlar "ff."deki noktaya bitişik yazılır.
4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:
 - Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih[gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
 - Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atıf usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematığın kullanılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

Örnekler:

AYM, E.2017/172, K.2018/32, 28.03.2018.

Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Ankara BAM 2. HD, E.2016/113, K.2017/21, 23.01.2017, (<https://legalbank.net/belge/ankara-bolge-adliye-mahkemesi-2-hd-e-2016-113-k-2017-21-t-23-01-2017-bosanmadan-kaynaklanan-tazminat/3040600>).

Rekabet Kurulu, K.19-12/136-60, 13.3.2019,

(<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c4268558-edce-48b5-996d-152defb6a7e4>).

5. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 02.01.2019, S. 30643.

WRITING FORM**Beginning**

1. Title of the works: Amerigo Md BT, 15 pt., bold and capital letter, centered paragraph style.
2. Names(s) of author(s): Amerigo Md BT, 13 pt., bold, first letter capital, right justified. job of author(s) shall be written with an actinoid footnote.
3. Abstract and Keywords: Bold and first letter capital.

Text

1. Titles in the text: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Authors should arrange the text utmost with five-degree heading and the number of the titles has a style as follows:

First level: Numbering style: **I, II, III...** Title: bold and capital letter.

Second level: Numbering style: **A, B, C...** Title: bold and first letter capital.

Third level: Numbering style: **1, 2, 3...** Title: bold and first letter capital.

Fourth level: Numbering style: **a, b, c...** Title: bold and first letter capital.

Fifth level: Numbering style: *i, ii, iii...* Title: italic and first letter capital.

3. Main text: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Paragraphs: 0,75 cm first line indent, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 5/0 nk, 1 line spacing.

Footnotes

1. Style: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Footnotes paragraphs: 0,5 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 2/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled. If there are more than one paragraph in a footnote, pre/post-paragraph space should be 0 nk in this footnote.
3. Between the footnote number and footnote text one character space should be left.
4. All footnotes should be completed with a dot.
5. Footnotes numbers should be demonstrated after punctuations.

➤ **False:** ... given¹. **True:** ... given.¹

Bibliography

1. Bibliography should start on a separate page.
2. Style: alphabetically ordered, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Bibliography paragraphs: 0,75 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 3/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled.

For the sample word form edited aptly *writing form rules* of the Journal, please see at <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14834>

Spelling and Footnotes Rules

1. The works should be prepared aptly the spelling and orthographic rules of Turkish Language Association. See at <http://tdk.gov.tr/>
2. " The Chicago Manual of Style" is accepted for footnotes and bibliography. For further information please see at

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Makale Bölümü

- TAHKİM İLK İTİRAZI ÜZERİNE TAHKİM SÖZLEŞMESİ ÜZERİNDE YAPILAN MAHKEME DENETİMİ** 179
COURT CONTROL OVER ARBITRATION AGREEMENT WHEN THE ARBITRATION OBJECTION BROUGHT
Mustafa Serdar ÖZBEK
- SERÎ MUHAKEME USÛLÜNE İLİŞKİN SORUNLAR**..... 255
THE ISSUES ABOUT SPEEDY TRIAL PROCESS
Gülsün A. Aygörmez UĞURLUBAY - Nuran HAYDAR - Mehmet KORKMAZ
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHA TLARI İŞİĞİNDA “MASUMİYET KARİNESİ”NİN KORUNMASI** 307
PROTECTION OF “PRESUMPTION OF INNOCENCE” IN LIGHT OF THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
Burcu DEĞİRMENCİOĞLU
- KONKORDATO SÜRECİNDE MÜHLET** 357
THE TERM OF RESPITE IN CONCORDAT PROCESS
Murat BESEN - Orkun TAT
- CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE YÜRÜTMENİN DÜZENLEME YETKİSİ VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN ANAYASAL SINIRLARI** 391
POWER TO REGULATE OF EXECUTIVE ORGAN IN TURKEY AND THE CONSTITUTIONAL LIMITS OF PRESIDENTIAL DECREES
Esin GÜRSEL
- CONDITIONAL EARLY RELEASE AT THE RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE** 425
SIERRA LEONE REZİDUEL ÖZEL MAHKEMESİ'NDE KOŞULLU SALIVERME
Hüseyin ATEŞ

Çeviri Bölümü

- ELEKTRONİK OLARAK DEVREDİLEBİLİR KAYITLARA İLİŞKİN UNCİTRAL MODEL KANUNU** 445
UNCİTRAL MODEL LAW ON ELECTRONIC TRANSFERABLE RECORDS
Ahmet Said BER

**MAKALE
BÖLÜMÜ**

TAHKİM İLK İTİRAZI ÜZERİNE TAHKİM SÖZLEŞMESİ ÜZERİNDE YAPILAN MAHKEME DENETİMİ

*Court Control over Arbitration Agreement
when the Arbitration Objection Brought*

Mustafa Serdar ÖZBEK*

Öz

Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf ilk itiraz teşkil eden tahkim ilk itirazında bulunabilir. Çünkü geçerli bir tahkim sözleşmesi, olağan mahkemelerin yargılama yetkisini devre dışı bırakan olumsuz etkiye sahiptir ve tarafların uyuşmazlıklarını tahkime sunmaları sözleşmeden doğan bir yükümlülüktür. New York Sözleşmesinin II, 3. maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 413. maddesine göre geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunması, davanın esasına girme konusunda itirazla karşılaşan mahkemelerin yargı yetkisinin varlığını kabul etmelerini önler. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder, davayı usûlden reddeder ve böylece tarafları tahkime sevk eder.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Hakem, Hakem Kararı, Hakem Kararı Türleri, Hakem Kararının İçeriği.

* Prof. Dr. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, mozbek77@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9609-8756.

Makale Gönderim Tarihi: 17.10.2019.

Makale Kabul Tarihi: 20.11.2019.

Abstract

If an action is filed in the court regarding a dispute that constitutes the subject of an arbitration agreement, the opposing party may raise an arbitration objection as a preliminary objection. Because a valid arbitration agreement has the negative effect of is to excludes the jurisdiction of ordinary courts and it is a contractual obligation of the parties to have their disputes submitted to arbitration. According to Article II, 3 New York Convention and Article 413 Code of civil Procedure the existence of a valid arbitration agreement prevents courts from entertaining jurisdiction when faced with an action on the merits. Unless the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed a court should uphold the arbitration objection, dismiss the action on procedural grounds and thus refer the parties to arbitration.

Keywords: Arbitration, Arbitrator, Arbitration Award, Types of Awards, Content of Award.

I. TAHKİM İLK İTİRAZININ İLERİ SÜRÜLMESİ

A. Tahkim Sözleşmesi Olmadığı Hâlde Mahkemede Görülmekte Olan Davada Tarafların Tahkime Başvurmaya Karar Vermesi

Taraflar arasında önceden yapılmış bir tahkim sözleşmesi olmasa bile, yargılama sırasında taraflar tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşabilirler. Bu durumda dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir (HMK m. 412, 5; MTK m. 5, 2). Bir uyuşmazlığın çözümü için ilk önce mahkemede dava açılmış olması, dava derdestken tahkime başvurulmasına engel değildir. Kanun koyucunun temel düşüncesi, tahkim yolunun geniş tutulmasıdır.¹

Yargılama sırasında tahkim yoluna başvurmak isteyen taraflar, hüküm verinceye kadar bu imkâna sahiptir. Davacı, hüküm kesinleşinceye kadar, ancak davalının açık rızası ile davasını geri alabile-

¹ Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (Ankara: Yetkin, 2010), 38; Mustafa Kılıçoğlu, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi* (İstanbul: Legal, 2012), 1460.

çeğinden (HMK m. 123, 1), hüküm verilmeden önce tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları durumunda, davalının açık rızası ile davacının davasını geri aldığı kabul edilmekte ve davacı davadan feragat (HMK m. 307, 1) etmiş olmamaktadır.²

Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşması ve bunu mahkemeye beyan etmeleri üzerine mahkeme, bu gerekçeyle dava dosyasının ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilmesine karar vermelidir (HMK m. 412, 5; MTK m. 5, 2). İlgili hakem veya hakem kurulu henüz seçilmemişse, bu karardan sonra davacı tahkim davasını açmalı ve ardından mahkemeye başvurarak tahkim davasına ilişkin bilgileri (hakemlerin isim ve iletişim bilgileri, tahkim yeri, hakem sekreterinin bilgileri gibi) verip dava dosyasının ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilmesini istemelidir. Bu istem olmadan mahkeme, dava dosyasını ilgili hakem veya hakem kuruluna kendiliğinden gönderemez.³

B. Taraflar Arasında Tahkim Sözleşmesi Olduğu Hâlde Mahkemede Dava Açılması Durumunda Tahkim İlk İtirazı

Taraflar arasında önceden yapılmış bir tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin, tahkim sözleşmesinin kapsamına giren uyuşmazlığın çözülmesi için tahkime başvurmak yerine mahkemede dava açması durumunda mahkeme, tahkim sözleşmesinin varlığını kendiliğinden gözeterek görevsizlik kararı veremez.⁴ Tahkim hukukunda taraflar mahkemece

² Âlim Taşkın, "Fransız Milli ve Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Reformuna Dair Kararname (Madde 1442-1462) ile Türk Tahkim Hukuku (HMK, MTK) Hükümlerinin Mukayesesi (Karşılaştırılması)," *BÜHFD*, no. 2 (2018): 42.

³ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (İstanbul: Vedat, 2016), 125; Mustafa Göksu, *Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016), 249; Hakan Pekcanitez, "Tahkim İlk İtirazı," iç. *Makaleler*, C. 2 (İstanbul: On İki Levha, 2016), 820.

⁴ "Mahkemeye açılan bir davada eğer sözleşmede tahkim şartı varsa veya ayrı bir tahkim sözleşmesinin varlığı ileri sürülüyor ise davalı tarafından ilk itiraz olarak davaya hakemde bakılması gerektiği ileri sürülmelidir. **Tahkim itirazında bulunulmaması halinde mahkemenin kendiliğinden tahkim itirazını gözetip görevsizlik kararı vermesi mümkün değildir...**" (Yar. 15. HD, 28.09.2010, 4198/4827: İzzet Karadağ, *6100 Sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim* (Ankara: Adalet, 2013), 93).

re'sen tahkime gönderilemez (*no ex officio referral*). Mahkeme, yalnızca taraflardan birinin talebi (tahkim itirazında bulunması) hâlinde tarafları tahkime yönlendirebilir;⁵ bu yönde bir talep olmadıkça davayı esastan inceleyip karara bağlamakla yükümlüdür.⁶ Çünkü davaya bakan hâkimden, tahkim sözleşmesinin varlığını bilmesi beklenemez ve taraflar dava malzemesi içinde sunmadıkça hâkim bunu re'sen araştırmaz. Ayrıca taraflar, tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen iradî bir yol olan tahkimden feragat ederek tercihlerini mahkeme başvurmak yönünde kullanabilir. Bu durumda hâkim, tahkim sözleşmesini re'sen gözeterek davayı usûlden reddedemez. Buna karşılık, tahkim sözleşmesi yapıldıktan sonra taraflardan birinin tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönmesi mümkün olmadığından, diğer taraf tahkime başvurma iradesini sürdürüyorsa mahkemede açılan davada tahkim ilk itirazında bulunmalıdır.⁷

⁵ "Dava, kira alacağının tahsili istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki kira sözleşmesinde ihtilaf halinde Ticaret Odası'ndan ve Esnaf Odasından ikişer kişinin hakemliğine başvurulacağı kararlaştırılmıştır. Ayrıca davalının ihtilaf hakkında hakeme başvurulması gerektiği yönünde itirazı da bulunmaktadır. Öncelikle kira **sözleşmesindeki tahkime dair hüküm ve davalının itirazının mahkemede değerlendirilmesi gerekir**ken, davalının bu yöndeki itirazları değerlendirilmede davanın esası hakkında karar verilmesi doğru değildir" (Yar. 6. HD, E. 2012/9581, K. 20131334, 30.01.2013, KBİBB). Aynı yönde HGK, 22.02.2011, 19-7352/93: Ömer Uğur Gençcan, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu* (Ankara: Yetkin, 2013), 1356-1357).

⁶ "Davalı şirket hafriyat işi yapılan inşaatın yapımını yüklenici şirketten devir sözleşmesiyle devralmıştır. Tahkim ilk itirazında bulunan davalı şirket tahkim şartını içeren sözleşmede taraf olmadığından ve sözleşmenin tarafı olan şirket de HMK'nın 413. maddesi uyarınca **tahkim ilk itirazında bulunmadığından mahkemece işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir**ken tahkim şartı geçerli ve bağlayıcı kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır." (Yar. 15. HD, E. 2012/4971, K. 2013/4112, 24.06.2013, KBİBB).

⁷ Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 312-313; Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Ankara: Yetkin, 2013), 123; Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard and Berthold Goldman, *On International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 405; Göksu, *Civil Litigation*, 249; Karadaş, *Ulusal (İç) Tahkim*, 94; Julian M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Michael Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International 2003), 159; Işıl Özkan ve Uğur Tütüncübaşı, *Uluslararası Usûl Hukuku* (Ankara: Adalet, 2017), 43; Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 807; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008), 508-509.

Tahkim ilk itirazı, tahkim sözleşmesine taraf olması koşuluyla, davalı tarafından ileri sürülebilecek bir ilk itirazdır.⁸

Mecburî dava arkadaşlığında dava arkadaşlarının tahkim ilk itirazını hep birlikte ileri sürmesi gerekir. Davalı ortaklardan (dava arkadaşlarından) biri tahkim ilk itirazında bulunmadığı takdirde, tahkim ilk itirazında bulunan diğer davalı (ortak) bakımından davanın ayrılmasına karar verilemez. Davanın bir bölümünün mahkemede diğer bölümünün tahkimde görülmesi yargılamanın hızlı bir şekilde yapılıp bitirilmesini engelleyeceği gibi, birbiriyle çelişen kararların verilmesine de neden olabilir. Bu sebeple tahkim ilk itirazından bulunan dava arkadaşının tahkim itirazının reddi ile, davanın esasına girilerek tüm âdi ortaklar hakkında açılan davanın mahkemece sonuçlandırılması gerekir.⁹

⁸ Akıncı, *Tahkim*, 124-128.

⁹ "...davada hem sözleşme kapsamındaki işler nedeniyle bedel talep edilmiş, teminat mektubuna vaki muarazanın giderilmesi, süre uzatımı verilmesi istenmiş, hem de sözleşme dışı işler yapıldığı, bu işlerin konsorsiyumun diğer ortağı olan davalının kusurlu hareketlerinden kaynaklandığı açıklanmıştır. Hal böyle olunca Tüpraş aleyhine açılan davada **konsorsiyum ortaklarının yer alması ve davanın bu ortakların tamamının huzuruyla devam ettirilip karara bağlanması zorunludur. Davalı Tüpraş tahkim itirazında bulunmadığından hakkında açılan dava ile ilgili olarak mahkemenin görevi kesinleşmiştir.** Bu durumda davanın bir bölümünün mahkemede ve bir kısmının tahkimde görülmesi yargılamanın hızlı bir şekilde yapılıp bitirilmesini engelleyeceği gibi, birbirine aykırı kararların verilmesine de neden olabilecektir. Bunun dışında işin Aliğa'da icra olunması, yapılması muhtemel keşfi de kolaylaştıracaktır, İngiltere'de yapılacak tahkim yargılamasında, davalı TÜPRAŞ'tan istenen alacak ile davalının kusuruna dayalı alacak taleplerinin ayrımı güçlenecektir. İç içe geçen alacak kalemlerinin kesin bir sonuca bağlanması için davanın mahkemede görülmesinde hem hukuki bir zorunluluk ve hem de yargılamanın kolaylaştırılması açısından gereklilik vardır. Zira Aliğa Mahkemesinde yapılacak yargılamada davalı (LG) nin yer alması hukuki bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır.

Öyle olunca mahkemece davalı (LG)nin **tahkim itirazının reddi ile, işin esasına girilerek her iki davalı hakkında açılan davanın sonuçlandırılması gerekirken, (LG) aleyhindeki davanın tefrik alınarak hakemde bakılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamıştır**" (Yar. 15. HD, E. 2006/2404, K. 2006/4411, 13.6.2006, KBİBB).

C. Tahkim İlk İtirazında Bulunma Süresi

Uyuşmazlığın tahkime gönderilmesi için tarafların yapacağı tahkim itirazı genelde iç hukuk sistemlerinde süreye bağlanmıştır. New York Sözleşmesinde, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazının ileri sürülmesi için bir süre öngörülmemiştir. Davalının süresinde usûlüne uygun şekilde tahkim itirazında bulunmaması, tahkime başvurma hakkından feragat etmesi sonucunu doğurur ve tahkim sözleşmesi tesirsiz hâle gelir.

Millî hukuk sistemlerinin çoğunda tahkim itirazının yapılması süreye bağlı (*in limine litis*) olup, davanın esasına girilmeden önce tahkim itirazının yapılması gerekir.¹⁰

Türk hukukunda da tahkim itirazının yapılması süreye bağlıdır. Geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen davacı, tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurmak yerine mahkemede dava açmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Davalı böylece, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği ilk itirazını ileri sürmelidir¹¹ (HMK m. 116, 1/b). Tahkim yolu bir görev sorunu olmadığından mahkeme, tahkim sözleşmesini kendiliğinden gözeterek görevsizlik kararı veremez. Mahkemenin tahkim ilk itirazını kabul ederek davayı usûlden reddebilmesi için (HMK m. 413, 1), davalının açıkça ve süresinde tahkim ilk itirazında¹² bulunması gerekir.¹³

¹⁰ International Council for Commercial Arbitration, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges* (The Hague 2011), 38, 41; Yeşilova, *Nihai Karar*, 511.

¹¹ Saim Üstündağ, "Tahkim İtirazının Ne Vakit İleriye Sürülebileceği," iç. *Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler* (Ankara: Adalet, 2010), 451.

¹² Yar. 19. HD, 08.11.2012, 9532/16283 (Gençcan, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu*, 1360).

¹³ Akıncı, *Tahkim*, 128; Karadaş, *Ulusal (İç) Tahkim*, 92; Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (İstanbul: Alternatif, 2014), § 33. III; Cengiz Serhat Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2011) 163; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2018), § 88. B. III; İbrahim Özbay ve Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim* (Ankara: Adalet, 2016), 103; Emrah Öztürk, *Medeni Usul Hukukunda İlk İtirazlar* (Ankara: Yetkin, 2014), 121; Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 813, 818; Üstündağ, "Tahkim İtirazı," 452; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 1, 2, 3* (Ankara: Yetkin, 2017), 3637.

Aynı şekilde, mahkemede açılmış ve görülmekte olan bir davada açılmış olan karşı davanın taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi sebebiyle tahkimde görülmesi gerekiyorsa, mahkeme bunu re'sen gözetemeyeceğinden, asıl davacının karşı davaya vereceği cevap (asıl davanın cevaba cevap) dilekçesinde tahkim ilk itirazında bulunması gerekir.

Tahkim ilk itirazı da diğer ilk itirazlar gibi cevap süresi içinde ve cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır; aksi hâlde dinlenemez (HMK m. 117, 1; 413; 444).

Yazılı ve basit yargılama usûlünde cevap dilekçesini verme süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır (HMK m. 127, 1; 317, 2). Ancak, durum ve koşullara göre cevap dilekçesinin, cevap dilekçesini verme süresi içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, yine bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya, bir defaya mahsus olmak ve yazılı yargılama usûlünde bir ayı geçmemek üzere ek süre verilebilir. Ek cevap süresi talebi hakkında verilen karar taraflara derhâl bildirilir (HMK m. 127, 1). Basit yargılama usûlünde iki haftayı geçmemek üzere ek cevap süresi verilebilir (HMK m. 317, 2).

İlk itirazların ileri sürülmesi bakımından cevap süresi hak düşürücü niteliktedir. Gereksiz yere zaman ve emek kaybedilmemesi için davanın esasına girilmeden önce ilk itirazlar ileri sürülmelidir. İlk itirazların ileri sürülmesi hakkında savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının istisnaları da uygulanmaz. İlk itirazlar süresi geçtikten sonra ve cevap dilekçesiyle ileri sürülmediği takdirde karşı tarafın açık veya zımnî muvafakatı¹⁴ veya ıslahla dahi ileri sürülemez¹⁵ (HMK m. 117, 1), mahkeme tahkim sözleşmesi-

¹⁴ Doktrinde, ilk itiraz olarak süresinde ileri sürülmeyen tahkim ilk itirazının daha sonra karşı tarafın açık muvafakatiyle ileri sürülebileceği belirtilmişse de (Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (İstanbul: Beta, 2013), 122, 127-128), bu imkânsızdır (HMK m. 117, 1). Artık dava tahkim ilk itirazı sebebiyle değil, olsa olsa yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları sebebiyle, dava dosyasının mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilmesi yoluyla tahkime konu edilebilir (HMK m. 412, 5).

¹⁵ İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (İstanbul: Vedat, 2015), § 27. I. 1; Süha Tanrıver, *Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Cilt 1, Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2018), § 18. B. I; Yılmaz, *Kanun Şerhi*, 3637.

nin varlığını re'sen dikkate alamaz. Tahkim ilk itirazının süresinde olup olmadığını re'sen inceleyerek bir karar verir.¹⁶

Cevap süresi uzatılmışsa (HMK m. 127, 1; 317, 2), uzatılan cevap süresi içinde de tahkim ilk itirazı ileri sürülebilir.¹⁷

Cevap süresinin sona ermesi adlî tâtile rastlarsa,¹⁸ 7 Eylül gününe kadar tahkim ilk itirazı ileri sürülebilir. Çünkü adlî tâtile tâbi olan dava ve işlerde, HMK'nın tayin ettiği sürelerin bitmesi adlî tâtıl zamanına rastlarsa, bu süreler ayrıca bir karara gerek olmaksızın adlî tâtilin bittiği günden itibaren bir hafta uzatılmış sayılır (HMK m. 104, 1).

Davalı, cevap dilekçesini elde olmayan sebeplerle, kanunda belirtilen veya hâkimin kesin olarak belirlediği cevap süresi içinde verememişse, eski hâle getirme talebinde bulunabilir (HMK m. 95, 1). Cevap süresinde verilemeyen cevap dilekçesi de eski hâle getirme talebinde bulunmak için öngörülen süre içinde verilmeli ve cevap dilekçesinde tahkim ilk itirazı ileri sürülmelidir. Mahkeme eski hâle getirme talebini kabul ederse, tahkim ilk itirazı hakkında bir karar verir (HMK m. 97, 1).

Davalı, tahkim ilk itirazını süresinde yapmamışsa, uyuşmazlığın tahkimle çözülmesinin tek yolu, yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmalarıdır. Bu durumda dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir (HMK m. 412, 5).

D. Tahkim İlk İtirazının Dürüstlük Kurallarına Uygun Olması Gerektiği

Tahkim ilk itirazı açık ve dürüstlük kurallarına uygun olmalıdır.¹⁹ Yargıtay bu konuda çelişkili davranışlara izin vermemektedir.

¹⁶ Aydemir, *Tahkim Sözleşmesi*, 318; Postacıoğlu ve Altay, *Usûl Hukuku Dersleri*, § 52. III. 4; Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 814-815; Taşkın, "Mukayese," 47; Üstündağ, "Tahkim İtirazı," 452.

¹⁷ Karadaş, *Ulusal (İç) Tahkim*, 94.

¹⁸ Adlî tâtıl, her yıl yirmi temmuzda başlar, otuz bir ağustosta sona erer. Yeni adlî yıl bir eylülde başlar (HMK m. 102, 1).

¹⁹ Akıncı, *Tahkim*, 127; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2018), XXXVI. D, 4.

Farklı Yargıtay kararlarına göre, sözleşmedeki tahkim şartına rağmen mahkemede dava açan davacı, davalının aynı sözleşmeye istinaden kendisine karşı açtığı diğer bir davada tahkim ilk itirazında bulunamaz. Bunun gibi, davalı tahkim ilk itirazında bulunmakla birlikte şartlı olarak karşı dava açmış ve tahkim sözleşmesi kapsamında başka bir alacağını bu davada takas yoluyla ileri sürmüştü, artık tahkim ilk itirazından vazgeçmiş sayılır.²⁰ Yargıtayın konuyla ilgili emsal kararları şu şekildedir:

“...davacı tarafından açılan davada ‘tahkim itirazında’ bulunan arsa sahipleri, **kendi davalarında sözleşmedeki tahkim koşulunu dikkate almadan genel mahkemede davalarını açmışlardır. Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin taraflarınca davalarını hakem yerine mahkemelerde açmış olmaları durumunda; tahkim sözleşmesinin veya şartının uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü gerekir.** Çünkü T.M.K.nun 2. maddesi gereğince herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Yukarıda açıklandığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, **sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartının uygulanması olanağını ortadan kaldırmışlardır.** Açıklanan bu sebeplerle davalılarca yapılan tahkim itirazı kabul edilemez. Mahkemece, uyuşmazlığın esasına girilerek çözüme bağlanmalıdır.”²¹

“Görüldüğü üzere, davacı tarafından açılan davada ‘tahkim itirazında’ bulunan yüklenici şirket, **kendi davasında sözleşmedeki tahkim koşulunu dikkate almadan genel mahkemede davasını açmıştır.** Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin taraflarınca davalarını hakem yerine mahkemelerde açmış olmaları durumunda; **tahkim sözleşmesinin veya şartının uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü gerekir.** Çünkü, Türk Medeni Kanunu'nun (2.) maddesi gereğince herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni

²⁰ Yar. 15. HD, 23.09.2010, 2636/4724 (Uyap Portal).

²¹ Yar. 15. HD, 04.10.2010, E. 2010/4423, K. 2010/4960, KBİBB.

korumaz. Az yukarıda da açıklandığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartının uygulanması olanağını ortadan kaldırmışlardır. Açıklanan bu sebeplerle **davalılarca yapılan tahkim itirazı kabul edilemez**. Mahkemece, uyuşmazlığın esasına girilerek çözüme bağlanmalıdır".²²

Doktrinadaki bir görüşe göre bu kararlar isabetlidir. Bir tarafın kendisi bakımından uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurmasından sonra, aleyhine aynı uyuşmazlık hakkında mahkemede açılan davada tahkim itirazında bulunması, dürüstlük kuralına aykırı olduğundan, itiraz reddedilmelidir. Geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen mahkemede açılan davada tahkim itirazında bulunulmamasını, sâdece o uyuşmazlık (dava) bakımından değerlendirmemek gerekir. Aynı sözleşmeye dayanılarak daha sonra açılacak olan davada tahkim itirazı ileri sürülemez.²³

Doktrinadaki aksi görüş tarafından Yargıtay kararları eleştirilmiş ve tarafların mahkemede ayrı ayrı dava açmış olmalarının, tahkim ilk itirazını ileri sürme hakkını ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir. Kanun, tahkim ilk itirazında bulunabilmek için sâdece tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin mahkemede dava açmış olması şeklinde bir koşul aramamıştır. Her iki taraf da devlet mahkemesinde birbirine karşı ayrı ayrı dava açmışsa, tarafların tahkim ilk itirazını ileri süremeyeceği veya ileri sürmesi durumunda bunun dürüstlük kuralına aykırı olacağı yorumu, ilk itirazlara ilişkin kanun hükümlerinin konuluş amacına aykırı olur. Tahkimin amacına uygun olan, tahkim iradesini ayakta tutmak sûretiyle uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesidir. Her iki taraf da mahkemede birbirlerine karşı ayrı ayrı dava açtığı takdirde, tahkime başvurma şeklindeki taraf iradelerinin ortadan kalktığı yönünde farazî bir iradenin varlığı kabul edilemez. Kanundan doğan tahkim ilk itirazını ileri sürme hakkının kullanılması, hakkın kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilemez. Ancak bunun dışındaki istisnâ durumlarda dürüstlük kuralı uygulaması değerlendirilebilir.²⁴

²² Yar. 15. HD, E. 2009/5065, K.2009/6721, 11.12.2009, KBİBB.

²³ Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 808-809.

²⁴ Taşkın, "Mukayese," 46; Âlim Taşkın, *Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşması, Hakem Kurulu ve Tahkim Yargılaması* (Ankara: Yetkin, 2019), 42.

Kanımca, geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen taraflar uyuşmazlığın genel mahkemede çözümlenmesi konusunda anlaşarlarsa, bu konudaki anlaşma sâdece görülmekte olan dava için geçerli olmalıdır. Bu anlaşma, yapılacak bir tâdil sözleşmesiyle tahkim sözleşmesi açıkça kaldırılmadığı takdirde, tahkim sözleşmesine tâbi ve bundan sonra açılacak bütün uyuşmazlıkları kapsamaz. Aynı sözleşmeye dayanılarak daha sonra açılacak olan davada tahkim itirazının ileri sürülmesi mümkün olup, bunun dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını her somut olayın özelliklerine göre münferiden değerlendirmek gerekir.

Geçerli tahkim sözleşmesine rağmen sözleşmenin taraflarının davalarını hakem yerine mahkemede açmış olmaları tek başına, gelecekte de tahkim sözleşmesinin kapsamına giren tüm uyuşmazlıklarda artık tahkim sözleşmesinin uygulanmasından vazgeçmiş olduklarını göstermez.

Yukarıdaki Yargıtay kararlarına konu olayda dava ilk önce yüklenici tarafından mahkemede açılmıştır. Ancak bunun tam tersi bir ihtimal de gerçekleşebilir ve arsa sahipleri de ilk önce mahkemede dava açmış olabilir.

Somut olayda yüklenici şirketin, davacı olduğu bir davayı tahkim sözleşmesine rağmen mahkemede açtığı anlaşılmaktadır. Bu davada davalı arsa sahipleri, tahkim ilk itirazın bulunma hakları olduğu hâlde bunu kullanmamışlardır. Bundan sonra arsa sahiplerinin davacı sıfatıyla yükleniciye karşı açtığı davada ise yüklenici tahkim ilk itirazında bulunmuşsa da Yargıtay, kendi davasını mahkemede açan yüklenicinin, arsa sahiplerinin kendisine karşı açtığı davada tahkim ilk itirazında bulunmasını dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur. Hâlbuki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartının uygulanmasından vazgeçmiş değildir. Sâdece arsa sahipleri, yüklenicinin açtığı davanın mahkemede görülmesini tercih ettiklerinden, davada tahkim ilk itirazında bulunmamışlardır. Davalı arsa sahiplerinin derdest davada tahkim ilk itirazında bulunmaması, tahkim sözleşmesinin ikale sözleşmesi yoluyla sona erdirildiği anlamına gelmez. Yüklenicinin davasını mahkemede açmasına böyle bir hukukî sonuç izafe edile-

mez. Arsa sahiplerinin daha sonra yükleniciye karşı açtığı davada yüklenicinin tahkim ilk itirazında bulunma hakkı elinden alınmamalıdır.

Somut olay Yargıtay kararına konu olanın tam tersi olsaydı, dürüstlük kuralına aykırılığa bu kadar kolay dayanmak mümkün olmayabilirdi. Örneğin tahkim şartı içeren bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarından olan arsa sahipleri, tahkim masraflarını karşılayamadıkları için, kısmî dava açarak düşük harç ödemek sûretiyle yükleniciye karşı asliye hukuk mahkemesinde²⁵ veya yükleniciden taşınmaz satın alan bir alıcı tüketici sıfatıyla yükleniciye karşı tüketici mahkemesinde²⁶ harçtan muaf şekilde²⁷ dava açmayı ter-

²⁵ “Her ne kadar dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6502 Sayılı Kanun'un 3/1 bendi ile tüketici işlemi kapsamına eser sözleşmeleri alınmışsa da, somut olayda olduğu gibi arsasına karşılık bağımsız bölüm alacak olan arsa sahibinin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket ettiğinden söz edilemeyeceği, amacının salt kişisel ihtiyaçları için kullanma, tüketme amacını aştığı, Kanun'un 3/k maddesindeki ‘tüketici’ tanımına uymadığı anlaşılmaktadır. Bünyesinde taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmesi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibi açısından güdülen amaç kullanmak için konut edinmek değildir. Güdülen amaç, arsasının değerlendirilmesini sağlayacak yapının arsa üzerine yapılmasıdır. Bu nedenle, arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarlarken güttüğü işbu saikinin, 6502 Sayılı Yasa'da tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Kanun'un amacı, kapsamı, 3. maddesindeki tanımlar bütün olarak okunup değerlendirildiğinde ve taraflar arasındaki sözleşmeye konu işin, üst düzey teknoloji ile gerçekleştirilmesi, kapsamı ve karmaşıklığı da dikkate alındığında Yasa koyucunun, salt kullanma ve tüketme amacıyla yapılan, basit nitelikteki (kullanacağı evi için dolap yaptırmak, badana-boya yaptırmak, şahsi aracını tamir ettirmek ...vb.gibi) **dar kapsamlı olağan tüketim işlemi**ni konu alan eser sözleşmelerini, 6502 Sayılı Kanun'un 3/1. maddesi kapsamına aldığı ve Tüketici Mahkemeleri'nce bakılmasını öngördüğünün kabulü icap eder. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kapsamı, karmaşıklığı ve üst düzey teknolojisi gerektirmesi karşısında, bu davaların; dilekçelerin verilmesi, tahkikat ve hüküm aşamaları yönünden daha kısa ve basit şekilde sonuçlandırılmasında yarar görülen basit yargılama usulüne tabi tutulmasının sakıncaları da gözardı edilmemelidir” (Yar. 23. HD, E. 2017/833, K. 2017/799, 14.03.2017, KBİBB).

²⁶ “Somut uyuşmazlık, **davacı tüketici ile davalı satıcı-yüklenici** arasındaki konut satışından kaynaklanmakta olup, diğer davalı arsa sahibi yapılan harici satış sözleşmesinde taraf değildir. Yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan kat karşı-

cih edebilir. Yüklenici bu davalarda tahkim ilk itirazında bulunmakta muhtar olup, tercihini tahkim ilk itirazını ileri sürmemek yönünde kullanabilir.

Yüklenicinin tahkim ilk itirazında bulunma hakkı olduğu hâlde bunu kullanmayarak derdest davanın mahkemede görülmesini sağlaması kendi tercihidir. Arsa sahipleri veya tüketicinin (alıcının) ekonomik menfaatlerini düşünmesi ise, tek başına dürüstlük kuralına aykırı olmayıp hakkın kötüye kullanımı sayılamaz. Böylece arsa sahipleri veya tüketici, yüklenicinin daha sonra kendilerine karşı açacağı başka bir davada tahkim ilk itirazında bulunmaktan feragat etmiş de sayılamazlar.

Tarafların somut bir dava için tahkim ilk itirazında bulunmak sûretiyle davanın tahkim yerine mahkemede görülmesi yönünde yaptığı anlaşma o uyumsuzluğa özgü olup, tahkim sözleşmesi kapsamına giren tüm uyumsuzluklara teşmil edilemez. Tarafların iradesinde açıklık yoksa, böyle geniş bir iradenin olduğu sonucuna varsayımla ulaşamaz. Kanun, her davada müstakilen tahkim ilk itirazında bulunma hakkını taraflara tanımıştır (HMK m. 116, 1/b). Tahkim ilk itirazının ileri sürülmesinde dürüstlük kuralını bu kadar geniş ölçüde uygulamak yerine, açıkça hakkın kötüye kullanıldığı istisnâî hâllere münhasır kullanmak ve somut olay özelinde karar vermek daha uygun olur.

Tahkim ilk itirazının ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına açıkça aykırı olduğu tipik durumlara örnek olarak, üzerine düşen tahkim gider avansını yatırmayan davalının tahkim ilk itirazında bu-

lığı inşaat sözleşmesine göre **yüklenici kendisine düşen bağımsız bölümleri harici satış sözleşmesi ile satmış olup**, yapılan satış sözleşmelerinde davalı arsa sahibi taraf olmadığı gibi arsa sahibinin sorumluluğu yüklenicisine dair delil de ibraz edilmemiştir. Bu durumda; zarardan sözleşmenin tarafı sorumlu olduğundan arsa sahibine husumet yöneltilemez” (Yar. 3. HD, E. 2017/984, K. 2017/12985, 28.09.2017, KBİBB).

²⁷ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73, 2’ye göre tüketici mahkemeleri nezdinde Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalar 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununda düzenlenen harçlardan muaftır.

lunması gösterilebilir. Tahkim gider avansının, hakem kararında öngörülen süre içinde ödenmemesi sebebiyle tahkim yargılamasının durdurulmasının taraflara bildirilmesinden itibaren bir ay içinde avans ödenmediği için tahkim yargılamasının sona ermesinden sonra (HMK m. 435, 1/e; 442, 2) mahkemede açılan davada, davalının tahkim ilk itirazında bulunması dürüstlük kuralına açıkça aykırıdır. Davalı hissesine düşen gider avansını yatırmadığı için tahkim yargılaması sona erdiğine göre uyuşmazlığın mahkemede çözülmesinden başka seçenek kalmamıştır. Bu durma sebebiyet veren davalının mahkemede tahkim ilk itirazında bulunması, uyuşmazlığın çözülmesini engelleyerek sürüncemede bırakmaya matuf bir tutumdur ve açıkça hakkın kötüye kullanımı teşkil eder.²⁸

II. TAHKİM İLK İTİRAZI ÜZERİNE MAHKEMECE YAPILACAK İŞLEMLER

A. Tahkim İlk İtirazının İncelenmesi

Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler (HMK m. 137, 1). Tahkim ilk itirazı, dava şartlarından sonra (HMK m. 117, 2), ön sorunlar gibi incelenir ve karara bağlanır (HMK m. 117, 3).

Davalı esasa cevap süresi içinde hem yetki hem de tahkim ilk itirazında bulunursa, dava şartlarının tam olduğunu belirleyen mahkeme ilk önce yetki ilk itirazını inceler ve bu itirazı haklı bulursa yetkisizlik kararı vermekle yetinir. Bu ihtimalde tahkim ilk itirazını inceleme görevi yetkili mahkemeye ait olduğundan, yetkisiz mahkeme tahkim ilk itirazını inceleyemez.²⁹

²⁸ Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 823.

²⁹ "Davalı vekilleri, yasal süresinde verdikleri cevap dilekçesinde, hem tahkim hem de yetki itirazında bulunmuşlardır. Uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi gerektiği yolundaki itiraz, mahkemenin görevine yönelik bulunmakla beraber görevle ilgili genel prensiplerden farklılık arzeder. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarına göre, **tahkime ilişkin itirazın davalı yanca cevap süresi içinde ileri sürülmesi gerekmekte olup, mahkemenin tahkim sözleşmesini kendiliğinden gözeterik görevsizlik kararı vermesi olanaklı değildir.** Tahkim itirazı bu yönüyle ilk itirazlara benzemekte ise de teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp söz-

B. Tahkim İlk İtirazı Sebebiyle Tahkim Sözleşmesinin Hükümsüz, Tesirsiz veya Uygulanmasının İmkânsız Olup Olmadığının İncelenmesi

Tahkim sözleşmesinin varlığı tespit edilse bile geçerliliği itiraz konusu olabilir. Tahkim sözleşmesinin varlığı tespit edilmemişse, hükümsüz olduğu gerekçesiyle itiraz etmek, öncelikle varlığını kabul etmek anlamına gelir. Taraflardan biri aynı anda hem tahkim sözleşmesinin varlığına hem de geçerliliğine itiraz edebilir ve açtığı tespit davasında, tahkim sözleşmesinin varlığı ispatlandığı takdirde hükümsüzlüğünün tespitini isteyebilir.

New York Sözleşmesi m. 2, 3'e göre taraflar, tahkim sözleşmesi yaptıkları bir konu hakkında dava açtıklarında Sözleşmeci Devlet mahkemesi, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olduğunu belirlemediği takdirde, taraflardan birinin tahkim itirazını kabul eder ve tarafları tahkime sevk eder.³⁰ Bu kapsamda aynı usûlü benimseyen HMK 413 hükmü, New York Sözleşmesi m. 2, 3 ile uyumludur.

Tahkim yargılaması başlamadan mahkeme, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olduğunu belirleyebilir. Mahkemenin bu hükmü, patalojik tahkim şartından³¹ kaynaklanabilir. Bu sorunlar yorum yoluyla çözülebilir.

Tahkim ilk itirazı üzerine mahkemece yapılacak denetimin ölçüsü önem taşımaktadır. Çünkü tahkim ilk itirazı üzerine mahkemece yapılacak denetim sonucunda tahkim sözleşmesi geçerli bulunursa, artık mahkemece uyuşmazlığın esası hakkında bir yargılama

leşmeye dayalı bir def'i niteliğindedir. Bu durumda, **önce yetki itirazının incelenmesi**, yetki itirazı yerinde görüldüğü takdirde dava dilekçesinin yetki yönünden reddine karar verilmesi gerekir. Zira **tahkim itirazını incelemek yetkili mahkemeye aittir**. Mahkemece bu yönlerden yanılığa düşülerek öncelikle tahkim itirazının kabulü ile yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi isabetli görülmüştür" (Yar. 19. HD, E. 2000/2591, K. 2000/2974, 19.04.2000, KBİBB).

³⁰ Lew, Mistelis and Kröll, *International Commercial Arbitration*, 159.

³¹ Tahkim sözleşmesi uygulanması imkânsız şekilde kaleme alınmış olabilir veya tüzel kişiliği sona eren yahut baştan beri hiç mevcut olmayan bir kurumun hakem atamasını öngörebilir.

yapılmaz ve dava tahkim ilk itirazı sebebiyle usûlden reddedilir. Buna karşılık mahkeme, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olduğunu tespit ederse, tahkim itirazını reddederek yargılamaya devam eder ve davanın esasına girer.³²

Hakemler de tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazları inceleyebilir. Tahkim sözleşmesi ile bunun temelinde bulunan asıl sözleşmenin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazları incelemek hakemlerin yetkisi kapsamındadır (HMK m. 422, 1).

Hakemlerin seçimi usûlüne uygunsuz ve hakemler yetkilerini tahkim sözleşmesine uygun şekilde kullanıyorlarsa, tahkim sözleşmesi geçerli olduğu gibi uygulanma kabiliyetine de sahiptir. Hakemlerin, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olduğuna ilişkin kararı tahkim davasının sona ermesine yol açar. Hakemlerin buna ilişkin kararına itiraz edilebilir ve mahkemede tekrar incelenmesi sağlanabilir. Uygulanan tahkim hukuku hükümlerine bağlı olarak hakemlerin, tahkim sözleşmesinin geçerli ve uygulanması mümkün olduğuna ilişkin kararı tahkim yargılaması sırasında veya New York Sözleşmesi m. 5'te öngörüldüğü üzere nihaî hakem kararının verilmesinden sonraki tenfiz davası sırasında itiraza konu olabilir.³³

Bu noktada karar verilecek husus, mahkemece tam bir denetim yapılarak tahkim sözleşmesinin geçersiz olup olmadığının mı denetleneceği; yoksa bu hususta derinlemesine bir tahkikat yapmadan, ilk bakışta (görünüşte, *prima facie*) bir incelemeyle yetinilerek mi karar verileceğidir. Son durum kabul edilirse mahkeme, tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu sonucuna açıkça varamadığı sürece davanın

³² Akıncı, *Tahkim*, 131-132; Ali Yeşilırmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (İstanbul: On İki Levha, 2011), 83.

³³ Matti S. Kurkela, Santtu Turunen and Conflict Management Institute (COMI), *Due Process in International Commercial Arbitration* (New York: Oxford University Press, 2010) 51.

esas hakkında yargılama yapamayacaktır. Ancak hâkim eğilim, özellikle de Model Kanun ülkelerinde, mahkemelerce bu esnada, tam bir denetimin gerçekleştirilmesi yönündedir.³⁴

HMK sisteminde tahkim ilk itirazı üzerine mahkeme, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olup olmadığını Borçlar Hukuku esaslarına göre ve fakat yüzeysel (*prima facie*) bir inceleme yaparak karara bağlar. Tahkim ilk itirazında bulunan tarafın tahkim sözleşmesinin varlığını yaklaşık ispat ölçüsüyle ortaya koyması yeterlidir. Çünkü tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazları esas itibariyle hakemler inceler ve kendi yetkileri hakkında karar verir. Bu karar verilirken de sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir (HMK m. 422; MTK m. 7/H).

Bu konudaki nihaî denetimi, hakem kararının iptali talebini inceleyen mahkeme yapar. İptal davasına bakan bölge adliye mahkemesi, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olup olmadığını incelerken, daha önce tahkim ilk itirazını inceleyen mahkemenin veya tahkim sözleşmesinin mevcut yahut geçerli olup olmadığına ilişkin itirazları inceleyen hakemlerin verdikleri kararlar bağlı olmadan müstakil ve kapsamlı bir denetim yapar³⁵ (HMK m. 439, 2/ç, d, g, ğ; MTK m. 15/A).

Kanımca bu usûl isabetli değildir. Davalı tahkim ilk itirazında bulunduğu mahkeme yüzeysel bir denetimle tahkim sözleşmesinin geçerli olduğuna karar verirse, davayı usûlden reddetmekte ve

³⁴ Fouchard, Gaillard and Goldman, *International Commercial Arbitration*, 408; Bilgehan Yeşilova, "Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine-Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak-Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/I)," *DEÜHFD* 11, no. Özel Sayı-Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan (2009): 766-767.

³⁵ Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 824; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, Murat Atalı, Güray Erdönmez, Mine Akkan, Ali Yeşilirmak ve Hülya Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku*, C. 1, 2, 3 (Ankara: On İki Levha, 2017), § 22. III. D; VII. F. 1; Yeşilova, "Tahkim İlk İtirazı," 755, 786-788, 807-808. Yeşilirmak, *Doğrudan Görüşme*, 83.

böylece tahkim davası başlamaktadır. Tahkim sözleşmesi aslında geçersiz olmasına rağmen, bu hususta kabul edilen düşük denetim ölçüsü yüzünden geçerli kabul edilerek tahkim yargılamasına devam edilmesi, davacı tarafın tahkime mahkûm ve mecbur edilmesi, tabii hâkiminden koparılması ve bir yargısal temel hak olan mahkemeye erişim hakkından iradesi hilafına mahrum bırakılması sonucunu doğurur.

Tahkim yargılamasında hakemler sonradan yargı yetkileri konusunda aksi yönde bir karar verebilir. Tahkim davasında hakemler de kendilerini yetkili görerek davayı esastan karara bağladıktan sonra hakem kararının, iptal davasına bakan bölge adliye mahkemesi tarafından yapılacağı tam denetim sonucunda “tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olduğu” gerekçesiyle iptal edilmesi mümkündür. Bu durum emek, zaman ve para kaybına yol açmakta,³⁶ usûl ekonomisi ilkesine aykırı olmakta ve âdetâ kötü niyetli davalıyı ödüllendirmektedir.

Tahkim ilk itirazında bulunarak davanın tahkimde görülmesini isteyen davalı, tahkim yargılaması sırasında uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına dair hiçbir itiraz ileri sürmemiş olmasına rağmen, hakem kararının iptal davasına bakan bölge adliye mahkemesi bunu re’sen nazara alarak iptal kararı vermektedir. Hâlbuki davalı tahkim ilk itirazında bulunmuş, ilk itirazı inceleyen mahkeme tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olmadığına karar vermiş ve hakemler kendilerini yetkili görüp davanın esasına girmişlerdir. Davalının talebine eklenen bu çift denetimden sonra hakem kararının aynı yönlerden iptali hukukî güvenlik ilkesine aykırıdır.

Bu sebeple kanımca, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olup olmadığı, tahkim ilk itirazı üzerine davaya bakan mahkemece yüzeysel değil, tam olarak ve her

³⁶ Cevdet Yavuz, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabii Olduğu Hükümler,” iç. II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim, Konuşmalar, Tartışmalar, Bildiriler, 14 Şubat 2009 (İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, 2009), 168-169; Yeşilova, “Tahkim İlk İtirazı,” 766.

yönüyle incelenmeli; yaklaşık ispat ölçüsüyle yetinilerek yargılama konusu olmuş bu meselenin kesin şekilde çözümü ileriye (iptal davasına) ertelenmemelidir. Mahkemenin bu hususta vereceği hüküm kanun yolu denetiminden de geçmişse, içerdiği tespitler (tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olmadığı) bakımından kesin hüküm gücüne sahip olmalıdır. Mahkeme, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olmadığını tespit ederek davalının tahkim ilk itirazını kabul etmiş, davayı usûlden reddetmiş ve bu karar kanun yolu incelemesinde de doğru bulunmuşsa, hakem kurulu mahkemenin kesin hüküm oluşturan bu kararıyla bağlı olmalı, artık yetkisizlik kararı verememelidir. Kesinleşen bu tespit, bu hususlarla (tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olmadığıyla) sınırlı olarak hakem kararının iptal davasına bakan bölge adliye mahkemesini de bağlamalıdır.

Doktrinde, tahkim sözleşmesinin geçerliliği üzerinde mahkemelerce tam denetim yapılması fikrinin, hakemlere tanınan yetkiye hükmetme yetkisini örseleyeceği, önemini ve değerini yitirmesine neden olacağı gerekçesiyle eleştirilebileceği belirtilmiştir. Çünkü milletlerarası tahkim uygulamasında çoğu zaman, özellikle tahkimi akamete uğratmak isteyen tarafın yapacağı ilk iş, uyuşmazlığın esası hakkında kendi ülke mahkemesinde bir dava açmaktır. Tahkim itirazı üzerine mahkemenin tahkim sözleşmesinin geçerliliği konusunda tahkikat yapması, tahkim yargılamasını geciktirecektir. Mahkemenin bu konudaki kararı, tahkim sözleşmesinin geçerli olması nedeniyle bozulursa, milletlerarası tahkimden beklenen sürat ve tarafsızlık gibi faydalar değerini kaybeder.³⁷ Ancak mevcut menfaat dengesi bakımından, tahkim sözleşmesinin geçerliliği üzerinde mahkemelerce tam denetim yapılması yönündeki tercihin isabetli olduğu, doktrinde şu haklı gerekçelerle açıklanmıştır:

“Uyuşmazlığın esası hakkında açılan davanın görüldüğü mahkemece davalının tahkim itirazı üzerine, hakemlerin yargı yetkisini ilgilendiren meselelerin görmezlikten gelinmesi yahut geçerli kabul

³⁷ Yeşilova, “Tahkim İlk İtirazı,” 767.

edilen türlü kriterler sonucunda geçiştirilmesi, ilk bakışta kolaylıkla kabul edilebilecek bir durum değildir. Böyle bir ihtilafın çözümünün geciktirilmesi, (davacının) tarafın belki de **geçersiz bir tahkim anlaşması üzerine tabii hâkiminden koparılması**, anlamına da gelebilecektir. Kaldı ki, bu şartlar altında, davacının tahkime etkin bir katılmanı beklemek, hiç de gerçekçi değildir. Zira tüm bir tahkim yargılamasının, **hakemlerin gerçekte yargı yetkisinden yoksun oldukları iddiasının gölgesinde kalacağı** muhakkaktır. Bunların yanında hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili olarak yapılan itiraz üzerine verecekler kararın gecikmesi ve hatta itirazı, uyuşmazlığın esası hakkındaki nihai kararları içinde çözüme kavuşmaları (Model Kanun m. 16/III, c. 1), harcanan emek, zaman ve maddi kaynak dikkate alındığında; belki de **tüm bir tahkim yargılamasının boşa geçirilmesi; heba edilmesi sonucunu da doğurabilecektir**. Bütün bu nedenlerle **mahkemenin denetim yetkisinin kısıtlanmasında, özellikle usul ekonomisi ilkesi dikkate alındığında; hiçbir pratik faydanın olmadığı** savunulabilir. Hakemlerin yargı yetkisini ilgilendiren bir konu hakkında, mahkemelerin erken dönemde vereceği bir karar, bir yandan sözü edilen tüm bu kayıpların yaşanmasına mani olurken öte yandan tahkime ve hakemlere güç katabilir. Zira tarafların (tahkim anlaşmasının geçerliliği sonucuna ulaşılmışsa) uyuşmazlıklarını çözebilmek bakımından **artık tahkimden başka çareleri kalmadığı** gibi mahkeme (özellikle tahkim yeri mahkemelerinin) yardımının gerektiği pek çok hâlde, artık bir daha hakemlerin yargı yetkisi, tartışmaya açılmayacaktır".³⁸

C. Mahkemenin Tahkim İlk İtirazını Kabul Etmesi Sebebiyle Davanın Usûlden Reddine Karar Vermesi

Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazının mahkemece kabul edilebilmesi için, tahkim yargılamasının başlatılmış olması gerekli değildir. Mahkemeye tahkim ilk itirazında bulunduğu sırada bu ilk itirazın kabul edilmesi için, tahkim yargılamasının fiilen başlatılmış olması aranmaz.

³⁸ Yeşilova, "Tahkim İlk İtirazı," 768.

Davalının yapacağı tahkim ilk itirazının sonucunda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usûlden reddeder (HMK m. 413, 1). Çünkü taraflar tahkim sözleşmesi yaparak, tahkim sözleşmesinin kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından mahkemenin yargı yetkisini kaldırmışlardır. Mahkemenin tahkim ilk itirazının kabulüyle davanın usûlden reddi kararı nihaî karar olup, bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir.³⁹

Tahkim ilk itirazını kabul eden mahkemenin davanın usûlden reddi yerine görevsizlik kararı vermesi hatalıdır. Çünkü görev kurları, belirli bir davaya aynı yargı kolundaki ilk derece mahkemelerinden hangisinin bakacağını düzenler. Tahkim ise alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisidir ve herhangi bir yargı koluna girmez. Üstelik “uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı” dava şartı olmayıp Kanunda ilk itiraz olarak sayıldığından (HMK m. 116, 1/b), dava şartlarından olan görevle aynı görülemez. Bu sebeple tahkim ilk itirazını kabul eden mahkeme görevsizlik kararı değil, davanın usûlden reddi kararı vermelidir.⁴⁰ Aşağıdaki Yargıtay kararı bu yönüyle eleştiriye açıktır:

“HMK'nın 412/1. maddesine göre tahkim, uyuşmazlığın tamamının veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda tarafların yaptıkları bir anlaşma olup **alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisidir** ve ilk itiraz olarak ileri sürüldüğünde mahkemenin görevi sona erip uyuşmazlığın hakemde görülmesi gerektiğinden verilen karar **usul hukuku anlamında görevsizlik kararı niteliğindedir**”.⁴¹

³⁹ Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 813, 815, 817, 819.

⁴⁰ Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 818; Yeşilova, *Nihai Karar*, 516-517.

⁴¹ Yar. 11. HD, 25.10.2018, E. 2018/4865, K. 2018/6686,

(www.karararama.yargitay.gov.tr).

D. Tahkim İlk İtirazının Kabulüyle Davanın Usûlden Reddine Dair Mahkeme Kararının Bağlayıcılığı

Doktrinde hakemlerin, tahkim ilk itirazının kabulüyle davanın usûlden reddine dair mahkeme kararıyla bağlı olmadığı şu şekilde belirtilmiştir:

“Mahkemenin inceleme yetkisi sınırlı olduğu için hakemler çok daha geniş inceleme yetkisi ile kendi yetkilerini inceleyip karar verebilirler. Bu nedenle, hakemler kendi yetkilerini incelerken mahkemenin kararına rağmen kendilerinin de yetilerinin bulunmadığına karar verebileceklerdir. Ancak hemen belirtelim ki, hakemlerin şu ya da bu şekilde yetkili olmadıklarına ilişkin verdikleri kararlar, devlet mahkemeleri için bağlayıcıdır ve bu karara uyararak uyumsuzluğu incelemek zorundadırlar”.⁴²

Aynı görüşün aksi yöndeki bir tespiti ise şöyledir:

“Mahkeme hakemlerin tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakkında verdiği karar ile bağlı değildir”.⁴³

Kanunun benimsediği bu esaslar, uygulamada sorunlar doğurmaktadır. Öncelikle, mahkemenin (örneğin tahkim sözleşmesi hükümsüz olduğu için) tahkim ilk itirazının reddine dair kararı hakemleri bağlayıcı olduğu hâlde, bunun aksi yönde olan tahkim ilk itirazının kabulü ile davanın usûlden reddi kararı hakemleri bağlayıcı değildir.⁴⁴ Bu bir çelişkidir. Mahkemenin inceleme yetkisinin sınırlı; hakemlerin inceleme yetkisinin geniş olması bu çelişkiyi haklı çıkarmaz. Mahkeme, tahkim ilk itirazının reddine karar verirken de aynı kapsamda bir inceleme yapmaktadır.

Diğer yandan, hakemlerin yetkili olduğunu belirten mahkeme kararı hakemleri bağlamazken, hakemlerin yetkili olmadıklarına ilişkin verdikleri kararın mahkemeleri bağlayıcı olduğunu söylemek de bir çelişkilidir.

⁴² Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 828. Aynı yönde Pekcanitez et. al., *Usûl Hukuku*, § 11. III. B. 2, b.

⁴³ Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 830.

⁴⁴ Pekcanitez et. al., *Usûl Hukuku*, § 11. III. B. 2, b.

Kanımca mahkemenin, tahkim ilk itirazı sonucunda verdiği davanın usûlden reddi kararı, kanun yollarından geçerek kesinleşmişse, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olmadığını tespit ettiğinden, bu yönüyle hem hakemleri hem de daha sonra hakem kararına karşı açılan iptal davasına bakan bölge adliye mahkemesini bağlamalıdır. Bu hususa açıklık kazandıracak bir kanun tâdilâtı yapılması uygun olur.

Doktrinde de aynı görüş savunulmuş ve bu bağlılığın, maddî anlamda kesin hüküm etkisi sebebiyle olmayıp; mahkeme kararları arasında olduğu gibi usûle ilişkin nihaî kararların, ilgili oldukları usûlî sorun hakkında aksine hüküm olmadıkça diğer mahkemeleri de bağlaması sebebiyle olduğu belirtilmiştir.⁴⁵

Mahkemenin, tahkim ilk itirazının kabulüyle davanın usûlden reddine dair kararının, kanun yollarından geçerek kesinleşmişse hakemleri ve mahkemeyi bağlaması, iptal davasında hakem kararının bu sebepler veya karara konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması sebebiyle iptal edilmesi riskini önler. Sonradan hakem kararının iptali yüzünden masraf, zaman ve emek kaybına uğramamak için mahkemenin, tahkim ilk itirazı sonucunda verdiği davanın usûlden reddi kararının kanun yoluna götürülerek kesinleştirilmesinde büyük yarar vardır.

E. Davanın Usûlden Reddinde Yargılama Giderleri

Tahkim ilk itirazını kabul ederek davayı usûlden reddeden mahkeme, yargılama harç ve giderlerini (davalı avukatla temsil edilmişse avukatlık ücretini) davacı aleyhine yüklemelidir (HMK m. 326, 1).

Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları sebebiyle dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilirse (HMK m. 412, 5), aleyhine hüküm verilen taraf olmadığından yargılama harç ve giderleri davacıya yüklenmemelidir. Doktrinde bu ihtimalde yargılama giderlerinin

⁴⁵ Ersin Erdoğan, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi* (Ankara: Yetkin, 2017), 275.

taraflar arasındaki anlaşmaya göre; taraflar arasında bu hususta anlaşma yoksa eşit olarak paylaşılması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁶

Kanımca, taraflar arasında bu hususta özel bir anlaşma yoksa, dava esastan sonuçlanmadığı için “Esastan sonuçlanmayan davada yargılama gideri”ni düzenleyen HMK m. 331’in uygulanması mümkündür. Bu ihtimalde dava konusuz kalacağından, davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek yoktur. Hâkim, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir ve hükmeder (HMK m. 331, 1).

F. Davanın Usûlden Reddinden Sonra Davacının Tahkim Davası Açması

1. Tahkimde Açılan Davanın Mahkemede Açılan Davanın Devamı Olması

New York Sözleşmesi m. 2, 3’te mahkemenin, taraflardan birinin tahkim itirazını kabul ederek davayı usûlden reddetmesi ve tarafları tahkime göndermesi durumunda, tahkim davasının hangi süre içinde açılması gerektiği öngörülmemiştir. Bu durumda, tahkim sözleşmesi kapsamına giren bütün uyuşmazlıklar hakkında tahkimde dava açılmalıdır.⁴⁷

Geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen davacının tahkimi atlayarak mahkemede dava açması ve davalının da süresinde tahkim ilk itirazında bulunması sebebiyle davaya bakan mahkemenin tahkim ilk itirazını kabul ederek davayı usûlden reddetmesi durumunda HMK m. 20’de önögrülen usûl kıyasen uygulanmalı ve davacı, görevsizlik kararı üzerine yapılacak işlemleri (HMK m. 20) yapmalıdır.

Davalının tahkim ilk itirazı sebebiyle davanın usûlden reddine karar verilmesi hâlinde davacı, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde (HMK m. 20) tahkime başvurursa (ha-

⁴⁶ Pekcanutez, *İlk İtiraz*, 839.

⁴⁷ Kurkela, Turunen and Conflict Management Institute (COMI), *Due Process*, 59.

kemde dava açarsa), mahkemeye başvurulması üzerine davanın açılmasıyla doğan sonuçlar korunmuş olur.

Bu kapsamda mahkemede açılan dava ile kesilen zamanaşımı, daha sonra başvurulacak olan tahkim davasında da kesilmiş olur.

Bunun gibi, davalının tahkim ilk itirazı sebebiyle davanın usûlden reddine karar veren mahkeme, daha önce vermiş olduğu ihtiyatî tedbir kararının devamına karar verebilir.⁴⁸ Mahkemenin verdiği ihtiyatî tedbir kararı, hakemlerin ihtiyatî tedbir kararı verebilecek olduğu gerekçesiyle (HMK m. 414) geçersiz hâle gelmez.⁴⁹

Davacı, mahkemenin tahkim ilk itirazı üzerine verdiği davanın usûlden reddi kararının kesinleşmesinden itibaren iki hafta içinde tahkime başvurmazsa (tahkim davası açmazsa), bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m. 20, 1). Bu karar ile, mahkemede dava açılmasıyla meydana gelen hukukî sonuçlar ortadan kalkar.⁵⁰

⁴⁸ "Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle mahkemece, taraflar arasında düzenlenen sözleşmedeki tahkim şartı uyarınca davanın hakemde görülmesi icab ettiği gerekçesiyle HUMK.nun 519. maddesi hükmü uyarınca mahkemenin görevsizliğine ve dava dilekçesinin reddine ilişkin verilen karar, mahiyeti itibariyle davayı esastan halletmeyip usul yönünden ve belli prosedür gerçekleştirilerek **hakem mahkemesinde davanın devamına imkan sağlayan niteliktedir**. Bu itibarla belirtilen koşullar tamamlanuncaya kadar **mahkemece daha önce alınmış bulunan ihtiyatî tedbir kararının devamına karar verilmiş olmasında usule aykırı bir husus bulunmamaktadır**. O halde usul ve yasaya uygun bulunmayan direnme kararı onanmalıdır" (HGK, E. 1995/11-870, K. 1995/1053, 29.11.1995, KBİBB).

⁴⁹ Pekcanitez et. al., *Usûl Hukuku*, § 11. III. B. 2, b.

⁵⁰ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2018), § 80. C. III; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku XXXVI. D, 4*; International Council for Commercial Arbitration, *ICCA's Guide*, 41; Karadaş, *Ulusal (İç) Tahkim*, 95; Karlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, § 33. III; Konuralp, *Tahkim*, 164-165; Kuru, *Medenî Usul Hukuku*, § 88. B. III; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin, 2014), 784; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 103; Öztürk, *İlk İtirazlar*, 121; Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 836; Pekcanitez et. al., *Usûl Hukuku*, § 11. III. B. 2, b ve § 22. III. D, 2; M. Serhat Sarısözen, *Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması* (İstanbul: Kazancı, 2005), 59; Taşkın, "Mukayese," 44.

Bu bağlamda zamanaşımının kesilmesi (TBK m. 154, 2; TTK m. 750) sonucu, HMK m. 20, 1 gereğince davanın açılmamış sayılmasıyla hükümsüz hâle gelir. Ancak bu zaman zarfında, dava konusu alacağın muaccel olduğu tarih ile mahkemede açılan davanın HMK m. 20, 1 gereğince açılmamış sayıldığı tarih arasında zamanaşımı süresi dolmuş ve dava konusu edilen alacak zamanaşımına uğramışsa, davacı TBK m. 158'deki altmış günlük ek süre içinde davasını tahkimde yeniden açabilir.

2. Tahkimde Açılan Davanın Mahkemede Açılan Davanın Devamı Olması

Tahkimde açılan davanın mahkemede açılan davanın devamı olması halinde, yukarıda çözüm şekli geçerli olacaktır. Ancak Kanunda bu yönde bir açıklık olmadığından, tahkimde açılan davanın mahkemede açılan davanın devamı sayılmaması durumunda, arada geçen bu süreçte dava konusu alacağa ilişkin zamanaşımı süresinin dolması tehlikesi vardır.

Tahkimde açılan dava daha önce mahkemede açılan davanın devamı olarak kabul edilmezse, mahkemenin tahkim ilk itirazını kabul ederek davayı usûlden reddetmesi durumunda, usûlden red kararının kesinleştiği tarihte dava açılmamış sayılır ve dava açılmasına ilişkin hukukî sonuçlar ortadan kalkar.⁵¹ Bu zaman zarfında, dava konusu alacağın muaccel olduğu tarih ile mahkemede açılan davanın açılmamış sayıldığı tarih arasında zamanaşımı süresi dolmuş ve dava konusu edilen alacak zamanaşımına uğramışsa, davacı TBK m. 158'deki altmış günlük ek süre içinde davasını tahkimde yeniden açabilir.

TBK m. 158 hükmüne göre, *“Dava veya def'i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zama-*

⁵¹ “Açılmamış sayılma kararından sonra, yeniden harç verilerek dava açılabilir, fakat açılacak bu dava, artık açılmamış sayılan eski davanın devamı olmayıp **yeni bir dava olduğundan** bu yeni davanın açıldığı tarihe kadar zamanaşımı geçmişse ve karşı tarafça zamanaşımı itirazı ileri sürülmüşse artık bu davanın zamanaşımı yönünden reddi gerekir” (Yar. 11. HD, E. 1984/5252, K. 1984/5309, 05.11.1984, KBİBB).

naşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir”.

Doktrinde bu konuda üretilen çözüm isabetli olup, TBK m. 158 hükmü, sâdece mahkemenin yetkili veya görevli olmamasına münhasır bir düzenleme getirmemiştir. Maddede açıkça ifâde edildiği üzere TBK m. 158 hükmü, dava açarken düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut davanın vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin dolmuş olması hâlinde de uygulanma kabiliyetine sahiptir. Davacının tahkim yerine doğrudan mahkemede dava açması düzeltilebilecek bir yanlışlık olup, bu hâlde davacı, davanın usûlden reddine dair mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayan altmış günlük ek süre içinde tahkimde dava açabilir.⁵²

Zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin dolmuş olmasına rağmen altmış günlük ek süre içinde tahkim davası açılabilmesi için, mahkemede açılan dava ile tahkimde açılan davanın tarafları, sebebi ve konusu aynı olmalıdır.⁵³

G. Mahkemenin Tahkim İlk İtirazını Reddetmesi

Mahkeme tahkim ilk itirazını kabul etmez ise, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerekmediğinden davaya devam eder, ön incelemeyi tamamlayıp gerekli kararları vererek tahkikata geçer ve tahkikat için duruşma günü verir. Mahkemenin tahkim ilk itirazının reddine dair kararı bağlayıcı olup artık tahkim davası açamaz. Mahkemenin tahkim ilk itirazının reddine dair ara kararına karşı ancak esas hükümlerle birlikte kanun yoluna başvurulabilir.⁵⁴

Tahkim ilk itirazı reddedilmişse ve tahkim yargılaması konusu uyuşmazlık hakkında ilgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı ise (HUAK m. 18/A, 1; İMK m. 3; TTK m. 5/A), tahkim sözleşmesinin varlığı sebebiyle dava açarken dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmadığından (HUAK m.

⁵² Pekcanitez et. al., *Usûl Hukuku*, § 10. V. B, 1.

⁵³ Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (İstanbul: On İki Levha, 2010), 316.

⁵⁴ Aydemir, *Tahkim Sözleşmesi*, 320-321; Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 819, 828.

18/A, 18), arabulucuya başvurulmadan dava açılmış olacaktır. Bu durumda mahkeme, herhangi bir işlem yapmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddine karar verir (HUAK m. 18/A, 2). Kanımca bu ihtimalde davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddi usûl ekonomisine aykırıdır. Kanunda (HUAK) yapılacak değişiklikle, dava şartı olarak arabuluculuğun tamamlanabilir dava şartı olduğu nazara alınarak davanın hemen usûlden reddine karar verilmemeli, bunun yerine eksik dava şartının tamamlanması (HMK m. 115, 2) yoluna gidilmelidir.

III. AYNI DAVANIN HEM TAHKİMDE HEM MAHKEMEDE AÇILMASI

A. Tahkimde Derdestlik Doktrini

Hukuk yargılama usûlünde aynı davanın daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması (derdestlik iddiası) olumsuz dava şartıdır (HMK m. 114, 1/1). Derdestlik (*lis pendens, lis alibi pendens, pending litigaiton*), bir davanın usûlden reddi sebebi olabilir veya derdest olan diğer dava kesinleşene kadar bu davanın bekletici mesele sayılmasına yol açabilir. Mahkemede daha önce açılmış ve hâlen görülmekte olan bir davanın, aynı veya başka bir yerdeki mahkemede ikinci kez açılması önleyen derdestlik doktrininin tahkim hukukundaki dayanağı tahkim sözleşmesidir. Çünkü tahkim davası açıldıktan sonra, tahkim sözleşmesine rağmen tahkimden geçerli şekilde feragat edilmeden mahkemede tekrar dava açılması tahkim sözleşmesinin ihlâli sayılır ve mahkemede derdest olan dava usûlden reddedilerek tahkim davası sürdürülür.

Hukuk yargılama usûlünde mahkemeler için geliştirilen derdestlikten tahkim hukukunda kıyas yoluyla yararlanılabilir. Bu kıyas yapılırken, aynı davanın belirlenmesinde nazara alınacak kıstaslardan yararlanılabilir. Bununla birlikte kesin hüküm, daha önce kesin olarak karara bağlanmış bir dava ile ilgili olduğundan, derdestlikten önemli bir farklılık içerir. Kesin hüküm teşkil eden dava konusu, tarafların talep sonuçlarıyla ilgilidir ve bu noktada kesin hüküm ile derdestlik çakışır.

Genel kurala göre yargılama yetkisi olan hakemler, bir ülke mahkemesinde veya diğer bir hakem kurulu önünde derdest olan paralel davalara rağmen tahkim yargılamasını sürdürebilir. Taraflar ve bir veya daha fazla dava konusu vakıa aynı ise davalar paraleldir.⁵⁵

B. Paralel Davaların Tespitinde Ayniyet veya Benzerlik Testi ile Tenfiz Etkileri Testi

Davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olan başka bir dava ile aynı olması için şu unsurlarda ayniyet olmalıdır:

1) Her iki davanın tarafları aynı olmalıdır.

2) Her iki davanın sebebi (davada dayanılan maddî vakıalar) aynı olmalıdır.

3) Her iki davanın konusu (talep sonuçları) aynı olmalıdır.

İlk kıstasın tespiti kolaydır. Sonradan açılan tahkim davasında, ilk davada olmayan taraflar varsa bu davanın derdestlik sebebiyle reddi mümkün değildir. Her iki davanın sebebini tespit etmek ise daha zor olup taleplerin dayandığı maddî vakıalar ile hukukî sebepleri ayırtırmak gerekir. Her iki davanın konusunu belirlemek de zor olabilir. Geçici koruma tedbirlerinde bulunmak derdestliğe vücut vermez. Geçici koruma tedbirleri kesin olmayıp uygulanması ve milletlerarası tenfiz kabiliyeti sınırlıdır. Bunun yanında mahkemeler yanında hakemlerin, hakkında geçici koruma tedbiri verilen uyuşmazlık hakkında yargılama yapma yetkileri vardır. “İlk yardım” talebi için verilen bir dilekçeye istinaden yapılan yargılama, uygun tıbbî tedavinin yapılmasına engel teşkil etmez.

Her iki dava arasındaki benzerliği belirlerken katı uygunluk doktrini esas alınabileceği gibi daha esnek bir “yeterli benzerlik testi” de uygulanabilir. Farklılıklar içeren derdest davalar tahlil edilirken, benzerlik her zaman kaybolabileceğinden davalar arasında katı uygunluk aranması uygun olabilir.

⁵⁵ Kurkela, Turunen and Conflict Management Institute (COMI), *Due Process*, 90.

Benzerliğe ilişkin bütün kıstaslar varsa, hakemler “icra etkisi testi” (*enforcement effects test*) adındaki diğer bir testi uygulayabilir. Hakemler bunu yaparken, ilk önce görülmekte olan hukuk davasında verilecek ilâmın coğrafi olarak icra kabiliyetinin kapsamını inceler ve coğrafi kapsam itibariyle tahkim yargılaması sonunda verilebilecek herhangi bir hakem kararının icra (tenfiz) etkisiyle çatışma veya çakışma ihtimalinin olup olmadığına bakarlar. İcra (tenfiz) etkileri kapsam itibariyle aynı ise konunun başka yönlerden incelenmesi gerekir. Buna karşılık icra (tenfiz) etkileri aynı değil ve kapsamları sâdece sınırlı ölçüde çakışıyor, hakemler hem genel olarak hem de icra amacıyla taraflarla ilgili olabilecek yargılama yetkilerini belirleyerek daha ayrıntılı inceleme yapabilirler. Bu noktada, ilâmın ve hakem kararının tenfiz edilme ihtimali olan ülkelerde cebrî icra etkilerinin çakışmakta olup olmadığına ve ne ölçüde çakışabileceğine bakılır. Hâlâ temel ayrılıklar varsa paralel yargılamaların etkisi hakemlerin gözünde sınırlıdır.⁵⁶

C. Aynı Davanın Mahkemede ve Tahkimde Derdest Olması

1. Aynı Davanın Önce Mahkemede Daha Sonra Tahkimde Açılması

Mahkemede derdest olan bir davada tahkim ilk itirazının ileri sürülmesi, hakemler önünde sürmekte olan tahkim yargılamasının görülmesine engel değildir (HMK m. 413, 2). Davada tahkim ilk itirazının ileri sürülmesi, aynı dava hakkında tahkim yargılamasına başlamaya (tahkime başvurmaya) veya daha önce başlamış olan tahkim yargılamasının devamına engel değildir.

Mahkemede derdest olan davaya rağmen tahkimde dava açılabilir ve hakemler yargılamayı sürdürerek hüküm verebilir. İlk dava mahkemede açılmış ise, daha sonra aynı dava tahkimde açılabilir ve paralel yargılama ortaya çıkar.

Bu durumda mahkemenin tahkim yargılamasını bekletici sorun sayma zorunluluğu yoktur. Aynı şekilde hakemler de kendi yetkileri hakkında karar verebileceklerinden (HMK m. 422), hakemlerin tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakkındaki mahkeme kararını beklemesi gerekmez.

⁵⁶ Kurkela, Turunen and Conflict Management Institute (COMI), *Due Process*, 91.

Tahkim ilk itirazını inceleyen mahkeme, tahkim sözleşmesinin geçersizliğini tespit ederse, hakemlerin bu konudaki kararını beklemeden karar vermedir.

Mahkeme tahkim ilk itirazını reddederek davanın esası hakkında hüküm verir ve hüküm hakem kararından önce kesinleşirse, hakemler aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmış olması sebebiyle (HMK m. 114, 1/i; 303) tahkim davasını usûlden reddederler. Aksi hâlde verilen hakem kararı yok hükmünde olur.

Aynı şekilde tahkim davasında hakemlerin esas hakkında verdikleri karar mahkeme hükmünden önce kesinleşirse, hakem kararının kesin hüküm etkisi sebebiyle mahkeme davayı dava şartı yokluğundan reddeder.⁵⁷

Mahkemede derdest olan (tahkimden önce mahkemede açılan) davada tahkim ilk itirazı ileri sürmeyen taraf, HMK m. 413, 2 hükmünden yararlanarak aynı davayı tahkimde açamaz. Çünkü HMK m. 413, 2'de, davalının mahkemede tahkim ilk itirazında bulunması koşuluyla tahkim davasını sürdürmesi veya tahkimde dava açmasına izin verilmektedir. Davalı tahkim ilk itirazında bulunmamışsa, mahkemede görülen aynı davayı artık tahkimde açamaz. Aksi hâlde dürüstlük kuralına aykırı davranmış olur ve hakemler, tahkim davasını derdestlik sebebiyle usûlden reddeder.⁵⁸

Doktrindeki farklı bir görüşe göre, dava önce mahkemede açılıp sonra tahkimde açılmışsa, mahkemede derdest olan davanın tahkim ilk itirazı sebebiyle usûlden reddedilebilmesi için, davalının cevap dilekçesinde ve süresinde tahkim ilk itirazında bulunması gerekir (HMK m. 116, 1/b; 117, 1; 131, 1). Davalı süresinde tahkim ilk itirazında bulunmamışsa, daha sonra ilk itirazlarını ileri süremez.⁵⁹ Böylece bu görüş, böyle bir ihtimalde paralel yargılama doğabileceğini kabul etmiş olmaktadır.

⁵⁷ Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 830.

⁵⁸ Erdoğan, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, 274-276; Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı* (Ankara: Adalet, 2007), 117.

⁵⁹ Emre Kıyak, *Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları* (Ankara: Seçkin, 2014), 171.

2. Önce Tahkimde Açılan Davanın Mahkemede Açılmadan Önce Hakemlerin Yetkisine İtiraz Edilmesi

Önce tahkimde açılmış ve görülmekte olan davada hakemlerin yetkisine itiraz edilerek davanın mahkemede görülmesi gerektiği ileri sürülürse, hakemler kendi yetkileri hakkında karar verirler (HMK m. 422).

3. Aynı Davanın Önce Tahkimde Daha Sonra Mahkemede Açılması

Aynı dava daha önce tahkimde açılmış ve görülmekteyse, bu davanın ikinci defa mahkemede açılması mümkün değildir. Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması (derdestlik) olumsuz bir dava şartı (HMK m. 114, 1/a) olduğundan, mahkemede açılan ve tahkim davasıyla derdestlik durumuna düşen davanın dava şartı yokluğundan (usûlden) reddedilmesi gerekir (HMK m. 115, 2).

Bu ihtimalde mahkeme davayı dava şartı yokluğundan reddedeceğinden ve ilk itirazlar, dava şartlarından sonra inceleneceğinden (HMK m. 117, 2), davalının ileri sürdüğü tahkim ilk itirazını incelemeye gerek kalmaz. Zaten ilk itiraz hâlleri arasında sayılan uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği itirazı (HMK m. 116, 1/b), tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurmadan (tahkim yolu atlanarak) doğrudan mahkemede dava açılması hâlinde ileri sürülmek üzere (HMK m. 413, 1) kurgulanmıştır.⁶⁰

Doktrinadaki bir görüşe göre, aynı dava daha önce tahkimde açılmış ve görülmekteyken, bu dava ikinci defa mahkemede açılmışsa, mahkeme davalının ileri sürdüğü tahkim ilk itirazını inceleyebilir ve hakemler bunu bekletici mesele sayabilir.⁶¹ Bu görüş, mahkemenin derdestlik dava şartını inceleyip incelemeyeceğini belirtmemiştir.

⁶⁰ Öztürk, *İlk İtirazlar*, 119; Tanrıver, *Derdestlik*, 114.

⁶¹ Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 829.

D. Aynı Davanın İki Ayrı Tahkim Davasında Derdest Olması

Aynı davanın hem tahkim hem mahkemede görülmesi yanında, iki ayrı hakem kurulu önünde ikame edilmesi de paralel davalara yol açar. Paralel davalar masraf, zaman ve emek israfına yol açacağı gibi çelişik karar verilmesi tehlikesini de taşır. Bunu önlemek için hakemlerin, ikinci tahkim davasının durdurulması veya kaldırılması yönünde karar (*anti-suit injunction, anti-suit order*) verebileceği kabul edilmektedir. Hakemler mahkemeleri bağlayacak bir karar veremese de, tahkim sözleşmesinin taraflarını bağlayacak karar verebilir. Aynı davayı tekrar mahkemede veya tahkimde açan taraf, tahkim sözleşmesine aykırı davranmış olur. Üstelik hakemlere tanınan yargılama yapma yetkisi, bu yetkinin korunması ve çelişen kararlar verilmesini önleme yetkisini de içinde barındırır.⁶²

Doktrinde, hakemde açılan ve görülmekte olan davanın, aynı veya başka bir hakemde tekrar (ikinci kez) açılması durumunda dava şartı noksanlığı olarak “aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olduğu” (derdestlik) itirazını (HMK 114, 1/1) ileri sürülebileceği belirtilmiştir.⁶³ Taraflar dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler. Hakemler de, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırmalıdır (HMK m. 115, 1).

Derdestlik ve kesin hüküm hakkındaki İLA Tavsiyelerine göre, ilk açılan dava başka bir hakem kurulu önünde derdest ise, ikinci davanın açıldığı hakem kurulu yargılama yetkisini reddetmeli veya uygun göreceği koşullarda ve sürede kısmen veya tamamen tahkim yargılamasını durdurmalıdır. Bunun için uygulanacak hukuk kuraları bunu yasaklamamalı ve aşağıdaki koşullar mevcut olmalıdır:⁶⁴

⁶² Rifat Erten, *Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri* (Ankara: Adalet, 2010), 46-47.

⁶³ Tanrıver, *Derdestlik*, 113.

⁶⁴ Filip De Ly and Audley Sheppard, “ILA Recommendations on Lis Pendens and Res Judicata and Arbitration,” *Arbitration International* 25, no. 1 (2009): 82-83; International Law Association International Commercial Arbitration Committee, *Final Report on Lis Pendens and Arbitration* (Toronto Conference, 2006), 26.

- 1) İlk açılan tahkim davasındaki paralel yargılamada hakemlerin, dava konusu uyuşmazlığı çözüme yetkisi olmalıdır.
- 2) Bu talebe itiraz eden tarafın aşağıdaki sebeplerle haklı olduğuna dair emareler bulunmamalıdır:
 - a) Paralel yargılamada elde edilecek hukukî himayenin yetersiz olması,
 - b) Paralel yargılamada, tarafların eşitliği ilkesi ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmesinden oluşan dürüst (âdil) yargılanma (*due process*) gerekliliklerinin tam olarak yerine getirilmemesi,
 - c) Paralel yargılamada verilen veya verilecek olan hakem kararının iptal edilme veya tanınmama yahut tenfiz edilmeme riskinin olması,
 - d) Diğer bâzı zorlayıcı sebepler.

Daha önceden açılmış olan dava mahkemede değil tahkimde görülmekteyse, tenfiz etkisi muhtemelen aynı olacak veya büyük ölçüde çakışacaktır. Bu durum, hakemlerin çifte masraf yapılmaması ve çatışan kararlar verilmesinin önlenmesi için gereken tedbirleri dikkate almasına sebep olacaktır. Tahkim yargılamasının efendisi taraflardır; fakat taraflar anlaşamazsa, usûle ilişkin konularda karar vermek hakemlerin yetkisi dâhilindedir. Hakemlerin öncelikli görevi ise uyuşmazlığı hızlı ve makul masrafla çözmektir. Sırf masraflardan tasarruf sağlamak amacıyla diğer tahkim davası sonuçlanana kadar derdest tahkim yargılamasını tümüyle durdurmak veya yavaşlatmak, hakemlerin göreviyle tam olarak bağdaşmayacaktır. Taraflar böyle bir erteleme konusunda mutabık değilse, hakemlerin bu kararı verebilmesi için ciddî sebepler olmalıdır.

Derdestlik ve kesin hüküm hakkındaki İLA Tavsiyelerinde, çelişen kararlardan sakınılması, tekerrür eden masraflardan kaçınılması ve tarafların geciktirici taktiklerden mümkün olduğu kadar korunmasından söz edilmiştir. Bununla birlikte ilk davanın takipsiz bırakılması veya ilk davayı yavaşlatan diğer sorunlarla karşılaşılma olasılığı da her zaman vardır. Bu durum, tüm uyuşmazlık çözüm sürecinin sürüncemede kalmasına yol açabilir. Genel bir kural olarak

hakemler, tarafların daha yapıcı bir yaklaşım üzerinde anlaşamaması durumunda, tahkim yargılamasını durdurmak veya yargı yetkilerini reddetmek konusunda hassas olmalıdır.

ILA Tavsiyelerinde ulaşılan sonuca göre hakemler, sağduyulu bir dava yönetimi doğrultusunda taraflardan birinin talebi üzerine tahkim yargılamasını, diğer (tahkimde, mahkemede, uluslararası bir yargı merciinde veya herhangi bir faal uyuşmazlık çözüm sürecinde) derdest davada nihaî veya kısmî yahut geçici karar verilmeye kadar geçici olarak durdurabilirler. Bu geçici durdurma, uygulanan hukuk kuralları yasaklamadığı, diğer derdest dava veya uzlaşma yönteminin sonucu sürmekte olan dava ile bağlantılı olduğu ve durdurmaya itiraz eden tarafı haklı kılan bir sebep bulunmadığı takdirde yapılabilir.⁶⁵ Tenfiz etkileri testi, iki derdest dava arasında ayniyet veya büyük benzerlik ortaya koyuyorsa, derdestliğe dayalı gerekçeler güçlenir. Eş zamanı olarak dava konusu olan uyuşmazlık mahkemede değil tahkimde görülmekteyse, aynı test yapılır; fakat hakem kararının cibrî icra etkilerinin kapsamındaki ayniyet arttıkça, dava konusunun tarafların menfaati ve usûl ekonomisi çerçevesinde tahlili derinleşir. İlk açılan tahkim davası sonrakiyle aynı ise ve aynı tahkim sözleşmesine dayanmakta ise, sonraki tahkim davasının bekletilmesi veya reddilmesi gerektiğinde duraksama yoktur. Bu durumda sonraki tahkim davasına, ancak ilk tahkim davası derdestliğini kaybettiği veya tarafların ve hakemlerin iradesi dışında kalan sebeplerle ilk davanın esası hakkında hakem kararı verilmeden sona erdirilme ihtimali kuvvetli olduğu takdirde devam edilebilir. Buna karşılık, *lex arbitri* veya uygulanacak diğer kurallarda aksi öngörülmedikçe, derdestlik ve derdestliğin etkileri hakemlerin takdirindedir ve tahkim yargılamasının sürdürülmesi için zorunlu bir ön koşul teşkil etmez. Hakemler, paralel yargılamaları re'sen nazara almak zorunda olmayıp, feragat edilmişse bu itirazın mümkün olan en kısa sürede taraflardan birince tahkim davasında ileri sürülmesi gerekir.⁶⁶

⁶⁵ De Ly and Sheppard, "ILA Recommendations," 83; International Law Association International Commercial Arbitration Committee, *Final Report*, 26.

⁶⁶ Kurkela, Turunen and Conflict Management Institute (COMI), *Due Process*, 95.

IV. TAHKİM İLK İTİRAZINI İNCELEYEN MAHKEMENİN TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİNİ İNCELEMESİ

A. Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliğinin İncelenmesinde Uygulanacak Hukuk

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi tahkim sözleşmesinin de geçerli olması için gereken maddî ve şeklî şartlar vardır. Yukarıda belirtildiği gibi, derdest bir davada davalının tahkim itirazında bulunması hâlinde, mahkemenin tahkim itirazını kabul etmesi ve tahkim yoluyla görülmek üzere davayı usûlden reddetmesi için, davalının dayandığı tahkim sözleşmesinin hükümsüz (*null and void*), tersersiz (*inoperative*) veya uygulanması imkânsız (*incapable of being performed*) olmadığını belirlemesi gerekir (HMK m. 413, 1; New York Sözleşmesi m. 2, 3).

New York Sözleşmesinin kapsamına giren tahkim sözleşmelerinin geçerli olduğu yönünde bir karine vardır.

Tahkim sözleşmesinin geçerliliği, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre belirlenir. Tahkim sözleşmesinin dar anlamda hükümsüzlüğüne ilişkin hususlar (irade sakatlıkları, genel sözleşmeler hukuku ilkeleri uyarınca kesin hükümsüzlük hâlleri) tahkim sözleşmesinin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuka göre çözümlenir.⁶⁷

MTK'nın uygulama alanına giren tahkim sözleşmeleri açısından m. MTK 4, 3 hükmü uygulanır. MTK m. 4, 3 uyarınca, "Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir". Tahkim sözleşmesinin esasına ilişkin hükümsüzlük hallerinin Türk Hukukuna göre değerlendirilebilmesi için, taraflarca tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk olarak Türk Hukukunun seçilmiş olması veya hiçbir hukukun seçilmemiş olması gerekir. Kanun koyucunun, tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk olarak, kanunlar ihtilafı kurallarına atıf yapmaksızın, doğrudan Türk Hukukunu (maddi hukuk kurallarını) belirlemesi çoğu zaman MTK'ya tâbi tahkim yargılamalarının Türkiye'de

⁶⁷ Akıncı, *Tahkim*, 113-114.

gerçekleşecek olmasındandır. Ancak MTK, tahkim yerinin Türkiye olmadığı; fakat taraflar veya hakemlerin tahkime uygulanmak üzere MTK'yı seçtikleri tahkimlerde de uygulanabilir (MTK m. 1, 2).⁶⁸

Ancak uygulamada tarafların, tahkim sözleşmesinin şekline ve maddî yönden geçerliliğine uygulanacak hukuku belirlemesi nadir görülen bir durumdur. Bu sebeple tahkim sözleşmesinin geçerliliği, tahkim itirazı hakkında karar verecek mahkemece belirlenir. Bu durumda çeşitli ihtimaller olmakla beraber en sık benimsenen çözümler, mahkemenin bulunduğu ülkeden farklı bir ülke olabilen tahkim yeri hukuku, davaya bakan mahkemenin (hâkimin) hukuku (*lex fori*) veya bütün olarak sözleşmeye uygulanan hukukun uygulanmasıdır. Bazı yargı sistemlerinde herhangi bir hukuk esas alınmadan, bunun yerine münhasıran tarafların müşterek iradesine yollama yaparak tahkim sözleşmesinin geçerliliğini belirlemektedir. Genel olarak maddî hukuk seçiminin arkaasındaki saik, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini belirlemede daha tercihe şayandır.⁶⁹ Doktrinde bu hususta şu görüş ileri sürülmüştür:

“Şayet taraflar hem tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmemişler, hem de tahkim yerini belirlememişlerse, Türk hâkimi tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini hangi hukuka göre inceleyecektir? Bu ihtimalde de, hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirleyeceği hukukun ya da tahkim anlaşmasının dayandığı asıl sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun veya tahkim yargılamasından ‘etkilenebilecek’ devlet hukuklarının birikimli olarak uygulanabileceğine dair farklı fikirler ileri sürülmektedir.

⁶⁸ A. İpek Sarıöz Büyükalp, “Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükmüsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması” Kavramları,” *DEÜHFD* 2, no. Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan (2014): 2027.

⁶⁹ International Council for Commercial Arbitration, *ICCA's Guide*, 51. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 178, 2'deki formülasyon bu yaklaşımı yansıtmaktadır. Bu hükme göre, tahkim sözleşmesi taraflarca seçilen hukuka veya uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka ve özellikle asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka yahut İsviçre hukukuna uygunsuzsa geçerli kabul edilir (Turgut Kalpsüz, “İsviçre’de Milletlerarası Tahkim (Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?,” 11 Nisan 1997, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 319, 16).

Kanımızca, bu ihtimalde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemeyi yapan mahkemenin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak belirleyeceği yetkili hukukun uygulanması daha doğrudur. Zira tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine doğrudan asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması aşağıda değineceğimiz “tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı (*separability*)” ilkesine aykırıdır. Diğer taraftan, tahkim yargılamasından etkilenebilecek devlet hukuklarının belirlenmesinin ve bu devlet hukuklarının birikimli olarak uygulanmasının yaratacağı güçlükler karşısında en makul seçenek hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamasıdır. Kaldı ki, konuyu Türk mahkemelerinde görülmekte olan davalar açısından inceleme zarureti karşısında, Türk hâkiminin MTK'nın uygulama alanına girmeyen ve NYK'da belirtilen kriterlere göre de herhangi bir belirleme yapmadığı durumlarda kendi hukukunu uygulamaktan başka bir seçeneğinin olmadığı kabul edilmelidir.

Türk hâkiminin kendi kanunlar ihtilafı kuralları yerine doğrudan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) yer alan hükümleri uygulaması gerektiği ileri sürülebilirse de, kanımızca, tarafların tahkim anlaşması akdetmeye ehil olup olmadıklarının tespitine ilişkin yetkili hukukun belirlenmesinde olduğu gibi, yabancılik unsuru taşıyan bu durumda da, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, MÖHUK'daki sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı (m. 24) uyarınca tespit edilmelidir. Tabii burada, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları nedeniyle uygulama alanı bulacak objektif bağlama kuralında (m. 24/f. 4) düzenlenen karinenin - tahkim sözleşmesinin karakteristik edim borcunu yalnızca tek tarafa yükleyen bir sözleşme olmaması nedeniyle- uygulanamayacağı düşünüldüğünde, m. 24/f. 4'ün ilk cümlesinin uygulanması gerektiği sonucuna varılması söz konusu olacaktır. Buna göre, *'tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır.'* Bu durumda, Türk hâkiminin, tahkim anlaşmasının tarafları, tahkim yargılamasına uygulanacak usul kurallarının tahkim yeri ile ilgili düzenlemeleri, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk gibi faktörleri dikkate alarak tahkim sözleşmesi ile en sıkı ilişkili hukuku tespit etmeye gayret etmesi gerekecektir. Bununla beraber, tahkim anlaşması ile sıkı ilişkili bir hukukun da tespit edilememesi halinde, uluslararası ticaret

hukukunun temel prensiplerinin dikkate alınmasının yani *lex mercatoria*'nın uygulanmasının taraflar açısından hakkaniyete uygun sonuçlara ulaşmayı mümkün kılabileceği de göz ardı edilmemelidir.

Diğer taraftan, tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olmasından ve usul hukukuna ilişkin konuların hâkimin kendi hukukunun (*lex fori*) maddi hükümlerine tabi olmasından hareketle, Türk hâkiminin tahkim anlaşmasının geçerliliğine TBK'nın ilgili hükümlerini uygulayabileceği söylenebilir de, burada tahkim anlaşmasının usulü geçerliliğinden değil, maddi geçerliliğinden bahsedildiği unutulmamalıdır. Bu nedenle, kanımızca en uygun çözüm, tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkili hukukun tespit edilerek bu hukukun maddi hükümlerinin uygulanması olacaktır".⁷⁰

Bu noktada tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olmasının ne anlama geldiği belirlenmelidir. Tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının (icrasının) imkânsız olması durumları farklı ve ayrı biçimde değerlendirilebilir de, tahkim sözleşmesinin tesirsizliği ile uygulanmasının imkânsızlığı çoğu zaman birbirine karışan ve birlikte ele alınan durumlardır. Aynı durum bazen tahkim sözleşmesinin tesirsizliğine, bazen de uygulanmasının imkânsızlığına neden olabilir.

B. Tahkim Sözleşmesinin Hükümsüz Olması

Sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin genel koşullar, tahkim sözleşmesinin de geçersiz olması sonucu doğurur. Tahkim sözleşmesinin hükümsüz (geçersiz) olması, maddî hukuk veya usul hukukuna ilişkin sebeplerden kaynaklanabilir ve baştan itibaren hiçbir hukukî etki doğurmaması demektir.

Tahkim sözleşmesinin hükümsüz (batıl) olmasına örnek olarak, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk çerçevesinde tahkim sözleşmesinin esaslı unsurlarının eksik olması, tahkim sözleşmesinin gerekli (kanunun emrettiği) şekil şartlarına uymaması (TBK m. 12, 2; HMK m. 412, 3; MTK m. 4, 2), kanunun emredici hükümlerine, ah-

⁷⁰ Sarıöz Büyükalp, "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması," 2030-2031.

lâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olması (TBK m. 27), sözleşme yapma ehliyetsizliği, hata, hile veya ikrah gibi irade bozukluğu⁷¹ (TBK m. 30-39) veya yetkisiz temsil (TBK m. 46) hâlleri gösterilebilir. Tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar (örneğin boşanma davası) hakkında yapılan tahkim sözleşmeleri de hükümsüz sayılmaktadır.⁷²

Tahkim ilk itirazı sebebiyle tahkim sözleşmesinin hükümsüz olup olmadığını inceleyen mahkeme, bu kapsamda tarafların husumetinin olup olmadığını da inceleyemez. Çünkü husumet itirazı davanın esasına ilişkin bir savunma olup, davanın tahkim ilk itirazını kabul eden mahkemece usûlden reddinden sonra, tahkim davasına bakacak olan hakemlerce çözümlenmelidir. Aşağıdaki Yargıtay kararında bu husus şu şekilde açıklanmıştır:

“Davada, tahkim davasının davalısı olan davacı, hakkında açılan tahkim davasına ilişkin olarak, dayanılan sözleşmenin tarafı olmadığını ve esasen de aralarındaki uyuşmazlığın da konu itibarıyla tahkim sözleşmesi kapsamında kalmadığını ileri sürmüş, mahkemece, davacının sözleşmenin tarafı olmadığı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

HUMK.nun 519 ncu maddesi hükmü kapsamındaki düzenleme, esasen davaya konu uyuşmazlığın, var olan belli bir tahkim sözleşmesinin yada bir sözleşmedeki tahkim şartının kapsamına girip girmediğinin, geçerli yada sahte olup olmadığının yada tahkim yada sözleşmenin geçerli olup olmadığının iddia edilmesi gibi durumları kapsamaktadır. (Bkz. B.Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 1991, sh. 4020). Bu örneklerden de anlaşılacağı gibi, HUMK.nun 519 ncu maddesi kapsamında mahkemece çözümleneceği öngörülen

⁷¹ Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi gabin (TBK m. 28) tahkim sözleşmesinin hükümsüzlüğü için söz konusu olmaz. Çünkü tahkim sözleşmesinin taraflara yüklediği edim, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi olup, her iki taraf için de eşit külfet doğurur ve sözleşmenin bir tarafının diğerinden aşırı derecede yararlanması sonucunu doğurmaz. (Aydemir, *Tahkim Sözleşmesi*, 368).

⁷² Aydemir, *Tahkim Sözleşmesi*, 352-366; Pekcantez, *İlk İtiraz*, 821, 824; Sarıöz Büyükalp, “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması,” 2037

hususlar, esasen var olan bir tahkim sözleşmesinin kapsamı, geçerliliği, mevzuata uygunluğu gibi tahkim iradesinin emredici kanun hükümlerine uygun olup olmaması ve tahkim sözleşmesinin yorumlanmasında karşılaşılan sorunlarla ilgilidir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, davacının husumet itirazının HUMK.nun 519 ncu maddesi kapsamında mahkemeye bırakılması sonucunda, mahkemece de bu itiraza itibar edilerek, davanın esasını çözer nitelikte davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir. Bu durumda, esasa ilişkin bir savunma olan husumet itirazı, davanın esasının çözümüne ilişkin bir konu olup, bu husus Tahkim Kurulunca çözümlenmelidir.

O halde, mahkemece, davacının husumet itirazının Tahkim Kurulunca çözümleneceği gözetilerek, buna göre ve davacının gerek tahkim davasındaki itirazında ve gerekse bu davada ileri sürdüğü ikinci husus olan, tahkim sözleşmesinin hisse satışından doğan uyuşmazlıkları kapsadığı halde, tahkime konu uyuşmazlığın haksız rekabete dayalı tazminat istemi olduğu itirazının, tahkim sözleşmesi kapsamına girip girmediğine ilişkin itirazı değerlendirilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir".⁷³

Mahkeme, tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeden ayrılabilirliği ilkesini uyguladığı takdirde asıl sözleşmenin geçersizliği değil, yalnızca tahkim sözleşmesinin geçersizliği mahkemenin tahkim itirazını kabul etmesini engeller. Örneğin rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu şekilde piyasa paylaşımı öngören bir sözleşme geçersiz olsa da (RKHK m. 4; 56), bu geçersizlik, söz konusu sözleşmede yer alan tahkim şartı ile somutlaşan ve tarafların, ilgili uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözme yönünde daha önce açıkladıkları rızaya sirayet etmez.⁷⁴

⁷³ Yar. 11. HD, E. 2004/4057, K. 2005/599, 01.02.2005, KBİBB.

⁷⁴ International Council for Commercial Arbitration, *ICCA's Guide*, 52; Pekcantez, *İlk İtiraz*, 822-824.

Doktrinde, tahkim davası açmak isteyen davacının, henüz tahkimde dava açmadan önce tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin tespit edilmesi amacıyla mahkemede ayrı bir tespit davası açmakta hukukî yararının bulunduğu belirtilmiştir. Hükümsüz bir sözleşmeye dayanarak tahkim davası açıldığı takdirde seçilecek hakemler için ücret ödeneceğinden, davacı gereksiz yere masraf yapacaktır. Bunun en baştan önlenmesi için, davacı tahkim davası açmadan önce mahkemede tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin tespiti davası açabilmelidir.⁷⁵

Kanımca davacının, tahkim davası açmadan önce tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığının tespit edilmesi amacıyla mahkemede ayrı bir tespit davası açmasında hukukî yararı yoktur. Tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğunu düşünen davacı zaten tahkimde değil doğrudan mahkemede dava açar. Davalı tahkim sözleşmesinin geçerli olduğu kanaatindeyse tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olup olmadığını davaya bakan mahkeme değerlendirebilir (HMK m. 413, 1). Davaya bakan mahkemenin görevine giren bu konuda ayrı bir tespit davası açmakta hukukî yarar yoktur.

Davacı ısrarla tahkimde dava açmak istiyorsa, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığının tespiti hakemlerin yetkisinde olduğundan, bunu mahkemelere tespit ettirme gayreti içine girmemelidir. Çünkü Kanunda, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazların bağımsız bir tespit davası yoluyla mahkemece belirlenmesi istenmemiş; açıkça bunu tahkim davasına bakan hakemlerin karara bağlaması öngörülmüştür (HMK m. 422, 1).

Davalının da tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığının tespit edilmesi amacıyla mahkemede ayrı bir tespit davası açmasında hukukî yararı yoktur. Çünkü davalı tahkim davasında bir masraf yapmak zorunda değildir ve tahkim gider avansını yatırmayabilir. Davalının yapması gereken, tahkim davasının açılmasını bekleyerek hakemlerin yetkisine bu gerekçeyle itiraz etmektir (HMK m. 422, 1).

⁷⁵ Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 830.

Nihayet davacı veya davalı, tahkim davası açtıktan sonra tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin tespit edilmesi amacıyla artık mahkemede tespit davası açamaz. Tahkim davasının davacısından zaten böyle bir dava açması beklenmez. Davalının bu taleple tespit davası açması düşünülebilirse de bu kanuna aykırı olur. Çünkü tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar vermek hakem veya hakem kurulunun görevidir (HMK m. 422, 1). Davalının, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığının tespit edilmesi amacıyla mahkemede ayrı bir tespit davası açması mümkün olmayıp, bu itirazlarını açılmış olan tahkim davasında hakemlerin yetkisine itiraz etmek yoluyla ileri sürmesi gerekir.

Kanun koyucu, tahkim yargılamasının farklı aşamalarında (hattâ kanımca gereğinden fazla) tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığının incelenmesini öngörmüştür.

Örneğin tahkim ilk itirazını incelerken mahkeme (HMK m. 413, 1), kendi yetkisi hakkında karar verirken hakem (HMK m. 422, 1), hakemlerce verilen ihtiyatî tedbir kararının taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verirken mahkeme (HMK m. 414, 2), iptal davasına bakan mahkeme (HMK m. 439, 2/a) ve yabancı hakem kararının tenfizi istemine bakan mahkeme (MÖHUK m. 62, 1/e) tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığını incelemektedir.⁷⁶ Bu kadar fazla denetime ilâveten, bir de ayrıca mahkemede bu taleple müstakil bir tespit davası açmakta hukukî yarar olmadığı gibi, Kanunda da böyle bir dava açılması istenmemiştir.

C. Tahkim Sözleşmesinin Tesirsiz Olması

HMK m. 413, 1 ve New York Sözleşmesi m. 2, 3 anlamında tahkim sözleşmesinin tesirsiz (etkisiz) olması, geçerli olarak kurulmasına karşılık sonradan etkisini kaybetmesi demektir. Buna örnek olarak tahkim itirazında bulunulmayarak tahkim sözleşmesine dayanmaktan feragat edilmesi, ikale sözleşmesi yoluyla tahkime başvurmaktan vazgeçilmesi, tahkim sözleşmesinin, tahkim veya tenfiz yeri

⁷⁶ Ekşi, *Tahkim*, 104.

mevzuatına aykırılık nedeniyle uygulanamaması⁷⁷ gösterilebilir. Benzer şekilde tarafları, sebepleri ve konusu aynı olan bir uyuşmazlığın daha önce mahkeme veya hakemlerce karara bağlanması (kesin hükmün varlığı) hâlinde, bu uyuşmazlık hakkında tekrar yapılan tahkim sözleşmesi tesirsizdir.⁷⁸

D. Tahkim Sözleşmesinin Uygulanmasının İmkânsız Olması

Tahkim sözleşmesinin uygulanmasının (icrasının) imkânsız olması, tarafların tahkim sözleşmesini yaparken dikkatsiz olmaları sonucunda hakem kurulunun oluşturulamadığı ve tahkim sözleşmesindeki eksiklikler mahkemelerce de yorum yoluyla tamamlanamadığı için tahkim sözleşmesinin etki doğurmadığı durumları ifâde eder. Tahkim sözleşmesinin uygulanabilir olması için, hakem kurulunun nasıl oluşturulacağına ilişkin usûlün veya tahkim usûlüne uygulanacak kuralların belirlenmesi gerekir. Bu hususlardan biri açıkça belirlendiği takdirde, tahkim yeri usûl kuralları veya hakem kurulu yahut tarafların seçtikleri usûl kuralları eksik kalan hususları tamamlayarak tahkim sözleşmesinin uygulanmasını sağlar.⁷⁹

Tahkim sözleşmesinin uygulanmasının imkânsız olduğu savunması, tahkim yargılamasının fizikî veya hukukî engeller yüzünden başlatılamadığı hâlleri ifâde eder.

⁷⁷ “Bu duruma, özellikle işçi, sigortalı veya tüketiciye karşı başlatılan tahkim yargılamalarında rastlandığı belirtilmektedir. Örneğin, sigortalının ancak uyuşmazlık doğduktan sonra akdedilmiş olan tahkim anlaşmasının tarafı olabileceğine veya tüketicinin ancak asıl sözleşmeden ayrı ve tüketicinin okuyup rıza gösterdiğini açıkça ispatlayan yazılı bir tahkim sözleşmesi ile bağlı olabileceğine dair hükümler böyledir. Bu durumda tahkim anlaşması, gerekli şartları gerçekleştirmediği sürece, sigortacı ve satıcı/sağlayıcı açısından geçerli sayılıp etki doğurur iken, sigortalı ve tüketici için etki doğurmayacaktır” (Sarıöz Büyükalp, “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması,” 2043).

⁷⁸ International Council for Commercial Arbitration, *ICCA's Guide*, 52; Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 827; Sarıöz Büyükalp, “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması,” 2041-2044.

⁷⁹ Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 827; Sarıöz Büyükalp, “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması,” 2045.

Tahkim yargılamasının önündeki fizikî engeller, tahkim sözleşmesinde ismi belirtilen hakemin ölmesi veya taraflarca değiştirilmesi açıkça yasaklanan hakemin hakem olarak atanmayı reddetmesi gibi istisnâ hâllerdir. Bu tür durumlarda karşılaşılabilecek sonuç uygulanacak hukukun ilgili hükümlerine bağlı olmakla birlikte, tahkim sözleşmesinin uygulanması imkânsız hâle gelir.

Uygulamada daha sık görülen, tahkim şartlarının tahkim yargılamasının başlatılmasını hukuken engelleyecek şekilde kötü yazılmış olmasıdır. Bu tür hatalı tahkim şartlarına patalojik tahkim şartları denir. Patalojik tahkim şartları aslında geçersizdir ve bu geçersizlik sebebi çoğunlukla mahkemede ileri sürülür. Bu tür tahkim şartlarının geçerliliği, tahkim sözleşmesinin şekli ve içeriğine uygulanacak hukuka göre yorumlanmalıdır.

Genelde arızî tahkimde karşılaşılan tahkim sözleşmesinin uygulanmasına yönelik sorunlar, mahkemelerin, tahkime başvurma yönündeki taraflar iradelerini belirlemeleri sonucunda, muğlak veya birbirleriyle çelişen ifâdeler içeren tahkim sözleşmelerinin tahkim yanlısı yorum yolu ile mümkün olduğu kadar ayakta tutulması sayesinde çözümlenebilmektedir. Tahkim sözleşmesi de diğer sözleşmeler gibi mümkün olduğu kadar geçerliliğini koruyacak şekilde yorumlanmalı; geçerliliğine son verecek veya geçersizliği sonucunu doğuracak şekilde yorumlanmamalıdır.⁸⁰

Uygulamada genelde şu ihtimallerle karşılaşılmaktadır:

1. Tahkim Sözleşmesinde Tahkime Başvurulmasının Seçimlik Bir Hak Olarak Düzenlenmesi

Bazı tahkim şartlarında tarafların isterse mahkemede dava açabileceği gibi isterse tahkime de başvurabileceği yazılır. Tarafları tahkime başvurmaya zorlamayıp onlara bu hususta seçimlik hak tanı-

⁸⁰ Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakım Kötüye Kullanılması Yasağı* (İstanbul: Vedat, 2006), 33; Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 821; Sarıöz Büyükalp, "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması," 2046; Ali Yeşilirmak, "Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK'nın Tahkim Hükümlerinin Değerlendirilmesi," *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı XI, Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK Uygulaması*, Gaziantep, 5-6 Ekim 2013, *ZÜHFD*, no. 3 (2014): 314.

yan tahkim şartlarındaki bu ifâdeler, tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözüme iradesini belirsiz kılabilir. Nitekim doktrin-deki bir görüşe göre, tahkime başvurulmasını seçimlik bir hak olarak düzenleyen (taraflara tahkim veya mahkemeye başvuru konusunda seçim hakkı tanıyan) tahkim şartları, açık ve kesin bir tahkim iradesi içermemesi sebebiyle hukuken batıldır. Tahkim sözleşmesinin geçerliliği, sözleşmede, uyuşmazlığın bütünüyle hakemler aracılığıyla çözümleneceği konusundaki taraf iradelerinin, açık ve kesin (mutlak) bir şekilde açıklanmış olmasına bağlıdır. Böyle bir tahkim iradesi içermeyen tahkim sözleşmesi, hukuken geçersizdir. Bu durumda uyuşmazlığın çözümü bakımından mahkemelerin yetkisi devam eder.⁸¹

Doktrinde, tarafların ilk derece yargı mercii olarak tahkime, tahkim kararından memnun kalmadıkları takdirde ise kararın esas-tan incelenmesini mümkün kılacak şekilde ikinci derece yargılama mercii olarak devlet mahkemelerine gidebileceklerini öngören bir tahkim şartının, tarafların tahkime gitmek ve aralarındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak hakemlerin esastan karar vermelerini sağlamak konusundaki iradelerini yansıtmadığı belirtilmiştir.⁸²

Devlet yargısını hakem heyetinin kararını düzeltmek üzere bir üst yargı mercii olarak belirleyen (kademeli) tahkim şartları ile mahkemelerle hakemleri birbirlerine alternatif yargı mercii olarak belirleyen (seçimlik) tahkim sözleşmeleri birbirinden farklıdır. Kademeli tahkim sözleşmeleri, tarafların tahkime gitmek konusundaki iradelerini tam olarak yansıtmadıkları gerekçesiyle “hükümsüz” olarak kabul edilirken, seçimlik tahkim sözleşmeleri, icrası mümkün olmayan tahkim sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmektedir.⁸³

⁸¹ İbrahim Özbay, *Hakem Kararlarının Temyizi* (Ankara: Yetkin, 2004), 184; Tanrıver, *Derdestlik*, 118.

⁸² Seyhan Selçuk, *Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali* (Ankara: Yetkin, 2018), 111.

⁸³ Sarıöz Büyükalp, “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması,” 2035.

Sözleşme koşullarının bazılarının geçersiz sayılmasındansa tümüyle geçerli olacak şekilde yorumlanması şeklindeki genel ilke gereğince, tahkime başvurulmasını seçimlik bir hak olarak düzenleyen tahkim şartları geçerli sayılmalıdır. Taraflara tahkime veya mahkemeye başvurma hususunda seçimlik hak tanıyan sözleşmeler, tahkim irâdesi hususunda belirsizlik taşımadıklarından geçersiz değildir. Uyuşmazlık doğduğunda, seçme hakkı kullanılıp kendisine ilk başvurulmuş olan mahkeme veya hakemler, dava konusu edilen uyuşmazlığı bütün yönleriyle münhasıran çözme yetkisini kazanır. Davacı tahkimi seçtiği takdirde, artık uyuşmazlık tahkim yolu ile bağlayıcı olarak hükme bağlanır, mahkemelerin bu konuda karar verme yetkisi kalmaz. Buna rağmen aynı dava tahkimden sonra mahkemede de ikame edilirse, aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması şeklindeki olumsuz dava şartı (derdestlik) sebebiyle reddedilir (HMK m. 114, 1/1). Aynı hukukî sonuç, uyuşmazlığın önce mahkemede dava konusu edilip, daha sonra tekrar tahkim davasına konu edilmesinde de doğar.⁸⁴

Tahkimden önce başvurulmak üzere diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının belirlenmesi ve fakat bu yolların tüketilmemesi veya taraflarca tahkime başvurmak için belirli bir süre öngörülmesine rağmen, bu süre geçtikten sonra tahkime başvurulması, tahkim anlaşmasının uygulanmasını imkânsız hâle geti-

⁸⁴ Yavuz Alangoya, *Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (İstanbul: İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973), 20, 32-36; Yavuz Alangoya, Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (İstanbul: Beta, 2009), 603; Aydemir, *Tahkim Sözleşmesi*, 164; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku* (Ankara: Sevinç, 1978), 750; Nevhis Deren Yıldırım, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları* (İstanbul: Alkim, 2004), 36; International Council for Commercial Arbitration, *ICCA's Guide*, 53; Ergin Nomer, "Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilâfı," iç. *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar*, 29 Kasım- 4 Aralık 1965 (Ankara: Türkiye İş Bankası Tesisi - Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1966), 504; Ergin Nomer, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin-Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. 1 (İstanbul: Beta, 2008), 20. Karş. Süha Tanrıver, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim," iç. *Makalelerim 1, 1985-2005* (Ankara: Asil, 2005), 135.

rebilir. Üstünkörü hazırlanmış, belirsiz alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmayı öngören hükümlerin geçerli olup olmadığı, bu yollara başvurmanın zorunlu olup olmadığı veya bu yolların ne zaman taraflarca tüketilmiş sayılması gerekeceği hususlarında sorunlar yaşanabilir; ancak bu sorunlar “ADR anlaşmalarının tahkim üzerindeki geciktirici etkisini” bertaraf etmez. Bu nedenle ADR anlaşmalarının mümkün olduğu kadar açık ve tahkim sözleşmesinin uygulanmasına engel olmayacak şekilde kaleme alınması gerekir.⁸⁵

Tahkim davası açılmadan önce müzakere veya arabuluculuk gibi ADR yollarına başvurulmasının ihtiyari mi yoksa zorunlu mu olduğu tarafların iradesine bakarak belirlenmelidir.

Tahkim davası açılmadan önce müzakere veya arabuluculuk gibi ADR yollarına başvurulması isteğe bağlı bırakılmışsa, bu yolların atlanarak tarafların doğrudan tahkim davası açması mümkündür.

Buna karşılık, tahkim davası açılmadan önce müzakere veya arabuluculuk gibi ADR yollarına başvurulmasının zorunlu olduğu hâllerde tarafların bu yolları atlayarak tahkim davası açmaları sözleşmeye aykırılık teşkil eder ve taraflardan birinin bu sebebe dayanarak hakemlerin yetkisine itiraz etmesi hâlinde, tahkim sözleşmesi geçerli olmasına rağmen hakemler tahkim davasının reddine karar verir. Tahkimden önce taraflarca başvurulması gereken arabuluculuk gibi yollar tüketilmedikçe tahkim yargılaması başlatılamayacağından, bu şekilde kendisine başvuru hakem veya hakem kurulu yetkisizlik kararı verir. Tahkim başvurusunun örneğin, taraflar arasındaki müzakerelerin bitişinden itibaren otuz gün içinde yapılması gerektiğine ilişkin bir şart karşısında, tarafların öngörülen süre içinde tahkim başvurusunda bulunmaları gerekir; aksi hâlde tahkim sözleşmesinin uygulanması mümkün olmaz.⁸⁶

⁸⁵ Yeşilova, *Nihai Karar*, 530-531.

⁸⁶ Sarıöz Büyükalp, “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması,” 2051; Mine Tan Dehmen, “Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi,” *MHB* 25-26, no.1-2 Prof. Dr. Aslan Gündüz’ün Anısına Armağan (2005-2006): 463-468.

Bunun dışında tahkime başvurmadan önce müzakere veya arabuluculuk gibi ADR yollarına başvurulmasını öngören sözleşme şartları tahkim sözleşmesini geçersiz hâle getirmez. Çünkü sonuçta tarafların tahkim iradesi açıktır.⁸⁷ Yargıtay, tahkime başvurmadan önce taraflardan birisinin sözleşmeden doğacak anlaşmazlıkların çözümü için mühendise başvurmasını öngören hükmün tahkim şartını geçersiz kılmayacağına karar vermiştir.⁸⁸

2. Tahkim Sözleşmesinde Taraflara Aynı Zamanda Mahkemede Dava Açma Yetkisi Verilmesi

Tahkim iradesi, hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların, uyuşmazlığın hakemde görülmesi irâdesi kararlı (şüpheye yer bırakmayacak şekilde) olmalıdır. Sözleşmede mutlaka “tahkim” veya “hakem” kavramlarına yer verilmesi gerekirse de, uyuşmazlığın hukuken mahkeme kararıyla değil üçüncü kişilerin vereceği bağlayıcı kararlarla çözülmesi iradesinin taraflarda mevcut olduğu tereddütsüz anlaşılmalıdır.

Taraflar, bir hukukî ilişkiden doğacak uyuşmazlıkların tamamı veya sâdece bir kısmının tahkim yolu ile çözümünü kararlaştırabilirler. Örneğin uyuşmazlığın teknik kısmının tahkimle, hukukî kısmının dava yoluyla mahkemede çözülmesini öngören kısmî tahkim sözleşmesi yapılabilir. Bu durumda, uyuşmazlıklardan tahkime başvurulması kararlaştırılmayan (tahkim sözleşmesi kapsamına girmeyen) kısmın, arabuluculuk gibi diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları veya mahkemede dava yoluyla çözülmesi mümkündür. Hangi uyuşmazlıkların tahkimde hangilerinin mahkemede çözüleceğinin açıkça belirtilmesi koşuluyla bu durum tahkim sözleşmesi veya şartının geçerliliğini etkilemez.⁸⁹

⁸⁷ Tan Dehmen, “Tahkim Öncesi Müzakere,” 458.

⁸⁸ 15. HD, 15.09.1994, 1854/4946 (Erol Ertekin ve İzzet Karataş, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması* (Ankara: Yetkin, 1997), 72).

⁸⁹ Ekşi, *Tahkim*, 96; Karadaş, *Ulusal (İç) Tahkim*, 69; Pekcanitez et. al., *Usûl Hukuku*, § 22. III. B.

Örneğin niteliği itibariyle tahkim yoluyla çözümü mümkün olmayan uyuşmazlıklarda mahkemelerin yetkili olduğuna dair bir hüküm, tahkim şartının açık, kayıtsız ve şartsız olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Yargıtay böyle bir tahkim şartının, niteliği itibariyle tahkim yargılamasına konu edilemeyecek işlerle, tahkim yargılamasına konu edilse bile hakem kurulunca yapılamayıp yalnızca mahkemece yapılacak işler bakımından yetkili mahkemenin tayinine dair bir yetki şartı olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁹⁰

⁹⁰ “Taraflar arasında akdedilen 13.5.2008 tarihli sözleşmenin 24. maddesinde, bu sözleşmenin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların hakem marifetiyle çözümleneceği, taraflarca seçilen hakemlerin 3. hakemi seçeceği ve bu kurulun vereceği kararın geçerli olacağı, hakemlerin Türkiye Mimar Mühendis Odaları Birliği üyesi olacakları ve hakem ücretlerinin taraflarca eşit olarak paylaştırılacağı açıklandıktan sonra hakem yoluyla çözümü mümkün olmayan uyuşmazlıklarla, sözleşme ve eklerinde belirtilen durumlarda Zonguldak mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili olduğu ifade edilmiştir. Sözleşmenin bu hükmü dikkatlice incelendiğinde taraflar arasında bir ihtilaf doğduğunda bu ihtilafın hakem kurulunca çözümlenmesi konusunda iradelerinin birleştiği anlaşılmaktadır.

Hakem yoluyla çözümü mümkün olmayan uyuşmazlıklarla, sözleşme ve eklerinde belirtilen durumlarda Zonguldak mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili olduğuna dair düzenleme hakem şartının kesin olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu düzenleme, **niteliği itibariyle hakem yargılamasına konu edilemeyecek işlerle, hakem yargılamasına konu edilse bile hakem kurulunca yapılamayıp yalnızca mahkemece yapılacak işler** (taraflarca üzerinde anlaşılabilen hakemin seçimi, hakem kuruluna mahkemenin yardımına dair usulde olduğu gibi) **bakımından yetkili mahkemenin tayinine dair bir yetki şartı olarak değerlendirilmelidir.** Bu şekliyle değerlendirme yapıldığında, sözleşmenin 24. maddesinde düzenlenen **hakem şartının kayıtsız, şartsız ve açık olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.**

Kaldı ki, somut olaya özgü olmak üzere, 16.7.2009 tarihli taraf şirket yetkililerinin katılımıyla yapılan ve tutanağa bağlanan belgede de bu iş sebebiyle oluşan uyuşmazlığın hakem marifetiyle çözümleneceği kabul edilmiş ve bu tutanak taraflarca imza altına alınmıştır. Bu tutanak dahi, tarafların tahkim konusundaki iradesini açıkça ortaya koymaktadır.

Açıklanan kurallar dâhilinde, **mahkemece davanın hakem şartı sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken,** tahkim itirazına yönelik davalı şirket talebi hakkında bir karar da verilmeksizin işin esasının incelenerek karar verilmiş olması doğru olmayıp, diğer yönleri incelenmeyen hükmün bu yönden bozulması gerekmiştir” (Yar. 15. HD, E. 2014/2153, K. 2015/918, 23.02.2015, KBİBB).

Buna karşılık taraflar, aynı uyuşmazlığın çözülmesini hakemler ile mahkemeler arasında paylaştıramaz ve yargılamayı istedikleri gibi bölemez. Aynı uyuşmazlık hakkında iki farklı yargı yerince karar verilemez. Hakemler ile mahkemeler arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur ve böyle bir ilişki sözleşme ile de kurulamaz.⁹¹

Sözleşmenin tahkim şartını içeren maddesinde, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülmüşken, aynı veya farklı bir maddede, uyuşmazlık hâlinde örneğin İstanbul Mahkemelerinin yetkili olduğu gibi bir yetki şartına yer verilmişse veya hakem kararının verilmesinden sonra tarafların iptal davası dışında bir yolla mahkemeye başvurması öngörülmüşse, artık açık ve kesin bir tahkim irâdesinin varlığından söz edilemez.⁹²

Bu durumda taraflar arasındaki tahkim şartı geçersiz (hükümsüz) olduğundan, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi mümkün olmayıp, yeni bir tahkim sözleşmesi yapılmaz veya diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurulmazsa, mahkemede çözülmesi gerekir. Böyle bir ihtimalde taraflardan biri, ancak diğer tarafın itiraz etmemesi durumunda hakemde dava açabilir. Diğer taraf (tahkim davasının davalısı) tahkim yolunun caiz olmadığına dair hakemlere en geç cevap dilekçesinde yetkisizlik itirazında bulunursa (HMK m. 422, 2), hakemler davaya bakamaz; aksi hâlde davalı, davanın mahkemede açılması gerektiğine ilişkin bir itirazda bulunmazsa, hakemler re'sen yetkisizlik kararı veremez, tahkim davasına bakmalıdır.⁹³

Yargıtay'ın istikrarlı kararlarında da, sözleşmede tahkim şartı ile mahkemeye ilişkin bir yetki şartının birlikte bulunması veya uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülemezse dava yoluyla çözüleceğinin kararlaştırılması durumunda, tarafların tahkim iradesinin açık

⁹¹ Alangoya, *Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, 32; Deren Yıldırım, *Milletlerarası Tahkim*, 36.

⁹² Ertekin ve Karataş, *Uygulamada İhtiyari Tahkim*, 54; Pekcarutez, *İlk İtiraz*, 825-826; Cansu Yener Keskin, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 164-170.

⁹³ Alangoya, *Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, 21; Aydemir, *Tahkim Sözleşmesi*, 164; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 6 (İstanbul: Demir-Demir, 2001), § 87. C. 4.

olmaması nedeniyle tahkim şartının geçersiz olacağı kabul edilmektedir. Yargıtayın bu konudaki istikrarlı görüşü şu şekildedir:

“Taraflar arasında imzalanan bilâ tarihli inşaat sözleşmesinin ‘Anlaşmazlıkların Çözümü’ başlıklı 11’nci maddesinde, ‘İş bu 11 maddeden oluşan inşaat sözleşmesinin uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlıkların çözümü; işverenin 1 üye, taşeronun 1 üye ve bu iki üyenin müşterek onaylayacağı mimar veya mühendis 1 kişi, bu 3. kişinin seçiminde mutabakat sağlanamadığı takdirde Yapı Denetim Kuruluşu’ndan bir kişiden oluşan hakem heyeti marifeti ile olacaktır. Bu yolla çözülemediği takdirde ...mahkemeleri ve icra daireleri yetkilidir.’ şeklinde düzenleme yapılmıştır. Geçerli bir tahkim şartı ya da anlaşmasından söz edebilmek için tarafların tahkim iradeleri, karışıklığa yer vermeyecek biçimde açık ve kesin olarak belirtilmelidir. Kural olarak bir uyuşmazlığın çözümlenmesi görevi yetkili mahkemelere ait olduğundan tahkim iradesinin açık ve kesin olmaması halinde tahkim şartı ya da anlaşması geçersiz olur.

Eldeki davada kararlaştırılan tahkim şartında ... Mahkeme ve İcra Daireleri'nin yetkili olacağının belirtilmesi yanında hakemlerin uyuşmazlığı çözememeleri halinde son yol olarak mahkemelerin tercih edileceğinin ifade edildiği, bu şekliyle uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem heyeti kabul edilmediği, taraflara mahkemede de dava açma yetkisi verildiği anlaşılmakta olup tahkim iradesi açık ve kesin olmadığından tahkim şartı geçersizdir. Bu durumda mahkemece tahkim şartının geçersiz olması sebebiyle tahkim ilk itirazı reddedilerek, işin esasına girilip taraf delilleri toplandıktan sonra sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak davanın görev yönünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur”.⁹⁴

“Taraflar arasındaki taşıma hizmeti sözleşmenin 25. maddesinde, sözleşmeden dolayı oluşacak ihtilaflarda ilk olarak hakem heyetine gidileceği, hakemler tarafından uyuşmazlık çözülmez ise İstanbul Mahkemeleri'nin salahiyyetli olacağı düzenlenmiştir. Ancak, ku-

⁹⁴ Yar. 15. HD, E. 2016/5313, K. 2017/3922, 13.11.2017, (www.karararama.yargitay.gov.tr).

ral olarak geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz edilebilmesi için uyuşmazlığın mutlaka hakemde çözümleneceğinin taraflarca kararlaştırılmış olması şarttır. Çünkü, tahkim kurumu istisnai hallerde başvurulacak bir çözüm yolu olup, asıl olan uyuşmazlığın mahkemeler eliyle çözümlenmesidir. Aksi halde, örneğin sözleşmede önce tahkim şartının kararlaştırılıp sonraki maddelerde uyuşmazlığın çözümleneceği yetkili mahkemenin belirlenmesi halinde ya da somut olayda olduğu gibi aynı uyuşmazlığın hem tahkim yoluyla olmazsa hem de mahkeme yoluyla çözümlenebileceğinin kararlaştırılması durumunda, tahkim şartının geçersiz olacağı kabul edilmelidir. Bu durumda, mahkemece yukarıda açıklanan gerekçelerle taraflar arasında imzalanan taşıma hizmeti sözleşmesinin 25. maddesinde belirtilen tahkim şartının geçersiz olduğu kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir”.⁹⁵

Yargıtay’ın konuyla ilgili kararlarındaki gerekçeleri arasında yer alan, tahkim kurumunun istisnai hâllerde başvurulacak bir çözüm yolu olup, asıl olanın uyuşmazlığın mahkemeler eliyle çözülmesi olduğu yönündeki görüşe katılmıyorum. Kanımca asıl olan, uyuşmazlığın mahkemeler eliyle değil, uzlaşma, arabuluculuk, tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla çözülmesi olup, dava yolu başvurulacak son çaredir. Hak arama hürriyeti (AY m. 36) ile kanunî hâkim güvencesi (AY m. 37), davayı aslî (ilk aşamada başvurulacak öncelikli) uyuşmazlık çözüm yolu hâline getirmek için değil, mahkemelerde dava açmak isteyen (dava yoluna başvurmayı tercih eden) kişilerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına almak için kabul edilmiş Anayasa ilkeleridir. Bu sebeple, yukarıdaki gibi kaleme alınmış tahkim şartları veya sözleşmelerinin geçersiz olmasının sebebi, tahkim iradesini tereddüte yer bırakmayacak şekilde açık ve kesin yansıtmamalarıdır. Yukarıdaki tahkim şartlarında, tek yetkili olarak hakem heyeti kabul edilmediği, taraflara aynı

⁹⁵ Yar. 11. HD, E. 2015/14286, K. 2016/2435 07.03.2016, KBİBB. Aynı yönde Yar. 15. HD, E. 2007/2680, K. 2007/4137, 18.06.2007, KBİBB; Yar. 15. HD, E. 2015/2198, K. 2015/2758, 22.05.2015, KBİBB; Yar. 15. HD, 08.03.2016, E. 2016/1133, K. 2016/1495, KBİBB.

zamanda mahkemede de dava açma yetkisi verildiğinden, açık ve kesin bir tahkim iradesinin varlığından söz etmek mümkün değildir ve bunun sonucunda tahkim şartı geçersizdir. Bu durumda mahkemece, tahkim şartının geçersiz olması sebebiyle tahkim ilk itirazı reddedilerek, davanın esasına girilip taraf delilleri toplandıktan sonra bir karar verilmesi gerekir.

Böyle durumlarda bazen her iki hükmün bağdaştırılması ve tahkim sözleşmesine geçerlilik tanınması mümkündür. Bunu sağlamak için mahkemenin, tarafların gerçek iradesini ortaya çıkartması gerekir. Özellikle tarafların gerçek iradesi uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmek olduğunda, sözleşmede tahkimle birlikte diğer bir uyuşmazlık çözüm yolu (dava yolu) yer alsa da, tahkim itirazı kabul edilmeli ve dava usûlden reddedilmelidir.

Örneğin Singapur Yüksek Mahkemesi bir kararında, uyuşmazlığın rücu edilemez şekilde Singapur mahkemelerine sunulacağına ilişkin sözleşmede bulunan şartın, doğru bir yorumla aynı sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağdaştırılabileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre tarafların gerçek iradesi uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmek olup, Singapur mahkemelerinin yetkisine yollama yapılması, mahkemenin tahkim üzerindeki denetim yetkisini tariflemek için yapılmıştır.

Mahkemenin bu yorumu, sözleşmeyi geçerli olarak ayakta tutacak (işlem yararına, *favor negotii*) ve ona makul bir anlam verecek şekilde yorumlama şeklindeki genel ilkeye uygundur.⁹⁶

3. Tahkim Sözleşmesinde Tahkim Kuralları veya Tahkim Kurumunun Hatalı Belirlenmesi

Taraflar kurumsal tahkimi seçtiği ve ilgili kurumun kurallarının uygulanmasına karar verdiğinde genellikle fazla sorun yaşanmasa da, seçilen tahkim kurumuna yönelik yanlış veya belirsiz ifadelerin varlığı, kısaltmalar yahut mevcut olmayan veya tahkim sözleşmesi yapıldıktan sonra faaliyetine son verilen tahkim kurumlarına atf

⁹⁶ International Council for Commercial Arbitration, *ICCA's Guide*, 54.

yapılması hâllerinde “patolojik” tahkim şartlarına rastlanabilir. Bu tür hâllerde tahkim şartlarının yazılmasındaki hata, mahkemenin taraflarca seçilen tahkim kurallarını belirlemesini imkânsız hâle getirebilir. Tahkim yargılaması başlatılamaz ve böylece uyuşmazlığın çözümünde mahkeme yetkili hâle gelir. Bununla birlikte diğer bazı hâllerde, tahkim şartının makul bir anlam verecek şekilde yorumlanmasıyla, yapılan hata düzeltilebilir. Diğer durumlarda mahkeme, tahkim şartının uygulanması için gereken kısmı muhafaza ederken, onu uygulanamaz hâle getiren kısımdan ayırarak patolojik bir tahkim şartını kurtarabilir.⁹⁷

Örneğin Amerika Birleşik Devletleri Wisconsin Doğu Bölgesi Bölge Mahkemesi önünde gelen bir davada, tahkim sözleşmesinin İngilizce metninde, uyuşmazlıkların Singapur’da geçerli olan milletlerarası tahkim kurallarına göre tahkim yoluyla çözüleceği yazılıyken, tahkim sözleşmesinin Çince metninde, tahkimin Singapur Milletlerarası Tahkim Kurumu bünyesinde yürütüleceği yazılmıştır. Wisconsin Doğu Bölgesi Federal Bölge Mahkemesi, tahkim sözleşmesinin İngilizce metnindeki bu ibarenin, tanınmış tahkim kurumlarından olan Singapur Milletlerarası Tahkim Merkezini kast ettiğine karar vererek patolojik tahkim şartını düzeltmiştir.⁹⁸

Doktrinde bu tür ihtimallere karşı şu çözümler geliştirilmiştir:

“Uygulamada çoğu zaman, MTO (ICC) Tahkim Kurallarına yapılan atfın yanında şehir isimlerinin yer aldığı görülmektedir. Örneğin, tarafların Cenevre MTO Tahkimine atıf yapmaları durumunda, MTO Tahkim Mahkemesi ve devlet yargısı tarafından benimsenen ortak çözümün, yargılamanın Cenevre’de ve MTO Tahkim Kurallarına göre yapılacağı yönünde olduğu dile getirilmektedir. Bunun yanında, özellikle hem tahkim kurumunun isminin muğlak olması hem de tahkim yeri olarak belirlenen yerde tarafların belirlediği

⁹⁷ Aydemir, *Tahkim Sözleşmesi*, 173; Sarıöz Büyükalp, “Tahkim Anlaşmasının Hükmü, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması,” 2051.

⁹⁸ United States District Court, Eastern District of Wisconsin, 24.09.2008, US no 656, *Slinger Mfg. Co. Inc v. Nematik, S.A. ve diğerleri*, (ICCA Yearbook Commercial Arbitration 2009, Vol. XXXIV, 976-985).

isme yakın bir tahkim kurumunun bulunması halinde tahkim kurumunun belirlenmesinde sorun yaşanabilmektedir. Böyle bir durumda taraflardan birinin tahkim yeri mahkemesine yapacağı başvuru sonucunda hangi tahkim kurumunun görevlendirildiğine hükmedilmesi mümkün olacaktır; mahkemenin yapması gereken '*favor validatis*' ilkesine uygun olarak tarafların gerçek iradelerinin tespitidir. Diğer taraftan, tarafların iki ayrı tahkim kurumuna birden atıf yapmaları, tarafların bu iki kurumdan birine başvurmak konusunda seçim haklarının olacağı şeklinde yorumlanmaktadır.

Tarafların var olmayan veya tahkim anlaşması akdedildikten sonra faaliyetine son veren tahkim kurumlarına atıf yapmaları da mümkündür. Tarafların var olmayan veya belirlenemeyen bir tahkim kurumuna atıf yapmaları halinde, çoğu zaman yukarıda belirttiğimiz üzere, mahkemeler yorum yolu ile atıf yapılan tahkim kurumunu belirleyebilmektedir. Bununla beraber, böyle bir tespit yapılamıyorsa, hakem heyetinin nasıl oluşturulacağı veya tahkimin hangi kurallara göre yürütüleceğini belirlemek de mümkün değilse, ancak o zaman tahkim anlaşmasının icrasının mümkün olmadığına karar vermek gerekecektir. Atıf yapılan tahkim kurumunun dağılması halinde ise, iki farklı yaklaşım ortaya çıkmaktadır: bunlardan ilki, tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız hale geldiği, diğeri ise faaliyeti son bulan tahkim kurumunun yerine geçen/yeni kurulan tahkim kurumunun kanunî halef sıfatıyla uyuşmazlığı çözmek konusunda yetki kazanacağıdır. Bu durumda yapılması gereken şey, yine tarafların gerçek iradelerinin yeni kurulan tahkim kurumunun yetkisinin lehinde olup olmadığıdır. Şayet atıf yapılan 'dağılmış' tahkim kurumu ile bu tahkim kurumunun yerine kurulan tahkim kurumu kuralları arasında taraflar açısından önem arz etmeyen değişiklikler varsa, bu takdirde tahkim anlaşmasının icrasına izin verilmeli; aksi takdirde tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız olduğuna hükmedilmelidir. Bu çerçevede, her somut olayda, tahkim anlaşmasında atıf yapılan ve fakat sonradan dağılan tahkim kurumunun taraflar açısından arz ettiği önem araştırılmalıdır".⁹⁹

⁹⁹ Sarıöz Büyükalp, "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması," 2052-2053.

Tarafların aynı uyuşmazlığa ilişkin olarak birbiriyle çelişen iki farklı tahkim sözleşmesi yapmaları¹⁰⁰ ve bu tahkim sözleşmelerinden hangisinin uygulanacağına dair herhangi bir hükme yer vermemeleri hâlinde, tahkim sözleşmeleri aynı tarihte yapılmışsa, tahkim yargılamasını başlatan taraf (davacı), hangi tahkim sözleşmesine dayanacağını seçme hakkına sahip olmalıdır. Tahkim sözleşmeleri farklı tarihlerde yapılmışsa, sonraki tarihli tahkim sözleşmesi, önceki tarihli tahkim sözleşmesini hükümsüz kılar.¹⁰¹

4. Tahkim Sözleşmesinde Hakemlerin Nasıl Atanacağı Konusunda Belirsizlik Olması (Açık Bırakılmış Tahkim Şartları)

Tahkim şartında örneğin, “Ankara’da olağan usûlde tahkime başvurulacaktır” gibi sâdece genel bir ifâdeyle tahkime başvurulacağı yazılabilir.

Genel olarak böyle bir tahkim şartı, mevzuatında mahkemelerin tahkim yargılamasının başlatılmasına yardım etmesine imkân tanıyan hükümler olan bir ülkeyle bağlama unsuru içerdiği takdirde geçerli sayılabilir.

Yukarıdaki tahkim şartında verilen örnekte böyle bir bağlantı detayı vardır. Türk hukukuna göre taraflar, görevli ve yetkili mahkeme olan tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesine (HMK m. 410) başvurarak hakem atanması konusunda mahkeme yardımını isteyebilir (HMK m. 416).

Açık bırakılmış tahkim şartlarında (*blank clauses*) “olağan usûle” (*usual manner*) yollama yapılmışsa ve tahkim yargılamasının başlatılabilmesi için gereken unsurlar bu olağan usûlle belirlenebiliyorsa, açık bırakılmış tahkim şartları gene geçerli sayılabilir. “Olağan usûl”

¹⁰⁰ Örneğin inşaat sözleşmesindeki tahkim şartıyla, sözleşmenin eki olan teknik şartnamedeki tahkim şartının çelişmesi veya inşaat sözleşmesinde uyuşmazlığın çözümü için mahkemelerin yetkilendirilmesine karşılık sözleşmenin eki olan teknik şartnamede tahkim şartına yer verilmesi durumlarında en yeni tarihli metin esas alınmalıdır.

¹⁰¹ Sarıöz Büyükalp, “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması,” 2049.

ifâdesi, aynı ticaret veya meslek odasına üye olan kişiler arasındaki geçmiş uygulamalara yollama yapıldığı şeklinde de yorumlanabilir. Böylece, bu ticaret odasının tahkim kurallarının uygulanması sağlanabilir.

Herhangi bir bağlama unsuru bulunmuyorsa, açık bırakılmış tahkim şartlarına geçerlilik tanınmaz.¹⁰² Doktrinde bu konuda şu ihtimaller ortaya atılmıştır:

“Tarafların kurumsal tahkime atıf yapmayıp, ad hoc tahkimi seçtikleri ihtimalde, taraflarca belirlenen hakem heyetinin oluşumuna ilişkin usulün işletilmesi açısından da bazı sorunlar yaşanabilir. Her ne kadar, ulusal tahkim mevzuatlarında hakem heyetinin oluşumu açısından tamamlayıcı usuller (*fallback mechanisms*) öngörülmüş olsa da, bazen bu sorunların aşılması mümkün olmamaktadır. İki tarafın da işbirliği olmaksızın hakem heyetinin oluşturulamayacağına ilişkin hükümlerin kabulü tahkim anlaşmasının icrasına engel olabilmektedir. Örneğin, tarafların, ‘tahkim yargılamasını, her biri aktif olarak görev yapan hâkimlerden oluşan üç hakemli bir heyetin gerçekleştireceği’ üzerinde anlaşmaları halinde, Alman Hukukunun aktif hâkimlerin ancak tarafların ortak iradesi ile veya bağımsız üçüncü bir tarafça atanabileceğine ilişkin hükmü karşısında, tarafların hakemler üzerinde anlaşamamaları halinde, tahkim anlaşmasının icrasının mümkün olmadığına karar verilmiştir. Yine, tarafların tek hakemli bir tahkim yargılaması öngörmeleri ve hakemi de ismen belirttikleri ihtimalde, belirlenen hakemin ölmesi halinde de icra edilmesi imkânsız bir tahkim anlaşması ile karşı karşıya kalınacaktır.

Diğer taraftan, önceden belirlenen atama merciinin, hakem atamasını yapmaması, atanana/önceden belirlenen hakem veya hakem heyetinin uyuşmazlığı çözmeye müsait olmaması veya görevini icra etmek istememesi gibi durumlarla da karşılaşılabilir. Yine, taraflarca önceden belirlenen hakem veya hakemlerin tarafsızlıklarını kaybettiği durumlar söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde, taraflarca önceden seçilen hakemlerin şahsı ön plana çıkmaktadır. Şayet tarafların, tahkime konu uyuşmazlığın sadece önceden belirledikleri ha-

¹⁰² International Council for Commercial Arbitration, *ICCA’s Guide*, 55.

kem veya hakemlerce çözümlenmesini amaçladıkları anlaşılıyorsa, bu takdirde önceden belirlenen hakemlerin değiştirilmesi mümkün olmamalı, dolayısıyla tahkim anlaşmasının icrasına imkân tanınmamalıdır. Şayet taraflar yeni bir hakem veya hakem heyeti üzerinde anlaşma sağlayabilirlerse, artık yeni ve icra edilebilir bir tahkim anlaşmasından bahsetmek gerekecektir”.¹⁰³

5. Tahkim Sözleşmesinde Tahkime Başvurma Yetkisinin Taraflardan Yalnızca Birine Verilmesi

Tahkim sözleşmesi, tarafların eşit hak ve yükümlülükleri üzerine kurulu (karşılıklılık ilkesi, *mutuality doctrine*) bir sözleşme olduğundan tahkim sözleşmesinde taraflar eşit (simetrik) konumdadır. Tahkim sözleşmesinde, hukukî ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık, taraflar arasında herhangi bir ayırım, üstünlük veya öncelik gözetilmeksizin tahkime gönderilmelidir. Taraflar arasında olması gereken bu eşitliği kanun hükmü veya taraf iradesiyle (yâni sözleşmede yer alan bir hükümle) bozan ve uygulamada taraflardan yalnız birine tahkime başvurma hakkı verdiği için tarafların karşılıklı ve eşit haklara sahip olmasını engelleyen tahkim sözleşmelerine “tek taraflı tahkim sözleşmesi”, “asimetrik tahkim sözleşmesi”, “tek tarafları tahkim şartı” veya “asimetrik tahkim şartı” denilmektedir. Bu şekilde tek tarafa üstünlük tanıyan (hakkaniyete aykırılık, *unconscionability*) tahkim şartları geçersiz sayılmaktadır.¹⁰⁴

Tahkim sözleşmesi tek taraflı hükümler içermiş olabilir. Bazen bu durum, temel ilişkide bulunan sözleşmenin niteliğinin veya tarafların içinde bulunduğu hukukî korunma ihtiyacının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkabilir ve bir sakatlık doğurmayabilir. Buna örnek olarak finans dünyasında yapılan karz sözleşmelerinde serbest iradeyle ve baskı yapılmadan kabul edilen olağan sözleşme şartları gösterilebilir.

¹⁰³ Sarıöz Büyükalp, “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması,” 2049-2050.

¹⁰⁴ Aydemir, *Tahkim Sözleşmesi*, 131; Ekşi, *Tahkim*, 83-85; Erkan, *Yetki Sorunları*, 71; Pekcanitez, *İlk İtiraz*, 824; Pekcanitez et. al., *Usûl Hukuku*, § 22. III. B; Ayşegül Polat, “Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği,” *ASBÜHFD* 1, no. 1 (2019): 8-9.

Bununla birlikte tahkim sözleşmesindeki tek taraflı düzenleme, taraflardan birinin hâkim konumunu kullanarak diğer tarafa baskı yapması sonucu yapıldığından, geçersizlik yaptırma yol açacak şekilde sözleşmeyi sakatlayabilir. Tahkim sözleşmesinde tarafların eşitliğini bozan unsurlar, sözleşme yapıldığı sırada mevcut olabileceği gibi, genel olarak veya taraflardan birinin kusuru dışında bir taraf için koşulların değişmesi sebebiyle sonradan da ortaya çıkabilir. Tarafların eşitliğini sağlamak üzere tahkim şartında veya tahkim şartının uygulanmasında değişiklik yapmak gerekebilir. Bu durum tahkim sözleşmesinin hükümsüz veya uygulanmasının imkânsız olması için bir sebep teşkil etmese de yorumlanmasında dikkate alınması gereken bir etken olabilir.¹⁰⁵

Doktrinde, asimetrik tahkim şartının her zaman güçlü olan tarafın dayatması olarak görülmesi gerektiği; örneğin işçi veya tüketicilerin taraf olduğu tahkim sözleşmelerinde sendikalar veya tüketici derneklerinin hazırladığı sözleşmelerde sâdece işçi veya tüketiciye tahkime başvurma hakkının tanınmış olabileceği belirtilerek, taraflarına bakılmaksızın asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerli olup olmadığının somut olaya göre karara bağlanması gerektiği belirtilmiştir.¹⁰⁶

Örneğin Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesinin 6. maddesinde olduğu gibi, bazen tahkim sözleşmesi yapılmakla beraber tahkime başvuru hakkı taraflardan yalnızca birine tanınmış olabilir. İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi bir kararında,¹⁰⁷ asimetrik tahkim şartını geçerli kabul etmiş ve tahkim

¹⁰⁵ Tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığını karara bağlama yetkisi nihâi olarak mahkemeye aittir. Bununla birlikte hakemler, kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisi kapsamında, ilk aşamada bu hususta karar verebilir ve bu kararın sonucunda bağlı olarak ya tahkim davasına devam eder ya da davanın reddine karar verir (Kurkela, Turunen and Conflict Management Institute (COMI), *Due Process*, 63).

¹⁰⁶ Ekşi, *Tahkim*, 87.

¹⁰⁷ İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi 23.10.2008, 54/333 (Ekşi, *Tahkim*, 88; Erkan, *Yetki Sorunları*, 72). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 5. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde, bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesinin bulunması durumunda, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, asliye ticaret mahkemelerinden birinin

itirazı üzerine açılan davayı reddetmiştir. Ancak Yargıtay, aşağıdaki kararında, taraflardan yalnızca birine tahkime başvurma yetkisi veren (asimetrik) tahkim şartının geçerli olmadığını şu şekilde belirtmiştir:

“Mahkemece davacı tarafın uğradığı zararın tazmini istemleri dışındaki istemler yönünden, davalının süresinde yaptığı tahkim itirazı kabul edilmiş ve dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiştir. Davacılar vekili ise taraflar arasında imzalanan sözleşmedeki tahkim şartında sadece davalının tahkime başvurusu imkânının tanındığını, bu nedenle de tahkim şartının geçersiz olduğunu savunmuştur. Taraflar arasındaki kurtarma-yardım sözleşmesinin 6. maddesinde, taraflarca sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen kurtarma-yardım hizmetinden kaynaklanan kurtarma-yardım alacağıнын tayinine ilişkin ihtilafın, yasal süresi içinde kurtarıncının talebi üzerine İstanbul'da tahkim yoluyla halledileceği, diğer ihtilafların genel hükümlere göre İstanbul Mahkemeleri'nde hal ve fasl olunacağı düzenlenmiştir.

Yargıtay'ca geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz 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. Aksi halde, örneğin sözleşmede önce tahkim şartının kararlaştırılıp sonraki maddelerde uyuşmazlığın çözümleneceği yetkili mahkemenin belirlenmesi halinde ya da aynı uyuşmazlığın hem tah-

veya birkaçının münhasıran bu Kanun'dan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalılarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebileceği düzenlenmiştir. 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 8. maddesinde ise, kurulmuş bulunan denizcilik ihtisas mahkemesinin görmekte olduğu davaların, TTK m. 5, 2 çerçevesinde TTK'nın yürürlüğe girmesinden (01.07.2012 tarihinden) itibaren bir ay içinde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından, Türk Ticaret Kanunu ile diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevli kılınacak asliye ticaret mahkemesine devredileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme çerçevesinde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte yargı örgütümüzde denizcilik ihtisas mahkemesi kaldırılmıştır.

kim hem de mahkeme yoluyla çözümlenebileceğinin kararlaştırılması durumunda, tahkim şartının geçersiz olacağı kabul edilmektedir.

Somut uyuşmazlıkta ise kurtarma-yardım ücretinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak sadece anılan hizmeti veren Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'ne tahkim yoluna başvurma hakkı tanınmıştır. Bu şartın geçerli sayılması, öncelikle kurtarma-yardım hizmetinden yaralanan ilgililerin hak arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Zira taraflar arasında bir uyuşmazlık meydana geldiği zaman, hizmet alan ilgililerin mahkemeye başvurusu yolu, davalı kurumca süresinde tahkim itirazında bulunulmak suretiyle engellenecek, davalı kurumun tahkim yoluna başvurmaması halinde ise hizmeti alan ilgililerin başvurabileceği bir başka yasal yol kalmayacaktır. Nitekim somut uyuşmazlıkta da taraflar arasında bir muaraza meydana gelmiş, hizmet alanlarca açılan işbu davada davalı kurumun tahkim itirazı üzerine mahkemece dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş, davalı Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü tarafından da tahkim yoluna başvurulmamıştır.

Ayrıca âkit taraflardan sadece birisine tahkim yoluna başvurma hakkı tanıyan bu hükümden çıkan bir başka anlam da, kurtarma-yardım alacağının tayinine ilişkin uyuşmazlıkta, sözleşmenin diğer tarafına mahkemeye başvurma hakkının tanınmış olduğudur. Yukarıda açıklandığı üzere aynı uyuşmazlık için hem tahkim hem de mahkemeye gitme yolunun kararlaştırılmış bulunması halinde tahkim şartı geçersiz olduğundan, somut uyuşmazlıktaki tahkim şartı bu nedenle de geçersizdir.

Bu durum karşısında mahkemece yukarıda açıklanan gerekçelerle taraflar arasında imzalanan kurtarma-yardım sözleşmesinin 6. maddesinde belirtilen tahkim şartının geçersiz olduğu kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

3-) Davalının yaptığı kusurlu hizmet nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemi yönünden ise mahkemece davalının kusurunun bulunduğu ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa davacılar vekilince, davalının zamanında ve uygun

hizmet vermemesi nedeniyle geminin karaya oturduğu, müvekkillerinin ilgilisi bulunduğu tankerin karaya oturmasından sonra da gerekli ön hazırlık ve su altı incelemesi yapılmadan kurtarma-yardım çalışmalarına başlanması nedeniyle hasarın arttığı ileri sürülmüştür. Bu türden bir uyuşmazlığın hâkimin bilgisi ile çözümlenemeyeceği ve bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği açıktır.

O halde mahkemece davalının yaptığı kurtarma çalışmalarının usulüne uygun olup olmadığının bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle tespit edilmesi ve sonucuna göre anılan istem yönünden de bir hüküm kurulması gerekirken, eksik incelemeye dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi dahi doğru olmamış, kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir".¹⁰⁸

Doktrinde, Yargıtayın bu kararı isabetli bulunmuş ve asimetric tahkim sözleşmelerinin geçerliliğini hak arama hürriyeti çerçevesinde değerlendirmek gerektiği belirtilmiştir. Taraflardan birinin tahkime, diğerinin mahkemeye başvuru hakkının olması hâlinde paralel yargılama yapılarak çelişkili kararlar verilmesi tehlikesi doğacaktır. Bunu önlemek için, asimetric tahkim sözleşmesinde tahkime başvurma hakkı tanınan taraf tahkim davasını açınca, diğer tarafın mahkemeye yaptığı başvuru tahkim ilk itirazı üzerine reddedilmelidir. Tahkim sözleşmesinde tahkime başvurma hakkı tanınan taraf tahkimde dava açmaz, karşı taraf tahkimde dava açarsa, tahkime başvurma hakkı tanınan tarafın açtığı davada mahkeme, diğer tarafın tahkim ilk itirazını reddedip davaya bakmalıdır. Bu yorum her ne kadar hangi tarafın önce tahkime veya mahkemeye başvurmasına göre değişik çözüm üretse de, asimetric tahkim sözleşmesinden doğacak sorunları asgariye indirmesi sebebiyle tercihe şayan görülmüştür.¹⁰⁹

Haksız (hakkaniyete aykırı) tahkim sözleşmelerinden kaynaklanan sorun öncelikle adalete erişim kapsamında değerlendirilmelidir. Adalete erişim ekonomik ve usûlî yönden farklı yollarla engellenebilir.

¹⁰⁸ 11. HD, E. 2009/3257, K. 2011/1675, 15.02.2011, KBİBB.

¹⁰⁹ Ekşi, *Tahkim*, 92-93.

Tahkim sözleşmesi, taraflardan birinin ödeyemeyeceği kadar pahalı bir yargılama sürecine yol açarsa, bu tarafın adalete erişim hakkını kullanması engellenmiş olur. Bu durum uygulamaya da yansımıştır. Örneğin bir ICC hakem kurulu, açıkça İHAS m. 6, 1 hükmüne dayanmış ve tarafın daha önce mahkemede dava açmasının mümkün olduğunu belirterek, taraflardan birinin hasım tarafa ait tahkim masraflarını arttırmasının, adalete erişim hakkını makul ölçüde sınırlandırdığına karar vermiştir.¹¹⁰ Buna karşılık Finlandiya Yüksek Mahkemesi bir kararında, taraflardan birinin iflâs etmesi ve davanın tahkimde görülmesi için gereken masrafları karşılayamaması durumunda tahkim sözleşmesinin haksız hâle dönüştüğüne karar vermiştir. Bunun sebeplerinden biri de, dava mahkemede görülseydi müflis tacirin adlî yardımdan yararlanabilecek olmasıdır; hâlbuki tahkimde adlî yardımdan yararlanma imkânı yoktur.¹¹¹ Her iki karar arasında hukukî bakış açısı bakımından dikkat çeken nokta, Finlandiya Yüksek Mahkemesinin konuya, millî borçlar (sözleşme) hukuku çerçevesinde yaklaşması ve usûlî sorunu, sözleşme hukuku sorunu içinde yalnızca munzam bir gerekçe olarak kullanmasıdır. Hâlbuki ICC hakem kurulu, doğrudan insan hakları ve adalete erişime dayanarak konuyu tahlil etmiştir. Bu farklılıklar, tahkim masrafları ve adalete erişimle ilgili sorunların çözümden uzak olduğunu göstermektedir.¹¹²

Tahkim masrafları ve adalete erişimle ilgili sorunlar, şu üç farklı dayanak esas alınarak tartışılabilir:

1) İHAS m. 6, 1'de de teminat altına alındığı üzere, tarafların eşitliği ilkesi ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmesinden oluşan dürüst (âdil) yargılanma (*due process*) ilkeleri olarak insan hakları ve adalete erişim.

2) Sözleşme hukuku ve ifa imkânsızlığına yol açan sebepler.

¹¹⁰ ICC 2002, 9667/1998 (Kurkela, Turunen and Conflict Management Institute (COMI), *Due Process*, 64, dn. 40).

¹¹¹ Supreme Court of Finland (KKO 2003: 60) (Kurkela, Turunen and Conflict Management Institute (COMI), *Due Process*, 64, dn. 41).

¹¹² Kurkela, Turunen and Conflict Management Institute (COMI), *Due Process*, 64.

3) Bir tahkim sözleşmesinin uygulanmasının imkânsız olmasına atıf yapan New York Sözleşmesi m. 2, 3 hükmü.

Bu konudaki asıl dayanak, ilk maddede yer alanlar olup usûle ilişkindir. Bu bakış açısı, muhtemelen bir mahkemenin, davada yargı yetkisine sahip olup olmadığı ve tahkim sözleşmesinin menfî yargı etkisinin mahkemenin davayı görmesini engelleyip engellemediğine karar verirken en fazla esas alacağı husustur. Kuşkusuz hakemler de kendi yetkilerinin varlığı hakkında karar verirken aynı esasa dayanabilir. Bundan sonra sözleşme hukuku hükümleri veya nispeten daha tâli plânda kalan New York sözleşmesi hükmü daha kolay uygulanabilir.

Bununla birlikte tahkim sözleşmesinin bir tarafı, sırf tahkimin çok pahalı olduğunu söyleyerek tahkim sözleşmesinin bağlayıcı etkisinden kurtulamaz. Birinci olarak usûl sözleşmeleri bağlayıcı olduğundan, tarafların bu sözleşmeyi kolayca etkisiz kılması mümkün değildir. Bunu isteyen tarafın geçerli bir sebep bulması gerekir. İkinci olarak, tahkim taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde en pahalı yol olmayabilir. Buna karşılık birçok olayda asıl sorun, davayı kazanacağı açık olsa bile gerekli maddî kaynağa sahip olmayan tarafın tahkim davasını açamamasından kaynaklanmaktadır. Bunun yanında dava sürecinin çok zahmetli olması veya yargılama giderlerinin paylaşılma şeklinin maddî hakların korunmasını sağlayamayacak şekilde olması da bir sorun teşkil edebilir.

Sözleşmenin haksız şartlar içermesine ilişkin değerlendirmenin yapılmasında dikkate alınabilecek diğer bir kıstas adalete erişimdir. Bu durum usûlden ziyade esasa ilişkindir. Genel olarak tarafların sözleşmedeki durumuna ve eşit konumda olup olmadıklarına bakılmalıdır. Örneğin taraflardan biri büyük bir şirket diğeri ise ferdi bir tüketici ise tarafların eşit konumda olduğu söylenemez. İkinci olarak hakemlerin yargı yetkisinin müstakil bir tahkim sözleşmesine mi dayandığı yoksa sâdece asıl sözleşmeye konulmuş bir tahkim şartından mı kaynaklandığı da belirleyici olabilir. Tahkim asıl sözleşmedeki bir hükme dayanıyorsa, tahkim sözleşmesinin haksız olduğunu söylemek daha kolay olabilir. Üçüncü olarak, sözleşmenin yapılma süreci değerlendirmeyi etkileyebilir. Tahkim sözleşmesi

standart bir sözleşme içinde yer almaktaysa ve taraflardan birisi bu sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde yeterli fırsata sahip olamamışsa, bu durum tahkim şartının iptali için bir dayanak teşkil edebilir. Sözleşmenin kim tarafından hazırlanmış olduğu kuşkusuz her zaman önem taşır.

Masraflar konusunun diğer koşullarla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Pahalılık konusu her zaman nispidir. Muhtemel bir tahkim yargılamasının doğuracağı masraflar, her somut olayın özel koşullarına göre uyuşmazlığın çözümü için gereken masraflarla karşılaştırılmalıdır. Tahkimin alternatifi davanın mahkemede görülmesiye, bu mahkemenin masrafları hesaplanmalıdır. Bu bağlamda ilk derece yargılaması, ikinci derecede istinaf yargılaması ve üçüncü kademe de temyiz kanun yolunun doğuracağı masraflar toplanmalı ve tahkimde hakem kararı kesin olduğundan, hakem kararına karşı istinaf kanun yolunun kapalı olduğu; temyiz incelemesinin ise kanunda (HMK m. 439, 2) sınırlı olarak sayılan iptal sebepleriyle sınırlı olarak öncelikle ve ivedilikle yapılacağı (HMK m. 439, 6) unutulmamalıdır.

Tahkimin pahalı olduğu yönünde genel bir kanaat vardır ki bu kanaat çoğu zaman doğru olabilir. Mahkemeye karşılaştırıldığında hakemlerin ücretleri ve genel olarak tahkim masraflarını taraflar karşılar. Bununla birlikte mahkemeler de ucuz değildir. Her davanın konusuna ve türüne göre değişmekle birlikte mahkemede açılan davaların uzun yıllar sürmesi ve bir veya daha fazla kanun yolunun bulunması masrafları arttırmaktadır. Mahkeme dava açıldığında dava konusu karmaşık ve taraflar davanın sonunda kadar gitmek niyetindeyse, hükmü almak için tahkime nazaran daha fazla duruşma yapılmaktadır. Buna ilaveten hakem kararının birden fazla ülkede icra edilmesi ihtiyacı varsa, hakem kararlarının milletlerarası düzeyde mahkeme hükümlerine nazaran daha kolay tenfiz edilebilmesi çok değerli olmaktadır. Tüm bu etkenler ışığında tahkimin mahkemeden daha fazla masraf gerektirdiği bir söylentiden ibaret kalmaktadır.

Tahkim sözleşmesi, masraflar ile ilgili olmayan sebeplerle de haksız olarak nitelendirilebilir. Örneğin sözleşmede öngörülen usûller, hakemlerin seçiminde eşitsizlik içermesi veya taraflardan birinin

hukukî dinlenilme hakkını sınırlaması yüzünden haksız olabilir. Tahkim sözleşmesi, tarafların eşitliği ilkesi ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmesinden oluşan dürüst (âdil) yargılanma gerekliliklerinin yalnızca tek unsurunu ihlâl ettiği için haksız olarak nitelendirilememekle birlikte bir bütün olarak bakıldığında haksız olabilir. Böyle durumlarda tahkim sözleşmesinin, dürüst (âdil) yargılanma ilkesine aykırı olması sebebiyle iptal edilip edilemeyeceğine bakmak gerekebilir.

Doktrinde, sözleşmenin bir tarafının, diğer taraf üzerindeki ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak onu sözleşme yapmaya mecbur bırakması veya bu üstünlük sebebiyle eşitliği kendi lehine bozacak şekilde sözleşmeye hükümler koyması ahlâka aykırı olacağından, ahlâka aykırı olan tahkim sözleşmesinin geçersiz sayılması gerektiği belirtilmiştir.¹¹³

Alternatif olarak tahkim sözleşmesini tümünden iptal etmek yerine, sözleşmede kısmî değişiklik yapmak sûretiyle eşitliğe uygun hâle getirmek mümkün olabilir. Örneğin tahkim yargılama usûlü basitleştirilerek ucuzlatılabilir veya hakemlerin seçimi yahut yargılama usûlü kuralları değiştirilerek tahkim daha âdil hâle getirilebilir. Bu sayede hem tahkim sözleşmesi eşitlik ilkesine uygun düzenlenmiş olur hem de tarafların tahkime başvurma iradesine saygı duyulmuş olur. Nitekim doktrinde, tahkim sözleşmesinde edimlerin orantısızlığı hâlinde ve aşırı yararlanma şartları varsa, sözleşmenin iptali veya geçersiz sayılması yerine, sözleşmedeki orantısızlığın giderilmesi gerektiği; ancak orantısızlık giderilemeyecek hâlde ise tahkim iradesinin aşırı yararlanma ile sakatlanmış olması sebebiyle tahkim sözleşmesinin esas bakımından geçersiz olduğuna hükmedilebileceği belirtilmiştir.¹¹⁴

Bununla birlikte tahkim sözleşmesinin tâdilinin mümkün olup olmadığı somut olayın koşullarına bağlıdır. Tahkim sözleşmesinin taraflar arasındaki eşitliği yeteri kadar gözettiğinden bağlayıcılığını sür-

¹¹³ Polat, "Asimetrik Tahkim," 20.

¹¹⁴ Hüseyin Afşin İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği* (Ankara: Adalet, 2016), 202; Polat, "Asimetrik Tahkim," 28.

dürdüğü konusu mahkemenin yetkisini incelediği sırada ortaya çıkarsa, mevcut seçenekler ya tahkim sözleşmesindeki sorunlar yüzünden mahkemenin kendisinin yargı yetkisinin varlığını kabul etmesi ya da tahkim sözleşmesinin bağlayıcılığı sebebiyle yetkisini reddetmesidir. Bu sorunun tahkim yargılaması veya tahkim sözleşmesinin tenfizi aşamasında doğması hâlinde farklı ihtimaller gündeme gelebilir.

Yapıldığında taraflar arasındaki eşitliği bozduğu için haksız şartlar içeren bir tahkim sözleşmesinin hakemlerce tâdil edilmesi ise mümkün olup, bu durum tahkim sözleşmesinin hakemlerce ihlâli şeklinde yorumlanamaz. Hiç kuşkusuz hakemler, verecekleri hakem kararının âdil olmasını sağlayacak tedbirleri önceden almakla mükelleftirler.¹¹⁵

SONUÇ

Geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen tahkim sözleşmesinin taraflarından biri, tahkim sözleşmesinin konusuna giren bir uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurmayarak doğrudan dava açarsa, karşı taraf (davalı) usûlüne uygun şekilde ve süresinde tahkim ilk itirazında bulunduğu ve mahkeme de tahkim ilk itirazını kabul ettiği takdirde dava usûlden reddedilir.

Davanın usûlden reddine karar verilebilmesi için tahkim ilk itirazı üzerine mahkemenin, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olmadığını tespit etmesi gerekir. Her ne kadar tahkim sözleşmesi ile bunun temelinde bulunan asıl sözleşmenin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazları incelemek hakemlerin yetkisi kapsamında olsa da, mahkemenin bu konuda yapacağı denetimin ölçüsü, sonradan verilecek hakem kararının mukadderatı üzerinde belirleyici olmaktadır.

Tahkim ilk itirazını inceleyen mahkemenin, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olup olmadığı hakkında derinlemesine bir tahkikat yapmadan, ilk bakışta (görünüşte, *prima facie*) bir incelemeyle yetinilerek karar verilmesinden-se, tam bir denetim yapılarak tahkim sözleşmesinin geçersiz olup

¹¹⁵ Kurkela, Turunen and Conflict Management Institute (COMI), *Due Process*, 65.

olmadığının denetlenmesi daha isabetlidir. Aksi seçeneğin kabulü, yüzeysel bir denetimle yetinerek tahkim sözleşmesinin geçerli olduğuna karar veren mahkemenin davayı usûlden reddetmesi sonucunu doğurmakta, böylece tahkim davası başlamakta, kimi zaman taraflar bu hususta bir itirazda bulunmadan tahkim davasını takip etmekte, hakemler de yargı yetkilerinin varlığına karar verdiği takdirde davayı esastan karara bağlamaktadır. Bu süreçten sonra hakem kararı, iptal davasına bakan bölge adliye mahkemesi tarafından yapılan tam denetim sonucunda, davalının bu hususta bir itirazı olmasa bile re'sen dikkate alınan iptal sebebi kapsamında, "tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olduğu" gerekçesiyle iptal edilebilmektedir. Bu usûl emek, zaman ve para kaybına yol açmakta, usûl ekonomisi ilkesine aykırı olmakta ve bazen kötü niyetli davalıyı ödüllendirmektedir.

Davalının tahkim ilk itirazını inceleyen mahkemenin ve arkasından hakemlerin yapacağı denetim sonunda tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olmadığına karar verilmişse, üçüncü bir denetimle iptal davası sonunda hakem kararının aynı yönlerden iptaline yol açılmamalıdır. Tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olup olmadığı, tahkim ilk itirazı üzerine davaya bakan mahkemece yüzeysel değil, tam olarak ve her yönüyle incelenmeli; yaklaşık ispat ölçüsüyle yetinilerek yargılama konusu olmuş bu meselenin kesin şekilde çözümü ileriye (iptal davasına) ertelenmemelidir. Mahkemenin bu hususta vereceği hüküm kanun yolu denetiminden de geçmişe, içerdiği tespitler (tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olmadığı) bakımından kesin hüküm gücüne sahip olmalıdır. Mahkeme, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olmadığını tespit ederek davalının tahkim ilk itirazını kabul etmiş, davayı usûlden reddetmiş ve bu karar kanun yolu incelemesinde de doğru bulunmuşsa, hakem kurulu mahkemenin kesin hüküm oluşturan bu kararıyla bağlı olmalı, artık yetkisizlik kararı verememelidir. Kesinleşen bu tespit, bu hususlarla sınırlı olarak hakem kararının iptal davasına bakan bölge adliye mahkemesini de bağlamalıdır.

SEÇİLMİŞ BİBLİYOGRAFYA*

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. İstanbul: Vedat, 2016.
- Akyol, Şener. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*. İstanbul: Vedat, 2006.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Aydemir, Fatih. *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Alangoya, Yavuz. *Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*. İstanbul: İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973.
- Alangoya, Yavuz, Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım. *Medenî Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta, 2009.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2018.
- De Ly, Filip and Audley Sheppard. "ILA Recommendations on Lis Pendens and Res Judicata and Arbitration." *Arbitration International* 25, no. 1 (2009): 67-85.
- Deren Yıldırım, Nevhis. *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*. İstanbul: Alkım, 2004.
- Ekşi, Nuray. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*. İstanbul: Beta, 2013.
- Erdem, Mehmet. *Özel Hukukta Zamanaşımı*. İstanbul: On İki Levha, 2010.

* Dipnotlardaki atıflar, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla yapılmıştır. Bibliyografyada kısaltılmış şekilleri ayrıca gösterilmeyen eserler, metinde yazarların soyadı ile belirtilmiştir. Aynı yazarın birden fazla eserine yollama yapılmışsa, kullanılan kısaltmalar parantez içinde ayrıca gösterilmiştir. Metinde, ilgili olduğu konu hakkında okuyucuya kaynak göstermek amacıyla atıf yapılan eserler bibliyografyaya alınmamıştır.

- Erdoğan, Ersin. *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*. Ankara: Yetkin, 2017.
- Erkan, Mustafa. *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Erten, Rıfat. *Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri*. Ankara: Adalet, 2010.
- Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard and Bertthold Goldman. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Gençcan, Ömer Uğur. *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Göksu, Mustafa. *Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016.
- International Council for Commercial Arbitration. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*. The Hague 2011.
- International Law Association International Commercial Arbitration Committee. *Final Report on Lis Pendens and Arbitration*. Toronto Conference, 2006.
- İlhan, Hüseyin Afşin. *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*. Ankara: Adalet, 2016.
- Kalpsüz, Turgut. "İsviçre'de Milletlerarası Tahkim (Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?)" 11 Nisan 1997, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 319, 3-58.
- Kalpsüz, Turgut. *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*. Ankara: Yetkin, 2010.
- Karadaş, İzzet. *6100 Sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim*. Ankara: Adalet, 2013.
- Karslı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*. İstanbul: Alternatif, 2014.

- Kıyak, Emre. *Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları*. Ankara: Seçkin, 2014.
- Konuralp, Cengiz Serhat. *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2011.
- Kurkela, Matti S., Santtu Turunen and Conflict Management Institute (COMI). *Due Process in International Commercial Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2010.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 6. İstanbul: Demir-Demir, 2001.
- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2018 (Kuru-Medenî Usul Hukuku).
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Lew, Julian M., Loukas A. Mistelis, Stefan Michael Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International 2003.
- Nomer, Ergin. "Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilâfı." İç. *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler-Tartışmalar*, 29 Kasım- 4 Aralık 1965, 499-529, Ankara: Türkiye İş Bankası Tesisi - Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1966.
- Nomer, Ergin, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin-Gelgel. *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. 1. İstanbul: Beta, 2008.
- Özbay, İbrahim. *Hakem Kararlarının Temyizi*. Ankara: Yetkin, 2004.
- Özbay, İbrahim ve Yavuz Korucu. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim*. Ankara: Adalet, 2016.
- Özkan, Işıl ve Uğur Tütüncübaşı. *Uluslararası Usûl Hukuku*. Ankara: Adalet, 2017.
- Öztürk, Emrah. *Medeni Usul Hukukunda İlk İtirazlar*. Ankara: Yetkin, 2014.

- Pekcanitez, Hakan. "Tahkim İlk İtirazı." iç. *Makaleler*. C. 2. 807-839. İstanbul: On İki Levha, 2016.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Muhammet Özeker, Murat Atalı, Güray Erdönmez, Mine Akkan, Ali Yeşilırmak ve Hülya Taş Korkmaz. *Medenî Usûl Hukuku*. Cilt 1, 2, 3. Ankara: On İki Levha, 2017.
- Polat, Ayşegül. "Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği." *ASBÜHFD* 1, no. 1 (2019): 3-65.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat, 2015.
- Sarıöz Büyükalp, A. İpek. "Uluslararası Tahkimde "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması" Kavramları." *DEÜHFD* 2, no. Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan (2014): 2015-2061.
- Sarısözen, M. Serhat. *Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması*. İstanbul: Kazancı, 2005.
- Selçuk, Seyhan. *Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Tan Dehmen, Mine. "Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi." *MHB* 25-26, no.1-2 Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan (2005-2006): 451-471.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*. Ankara: Adalet, 2007.
- Tanrıver, Süha. *Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*. Cilt 1, *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Taşkın, Âlim. "Fransız Milli ve Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Reformuna Dair Kararname (Madde 1442-1462) ile Türk Tahkim Hukuku (HMK, MTK) Hükümlerinin Mukayesesi (Karşılaştırılması)." *BÜHFD*, no. 2 (2018): 33-69.
- Taşkın, Âlim. *Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşması, Hakem Kurulu ve Tahkim Yargılaması*. Ankara: Yetkin, 2019.

- Üstündağ, Saim. "Tahkim İtirazının Ne Vakit İleriye Sürülebileceği." iç. *Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler*, 451-452. Ankara: Adalet, 2010.
- Yavuz, Cevdet. "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler," iç. *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim, Konuşmalar, Tartışmalar, Bildiriler, 14 Şubat 2009, İstanbul, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 133-177. İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, 2009.
- Yener Keskin, Cansu. *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Yeşilova, Bilgehan. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008.
- Yeşilova, Bilgehan. "Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine-Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak-Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1)." *DEÜHFD* 11, no. Özel Sayı-Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan (2009): 739-818.
- Yeşilirmak, Ali. "Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK'nın Tahkim Hükümlerinin Değerlendirilmesi." *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı XI, Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK Uygulaması, Gaziantep, 5-6 Ekim 2013, ZÜHFD*, no.3 (2014): 305-324.
- Yeşilirmak, Ali. *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*. İstanbul: On İki Levha, 2011.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 1, 2, 3*. Ankara: Yetkin, 2017.

KISALTMALAR CETVELİ

a.	:	article (madde)
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	:	Baskı
bkz.	:	bakınız
C.	:	Cilt
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	:	dipnot
HGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICCA	:	International Councilfor Commercial Arbitration
ILA	:	International Law Association
KBİBB	:	Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası
kn.	:	kenar numarası
m.	:	madde
MHB	:	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MTK	:	4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
MUK	:	Medenî Usûl Kanunu
RG	:	Resmî Gazete
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
UNCITRAL	:	United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu)
Vol.	:	Volume (Cilt)
YBCA	:	ICCA Yearbook Commercial Arbitration

SERÎ MUHAKEME USÛLÜNE İLİŞKİN SORUNLAR

THE ISSUES ABOUT SPEEDY TRIAL PROCESS

Gülsün A. Aygörmez UĞURLUBAY*

Nuran HAYDAR**

Mehmet KORKMAZ***

Özet

7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ya da medyada bilinen adı ile Yargı Reform Paketi Ekim 2019 itibariyle yürürlüğe girmiştir. Bununla Ceza Muhakemesi Kanunu'na eklenen pek çok yeni kurumun başında serî muhakeme usûlü gelmektedir. Bu çalışma, serî muhakeme usûlünün şartlarını ortaya koyarak, uygulanmalarına ilişkin önerilerde bulunma ve bu yeni usûlün âdil yargılanma hakkına hangi yönlerden aykırılık teşkil ettiğini tespit etme amacıyla oluşt-

* Doçent Doktor, İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi, gulsun.ugurlubay@gedik.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3386-2470.

** Araştırma Görevlisi, İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Araştırma Görevlisi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, nuran.haydar@gedik.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4453-9393.

*** Araştırma Görevlisi, İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, mehmet.korkmaz@gedik.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6271-2888.

Makale Gönderim Tarihi: 16.12.2019.

Makale Kabul Tarihi: 23.12.2019.

rumuştur. Bu minvâlde CMK'nın 250. maddesinde düzenlenen her bir koşul için ayrı bir başlık açılmış ve bunlar, silâhların eşitliği, çelişmeli muhakeme, meram anlatma, şüpheden sanık yararlanır ilkelere, masûmiyet karinesi, aleyhe delil göstermeye zorlanma yasağı, susma hakkı ile kanunî hâkim ilkesi, tarafsız ve bağımsız mahkeme önünde yargılanma hakkı bakımından arızalı yönleri âdil yargılanma hakkı çerçevesinde tahlil edilmiştir. Son bölümde, ihlâllerin giderilmesi için gereken değişiklik önerileri sıralanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yargı Reform Paketi, Serî Muhakeme Usûlü, Âdil Yargılanma Hakkı, Çelişmeli Muhakeme, Kanunî Hâkim Güvencesi.

Abstract

The Law on the Amendment of Criminal Procedure Law and Certain Laws (No. 7188) or the Judicial Reform Package, known in the media, came into force in October 2019. The serial procedure is the leading one of many new institutions added to the Code of Criminal Procedure with this package. This study was established in order to put forward the conditions of the serial procedure and to determine in which ways this new procedure violated the right to a fair trial. In this context, a title was opened for each condition set out in Article 250 of the Criminal Procedure Law and the defective aspects of the functioning of this process- in terms of principles of equality of arms, adversery trial, the right to fair hearing, in dubio pro reo, presumption of innocence, nemo tenetur, the right to silence and the principle of legal judge and the right to be judged by independent and impartial tribunals were analyzed within the framework of the right to a fair trial. The last section lists the proposed amendments to remedy violations.

Keywords: Judicial Reform Package, Serial Procedure, Right to a Fair Trial, Adverserial Procedure, the Principle of Natural Judge.

GİRİŞ

17 Ekim 2019 tarihinde kabul edilen ve 30928 sayı ve 24.10.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 7188 sayılı Ceza Muhakemesi

Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 23. maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mülgâ 250. maddesi başlığı ile beraber yeniden oluşturulmuş ve ceza muhakemesi hukukuna "serî muhakeme usûlü" adında yeni bir müessesese getirilmiştir. Söz konusu hüküm aşağıdaki gibidir:

Serî muhakeme usûlü

MADDE 250- (1) Soruşturma evresi sonunda aşağıdaki suçlarla ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde serî muhakeme usûlü uygulanır:

a) Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

- 1. Hakkı olmayan yere tecavüz (madde 154, ikinci ve üçüncü fıkra),*
- 2. Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (madde 170),*
- 3. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma (madde 179, ikinci ve üçüncü fıkra),*
- 4. Gürültüye neden olma (madde 183),*
- 5. Parada sahtecilik (madde 197, ikinci ve üçüncü fıkra),*
- 6. Mühür bozma (madde 203),*
- 7. Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (madde 206),*
- 8. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228, birinci fıkra),*
- 9. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (madde 268), suçları.*

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 13'üncü maddesinin birinci, üçüncü ve beşinci fıkraları ile 15'inci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen suçlar.

c) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 93 üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç.

d) 13/12/1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langirt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun'un 2'nci maddesinde belirtilen suç.

e) 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun ek 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen suç.

(2) Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri, şüpheliyi, serî muhakeme usûlü hakkında bilgilendirir.

(3) Cumhuriyet savcısı tarafından serî muhakeme usûlünün uygulanması şüpheliye teklif edilir ve şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi hâlinde bu usûl uygulanır.

(4) Cumhuriyet savcısı, Türk Ceza Kanunu'nun 61'inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği temel cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımını belirler.

(5) Dördüncü fıkra uyarınca sonuç olarak belirlenen hapis cezası Cumhuriyet savcısı tarafından, koşulları bulunması hâlinde Türk Ceza Kanunu'nun 50'nci maddesine göre seçenek yaptırımlara çevrilebilir veya 51'inci maddesine göre ertelenebilir.

(6) Bu maddeye göre belirlenen yaptırımlar hakkında, Cumhuriyet savcısı tarafından, koşulları bulunması hâlinde 231'inci madde kıyasen uygulanabilir.

(7) Bu madde kapsamında yaptırım uygulanması, güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmez.

(8) Cumhuriyet savcısı, şüpheli hakkında serî muhakeme usûlünün uygulanmasını yazılı olarak görevli mahkemeden talep eder. Talep yazısında;

a) Şüphelinin kimliği ve müdafii,

b) Mağdur veya suçtan zarar görenlerin kimliği ile varsa vekili veya kanunî temsilcisi,

c) İsnât olunan suç ve ilgili kanun maddeleri,

d) İsnât olunan suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi,

e) Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri,

f) İsnât olunan suç oluşturulan olayların özeti,

g) Üçüncü fıkrada belirtilen şartların gerçekleştiği,

h) Belirlenen yaptırım ile beşinci ve altıncı fıkra uygulanmış ise bunlara ilişkin hususlar ve güvenlik tedbirleri,

gösterilir.

(9) Mahkeme, şüpheliyi müdafii huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin serî muhakeme usûlü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurar; aksi takdirde talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Mazeretsiz olarak mahkemeye gelmeyen şüpheli, bu usûlden vazgeçmiş sayılır.

(10) Serî muhakeme usûlünün herhangi bir sebeple tamamlanamaması veya soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi hâllerinde, şüphelinin serî muhakeme usûlünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ile bu usûlün uygulanmasına dair diğer belgeler, takip eden soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılamaz.

(11) Suçun iştirâk hâlinde işlenmesi durumunda şüphelilerden birinin bu usûlün uygulanmasını kabul etmemesi hâlinde serî muhakeme usûlü uygulanmaz.

(12) Serî muhakeme usûlü, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hâllerinde uygulanmaz.

(13) Resmî mercilere beyân edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle şüpheliye ulaşılamaması hâlinde, serî muhakeme usûlü uygulanmaz.

(14) Dokuzuncu fıkra kapsamında Cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda mahkemece kurulan hükme itiraz edilebilir.

(15) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir.

Bu çalışma iki ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde CMK m. 250' de öngörülen serî muhakeme usûlüne ilişkin maddî koşullar tek tek ele alınarak, bunlara ilişkin sorunlar ve çözüm önerileri üzerinde durulacaktır. İkinci ana bölümde ise serî muhakeme ilkesinin âdil yargılama ilkesi ile ne kadar uyumlu olduğu ayrıntılı bir şekilde tartışılmaya çalışılacak, varılan sonuçla alâkallı çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

I. SERÎ MUHAKEME USÛLÜ KOŞULLARINA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

CMK m. 250 kapsamında serî muhakeme usûlünün uygulanması için birçok unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Buna göre serî muhakeme usûlü ancak (A) soruşturma evresi sonunda, (B) serî muhakeme usûlünün kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmediği ve (C) suç CMK m. 250’de sayılan katalog suçlardan olduğu takdirde uygulanabilir. Bu unsurların yanında serî muhakeme usûlü hakkında (D) Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri şüpheliyi bilgilendirecek, Cumhuriyet savcısı tarafından teklif getirilecek, teklif şüphelinin müdafii huzurunda kabul edilirse usûl uygulama bulacaktır. (E) Yaptırım Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenecektir. (F) Mahkeme, savcının talebini reddedecek ya da talep doğrultusunda hüküm kuracaktır. Aşağıda bu koşullar tek tek ele alınacaktır.

A. Serî muhakeme usûlü, “soruşturma evresi sonunda” uygulanır.

CMK m. 250/1’e göre serî muhakeme usûlü soruşturma evresi sonunda uygulanabilecektir. Ancak soruşturma evresi sonundan ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Zirâ ne bu norm içerisinde ne de CMK’da başka bir yerde soruşturma evresinin ne zaman biteceğine dair bir hüküm bulunmaktadır. Soruşturma evresinin sonu normatif somut kriterlere göre belirlenmeyecek olursa, göreceli ve kişiden kişiye değişecek bir yorum ve uygulama ile karşı karşıya kalınacaktır. Bu da normun kötüye kullanılması ya da gereği gibi uygulanmaması tehlikesini doğurabilecektir. En ciddi tehlike ise yerine göre işlerin yoğunluğu yerine göre yargılamaları en hızlı şekilde sonlandırma arzusu nedeniyle, soruşturmaların gereği tam yapılmadan bir iki gün gibi kısa bir sürede sonlandırılarak serî muhakemeye dayalı bir hükmün çıkabilecek olması ve böylelikle sayısız ceza muhakemesi hukuku ilkesinin ihlâlidir.

Etkin soruşturma yükümlülüğü, maddî gerçeğin ortaya çıkmasında yapı taşı unsurlardan biridir. Burada bir eksiklik, öncelikle maddî gerçeğin ortaya çıkarılarak asıl suç faillerinin cezalandırılmasında yatan kamusal menfaatlerin göz ardı edilmesi ve mağdurlar açısından hak arama özgürlüklerinin kısıtlanması anlamına gelecektir.

Suç failleri açısından da âdil yargılama ilkesi ve bununla bağlantılı olmak üzere silâhların eşitliği, masûmiyet karinesi ve lekelenmeme hakkının ihlâli; tüm bunların yanında da kovuşturma ve araştırma mecburiyeti ilkesi ihlâlî söz konusu gündeme gelecektir.

Tüm bunların yanında etkin bir soruşturma evresinde ortaya çıkabilecekken çıkarılmamış bir delilin sonradan ortaya çıkması, önemli usûl sorunları ortaya çıkarabileceği gibi “serîlik” beklenen serî muhakeme usûlünden istenen verimin alınmasını da engelleyici olacaktır. Bunun dışında kesinleşmiş bir kararın ardından anılan bu delillerin ortaya çıkması, ceza yargılama organlarının olağan ya da olağanüstü kanun yollarıyla gereksiz yere meşgul edilmeleri anlamına gelecektir ki, her hâlde serî muhakeme usûlünden beklenen bu değildir.

Soruşturma evresinin sonu unsurunun normatif kriterlerle somutlaştırılarak CMK ile uyumlu yorumlanması yukarıda anılan sorunların *de lege lata* kısmen giderilmesi hususunda isâbetli olacaktır. Hem yukarıda anılan ilkeleri ihlâl etmemek hem de serî muhakeme usûlü eliyle kamu davasını açma ve kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkelerine açıkça bir istisnâ getirildiğinden soruşturma evresinin sonu unsurunun CMK ile uyumlu olacak şekilde somutlaştırılması zorunludur.

Bu bağlamda soruşturma evresi CMK m. 2/1 ile bağdaşır olarak “*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianâmenin kabulüne kadar geçen evre*” olduğuna göre, soruşturma evresinin son bulunduğu an da iddianâmenin kabulü anı olacaktır. Her ne kadar serî muhakeme usûlünde bir iddianâme bulunmasa da soruşturmayı sonlandırma kriteri, iddianâmenin kabulü için geçerli olan tüm koşulların oluşması olmalıdır. Burada gözden kaçırılmaması gereken en önemli hususlardan biri, iddianâmenin ilgili mahkemeye arz edilmesiyle, mahkeme tarafından değerlendirildiği ara muhakeme evresinin (CMK m. 170 – 174) serî muhakeme usûlünde bulunmamasıdır. Ara muhakeme evresinde soruşturma dosyasındaki eksiklikler giderilip, dosyasının şeklen ve deliller bakımından madden tekemmül ettirilmesi istenmektedir.¹ Serî muhakeme usûlünde ara muhakeme evresinin olmaması, savcılığın soruşturmaları eksik-

¹ Bahri Öztürk ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 617.

siz yaparak, adete kusursuz bir iddianâme hazırlar gibi hareket etmesinin önemini bir kez daha arttırmaktadır. Bu nedenle savcılığın mahkemeye serî muhakeme talep yazısı yazmadan önce şu hususlarda özenli bir değerlendirme yapması icâp eder:

Öncelikle suçun sübûtuna etki edeceği mutlâk sayılan delillerin toplanıp toplanmadığı gözden geçirilerek; isnâdın soyut gerekçelere, mücerret iddialara dayanmadığı net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Yüklenen suç oluşturulan olayların, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanıp açıklanmadığına ve en nihâyetinde soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturup oluşturmadığına bakılmalıdır. İddianâmenin kurucu unsuru yeterli şüphe olduğuna göre, yeterli şüphe oluşmadan (CMK m. 170/1 2. cümle) serî muhakeme usûlüne geçilemeyecektir. Soruşturmanın başlatılabilmesi için aranan başlangıç şüphesi, daha da kuvvetlenerek, yoğunluğu artarak, artık yargılama neticesinde sanığın mahkûm olma ihtimâli, beraat etme ihtimâline oranla ağır basar duruma geliyorsa, burada yeterli şüpheden bahsedilmektedir.² Dolayısıyla yeterli şüphe, mevcut delillerle bir mahkûmiyet kararının çıkması orta yoğunlukta muhtemel olması ya da eldeki delillere nazaran yapılacak bir duruşmada sanığın mahkûm olması ihtimâlinin beraat etmesi ihtimâlinden daha kuvvetli olmasıdır.³ Yeterli şüphe, (iddianâmenin - CMK m. 170/2) dolayısıyla da serî muhakeme usûlüne göre şüpheliye teklifte bulunmanın olmazsa olmaz bir koşuldur. Tüm bunların ardından savcılık (iddianâmedeki yani) talepnâmedeki suçun unsurlarını delillerle ilişkilendirerek tartışılıp tartışılmadığını bizzat kendi tekrar gözden geçirmelidir (CMK m. 170/4, 5, 6). CMK m. 250/8-c kapsamında isnâd olunan suçun hangi kanun maddesinden ibâret olduğunu belirtmekle yetinilmemeli, tam tersine anılan hususları içeren gerekçeli bir iddiada bulunulmalıdır. Bu sadece isnâdı öğrenme hakkının gereği değil, aynı zamanda etkin bir savunmada bulunmanın da ana koşuludur. Bu noktada Yargıtayın iddiânameler için öngördüğü standartların,⁴ talepnâmeler için de en azından isnâd olunan suç ile alâkalı yerine getirilmesi gerekir.

² Yar. 18. CD, E. 2017/4819, K. 2017/15005, 18.12.2017.

³ Yar. 18. CD, E. 2017/4819, K. 2017/15005, 18.12.2017.

⁴ Bunlar için bkz. Yar. 6. CD, E. 2014/8058, K. 2018/496, 30.1.2018; ayrıca Yar. 6. CD, E. 2014/14978, K. 2018/670, 29.1.2018.

Tüm bunların yanında *de lege ferenda* olarak CMK m. 250/1 1. cümle içerisinde geçen “*soruşturma evresi sonunda*” kavramı yerine “yeterli şüpheye ulaşıldıktan sonra serî muhakeme usûlü talebi koşulları oluştuğunda” ifâdesine yer verilmesi daha isâbetli olacaktır. Zirâ yukarıda da aktarıldığı üzere, böyle bir talepte bulunulması, iddia-nâmenin kabulü ile aynı standartlara bağlandığında, zaten hâlihazırda CMK m. 170 ile uyumlu bir soruşturma süreci yaşanacağından, norma yönelik haklı eleştirilerin giderilmesi söz konusu olabilir.

B. Serî muhakeme usûlü, “kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmediği takdirde” uygulanacaktır.

CMK m. 250 bir **emir** normudur (“*uygulanır*”). Dolayısıyla kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde, savcılık serî muhakeme usûlü uygulamak zorundadır, bu hususta bir takdir yetkisi yoktur. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi, CMK m. 171/2’de düzenlenmiştir. Buna göre “*Uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir... Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için; Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması, Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi hâlinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi, Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması, Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.*”

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ihtiyârî, dolayısıyla Cumhuriyet savcısının takdirindedir. Cumhuriyet savcısı ilk olarak kamu davasının açılmasının şartlarının oluşup oluşmadığına bakacak ve şartları oluşmuşsa ya erteleme yönünde karar verecek ya da tam tersine böyle bir karar vermeyecektir. Ertelene kararı vermezse serî muhakeme usûlünü uygulamak zorunda kalacaktır. Bunun haricinde kamu davasının açılması şartları oluşmadıysa, mesela

şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûmiyeti söz konusu ise, bu durumda (suçun CMK m. 250 kapsamındaki katalog suçlardan olması şartıyla) savcı yine serî muhakeme usûlü kararı vermek zorunda kalacaktır. Bunun yaratacağı sakıncaya bir sonraki başlıkta değinilecektir.

C. Serî muhakeme usûlü, sadece CMK m. 250'de sayılan katalog suçlar için uygulanabilir.

CMK m. 250'de katalog suçlara yer verilmiştir. Tahdidî olarak sayılan bu suçlar dışında serî muhakeme usûlüne başvurulması mümkün değildir. Bu suçlar Türk Ceza Kanunu'nda yer alan, hakkı olmayan yere tecavüz (madde 154, ikinci ve üçüncü fıkra), genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (madde 170), trafik güvenliğini tehlikeye sokma (madde 179, ikinci ve üçüncü fıkra), gürültüye neden olma (madde 183), parada sahtecilik (madde 197, ikinci ve üçüncü fıkra), mühür bozma (madde 203), resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (madde 206), kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228, birinci fıkra), başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (madde 268) suçları ile 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 13. maddesinin birinci, üçüncü ve beşinci fıkraları ile 15. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen suçlar; 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 93. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç; 13/12/1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun'unun 2. maddesinde belirtilen suç; 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun ek 2. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde anılan suç olarak belirlenmiştir.

Kanun koyucunun neden bu suçları serî muhakeme usûlü kapsamına aldığı bilinmemektedir, zirâ gerekçede bu hususta bir veri bulunmamaktadır. Suç seçimindeki belirsizlik öncelikle, katalog suçların hızla genişletilmesi tehlikesi bulunduğu izlenimi vermektedir. Serî muhakeme usûlünün, gerekçede⁵ anılan (muhtemel) getiri-

⁵ Bkz. gerekçe: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf> .

liş amacına uygun, *yargılaması formaliteye boğulmuş bu nedenle de basit suç olmasına rağmen yargılaması uzun süren* suçlarla sınırlı tutulması isâbetli olacaktır. Bunun yanında yasal düzenlemelerin aynı zamanda bir sinyal işlevi de bulunmaktadır ve bu nedenle CMK m. 250 ile getirilen normun topluma vereceği mesaj gözden kaçırılmamalıdır. Usûlün hızlı olması ve esasen savcılığın büyük rol oynaması nedeniyle toplumda sanki “*mahkeme huzuruna bile çıkmıyorsun, savcılıkta iş hemen hızlıca bitiyor*” gibi bir algı ile suç işlemeye yönelik caydırıcılığı sekteye uğratici, hatta özendirici bir izlenim uyandırılmamalıdır. Bu bağlamda (yukarıda aktarıldığı üzere mükerrer suçlularda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemeyeceğinden zorunlu olarak serî yargılama usûlüne geçileceğinden) öncelikle suçu meslek hâline getiren ya da mükerrer suçluların serî muhakeme uygulaması dışında tutulması isâbetli olacaktır. Bu özellikle mühür bozma (madde 203), kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228, birinci fıkraya) gibi suçlar ile trafik güvenliğini tehlikeye sokma (madde 179, ikinci ve üçüncü fıkraya) suçu açısından önemlidir. Yargılamanın hızlılığını sağlamak ve yargının iş yükünü azaltmak adına mükerrerlere doğrudan yarı oranında ceza indirimini hakkaniyete uygun olmadığı gibi, kamu düzeninin korunması amaçlarına da terstir. Bu nedenle serî yargılama usûlünün mükerrerlere uygulanmayacağı yönünde bir kısıtlama getirilmesi *de lege feranda* önerilmektedir.

D. Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri şüpheliyi serî muhakeme usûlü hakkında bilgilendirir ve Cumhuriyet savcısı tarafından serî muhakeme usûlünün uygulanması şüpheliye teklif edilir ve şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi hâlinde bu usûl uygulanır (CMK m. 250/2-3).

Bu fıkralarda yine **emir** normları söz konusudur. Zirâ “Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri, şüpheliyi, serî muhakeme usûlü hakkında **bilgilendirir**. Cumhuriyet savcısı tarafından serî muhakeme usûlünün uygulanması şüpheliye teklif **edilir** ve şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi hâlinde bu usûl **uygulanır**.”. Dolayısıyla savcılığın normun uygulanmasında takdir hakkı yoktur. Bu bağlamda savcılığın şüpheliyi bilgilendirme yanında şüpheliye teklifte bulunma – dolayısıyla teklifsiz olarak doğrudan serî muha-

keme usûlüne geçilemeyecektir – aynı zamanda teklifin kabulü durumunda da serî muhakeme usûlünü uygulama zorunluluğu bulunmaktadır.

Şüpheliyi bilgilendirme, sadece “serî muhakeme usûlü hakkında” olacaktır. Bu durumda savcılık şüpheliye, fiilinin katalog suçlardan birini oluşturduğu, hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesinin söz konusu olamayacağı, serî muhakeme usûlünün işletilmesinin ancak kendi kabulü ile mümkün olacağını iletilir. Bildirimin ardından Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheliye serî muhakeme usûlünün uygulanması teklif edilmek zorundadır, savcının burada takdir hakkı yoktur. Bunun ardından şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi hâlinde bu usûl uygulanır.

Ancak anılan bu bildirim aşaması ile alâkalı ciddi soru işaretleri vardır. Öncelikle savcılığın ana görevi sadece bilgilendirme olarak ifâde edildiğinden, suç isnâdına, suç isnâdına esas alınan olgulara, delillere vs. ilişkin herhangi bir açıklamada bulunup bulunamayacağı belirsizdir. Ayrıca soruşturma aşamasının gizliliği esas olduğundan, delillerin müşterekliği ve doğrudanlığı sorunları ortaya çıkarak, tarafların teklif öncesi delillerin hepsine ulaşip ulaşamayacağı, itiraz edip edemeyeceği vs. soruları cevapsız kalmaktadır. En nihâyetinde şüphelinin bildirim sonrası kendine bildirilenleri bir müdafii yardımıyla tam olarak kavrayarak idrâk etmesi ve reddin/kabulün sonuçları hakkında etraflıca düşünerek bir irâde açıklamasında bulunması için belirli bir süre tanınup tanınmayacağı da belirsizdir. Aktarılan tüm bu boşluk ve eksiklikler teklif aşamasında da giderilmiş gözükmemektedir. Bu nedenle dar kapsamlı bir bildirimden hemen sonra teklif aşamasına geçilmesi ile şüpheli sadece uygulanacak usûl hakkında bilgi sahibi olacak, kendini savunma ve ifâde konusunda hiçbir imkân elde edemeyecektir. Her ne kadar teklif aşamasında zorunlu müdafilik uygulamaya sokulmuş olsa da bu durum taraflar arasında bozulmuş dengeyi düzeltmemekte, bir tarafı diğer tarafa karşı dezavantajlı konuma düşürmektedir. Bu bağlamda aşağıda bildirim ve teklif aşamasına yönelik *de lege lata* önerilere yer verilerek, konunun âdil yargılama ilkesi kapsamında etraflıca tartışılması çalışmanın ikinci bölümünde yapılacaktır.

Bildirim aşamasıyla ilgili *de lege lata* önerilerin başında bildirim kapsamının genişletilmesi gelmektedir. Serî muhakeme uygulamasında bildirim kapsamı sadece “*serî muhakeme usûlü*” ile ilgilidir. Savcılık şüpheliye, şüpheli fiilinin katalog suçlardan birini oluşturduğunu, hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesinin söz konusu olamayacağını, serî muhakeme usûlünün işletilmesinin ancak kendi kabulü ile mümkün olacağını açıklamalıdır. Serî muhakeme usûlünün kabulü durumunda, savcı olarak kendisinin yaptırımı belirleyeceğini ve (suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği temel) cezadan yarı oranında indirim uygulayacağını (CMK m. 250/4), mahkemenin kendisini (yani şüpheliyi) müdafii huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin serî muhakeme usûlü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kuracağını; aksi takdirde talebi reddedeceğini ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına göndereceğini; kendisinin (şüpheli) mazeretsiz olarak mahkemeye gelmemesi durumunda bu usûlden vazgeçmiş sayılacağını bildirmelidir (CMK m. 250/9).

Bununla birlikte tüm bu bilgilerin yanında, şüphelinin serî muhakeme usûlünü kabul etmesi ve etmemesinin sonuçları da bildirim kapsamına alınmalıdır. Bu sadece ceza muhakemesi ile ilgili hakların korunması açısından değil, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılabilmesi bakımından da önemlidir. Burada özellikle CMK m. 250/10 tam olarak aktartılmalıdır. Şüpheliye kanun yollarına gitme hakkının bulunduğu da mutlâka bildirilmelidir.

Bildirim yapılmasının ardından şüpheliye, konu hakkında müdafii ile görüşmesi ve sağlıklı bir irâde oluşturabilmesi için düşünebilme ve teklif sürecine yönelik savunmasını hazırlayabilmesi için (en az iki haftalık) bir sürenin tanınması gerekir.

CMK m. 250/3 teklifin müdafii huzurunda kabul edilebileceğini öngörmektedir. Bu durumda teklifin reddi değil, kabulü için bir çeşit zorunlu müdafilik getirilmiş olsa da, -aşağıda aktarılacağı üzere- tüm teklif sürecinde müdafii mevcudiyeti daha isâbetli olacaktır. Bu nedenle bildirim kapsamına teklif görüşmesine müdafii eşliğinde

gelinmesi gerektiği, müdafî bulunmaması durumunda kendisine zorunlu müdafî atanacağı iletilmelidir.

Teklif aşaması ilgili *de lege lata* önerilerin başında teklif aşamasına CMK m. 147 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması gelmektedir. Şüpheli bilgilendirdikten ve savunmasını hazırlaması için tanınan (önerildiği üzere iki haftalık) sürenin geçmesinin ardından Cumhuriyet savcısı tarafından serî muhakeme usûlünün uygulanması teklif edilecektir. Bildirim kollukça da yapılabilecekken, teklif sadece savcılıkça gerçekleştirilebilmektedir. Mevcut norma göre her ne kadar sadece teklifin kabulü müdafî huzurunda olmalı ise de, teklif sürecince aslen bir yargılama faaliyetinde bulunulduğundan, tüm teklif sürecinde müdafî mevcudiyeti aranmalıdır. Teklif sürecinde CMK m. 147 ve 148 hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Bu bağlamda öncelikle şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür. Kendisine yüklenen suç anlatılır. Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîinin teklif görüşmelerinde hazır bulunabileceği, ancak teklifi kabul esnasında hazır bulunma zorunluluğu olduğu, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir. Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir. Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır (ifâde alma aşamasında tanınan bu hakkın teklif görüşmeleri sırasında tanınmaması açık şekilde CMK ve âdil yargılanma hakkının ihlâli teşkil edecektir). Şüphelinin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır. Teklif işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanır. Teklif görüşmeleri bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır: 1. Teklif işlemlerinin yapıldığı yer ve tarih. 2. Teklif sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile şüphelinin açık kimliği. Teklifin yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri. Tutanak içeriğinin şüpheli ile hazır olan müdafîi tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri.

İfâde alma ve sorguda yasak usûller başlıklı CMK m. 148 de kıyasen uygulanmalıdır. Bu bağlamda şüphelinin beyânı irâdesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahâleler yapılamaz. Teklif kapsamı dışında, kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. Yasak usûllerle elde edilen ifâdeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.

E. Yaptırımı Cumhuriyet savcısı belirleyecektir.

Savcı, TCK m. 61/1’de belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği temel cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımı belirler. Dördüncü fıkra uyarınca sonuç olarak belirlenen hapis cezası Cumhuriyet savcısı tarafından, koşulları bulunması hâlinde TCK m. 50’ya göre seçenek yaptırımlara çevrilebilir veya 51. maddeye göre ertelenebilir. Bu maddeye göre belirlenen yaptırımlar hakkında, Cumhuriyet savcısı tarafından, koşulları bulunması hâlinde 231. madde kıyasen uygulanabilir. Bu madde kapsamında yaptırım uygulanması, güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmez.

CMK m. 250 yargılama faaliyetinde bulunarak cezayı tayin yetkisini Cumhuriyet savcısına aktarmış bulunmaktadır. Cezayı takdir eden *Cumhuriyet savcısı, şüpheli hakkında serî muhakeme usûlünün uygulanmasını yazılı olarak görevli mahkemeden talep edecektir.*

Savcının hem bildirim/teklif yazışmalarını hem de tüm yargılama sürecini yürüterek cezayı takdir etmesi, uygulamada ciddi zorluklar yaratacaktır. Şimdiye kadarki ceza muhakemesi uygulamasında cezanın bireyselleştirilmesi bir yargılama faaliyeti olarak mahkemelerin icrâ ettiği bir faaliyet olmuştur. Bu konuda savcılık tarafından tecrübe kazanılana kadar geçecek sürede serî olması beklenen muhakeme usûlünden umulan fayda elde edilemeyecektir. Tüm bunların yanında örneğin zincirleme suç, mevcut soruşturmanın derdest olup olmadığı vs. gibi hususların tespiti açısından yazışmaların yapılması ve sonuçların beklenmesi icâp edebilecektir.

Tüm bunlar ciddi kalem faaliyetleri olup, sadece kâtabi olan ve kendi özel kalemi bulunmayan Cumhuriyet savcısı açısından yerine getirilmesi neredeyse imkânsız iş yükü yaratacaktır, ki savcılıkların mevcut iş yükü hâkimliklerden daha da az değildir. Buraya ayrıca CMK m. 250/6 kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecek hâllerin de getireceği iş yükünü eklemek icâp eder. Cumhuriyet savcısı tarafından sonuç olarak belirlenen yaptırım hakkında, koşulları oluşmuş hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanabilmesi için savcının, tüm iş yükü arasında, sanığın kişilik özellikleri ile kısa süreli serî muhakeme usûlü savcılık görüşmesi sürecindeki tutum ve davranışlarını göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varması gerekecek ve en nihâyetinde şüpheliye CMK m. 230/6 son cümle gereği, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul edip etmediğini sorması gerekecektir ki kabul olmadan HAGB kararı verilemeyecektir. Tüm bu açıklamalar ışığında, Cumhuriyet savcısına hâlihazırdaki soruşturmaları yürütme görevi yanında bir de serî muhakeme işlemlerinin eklenmesi, serî muhakeme usûlünden beklenen serîliğin önündeki en önemli engeldir. Tüm bu olumsuzluklar karşısında CMK m. 250/4, 5, 6, 7 kapsamında anılan yargılama görevinin Cumhuriyet savcısından alınarak, tekrar mahkemelere –Sulh Ceza Hâkimliklerine (eski isme dönülerek Mahkemelere)- aktarılması en isâbetlisi olacaktır. Tüm bu hususlar çalışmanın ikinci kısmında âdil yargılama ilkesi kapsamında ayrıca tartışılacaktır.

F. Mahkeme hüküm kurar; aksi takdirde talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir (CMK m. 250/9).

CMK m. 250 yargılama faaliyetinde bulunarak cezayı tayin yetkisini Cumhuriyet savcısına aktardığından, mahkemenin yapacağı klasik anlamda bir kovuşturma olmayacaktır. Mahkeme şüpheliyi müdafii huzurunda sadece dinleyecek, sonra –yine sadece- üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin serî muhakeme usûlü kapsamında kalıp kalmadığını inceleyerek, şartlar oluşmuşsa savcının belirlediği yaptırım doğrultusunda hüküm kuracaktır: “Mahke-

me, şüpheliyi müdafii huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin serî muhakeme usûlü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurar; aksi takdirde talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir.”.

Burada mahkeme öncelikle şüpheliyi dinleyecektir. Dinlemekten ne anlaşılması gerektiği ise belirsizdir. Bunun yanında mahkeme serî muhakeme usûlü 3. fıkra şartlarının oluşup oluşmadığını inceleyecektir. Bu kapsamda şüpheliye usûlüne uygun serî muhakeme usûlü teklifi yapıp yapılmadığını ve bir kabul beyânında bulunup bulunmadığını inceleyecektir. Bunun yanında fiilin serî muhakeme kapsamında olup olmadığını ele alacaktır. “... eylemin serî muhakeme usûlü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm **kurar.**” Burada bir **emir** normu söz konusudur. İnceleme konusu yapılacak husus fiilin serî muhakeme kapsamında olup olmadığıdır. Fiilin serî muhakeme kapsamında kalıp kalmadığının tespitinin nasıl vuku bulacağı sorusuna normun mevcut yapısı yanıt vermemektedir. Zirâ savcılık mahkemeye yönelik talepnâme yazısında esasa ilişkin olarak, isnât edilen suç ile ilgili maddelerin yanında isnât olunan suç oluşturulan olayların özeti yazacaktır. Kanun koyucu talepnâmede iddianâmede olduğu gibi, suçun delilleri ile yüklenen suç oluşturulan olayların anılan mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması koşuluna yer vermemiştir.⁶

⁶ Oysaki bu savunma hakkının kullanılmasının güvencesidir: Yar. 6. CD, E. 2014/8058, K. 2018/496, 30.1.2018: “İddianamede şüpheliye yüklenen suç hakkında; suç teşkil eden fiil, zamanı ve işlendiği yer konusunda açıklama gerektiği gibi, olay örgüsünde isnat edilen fiilin hangi fiil olduğu açıkça anlatılmalıdır. Fiilin aynı failin diğer fiillerinden ayırt edilebilir nitelikte belirtilmesi gerekir. Failin her biri birbirinden bağımsız biri diğerinin unsuru olmayan ve ayrı ayrı suç teşkil eden filleri yönünden de iddianamede kamu davasının sınırları açıkça gösterilmelidir. Savcı iddianamesine göre mahkemenin suç teşkil eden hangi filleri konusunda karar vermesi gerektiği belirsiz kalmamalıdır. İddianamede davaya konu yapılmak istenen suç teşkil eden eylemler ayrı ayrı açıklanıp belirlenmesi gerekir. Yani suç teşkil eden fiiller bakımından kamu davasının sınırı açıkça gösterilmelidir. Suç teşkil eden fiil yönünden kamu davasının dışına çıkmak, dava olmadan karar verilmesi anlamını taşır. Böyle bir uygulamaya CMK kuralları kesin engel oluşturur. Hâkim, fiilin niteliğini tayin ve takdirde iddianamedeki hukuki görüş ile bağlı değildir. Ancak bilindiği üzere, iddianamede bir olayın açıklanması sıra-

Mevcut durum karşısında hâkimin yapacağı sadece talepnâme üzerinde yazılı fiilin katalog suç kapsamında olup olmadığına bakmaktan ibârettir. Yoksa hâkimin mevcut deliller karşısında fiilin gerçek anlamda ilgili suça vücut verip vermediğini incelemesi mümkün değildir.

Hâkim talepnâmedeki fiille katalog suç listesini eşleştirdiğinde, fiilin serî muhakeme kapsamı dışında kaldığını fark ederse, talepnâmeyi reddedecektir. Buna karşın fiile ilişkin cezanın bireyselleştirilmesinde hata tespit etmesine rağmen, fiil serî muhakeme usûlü kapsamında kaldığı sürece, talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurmak zorundadır. Zirâ CMK m. 250/9'daki emir normu "... eylemin serî muhakeme usûlü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm **kurar.**" bunu gerektirmektedir. Maddenin bu katı emri karşısında hâkimin hiçbir takdir yetkisi yoktur. Tüm bu hususlar âdil yargılama ilkesi kapsamında da tartışmalı olup, bir sonraki kısımda ele alınacaktır.

Bunların haricinde CMK m. 250/9 kapsamında CMK ile kavramsal çatışmalar da bulunmaktadır. Gerçekten de fıkrada her ne kadar mahkemenin hüküm kuracağından bahsetse de, hüküm, iddia ve savunmanın da katıldığı ortak bir çalışmanın ürünüdür.⁷ Serî muhakeme usûlünde ortak bir çalışmadan bahsetmek mümkün değildir. Ayrıca serî muhakeme usûlü sonrası verilecek hüküm yapısal olarak CMK m. 225/1-2 ile de örtüşür gözükmemektedir. Zirâ CMK m. 225'e göre "*Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir ve mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir.*". CMK m. 250/9 kapsamında hüküm savcılık iddianâmesinde değil, tersine talebinde unsurları gösterilen suça ilişkin verilecektir. Buna ek olarak, mahkeme CMK m. 225'e aykırı olarak, fiilin nitelendirilmesinden cezanın tayinine kadar ta-

sında başka bir olaydan söz edilmesi o olay hakkında dava açıldığını göstermez. İddianamede davaya konu yapılan ve her biri ayrı ayrı bağımsız suç teşkil eden her bir fiilin açıklanması gerekir. Sanıkların suç oluşturan hangi eylemlerden yargıldığını bilmek hakkıdır. Bu, savunmanın kullanılması açısından güvencedir."; ayrıca Yar. 6. CD, E. 2014/14978, K. 2018/670, 29.1.2018.

⁷ Erdal Yerdelen, *Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 10.

lep ile **bağlıdır**. Tüm bu hususlardan CMK m. 250'de anılan hüküm kavramının, CMK m. 225'te anılan hüküm kavramından esaslı olarak saptığı ortadadır.

CMK içerisinde kendi ruhu ile bağdaşmayan, yerine göre farklı farklı anlamlar içeren kavramlara yer verilmesi CMK sistematliğini bozmakta, bu da sistematik yorumu güçleştirmektedir. Bu aşamada ilk sorun CMK m. 250/14'te mahkemece kurulan hükme itiraz edilebileceğinin öngörülmüş olmasıdır. İkinci sorun ise CMK m. 250/9 kapsamındaki hükme karşı hangi olağanüstü kanun yoluna başvurulabileceğidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki itiraz müessesesi, hükme karşı değil, hâkim/mahkeme kararına karşı gidilebilecek bir kanun yoludur. CMK m. 250/9'da itiraza başvurulacağı açıkça norma bağlandığına göre, ortada bir hüküm değil, karar bulunmak zorundadır.

CMK m. 250 içerisinde itiraz kanun yoluna ilişkin ayrıntılara yer verilmemiştir. Bu durumda CMK m. 267 vd. kapsamındaki genel hükümler burada uygulama bulmak zorundadır. Bu bağlamda CMK m. 271 gereği itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilecek, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafî veya vekil dinlenecektir. *"İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir."* Burada en önemli mesele, itiraz konusunun kapsamının ne olacağıdır. Zirâ serî muhakeme usûlünde şüpheliye ilk derece mahkemesi huzurunda iddialara cevap hakkı, ilk derece mahkemesine de savcılığın belirlediği yaptırımını değiştirme hakkı tanınmamaktadır. Gerçekten de ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu inceleme sadece serî muhakeme usûlü şartlarının oluşup oluşmadığı, dolayısıyla şüpheliye usûlüne uygun bir bildirimde bulunularak, yine usûle uygun bir şekilde serî muhakeme usûlü teklifi yapıp yapılmadığı ve bir kabul beyanında bulunulup bulunulmadığını denetlemekten ibârettir. Birinci derece mahkemesinin verdiği kararın itiraz üzerinde ikinci derece mahkemesinde hangi kapsamda inceleneceğine dair bir hüküm CMK m. 250'da yer almamaktadır. İlk derece mahkemesinin sahip olmadığı esasa ilişkin inceleme yetkisinin ikinci derece mahkemesinde yapılacak kanun yolu incelemesinde vuku bulup bulmayacağı belirsizdir.

Tüm bunların yanında ilk derece mahkemesinin yani “*Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir*” (CMK m. 271/4).

Tüm bu hususlar serî muhakeme usûlünde itiraz ile etkili bir kanun yolu imkânı tanınıp tanınmadığı tartışmasını da beraberinde getirmektedir. Kanun yolları yargılama makamının verdiği kararların bir başka makam tarafından denetlenmesini, gerekiyorsa hukuka aykırılığın giderilmesi veya yanlışlığın düzeltilmesini sağlayan hukukî ya da yasal çaredir.⁸ Kaynağını MSHUS m. 14/5; AİHS 7 Numaralı Protokol m. 2; T.C. Anayasası m. 36/1’den almaktadır. CMK m. 260 gerekçesinde⁹ de “*kanun yollarına başvuru*”nun “*insan hakları ve âdil yargılama ilkesi bakımından büyük önem*” taşıdığı vurgulanmıştır. Ayrıca kişilerde adalet duygusunun pekişmesini de sağlamaktadır.¹⁰ Bu hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir.¹¹ Tüm bunlara ek olarak maddî gerçeğin araştırılması ilkesi, kanun yolları için de geçerlidir.¹² Kanun yolları, maddî gerçeğe ulaşmadaki engellerin kaldırılması yönünde bir işleve sahiptir.¹³ Mahkemeye başvuru hakkının korunması için kişiye teorik ve hayalî değil, gerçek ve fiilen kullanılabilir, etkili güvenceler sağlanmalıdır.¹⁴ Bu bağlamda “*hak arama için mahkeme önüne gidebilme olanağının da gerçekten, fiilen ve etkili bir biçimde mevcut olması gerekmektedir.*”¹⁵ Dolayısıyla kanun üzerinde itiraz hakkının teorik anlamda tanınırken, kişinin hak arama hakkını sonuç alacak şekilde kullanabilmesi için, iki dereceli yargılamanın amacına uyacak şekilde etkin mekanizmalara dayanması da gerekir.

Tüm bu hususlar ve itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğuna dair CMK m. 271/4 hükmü de göz önünde bulundurularak *de*

⁸ Öztürk ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi*, 657; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 211.

⁹ Bkz. gerekçe <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf>.

¹⁰ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 571.

¹¹ Öztürk ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi*, 657.

¹² Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi II*, 211.

¹³ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi II*, 211.

¹⁴ AİHS açısından değerlendirmeye Sibel İnceoğlu, *Âdil Yargılanma Hakkı* (Ankara: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, 2018), 116.

¹⁵ İnceoğlu, *Âdil Yargılanma*, 116.

lege lata, itiraz merciin savcılık kararının hukuka uygunluğunu ayrıntılı bir şekilde inceleme konusu yapması en isâbetlisi olacaktır. Burada kanun yolu merci tüm dosyayı ayrıntılı bir şekilde ele alarak, tüm esasa ilişkin maddî incelemeleri yaparak, serî muhakeme usûlü dosyalarında dosya üzerinden karar vermeyerek, CMK m. 271/1 2. gereği yargılama sùjelerini mutlâka dinlemeye özen göstermelidir. Ancak *de lege ferenda* olarak en yerinde olanı, hüküm kavramının gereğini yaparak mahkemenin gerçekten bir hüküm vermesinin yolunun açılması ve bu hükme karşı da itiraz değil, istinaf kanun yolunun öngörülmesi olacaktır.

CMK m. 250/9 kapsamında anılan hüküm kavramıyla alâkalı ikinci sorun ise herhangi bir itirazda bulunulmadan kesinleşen ilk karar merciince verilen hükme karşı hangi olağanüstü kanun yoluna başvurulacağıdır. İtiraza gidilmeden kesinleşen mahkeme kararına karşı, söz konusu olabilecek ilk olağanüstü kanun yolu, CMK m. 309'daki kanun yararına bozmadır. Buna göre "*Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtayca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir.*" CMK m. 250'deki karar için CMK m. 309'un uygulanmasını engeller bir husus bulunmamaktadır.

Bunun yanında CMK m. 311 kapsamındaki hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yolu, serî muhakeme usûlü ve sonrası verilen karar ile sistematik uyuşmazlık içerisindedir. Zirâ CMK m. 311 gereği "*Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava... duruşmada kullanılan ve hükmü etkileyen bir belgenin sahteliği anlaşılırsa; yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmâl ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılırsa; hükme katılmış olan hâkimlerden biri, hükümlünün neden olduğu kusur dışında, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek biçimde görevlerini yapmada kusur etmiş ise; Ceza hükmü hukuk mahkemesinin bir hükmüne dayandırılmış olup da bu hüküm kesinleşmiş diğer bir hüküm ile ortadan kaldırılmış ise; Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da*

bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa” yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülmektedir. Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi normu mahkeme huzurunda vuku bulan bir yargılama neticesi meydana gelen bir hükme yöneliktir; yoksa normda savcılığın takdiriyle duruşmasız ortaya konulan bir talepnameye bağlı olarak verilecek bir karar düşünülmemiştir.

De lege lata, aksini uygulamayı gerekli kılan bir emir normu bulunmadığından, şüpheli lehine yorumda bulunulmalı ve CMK m. 311 vd. hükümlerinin serî muhakeme usûlü sonrası verilecek kararlara da uygulanacağı kabul edilmelidir. Her ne kadar CMK m. 250 ile 311 arasında sistematik bir uyuşmazlık söz konusu olsa da, bu uyuşmazlık karar sonrası yeni delil çıkma ihtimalinin oldukça yüksek olabileceği serî muhakeme usûlünde CMK m. 311’in uygulanmasını engeller nitelikte değildir.

II. SERÎ MUHAKEME USÛLÜ VE ÂDİL YARGILANMA HAKKI

Çalışmanın ilk kısmında serî muhakeme usûlü koşulları kapsamındaki eksiklik, çatışma ve sorunlar ile bunlara ilişkin çözüm önerilerine yer verilmeye çalışılmıştır. Bundan sonraki kısımda ise CMK m. 250 düzenlemesi, âdil yargılama ilkesi açısından ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulacaktır.

Kökeni Anglo Sakson ceza muhakemesi hukuku olan âdil yargılama ilkesi¹⁶, ceza muhakemesi sürecinin şüpheli/sanık olan kişi bakımından âdil bir şekilde gerçekleştirilmesi için *“tarafsızlığı ve bağımsızlığı teminat altına alınmış ve kanunla kurulmuş bir mahkeme önünde, aleni duruşmada hakkaniyete uygun olarak yargılanma”*¹⁷ anlamına gelir. Âdil yargılama ilkesi, hukuk devleti ilkesine uygun, önceden kanunla öngörülmüş bulunan esaslar çerçevesinde muhakeme yapılmasını

¹⁶ Öztürk ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi*, 122, ilkeye ayrıca “dürüst işlem ilkesi” de demektedirler.

¹⁷ Yar. 6. CD, E. 2016/6833, K. 2017/1003, 18.4.2017.

öngörmektedir.¹⁸ Âdil yargılama ilkesinin kökeninde, âdil yargılanma hakkı bulunmaktadır. Bir “temel hak”¹⁹ ve “insan hakkı”²⁰ olarak kabul edilen âdil yargılanma hakkının etkin bir şekilde korunmasını isteme hakkı, yalnızca anayasa ve yargılama hukukunun önemli bir unsuru değil, aynı zamanda hukuk devleti anlayışının ayrılmaz bir parçası ve anayasal düzeninin bir temel değeri olarak görülmektedir.²¹

Âdil yargılanma hakkının içeriği tam olarak belirlenememiş olup, kapsamı da devamlı bir gelişim²² göstermektedir. Bu nedenle “torba bir hak”²³ olarak nitelendirilmektedir. Gerçekten de öncelikle AIHS m. 6 kapsamında, başta savunma hakkı olmak üzere sanık haklarını ve silâhların eşitliği, aleyhe delil yasağı, makul süre içerisinde yargılanma, masûmiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı, yargılamada hazır bulunma hakkı gibi birçok hakkı kapsamaktadır.²⁴ T.C. Anayasası içerisinde de buna yönelik dağınık birçok alt norm bulunmaktadır: Masûmiyet karinesi (Anayasa m. 15/2, m. 38/4), makul surede yargılama (Anayasa m. 19, m. 141/4), kanunî hâkim güvencesi (Anayasa m. 37), aleyhe delil yasağı (Anayasa m. 38/5), kanuna aykırı delil elde etme yasağı (Anayasa m. 138), mahkemelerin bağımsızlığı (Anayasa m. 141), duruşmaların herkese açık olması

¹⁸ Öztürk ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi*, 123.

¹⁹ Yar. CGK, E. 2014/12-234, K. 2017/110, 28.2.2017; Yar. 6. CD, E. 2016/6833, K. 2017/1003, 18.4.2017.

²⁰ Yar. CGK, E. 2014/12-234, K. 2017/110, 28.2.2017.

²¹ Yar. 4. CD, E. 2017/22730, K. 2018/469, 11.1.2018; Yar. 6. CD, E. 2016/6833, K. 2017/1003, 18.4.2017.

²² AIHS'in 6. maddesinin kapsamının Mahkemenin içtihatlarıyla sürekli genişletilmekte olduğuna dikkat çekmekte Yar. 4. CD, E. 2017/22730, K. 2018/469, 11.1.2018.

²³ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Basım, 2018), 166.

²⁴ Yar. CGK, E. 2014/12-234, K. 2017/110, 28.2.2017: Âdil yargılama gereği, sanık ile katılana tüm haklarını tamamen kullanma imkânı sağlanarak sözlülük, doğrudanlık ve yüz yüzelik ilkelerinin geçerli olduğu bir yargılamanın en az giderle ve makul zamanda sonuçlandırılmalıdır; krş. ayrıca Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 166; Etkili başvurma hakkının da âdil yargılanma hakkı kapsamında olduğuna dair bkz. Yar. 16. CD, E. 2017/1402, K. 2017/5473, 1.12.2017.

(Anayasa m. 141/1), mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetki, işleyişi ve yargılama usûllerinin kanunla düzenlenmesi (Anayasa m. 142).²⁵

Bu bilgiler ışığında aşağıda serî muhakeme usûlü âdil yargılama ilkesinin alt dalları bağlamında ayrı ayrı ele alınacaktır. Bu kapsamda (A) silâhların eşitliği ilkesi, (B) çelişmeli muhakeme ve meram anlatma ilkeleri, (C) masûmiyet karinesi, (D) aleyhe delil yasağı, (E) kanunî hâkim güvencesi ve anayasal yargı yetkisi, (F) şüpheden sanık yararlanır ilkesi, (G) gerekçeli karar verme zorunluluğu inceleme konusu yapılacaktır.

A. Silâhların eşitliği ilkesi

Âdil yargılama kapsamındaki silâhların eşitliği ilkesi²⁶ (AİHS m. 6/3), şüpheli/sanık hakları ile savcılık hak ve yetkileri arasında bir denge kurulmasını, dengenin savcı ya da şüpheli/sanık lehi veya aleyhine bozulmamasını emreder. Yargılama süjesi şüpheli/sanık, savunma hakları bulunan bir taraf olup, basit bir yargılama nesnesi hâline getirilemez.²⁷ AİHS m. 6/3 kapsamındaki ilke,²⁸ sanığın kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak; kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından

²⁵ Tüm bunlara ek olarak AİHS m. 6 kapsamındaki düzenlemelerin dolayısıyla âdil yargılama ilkesinin uygulama alanının sadece mahkemedeki yargılama süreci değil, aynı zamanda bu süreçten önceki ve sonraki aşamaları da kapsadığını belirtmek gerekir. Gerek T.C. Anayasası'nın 90. gerekse 36. maddesinde adlî ya da idari vs. ya da soruşturma-kovuşturma makamı vs. ayrımı yapmadan, herkesin, yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak âdil yargılanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Şu hâlde âdil yargılama ilkesi kolluk ve Cumhuriyet savcılığı tarafından gerçekleştirilen duruşma öncesi soruşturmaları kapsadığı gibi, bir kararın infazı ile ilgili duruşma sonrası uygulamaları da kapsar. Krş. ayrıca Yar. 4. CD, E. 2017/22730, K. 2018/469, 11.1.2018; krş. ayrıca Öztürk ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi*, 121; Cüneyd Altıparmak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Altıncı Maddesi Kapsamında Âdil Yargılanma Hakkının Esasları," *TBBD*, no. 63 (2006): 244.

²⁶ Yar. 16. CD, E. 2017/2257, K. 2017/5509, 29.11.2017.

²⁷ BVerfGE 38, 111.

²⁸ AİHM kararları bakımından krş. Altıparmak, *Âdil Yargılanma*, 244.

yararlanmak ve gerektiğinde mahkemece görevlendirilecek bir avukatın yardımından yararlanabilmek (zorunlu müdafilik);²⁹ iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının, dinlenmesinin, sorguya çekilmesinin sağlanmasını istemek; duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak haklarını içerir.

Silâhların eşitliği, muhakemeye katılan her tarafa, kendi iddialarını ve savunmalarını ortaya koymak için diğer tarafa nazaran dezavantajlı olmayacak derecede imkân verilmesidir.³⁰ Silâhların eşitliği ilkesi, muhakemeye katılan taraflar arasında, muhakemeyi etkilemek için tanınan olanaklar bakımından bir denge kurulmasını gerektirir. Bu denge muhakeme boyunca devam etmelidir.³¹ AİHM bir kararında,³² *yüksek mahkeme önünde yapılan yargılamada, savcılık makamının savunmanın aksine, mahkemenin görüşünü etkilemek adına sözlü açıklama yapmasını, silâhların eşitliği ilkesine aykırılık olarak değerlendirmiştir. Silâhların eşitliği ilkesi, daha çok taraflara sunulan imkânlar arasında denge bulunmasını gerektirdiğinden, bu olanaklar arasında karşılaştırmalar yaparak ilkenin ihlâl edilip edilmediği değerlendirilir. Bir tarafa delil sunma hakkı tanınmışken diğer tarafa böyle bir olanak sunulmamış ise ihlâl söz konusu olur. Taraflara, bilgi ve belgelere ulaşma hususunda da eşit imkânlar sağlanmalıdır.*³³

²⁹ Yar. 16. CD, E. 2017/2257, K. 2017/5509, 29.11.2017: *Bir suç isnadı altında bulunan kişi savunma hakkının kullanılmasında, kendisini bizzat savunma, seçtiği bir müdafii yardımından yararlanma ve bir müdafii tayin etme imkânından yoksun ise ve adaletin selameti için gerekli görülürse re'sen atanacak bir müdafii yardımından yararlanma hakkına sahip olup; suç isnadı altında bulunan kişinin kendisini bizzat savunması talep edilemez.*

³⁰ AİHM, "*Foucher v. Fransa*," 18.03.1997, (Başvuru No: 22209/93), para. 33.

³¹ İnceoğlu, *Âdil Yargılanma*, 128.

³² AİHM, "*Palchik v. Ukrayna*" 03.07.2017, (Başvuru No: 16980/06), para. 31-33; Bkz. aynı yönde AİHM, "*Korobov v. Ukraine*," 21.07.2011, (Başvuru No: 39598/03); AİHM, "*Kuzmina v. Ukraine*," 16.06.2016, (Başvuru No: 11984/06).

³³ İnceoğlu, *Âdil Yargılanma*, 123; ayrıca AİHM, "*Cevat Soysal v. Türkiye*," 23.12.2014, (Başvuru No: 17362/03), para. 66-68, ses kayıtlarının önemli bir rol oynadığı bir davada, başvuruçunun hukuka aykırı bir şekilde elde edildiğini iddia ettiği ses kayıtlarının bir kopyasına ulaşmak istemesine rağmen bu isteğinin mahkeme tarafından gerekçesiz bir şekilde

Bu açıklamalar ışığında serî muhakeme usûlü değerlendirildiğinde, yargılamada bilgilendirmenin kapsamına deliller ve muhakemeyi etkileyebilecek nitelikteki görüşlerin girmediği görülmektedir. Şüpheli, serî muhakeme usûlünün uygulanması teklifini değerlendirirken, mevcut delil durumunu, lehine olan delillerin toplanıp toplanmadığını bilmeden sadece serî muhakeme usûlü hakkında bilgilendirilerek, kendi geleceği hakkında karar verecektir. Cumhuriyet savcısı her türlü bilgi ve delile sahipken, şüphelinin mevcut delillere karşı kendini ifâde ve savunma konusunda hiçbir imkânı bulunmamaktadır. Bilgi sahibi olunmadan fikir sahibi olunmayacaktır. Bu durum taraflar arasında dengeyi bozmakta ve bir tarafı diğer tarafa karşı dezavantajlı konuma düşürmektedir. Serî muhakeme usûlü yargılamasında savcı çok etkin, şüpheli neredeyse etkisizdir. Buna ilâveten savcının, “bir denge unsuru” olan hâkim karşısında da aşırı şekilde etkin olduğu görülmektedir. Gerçekten de serî yargılama usûlünde tarafsız bir hâkim yargılaması bulunmamakta, hâkim gereğinden fazla pasif tutulmaktadır. Çelişmeli yargılama ilkesi kapsamında ayrıntılı ele alınacağı üzere, CMK m. 250/9 hükmü gereğince serî muhakeme usûlünde hâkim, şekli denetlemede bulunan ve Cumhuriyet savcısının talepnâmesindeki yaptırımını onaylayan bir süjedir. Tüm bu açıklamalar ışığında serî muhakeme usûlünün silâhların eşitliği ilkesi ile bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır.

B. Çelişmeli Muhakeme ve Meram Anlatma İlkeleri

Çelişmeli muhakeme ilkesi âdil yargılama ilkesinin en önemli alt dallarından biridir.³⁴ Çelişmeli muhakeme ilkesi, taraflara, sunulan deliller ve muhakemeye etkilemeye yönelik görüşleri öğrenip, onlara karşı görüş veya delil sunarak, muhakemeye etkili bir şekilde katılma imkânı tanır.³⁵ AİHM³⁶ bu ilkeyi, bir ceza ya da özel hukuk

reddedilmesini, silâhların eşitliği ilkesine ve çelişmeli muhakeme ilkesine aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir.

³⁴ AİHM, “*Brandstetter v. Avusturya*,” 26.08.1991, (Başvuru No: 11170/84; 12876/87; 13468/87), para. 66.

³⁵ Robert Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, (Berlin: De Gruyter Recht, 2002), 406-407.

davasında, taraflara, bağımsız bir yargı kuruluşu tarafından sunulmuş olsa bile hükmü etkilemek için dosyaya sunulmuş olan bütün delil ve görüşler hakkında bilgi sahibi olması ve görüş belirtme imkânının verilmesi olarak tanımlamıştır. Bunun yanında AYM³⁷ de çelişmeli muhakeme ilkesini, *kural olarak bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkânı veren bir ilke olarak görmektedir. Şu hâlde AİHM'in ve AYM'nin tanımlarından şu iki husus ön plana çıkmaktadır:*³⁸ Dosyanın tamamı hakkında bilgi sahibi olmak ve tartışmak.

Çelişmeli muhakeme ilkesi gereğince hâkimin kararını etkileyecek nitelikteki tüm unsurların taraflarca bilinmesi gerekmektedir.³⁹ Bu tüm unsurlar kavramından uyuşmazlığa taraf olsun veya olmasın, bir kimse veya kuruluş tarafından sunulan ve davayı etkileyebilecek nitelikte olan delil veya görüşler anlaşılmalıdır. AİHM,⁴⁰ birçok kararında tarafların bilgisine sunulmayan bir delilin veya görüşün hükme esas alınmasını âdil yargılanma hakkının ihlâli olarak değerlendirmiştir.

İlkenin diğer bir unsuru ise tartışma imkânıdır. AYM, *Cezair Akgül Kararında*,⁴¹ çelişmeli muhakeme ilkesinin tartışma unsurunun önemini “...Çelişmeli yargılamanın bir amacı da dosyaya bir görüşün/talebin girmesini sağlamakla sınırlı olmayıp onun mahkemeye dikkate alınarak bir sonuca ulaşmasını sağlamaktır. Çelişmeli yargılama ilkesi, sanığın aleyhindeki delillerin çelişmeli bir usûl ile mahkemeye su-

³⁶ AİHM, “*Vermeulen v. Belçika*” 20.02.1996, (Başvuru No: 19075/91), para. 33; AİHM, “*J.J v. Hollanda*,” 27.03.1998, (Başvuru No: 9/1997/793/994), para. 43.

³⁷ AYM, “*Hacı Karabulut Başvurusu*,” 09.10.2019, (Başvuru No: 2017/14871), para. 29.

³⁸ Mert Namlı, *Medeni Usûl Hukuku'nun Yasama Üstü Kaynakları Çerçevesinde Fransız ve Türk Hukuku'nda Çelişmeli Yargılama İlkesi* (İstanbul: TÜSİAD, 2010), 74.

³⁹ Namlı, *Çelişmeli Yargılama İlkesi*, 91.

⁴⁰ AİHM, “*Mantovanelli v. Fransa*,” 18.03.1997, (Başvuru No: 21497/93), para. 33; AİHM, “*Kerojæroi v. Finlandya*,” 19.07.1995, (Başvuru No: 17506/90), para. 41-43; AİHM, “*Göç v. Türkiye*,” 11.07.2002, (Başvuru No: 36590/97), para. 57-58; AİHM, “*Nideröst-Huber v. İsviçre*,” 18.02.1997 (Başvuru No: 18990/91), para. 29-31.

⁴¹ AYM, “*Cezair Akgül Kararı*,” 26.10.2016, (Başvuru No: 2014/10634), para. 28.

nulmasını ve sadece tanıkların değil diğer delillerin de tartışılmasını gerektirir. Böylelikle başvuru delilin davayla ilgisini ve ağırlığını değerlendirerek güvenilirliği hususundaki iddia ve itirazlarını dile getirebilecektir...” ifâdeleriyle ortaya koymuştur.

Tartışma unsurunu önemli kılan bir diğer husus ise tartışma olmadan hüküm kavramından bahsedilemeyecek olmasıdır. Hüküm, tarafların, sunulmuş görüş ve deliller hakkında görüş bildirerek veya delil sunarak tartışmalarının sonucudur.⁴² Şu hâlde delilleri ve görüşleri tartışma imkânı olmadan hüküm kurulamaz; tartışma olmadan varılan karar gerçek anlamda hüküm olarak değerlendirilemez.

ÂİHM ve AYM'nin çelişmeli muhakeme ilkesine ilişkin getirdiği kriterlerde her ne kadar bilgi sahibi olma ve tartışma unsurları ön planda olsa da, gerçek anlamda bir çelişmenin var olabilmesi için, tarafsız bir mahkeme önünde yargılanmanın da çelişmeli muhakeme açısından vazgeçilmez olduğu görülmektedir. Zirâ vicdanî kanaate ancak deliller tarafsız bir merci yani hâkim önünde ikâme edilip ve tartışılarak erişilebilir. Bu nedenle çelişmeli muhakemeden söz edebilmek için, tezi sunan bir savcının, bu teze karşı antitez sunabilecek derecede muhakemeye etkili katılabilecek bir savunma ve bu ikisi dışında kalarak, tezi ve antitezi değerlendirerek senteze ulaşacak tarafsız bir hâkimin varlığı zarurîdir.

Çelişmeli yargılama ilkesi tıpkı âdil yargılama ilkesinde olduğu gibi birçok alt unsuru bünyesinde barındırdığından, serî yargılama usûlünün yukarıda anılan bilgi edinme ve tartışma unsuru bakımından ayrı ayrı incelenmesi isâbetli olacaktır:

Serî muhakeme usûlüne ilişkin düzenlemede, çelişmeli muhakeme ilkesinin bilgi sahibi olma unsuru bakımından çok büyük bir eksikliklerin bulunduğu göze çarpmaktadır. Bilgi sahibi olma unsurunun kapsamına, muhakemeyi etkileyecek nitelikteki hususlar girmektedir. Ancak CMK m. 250/2 hükmünde Cumhuriyet savcısının veya kolluk görevlilerinin, şüpheliyi sadece serî muhakeme usû-

⁴² Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Âdil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silâhların Eşitliği*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 90-91; Yerdelen, *Hükümün Gereçesi*, 19.

lü hakkında bilgilendirmeleri zorunlu kılınmıştır. Ancak bilgilendirmenin kapsamına deliller ve muhakemeyi etkileyebilecek nitelikteki görüşler girmemektedir. Şüpheli, serî muhakeme usûlünün uygulanması teklifini değerlendirirken, mevcut delil durumunu, lehine olan delillerin toplanıp toplanmadığını bilmeden karar vermek durumundadır. Bu nedenle hükmü etkileyecek nitelikteki hiçbir unsur hakkında şüphelinin bilgi sahibi olamayacağı açıktır. Dolayısıyla da çelişmeli muhakeme ilkesinin bilgi edinme unsuru mutlâk surette ihlâl edilmektedir.

Serî muhakeme usûlünde, çelişmeli muhakeme ilkesinin tartışma unsurunun meydana gelmesi de mümkün gözükmemektedir. Cumhuriyet savcısının talepnâmesinde bulunması gereken unsurlar arasında soruşturma aşamasında elde edilen deliller yer almamaktadır (bkz. CMK m. 250/8).⁴³ Soruşturma aşamasında toplanmış olan deliller mahkemeye sunulmadığı için, şüpheli/sanığa ve onun müdafie de iletilmeyecektir. Ancak tartışma unsuruna konu olan hususlardan biri delillerdir. Normal şartlar altında bir ceza muhakemesinde, delillerin, ikâme edilerek ve tartışılarak müşterekliği sağlanır. Müştereklik için ana koşul, tüm delil ve görüşlerin muhakemeye katılan süjelerce ortaklaşa masaya yatırılması ve irdelenmesidir. Ancak, serî yargılama usûlünde ne delillerin ikâmesi ve tartışılması ne de müştereklik söz konusu edilmektedir. Talep ile birlikte bir delilin sunulmasının bile zorunlu olmadığı bir usûlde, delillerin tartışılması mümkün değildir.

En nihâyetinde serî yargılama usûlü ile yargılamanın tarafsız bir hâkim tarafından icrâ edilmiyor olması da çelişmeli yargılama ilkesi bakımından sorunludur. Serî muhakeme usûlünde, sadece şüpheli/sanık değil; aynı zamanda hâkim de mutlâk surette edilgendir. Bu bağlamda CMK m. 250/9 hükmü gereğince hâkimin, sanığın dinlenmesinin ardından CMK m. 251/3 hükmündeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlemesi, sonrasında muhakemeye konu hareketin katalog suçlardan olup olmadığını incele-

⁴³ CMK m. 170/3-j hükmünde, iddianâmede işlenen suçun delillerinin de yer alması gerektiği düzenlenmiştir.

mesi ve en sonunda Cumhuriyet savcısının CMK m. 251/4 hükmüne göre belirlediği yaptırımı onaylaması gerekecektir. Bu nedenle soruşturma aşamasında toplanmış olan delillere **hâkim doğrudan temas etmeyecek** ve bunlar hakkında huzurunda tartışma vuku bulmayacak, CMK m. 217'ye göre huzurunda tartışılmış delilleri değerlendirek vicdanî bir kanaate ulaşması da bu anlamda mümkün olmayacaktır. Yaptırım, delillerle doğrudan temas eden ve onları değerlendirme imkânını sahip tek süje olan Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenecek, hâkimin buna hiçbir etkisi bulunmayacaktır. Serî muhakeme usûlünde hâkim, yalnızca şeklî denetlemede bulunan ve Cumhuriyet savcısının talepnâmesindeki yaptırımı onaylamakla yetinen, esasa ilişkin bir yargılama faaliyetinde bulunamayacak süje konumunda olduğundan, tarafsız bir hâkim önünde yargılamadan söz etmek söz konusu değildir.

Çelişmeli muhakeme ilkesinin diğer bir gereği de muhakemenin süjelerine, aktif bir katılım imkânının verilmesidir. Anayasa Mahkemesi bir kararında⁴⁴ "...Âdil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir..." diyerek çelişmeli muhakeme ilkesi ile etkili bir şekilde katılma hakkı arasındaki bağı ortaya koymuştur. Etkili bir şekilde yargılamaya katılma meram anlatma ilkesi ile yakın ilişki içerisindedir. Kökeni Roma hukukundaki "*audiatur et altera pars*" - "*diğer tarafı da dinle*" ilkesine dayanan hukukî dinlenilme hakkı (T.C. Anayasası m. 36/1-2) başka bir ifâdeyle meram anlatma ilkesi, âdil yargılama ilkesinin belkemiği haklardan olup, mahkemenin kararını vermeden önce, tüm tarafları etraflıca dinlemesini emreder. Meramını anlatma ilkesi, muhakemeye katılanların, muhakemenin objesi olmaktan çıkarak süjesi hâline gelmesini sağlar.⁴⁵ Her sanığın derdini ve ne istediğini anla-

⁴⁴ AYM, "*Mehmet Ali Bedir ve Tevfik Günay Kararı*," 21.01.2016, (Başvuru No: 2013/4073), para. 27.

⁴⁵ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt. 1 (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 40; Veli Kafes, *Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması*, CHKD 3, no. 2, (2015): 183.

tabilmesini, hiç veya gereği gibi dinlenilmeden mahkûm edilememesini, öne sürülen iddiaları ve aleyhine olan delilleri çürütebilmesini ve bu sayede de muhakemenin gidişine etki edebilmesini hedefler.⁴⁶ Meram anlatma ilkesi gereği, ilgiliye kendi görüşünü belirtme imkânı tanınmadan, tam anlamıyla ve koşulsuz bir şekilde onun lehine olmayan bir kararın verilememesi gerekir.⁴⁷

Meram anlatma ilkesi, bilgilenme hakkı, açıklamada bulunabilme hakkı ve açıklamalarının dikkate alınmasını isteme hakkı olarak üç unsurdan oluşmaktadır.⁴⁸ Meram anlatma ilkesinin, bilgilenme hakkı ve açıklamada bulunabilme hakkı unsurları, çelişmeli muhakeme ilkesi ile ortaktır. Bunun yanında meram anlatma ilkesinde, çelişmeli muhakeme ilkesinden farklı olarak, açıklamaların dikkate alınmasını isteme hakkı da yer almaktadır.⁴⁹ Buna ek olarak meramını anlatma ilkesi, gerekçeli karar ve sürpriz bir kararla karşılaşmama hakkını da bünyesinde barındırmaktadır.⁵⁰

Meram anlatma ilkesinin serî yargılama usûlü ile son derece sınırlandırıldığı göze çarpmaktadır. Nitekim yukarıda da ayrıntılarıyla ortaya konulduğu üzere, serî muhakeme usûlünde yargılamanın en önemli tarafı olan şüpheli gereği gibi dinlenememektedir. Dinleme sadece ne aktaracağını duyurmak değil, gerçekten derdini anlayabilme, isteklerini dile getirebilme, her türlü iddiayı çürütebilme ve muhakemenin gidişatına katkılar sunabilme olduğundan, şüphelinin tartışmadan sadece dinlenmesiyle yetinen serî muhakeme usûlünde meram anlatma ilkesine orantısız bir şekilde kısıtlama getirilmektedir. Şüphelinin açıklamalarının dikkate alınmasını isteme hakkı (ne savcılık ne de hâkimlik makamında) göz önünde bulundurulmamaktadır. Tüm bu gerekçelerle serî muhakeme usûlü meram anlatma ilkesini açık bir şekilde ihlâl etmektedir.

⁴⁶ Yar. 16. CD, E. 2016/5173, K. 2017/356, 26.1.2017.

⁴⁷ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 89.

⁴⁸ Taner, *Çelişme ve Silâhların Eşitliği*, 131; Hakan Karakehya, "Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları," *CHKD*, no. 2 (2015): 202.

⁴⁹ Taner, *Çelişme ve Silâhların Eşitliği*, 133.

⁵⁰ Taner, *Çelişme ve Silâhların Eşitliği*, 132.

Meram anlatma hakkı da dâhil olmak üzere çelişmeli yargılama ilkesi kapsamında yapılan tüm ihlâl tartışmaları aynı zamanda, “*hak arama hürriyetinden*” doğan bir temel hak⁵¹ ve âdil yargılanma hakkının da güvencelerinden⁵² olan savunma hakkının da (İHEB m. 121/1, MvSHS m. 14/3- b, AİHS m. 6/3-b, Anayasa m. 36⁵³) ihlâli anlamına gelmektedir.

C. Masûmiyet karinesi

Âdil yargılama ilkesi kapsamında yer alan en önemli ilkelerden bir diğeri de masûmiyet karinesidir⁵⁴ (suçsuzluk karinesi). Suçsuzluk karinesi insan haklarına saygılı hukuk devleti anlayışının doğal bir sonucudur.⁵⁵ Karine ilk defa ve açıkça 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 9. maddesinde geçmiş, sonradan 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 11/1 ve 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/2, T.C. Anayasası m. 38/4’te norma bağlanmıştır. CMK içerisinde açıkça anılmamaktadır. Bununla beraber CMK’nın çeşitli hükümlerinde uygulama bulduğu görülmektedir (CMK m. 157, CMK m. 160/2, CMK m. 260/3, CMK m. 147/1 e, CMK m. 102, CMK m. 148/3,

⁵¹ Yar. CGK, E. 2013/9-324, K. 2015/82, 31.3.2015; Yar. 4. CD, E. 2017/22730, K. 2018/469, 11.1.2018; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 168, 169.

⁵² Yar. 4. CD, E. 2017/22730, K. 2018/469, 11.1.2018: “*Ceza muhakemesinde, kovuşturma sonucunda verilen beraat kararının gerekçesine yönelik sanığın temyiz hakkı olduğu kabul edilirken, bu hakkı, soruşturma evresinde, hakkında verilen kararın gerekçesine yönelik olarak şüpheliye tanımamak temel hak ve hürriyetlerin korunması anlamında Anayasa’nın 36 ve 40. maddelerine ve AİHS’nin 6/2 ve 13. maddelerine açıkça aykırılık oluşturacaktır. Sanık hakları kavramı, sadece iddianâmeyle dava açılması üzerine sanıklık sıfatının başlamasıyla (5271 Sayılı CMK, m. 2/1-b) değil, koşullar elverişli olduğu soruşturma evresinde şüpheli bakımından da geçerlidir. Somut olayımızda; şikayetçi veya şüpheli olmayan kişilere şüpheli sıfatının verilmesi, bu kimseler bakımından şüpheli olmadıklarının tespitini/belirlenmesini isteme hakkının da verilmesi gerektirir.*”

⁵³ Yar. 18. CD, E. 2016/18989, K. 2017/1188, 6.2.2017.

⁵⁴ Karine kelimesinin sözlük anlamı “belirti,” “ipucu”dur:
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ad1f419547912.03102476.

⁵⁵ İlhan Üzülmöz, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları,” *TBB Dergisi*, no. 8, (2005), 43; krş. ayrıca BVerfGE 19, 347.

CMK m. 217/2). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6. madde rehberine⁵⁶ göre, söz konusu karine şu üç temel hususu kapsamaktadır: Adlî makamların görevlerini yaparken şüphelinin zaten suçlu olduğuna dair bir önyargıya sahip olmamaları, ispat yükünün iddia makamının üzerinde olması ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi.

Suçluluğu kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü ile ispat olunana kadar herkes suçsuz sayılır.⁵⁷ Kişinin suçsuz varsayılması onu suçsuz olduğunu ispatlama yükünden azade kılmaktadır. İspat yükünün hakkaniyete aykırı biçimde şüphelinin omuzlarına bırakıldığı ya da adlî makamlarca suçlu olduğu varsayımı ile hareket edildiği hâllerde masûmiyet karinesi ihlâl edilmiş sayılacaktır.⁵⁸

Serî muhakeme usûlünü düzenleyen hükümlerden şüphelinin suçluluğundan yola çıkıldığı gözlenmektedir. Cumhuriyet savcısı her ne kadar başlangıç şüphesi olmadan soruşturma evresine başlayamayacak olsa da, serî muhakeme usûlünü sürdürmek ve talepnâme hazırlamak için herhangi bir özel şüphe derecesi aranmamıştır ki – yukarıda da anıldığı üzere talepnâme iddianâmeden öte bir anlam taşımaktadır. Bunun yanında şüphelinin usûlün uygulanması teklifini kabul etmesinden sonra herhangi bir delil sunma ve savunma ya da delil değerlendirme sürecinden söz edilmemektedir. Üstelik öyle anlaşılmaktadır ki prosedür, şüphelinin ikrârı ile başlamaktadır. Dolayısıyla aslında tüm adlî makamlar tarafından riayet edilmesi gereken masûmiyet karinesine Cumhuriyet savcısınca uyulmamaktadır.

⁵⁶ Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a Fair Trial (criminal limb)*, 2018, 56.

⁵⁷ Üzülmöz, *Suçsuzluk Karinesi*, 42; Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi," *AÜHFĐ* 48, no. 1-4 (1999): 137ff; Pınar Memiş, *Âdil Yargılanmanın Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi*, (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003), 4.

⁵⁸ AİHM, "*Telfner v. Austria*," 20.03.2001, (Başvuru No. 33501/96), para. 15; AİHM, "*Nemtsov v. Russia*," 31.07.2014, (Başvuru No. 1774/11), para. 92; AİHM, "*Topić v. Croatia*," 10.10.2013, (Başvuru No. 51355/10), para. 45.

Tüm bunlara ilâveten ana görevi, Cumhuriyet savcısının bu usûlün uygulanmasını istediği talep yazısını, sadece ilgili suçun katalog suçlardan olup olmadığı tespit ve şüphelinin müdafî huzurunda usûlü kabul ettiğini kontrol ile sınırlı olan, bu nedenle de adeta bir onay mercii gibi işleyen mahkemenin de bireyi suçsuz kabul ettiğinden söz edilememektedir.⁵⁹ Zirâ hâkim sadece usûl şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini irdeleyecek; talebi ya kabul ya da ret edecektir. Yani şüphelinin suçlu olup olmadığını değerlendirmeksizin bir (-karar- ancak Kanun'un tabiriyle) *hüküm* kuracaktır. Dolayısıyla hâkim şüphelinin kusurunu bile incelememektedir ki şüpheliyi masûm sayabilsin. Özetle şüpheliye savunma, yargıya da yargılama hakkı tanımayan serî muhakeme usûlü baştan sona sanığın suçlu sayıldığı bir süreç olarak nitelendirilebilir.

D. Aleyhe delil getirmeye zorlama yasağı ve susma hakkı

Aleyhe delil göstermeye zorlama yasağı (kendini suçlamama hakkı⁶⁰ - nemo tenetur ilkesi - "*nemo tenetur se ipsum accusare: Hiçkimse aleyhine delil getirme zorunda değildir.*"), kişinin kendisine karşı yapılan suçlama sebebiyle konuşmaya, kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya delil sunmaya/göstermeye zorlanamayacağını ifâde etmektedir.⁶¹ T.C. Anayasası'nın 17 maddesinin 1. fıkrasında yer alan kişilik hakkının korunması ile aynı maddenin üçüncü fıkrasında bulunan insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesinin bir sonucu olup, AİHS m. 6'da yer alan âdil yargılanma hakkının çekirdeğini⁶² oluşturur. Ayrıca

⁵⁹ Kaldı ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hüküm gerekçesinin doyurucu olmadığı hâllerde şüpheden sanık yararlanır ilkesine riayet edildiği açıkça gözlenemediğinden masûmiyet karinesinin ihlâline karar verebilmektedir, bkz. AİHM, "*Melich and Beck v. the Czech Republic*," 24.10.2008, (Başvuru No. 35450/04) para. 49-55; AİHM, "*Ajdarić v. Croatia*," 13.12.2011, (Başvuru No. 20883/09), para. 51.

⁶⁰ Çağrı Kan Aydın, "Âdil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak "Susma Hakkı," *TBB Dergisi*, no. 91 (2010): 170-172.

⁶¹ Yar. 6. CD, E. 2016/6833, K. 2017/1003, 18.4.2017.

⁶² Friedrich Christian Schroeder ve Torsten Verrel, *Strafprozessrecht*, 5. Baskı (München, 2011), 32.

Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında anayasal koruma altına alınmıştır. Anılan anayasal hükümde aleyhe delil göstermeye zorlama yasağı, sadece susma hakkını değil, aynı zamanda suçlayıcı nitelikteki her tür delili soruşturma ve kovuşturma makamlarına sunmaya zorlanmama hakkını da kapsar şekilde öngörülmüştür. Bu bağlamda kişinin aleyhe kullanılacak delilleri kendi elleriyle aktif bir katılımı sunma zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşın kişi bizzat aktif katılımında bulunmak istiyorsa bu bir tercih olmalı, özgür ve sağlıklı bir irâdeyle kendi geleceğini belirleme anlamına gelmelidir. Bu bağlamda serî muhakeme usûlü, iki bakımdan aleyhe delil gösterme yasağı açısından tartışmalı görülmektedir. Öncelikle serî muhakeme usûlünün seçilmesi durumunda şüpheli yarı oranda azalmış bir cezaî yaptırımla karşılaşmaktadır. Cezanın ciddi oranda azalması, gerçekten suç faili olmayan bir kişi için dahi, tüm yorucu ve yıpratıcı yargılama sürecinden kurtulmak için câzip görülebilir ki gerçek suç faili zaten bu câzip imkânı herhâlde kaçırmak istemeyecektir. Dolayısıyla bu şartlar altında sağlıklı, özgür bir irâdeden bahsetmek mümkün değildir. İkinci olarak, teklifi kabul durumunda şüphelinin ne susma ne de susmama gibi bir seçeneği bulunmaktadır. Kabul açıklamasından sonra delillerin tartışılması söz konusu olmadığından, şüphelinin aleyhe deliller hakkında kendini savunması söz konusu olamamakta, kabul açıklaması da suçun ikrârı muamelesi görerak, doğrudan suçu üstlenme olarak uygulama bulmakta ve şüpheliye yaptırım olarak geri dönmektedir. Tüm bu hususlar serbest irâdeyle hareket edemeyen şüphelinin muhakeme sürecine kendi aleyhine olarak aktif katılması anlamına gelmektedir ki bu da mevcut düzenlemenin aleyhe delil göstermeye zorlama yasağını çiğnediğini göstermektedir.

Aleyhe delil göstermeye zorlama yasağı ayrıca susma hakkı ya da kendine karşı ifâdeden çekinme hakkını da (CMK m. 147/1 e, m. 191/3 c) kapsar. Susma hakkı, kişinin suçsuzluğunu ispatla yükümlü olmaması, suçluluğun ispatı hususunda da yargılama makamlarına yardım etmeye zorlanamaması, soruşturma ve kovuşturma organları ile işbirliği yapıp yapmama konusunda serbest bırakılmasını ifâde

eder.⁶³ Susma hakkı, savunma hakkına ve dolayısıyla âdil yargılanmaya ilişkin önemli bir insan hakkı olup,⁶⁴ bireyi delil elde etme objesi olmaktan, muhakeme süjesi olma sıfatına yükselterek insan onurunun korunmasını sağlamakta; işkence yasağını teyit ederek, bireyin usûlî geleceğini tayin hakkını güvence altına almaktadır.⁶⁵ Çağdaş ceza muhakemesinde amaç, maddî gerçeğe sanık haklarına riayet edilerek ulaşmak olup, ispat yükü iddia makamdadır.⁶⁶ Zaten istediği hemen her delile ulaşmak için gerekli vasıtalara sahip muktedir devlet karşısında kişiyi, bir de ikrâra zorlamak hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Bireyin irâdesi ile vermediği (dolayısıyla zorla) beyânlar ya da temin etmediği deliller onun aleyhine kullanılamaz.⁶⁷ Şüpheli veya

⁶³ Faruk Erem, "Susma Hakkı," *Yargıtay Dergisi* 18, no. 3 (Temmuz 1992): 297; Z. Özen İnci, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (2017), 129; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt. 1, 15. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017): 157; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı (Ankara: Seçkin, Ekim 2016), 72; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 173; Rezzan İtişgen, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012), 4-5; Nuran Haydar, *Susma Hakkı*, (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019), 4-5.

⁶⁴ AİHM, "*Funke v. France*," 25.02.1993, (Başvuru No. 10828/84), para. 44; "*John Murray v. The United Kingdom*," 08.02.1996, (Başvuru No. 18731/9), para. 45; "*Saunders v. The United Kingdom*," 17.12.1996, (Başvuru No. 19187/91), para. 68-69.

⁶⁵ Frank Peter Schuster, "İnsan Hakları ve İnsan Onuru Kavramlarının Alman Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerine Etkisi," Çev. Ayşe Özge Atalay, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 135-136, (2015): 182; Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, 5. Baskı (Ankara: Seçkin, Nisan 2018), 86, 96, 146.

⁶⁶ AİHM, "*Telfner v. Austria*," 20.03.2001, (Başvuru No. 33501/96), para. 16-17.

⁶⁷ İtişgen, *Nemo Tenetur*, 156; Seydi Kaymaz, *Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, (Ankara: Seçkin, Eylül 1997), 87ff; Hans Meyer Ladewig, "Âdil Yargılanma Hakkı I," Çev. Özlem Yenerer Çakmut, *Âdil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2004), 258; Bahri Öztürk, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, (Ankara: AÜSBH İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995), 20ff.

sanığın irâdesi ancak hakkın kendisine doğru şekilde hatırlatılması/bildirilmesi ve bu haktan feragat zorlanmaması hâllerinde söz konusu olabilecektir (CMK m. 148/1: “Şüphelinin ve sanığın beyanı irâdesine dayanmalıdır.”). Gözden kaçırılmamalıdır ki, Türk ceza muhakemesi hukukunda şüpheli/sanığa yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu, hem soruşturma aşamasında ifâde öncesi hem de kovuşturma aşamasında duruşmaya başlama sırasında bildirilmek mecburîyetindedir.

Bildirim yükümüne dair serî muhakeme usûlüne daha yakından bakıldığında, CMK’ya getirilen 250. maddenin 2. fıkrasında yer alan “Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri, şüpheliyi, serî muhakeme usûlü hakkında bilgilendirir.” ifâdesinin, şüphelinin susma hakkını da içeren haklarının öğretilmesi noktasında yeterli açıklıkta olmadığı göze çarpmaktadır. Söz konusu bilgilendirmenin ne kadar detaylı olması gerektiği hükümde belirtilmemiştir. Örneğin muhakemenin ya da usûlü ret/kabul etmemenin sonuçlarının birbiriyle kıyaslanıp şüpheliye aktarılıp aktarılmayacağı bilinmemektedir. Sağlıklı irâdenin ancak aydınlatılmış olmakla kurulacağı olgusu yanında susma hakkı bakımından serî muhakeme usûlü başka açılardan da sorunlu görülmektedir. Zirâ her ne kadar CMK m. 250/3 şüphelinin serî muhakeme usûlünün uygulanmasını kabul etmesi şeklinde düzenlese de, gerek maddenin devamındaki hükümlerden gerekse gerekçeden bunun suçu kabul şeklinde anlaşıldığı açıkça görülmektedir: Maddeye genel olarak bakıldığında, uygulanabilecek suçlar sayıldıktan sonra, şüpheliye usûlün anlatılması, kabulünün alınması, Cumhuriyet savcısının cezayı tayin ederken uyacağı kıstaslar ve başvurabileceği seçenek yaptırımlara çevirme, erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi yollar normda anılmıştır. Talep yazısında da sadece isnât olunan suçtan ve belirlenen yaptırımdan söz edilmektedir. Şu hâlde sanığın suçu **işlediğinin sabit olmamasından** veya herhangi bir surette verilecek **beraat kararından söz edilmemektedir**. Gerekçede de “Suç şüphesi altında bulunan kişiler, soruşturma sürecinde susma, herhangi bir açıklamada bulunmama hakkına sahip olduğu gibi sorumluluğu kabul hakkına da sahip bulunmaktadır. İkinci seçeneğin söz konusu olduğu her durumda (...) ceza davalarının mahkeme-

ye taşınmasının âdil ve hakkaniyetli olmadığı açıktır.”⁶⁸ Burada ikinci seçenek olarak kastedilen ve alternatif muhakemelere gerekçe gösterilen “sorumluluğu kabul hakkı”dır. Bu cümlelerden sanki serî muhakeme usûlünün uygulanması için ikrâr ön şartmış gibi bir izlenim doğmaktadır. Yine gerekçede⁶⁹ mukayeseli hukuktan verilen örnekler açıklanırken şu ifâdelerin kullanıldığı görülmektedir: “*sanığın suçu kabul etmesi durumunda uygulanan bir muhakeme usûlü*”; “*suçluluğun ön kabulü üzerine duruşma*”; “*soruşturma konusu eylemi gerçekleştirdiğini ve usûlün uygulanmasını kabul eden şüpheli*”. Benzer şekilde, usûlün herhangi bir nedenle uygulanamaması hâlinde “*failin bu usûlün uygulanması amacıyla yaptığı açıklamaların*” daha sonra kullanılmayacağı esasının benimsenerek, “*adli sistemden ıımlı bir karşılık beklentisiyle usûlün uygulanmasını kabul edecek failin teşviki amaçlanmaktadır.*” Usûlün uygulanması için yapılacak açıklamaların ikrârı kapsayacağı beklentisi bu cümlelerde de açıkça tespit edilebilmektedir.

Özellikle altını çizmek gerekir ki, serî muhakeme usûlü şüphelinin “susma hakkından feragati” üzerine kurulmaktadır. Bu nedenle de bildirim, irâdenin oluşumunu sağlayacak şekilde ayrıntılı, kapsamlı ve aydınlatıcı olması daha da büyük bir zorunluk doğurmaktadır. Hakkında ceza muhakemesi işlemi yapılan herkesin hukuk bilgisi olduğu varsayılmayacağından⁷⁰ kanunun pek çok yerinde adlî makamlara kişinin haklarının hatırlatılmasına dair aydınlatma yükümlülüğü getirilmiştir.⁷¹ Ayrıca doktrinde⁷² kanunun aradığı bildirim basit bir hatırlatmanın ötesine geçen “öğretme” şek-

⁶⁸ Bkz. gerekçe: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>.

⁶⁹ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>.

⁷⁰ Cumhuriyet Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1994), 224.

⁷¹ Yakalanan kişiye kolluk tarafından kanunî haklarının hatırlatılır (90/4), ifâdesi alınacak veya sorgusu yapılacak kişiye “*yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu*” (147/1-e) ve duruşma sırasında sanığın sorgusundan önce de yine “*yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu*” (191/3-c) bildirilir.

⁷² Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı (Ankara: Seçkin, Eylül 2018), 603-604.

linde olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu aydınlatma yükümlülüğü, şüpheli veya sanığın eğitim seviyesi, sosyal, kültürel ve ekonomik durumu dikkate alınarak, hakkın muhtevası, kullanma şartları ile tüm sonuçlarının anlatılması şeklinde yerine getirilmelidir.⁷³ Öyle ki kişinin hakkını anladığından emin olunmalıdır.⁷⁴ Tüm bu genel kriterlere serî muhakeme usûlünde, özellikle ve daha büyük özenle dikkat edilmelidir.

Susma hakkı, irâde özgürlüğünü esas alan ve kişinin suçun ortaya çıkarılmasında devlete yardımcı olmaya zorlanmaması üzerinde temellenen bir haktır. Zorlama ile kastedilen yalnız fiziksel cebir olmayıp, psikolojik etkileri de kapsar.⁷⁵ Zorlamada ölçü, kişinin irâde özgürlüğünün ortadan kaldırılıp kaldırılmadığında bakılarak belirlenir. İfade alma ve sorguda yasak yöntemlerin uygulanması, yasal düzenleme gereği zorlama unsurunun mevcut olduğuna, irâde özgürlüğünün ortadan kalktığına ve susma hakkının da dolayısıyla ihlâl edildiğine karine teşkil eder. Ancak asıl mesele, bugün pek çok ülkede uygulanan ve bireyi konuşmaya adeta zorlama noktasında teşvik edici, yasal müesseselerdir. Türkiye’de hâlihazırda var olan uzlaştırma, ön ödeme ve etkin pişmanlık; Anglosakson hukuk sis-

⁷³ İtişgen, *Nemo Tenetur*, 156; Şahin, *Sanığın Sorgusu*, 138; Aysun Altunkaş, *Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006), 132ff; Rifat Çulha ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, ed. Feridun Yenisey, 3. Baskı (Ankara: TBB Yayınları, 2018), bölüm E41; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 73; Didar Özdemir, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2017): 172.

⁷⁴ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 603-604.

⁷⁵ Akhil Reed Amar ve Renée B. Lettow, “Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause,” *Michigan Law Review*, no. 93, (1995), 865ff; Peter Lushing, “Criminal Law Testimonial Immunity and the Privilege Against Self-Incrimination: A study in Isomorphism,” *The Journal of Criminal Law & Criminology* 73, no. 4 (1982): 1697; İtişgen, *Nemo Tenetur*, 129; Haydar, *Susma Hakkı*, 39; Billur Yaltı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, (İstanbul: Beta, Eylül 2006), 143-144; Luna Rösinger, *Die Freiheit des Beschuldigten von Zwang zur Selbstbelastung*, Studien und Beiträge zum Strafrecht, Cilt. 23, (Thübingen: Mohr&Siebeck, 2019), 5: Yazar, susmanın cezayı arttırıcı etki yapmasının da zor kavramına gireceğini savunur.

temlerinde bağışıklık ve iddia (dava) pazarlığı kurumları bunlara örnektir. Şüpheli veya sanığın peşinen ikrârına dayanan bu müesseseler doktrinde⁷⁶ gönüllülüğü ortadan kaldırdığı, irâde üzerinde baskı yarattığı gerekçeleri ile eleştirilmektedir. Yine, söz konusu düzenlemelerde gerçekleştirilen ciddi ceza indirimleri, birey açıkça zorlanmasa dahi, susma hakkından feragat konusunda son derece teşvik edicidir.⁷⁷ Zirâ diğer bütün şartların aynı kabul edildiği aynı konulu iki davada sırf susma hakkını kullanmayıp işbirliğine gittiği için bir sanık daha az ceza alırken, susma hakkını kullanan ona nazaran daha fazla ceza alacaktır. Bu da, susma hakkının kullanılmasının aradaki fark kadar cezalandırıldığı eleştirilerine neden olmaktadır.⁷⁸

Yargı reformu ile getirilen serî muhakeme usûlünde, Cumhuriyet savcısının başat rol oynadığı bu hukukî süreç, şüphelinin ikrârı ile başlamaktadır. Aydınlatma yükümü de detaylı düzenlenmediğinden, şüphelilere söz konusu usûlü kabul etmeleri hâlinde yarı yarıya daha az ceza alacakları şeklinde özet olarak yapılacak bir bildirim genelde muvafakate karşılanacağı açıktır. Bu durum şüpheliye en baştan “susma hakkını kullanarak iki ceza mı, kullanmayarak bir ceza mı?” şeklinde gerçekleştirilen bir feragat zorlaması

⁷⁶ Luis E. Chiesa, “Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle In Borderline Cases,” *Boston College Third World Law Journal*, no. 30, (2010), 48; Kai Ambos, “The Right of Non-Self-Incrimination of Witnesses Before the ICC,” *LJIL*, no. 15, (2002), 172-174; Judith Hauer, “Book Review- Lutz Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts [The privilege against Self-incrimination in Criminal Proceedings at the Beginning of the 21st Century] (2007),” *German Law Journal*, Cilt. 09, no. 08, (2008), 1048; William J. Stuntz, “Self-Incrimination and Excuse,” *Columbia Law Review*, no. 88 (1988): 1270ff.

⁷⁷ Chiesa, *Beyond Torture*, 49; Mark A. Godsey, “Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination,” *California Law Review*, no. 93, (2005), 473; Hauer, *Book Review*, 1049; Stephen C. Thaman, “Plea-Bargaining, Negotiating Confession and Consensual Resolution of Criminal Cases,” *Electronic J. Comp. L.* 11, no. 3 (Dec. 2007): 8-12.

⁷⁸ Lorenz Leitmeier, “‘Nemo Tenetur’- Ein Nachteiliges Verfassungsrecht?,” *Juristische Rundschau*, no. 9, (2014), 373 -374; Dirk Stalinski, *Aussagefreiheit und Geständnisbonus*, Heinrich-Heine-Universität, Doktora Tezi, (Düsseldorf, Juli 2000), 122-123; Holm Putzke ve Jörg Scheinfeld, *Strafprozessrecht*, 4. Baskı (München: C.H. Beck, 2012), 579.

şeklinde yorumlanabilir. Kaldı ki sonuç itibariyle bu usûlü kabul etmeyen, ancak hakkında âdil yargılanmanın bütün kurallarına riayet edilerek hüküm verilen sanığın cezasının en az iki kat olacağı kanunda açıkça belirtildiğinden, burada şüphelinin gönüllü tercihindен herhâlde söz edilemeyecektir.

Öte yandan usûl ekonomisi, maddî gerçeğin bir an evvel ortaya çıkarılması, çabukluk ve devletlerin ceza politikaları bakımından birçok hukuk sisteminde benzer düzenlemelere yer verildiği de bir gerçektir. AİHM'in de susma hakkını mutlâk kabul etmediği⁷⁹ göz önünde bulundurulduğunda, devletin bireyi **işbirliğine zorlaması** ile **işbirliğini ödüllendirmesinin** birbirinden farklı olgular olduğu haklı olarak ileri sürülebilir. Bu bağlamda henüz mutabakata varılmamış "zorlama" ve "irâde özgürlüğü" kavramları üzerinden susma hakkının ihlâl edilip edilmeyeceği hususunda kesin bir kanaate varmak da mümkün olamayabilecektir. Ancak bu gerekçelere dayanarak mevcut hâliyle serî muhakeme usûlünün susma hakkını ihlâl etmediğini iddia etmek de söz konusu olamaz. Zirâ serî muhakeme usûlü, -adil yargılanma hakkı kapsamında da ortaya konulduğu üzere, şüpheliyi ceza muhakemesine ve anayasaya ilişkin birçok hakkıyla devre dışı bırakmaktadır- şüpheliyi serî muhakeme usûlünde bir yargılama süjesi değil, objesi hâline getirmekte ve kurum olarak CMK'nın ruhu ve temel ilkeleriyle çelişmektedir. Bu hâliyle her ne kadar dayanışma ve uzlaşma ruhunun hâkim olduğu bir hukuk devletinde, daha az cezayı gerektiren hafif suçlarda usûl ekonomisi vs. gereği şüphelinin belirli hakları kısıtlanarak yeni bir usûl türü olan serî muhakeme usûlü getirilebileceği kabul edilebilir nitelikte olsa da, bu ancak yeni kurumun **şüphelinin anayasal haklarının, anayasaya uyumlu olacak şekilde sınırlandırılması** ile mümkün olabilir. Âdil yargılama temel hakkını ölçüsüzce sınırlandıran serî muhakeme usûlünün her şeyden önce, son çare olarak orantılı ve en az zarar verici mahiyette olması lâzımdır. Bu Anayasa'nın 13. maddesinin bir gereğidir. Şu şartlar altında, Anayasa'nın

⁷⁹ Çağrı Kan Aydın, *Susma Hakkı*, 161-162; AİHM, "John Murray v. The United Kingdom," 08.021996, (Başvuru No. 18731/9), para. 45-54.

13. maddesi gerek ve asgarî şartlarına uymayarak, hakları ölçüsüzce sınırlayan serî muhakeme usûlü ile şüphelinin susma hakkının ihlâl edildiği sabittir.

E. Kanunî hâkim güvencesi ve anayasal yargı yetkisi

CMK m. 250 yargılama faaliyetinde bulunarak cezayı tayin yetkisini Cumhuriyet savcısına aktarmış bulunmaktadır. Mahkemenin yapacağı klasik anlamda bir kovuşturma değildir. Mahkeme şüpheliyi müdafî huzurunda sadece dinleyecek, sonra –yine sadece- üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin serî muhakeme usûlü kapsamında kalıp kalmadığını inceleyerek, şartlar oluşmuşsa savcının belirlediği yaptırım **doğrultusunda** hüküm kuracaktır ki düzenleme **emir normu** şeklinde olduğundan takdir yetkisi kullanamayacaktır: *“Cumhuriyet savcısı, şüpheli hakkında serî muhakeme usûlünün uygulanmasını yazılı olarak görevli mahkemeden talep eder. Mahkeme, şüpheliyi müdafî huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin serî muhakeme usûlü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurar; aksi takdirde talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir.”*. Bu durumda hâkim gerçek anlamda bir yargılama faaliyeti yapmamakta, âdete savcılığın kararını resmîleştiren bir notere indirgenmiş gözükmektedir. Tüm bu hususların *“Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.”* emri veren Anayasa m. 9; bağımsız ve tarafsız bir mahkemede kanunî hâkim huzurunda yargılanma emri veren kanunî hâkim ilkesi kapsamında; CMK m. 250/11 son cümlede geçen *“talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurar”* ibaresinin Anayasa’nın *“Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.”* emri veren 138. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında tartışılması gerekmektedir. Buna ilâveten ceza muhakemesi hukukunun ana kurallarından biri olan ve CMK m. 217/1’de anılan *“Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.”* hükmü açısından da irdelenmesi icâp etmektedir.

Âdil yargılama ilkesinin ana unsuru, yargılama faaliyetinde bulunmadır. Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır (Anayasa m. 9). Şu hâlde adlî (hukukî, cezaî) ya da idarî bir yargı yetkisinin mahkemeler dışında bir kuruma aktarılması anayasaya aykırıdır. Bu aynı zamanda âdil yargılama ilkesi kapsamında esaslı bir ilke olan kanunî hâkim ilkesi (bağımsız hâkim güvencesi) açısından da tartışmalıdır. Kanunî hâkim ilkesi, kişinin kendisine isnât edilen, suç tarihinden önce ve kanunla kurulmuş bir mahkeme önünde yargılanma hakkını ifâde eder.⁸⁰ İlke hem AİHS m. 6/1 hem de T.C. Anayasası'nın 36/2, 37 ve 142. maddesinde korumaya alınmıştır. Kanunla önceden kurulmuş bir mahkemenin tarafsız, bağımsız ve her bakımdan yetkili (madde, yer, kişi ve görev) hâkimine olağan hâkim (doğal, kanunî hâkim) denilmektedir.⁸¹ Bu ilkenin en önemli yansıması, bağımsızlığı ve tarafsızlığı anayasal güvence altına alınmış bir kurum tarafından yargılanabilmektir. Bağımsız ve tarafsız yargılama anayasal olarak (Anayasa m. 138, 139, 140; AİHS m. 6/1) sadece mahkemelere atfedilmiş bir yetki olup, savcılık makamının böyle bir yetkinliği ve yetkisi bulunmamaktadır. Tüm bunların yanında savcılığın yürütme erki içerisinde bir kurum olduğu ve görevi ile kararlarının idarî nitelikte olduğu baskın görüşü⁸² karşısında, yargı yetkisinin savcılığa devredilmesi kuvvetler ayrılığı ilkesi ile de uyumlu olmayacaktır. Tüm bu nedenlerle mevcut hâliyle serî muhakeme usûlü anayasaya aykırıdır.

F. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi

Hüküm, şüpheden arınmış kesin bir vicdanî yargıyı içermektedir. Aksi takdirde suçsuzluk karinesinin bir uzantısı⁸³ daha doğrusu

⁸⁰ Yar. 6. CD, E. 2016/6833, K. 2017/1003, 18.4.2017.

⁸¹ Öztürk ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi*, 125.

⁸² Tüm görüşler için bkz. Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, "Güncel Tartışmalar Ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan (2014): 4037, 4038.

⁸³ Yar. CGK, E. 2017/6-87, K. 2017/352, 4.7.2017; Yar. 4. CD, E. 2017/19084, K. 2017/28185, 15.12.2017.

gereği⁸⁴ olarak şüpheden sanık yararlanır ilkesinin (*in dubio pro reo*) uygulama bulması söz konusu olamayacaktır. İlke, kusurun ceza yargılaması sırasında ispatlanmaması ve sabit olmaması durumunda fail aleyhine değil, lehine karar verilmesini ve “*delillerin duruşmada tartışılması sonucunda sanığın suçluluğu veya suçsuzluğu yönünde hâkimde vicdani kanaat uyanmaması hâlinde, bu durumdan sanığın yararlandırılması ve beraat kararı verilmesi gerektiğini ifâde eder.*”⁸⁵ CMK m. 217/1, hâkimin, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceğini; CMK m. 223/2, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması veya sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması durumunda beraat kararı verilmesini emretmektedir.

Gerek çelişmeli muhakeme gerekse âdil yargılama ilkesi kapsamında yapılan açıklamalar sonrası, mevcut serî muhakeme usûlü hükümlerinin önemli sorunlu yanlarının olduğu ortaya çıkmıştır. Savcılığın maddî gerçeğin araştırılarak yeterli şüphe sınırını aşmış kesin bir yargıyla mahkûmiyet kararı verdiğine dair herhangi bir unsura, norm içerisinde yer verilmemiştir. Serî muhakeme usûlünde savcılığı şüpheden arınmış kesin yargıya vararak karar vermeye zorlayan herhangi bir emir normunun bulunmaması, şüphe durumunda dahi hüküm kurabilmeye zemin hazırlamaktadır. Tüm bu açıklamalar ışığında mevcut serî muhakeme usûlü ile şüpheden sanık yararlanır ilkesinin ihlâl edildiği ortadadır.

⁸⁴ Yar. CGK, E. 2014/13-676, K. 2016/262, 24.5.2016; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 66.

⁸⁵ Yar. 6. CD, E. 2016/6833, K. 2017/1003, 18.4.2017; aynı yönde CGK, E. 2014/13-676, K. 2016/262, 24.5.2016; CGK, E. 2017/6-87, K. 2017/352, 4.7.2017: “*Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu ilke, davaya konu suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği veya gerçekleştirilme biçimi konusunda bir şüphe belirmesi hâlinde de geçerlidir. Sanığın bir suçtan cezalandırılmasına karar verilebilmesinin temel şartı, suçun hiçbir şüpheye mahâl bırakmayacak kesinlikte ispat edilebilmesidir. Gerçekleşme şekli şüpheli veya tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp, diğer kısmı göz ardı edilerek ulaşılan kanaate veya herhangi bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalı, bu ispat, hiçbir şüphe ya da başka türlü oluşa imkân vermemelidir. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek anlamına gelecektir.*”

G. Gerekçeli karar verme zorunluluğu

Yargılama makamları tarafından dikkate alınma, tarafların isnâd edilen olguya getirilen delillerin mahkeme tarafından değerlendirilmeye alınması ve deliller üzerinde tartışmasının sağlanmasıdır. Mahkemenin kararını gerekçelendirmesi de yargılama makamları tarafından dikkate alınmanın en önemli göstergesidir. Âdil yargılama ilkesinin bir gereği olarak kabul edilen gerekçeli karar verme zorunluluğu, davanın tüm taraflarının bilgilendirilmesine, böylece de demokratik bir toplumda kamunun, yargı kararlarının sebeplerini bilmelerinin yanı sıra ilgililerin de kanun yoluna başvurma hakkını etkili olarak kullanabilmelerine imkân sağlamaktadır.⁸⁶ Dolayısıyla sonuca etkili tüm argümanlara gerekçede özel olarak ve açıkça yer verilmelidir.⁸⁷ T.C. Anayasası m. 141/3 kapsamındaki gerekçeli karar verme zorunluluğu bu hakkın kullanılması açısından kilit rol oynamaktadır.

Anayasa m. 141 ve CMK m. 34 ve 230 uyarınca bütün mahkeme kararlarının gerekçeli olarak yazılması zorunludur. CMK m. 230 uyarınca hükmün gerekçesinde, suç oluşturduğu kabul edilen eylemin gösterilmesi, ulaşılan kanaat, sanıkların suç oluşturduğu sabit görülen fiilleri ve bunun nitelendirmesinin yapılması, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan veya reddedilen delillerin belirlenmesi ile mantıksal ve hukuksal bütünlük sağlanarak herkesi tatmin edecek ve anlaşılır kararların, bu hâli ile Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde gerekçelendirilmesi gerekir.⁸⁸

Serî muhakeme usûlünde hâkim kararını konu eden CMK m. 250/11'de hâkimin sadece üçüncü fıkradaki şartların oluşup oluşmadığına dair bir tespit yapması beklenmekte, bunun dışında her-

⁸⁶ AİHM kararları ışığında ayrıntılı M. Nedim Bekri, "Gerekçeli Karar Hakkı," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2014): 210.

⁸⁷ Bekri, *Gerekçeli Karar Hakkı*, 211.

⁸⁸ Yar. 7. CD, E. 2014/34227, K. 2018/545, 18.1.2018: "Yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeyle dayanılmadan karar verilmesi, yasa koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi, uygulama da keyfiliğe yol açacaktır. Bu itibarla keyfiliği önlemek tarafları tatmin etmek, sağlıklı bir denetime olanak sağlamak bakımından, hükmün gerekçeli olmasında zorunluluk bulunmaktadır. Olaylar ve dosyalar ayrı ayrı irdelenmeden ve değerlendirilmeden, genel ifadelerle ve yetersiz gerekçe ile hükmü kurularak hükmolunması hukuka aykırıdır."

hangi bir muhakeme faaliyetinde bulunması istenmemektedir. Dolayısıyla serî muhakeme usûlünde Cumhuriyet savcısı kanaate ulaştığı ve nihâî yaptırımını belirlediği için, hâkimin bizzat kendisinin bir kanaate ulaşma yetkisi yoktur. Fiilin sübûtuna ilişkin nitelendirme ve mevcut delillere göre bir sonuca varma imkânı ve yetkisi sadece Cumhuriyet savcısına bırakılmıştır. Dolayısıyla mantıksal ve hukuksal bütünlük sağlanarak elde edilecek bir karara ancak savcılık erişebilir. Tüm bu nedenlerle mevcut şartlar altında hâkimin bir gerekçe yaratması söz konusu dahi olamayacaktır. Şu hâlde ne hâkim gerekçesinden ne de gerekçeli karardan söz edilebilir.

H. Âdil yargılanma hakkıyla ilgili varılan sonuç

Mevcut eserde serî muhakeme usûlü hükümlerinin, âdil yargılanma hakkının alt unsurları olan silâhların eşitliği ilkesi, çelişmeli muhakeme ilkesi, meram anlatma hakkı, masûmiyet karinesi, aleyhe delil gösterme yasağı, susma hakkı, kanunî hâkim ilkesi, tarafsız ve bağımsız mahkeme önünde yargılanma hakkı, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, gerekçeli karar verme anayasal emrini ihlâl ettiği, dolayısıyla âdil yargılanma hakkına açık bir şekilde aykırı olduğu saptanmıştır. Varılan bu netice karşısında CMK m. 250'nin ciddi bir değişikliğe ihtiyaç duyduğu ortadadır. Anılan ihlâllerin önüne geçmek adına yenilenecek normun CMK'nın temel ilke ve ruhuyla bağdaşır ve anayasal emirlere uygun olması zorunludur. Bu minvâlde *de lege ferenda* öneriler özetle şöyledir:

1. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, "soruşturma evresi sonunda kavramı" yerine, "yeterli şüpheyeye ulaşıldıktan sonra serî muhakeme usûlü talebi koşulları oluştuğunda" ifâdesi getirilmelidir.

2. Silâhların eşitliği ilkesi gereği, CMK m. 250/2 hükmündeki bilgilendirme sadece usûl hakkında değil, mevcut deliller hakkında da olmalı ve şüpheliye delillere karşı ne diyeceği mutlâka sorulmalı ve son söz hakkı tanınmalıdır. Norma yeni bir hüküm eklenerek CMK m. 206, 215 ve 216 hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmelidir. Karşılaştırmalı hukukta mahkeme ile yargılamanın tarafları arasındaki anlaşmayı düzenleyen Alman CMK m. 257c 1. fıkrasındaki ikinci cümlede

Alman CMK m. 244/2'nin saklı kalacağı öngörülmektedir. Alman CMK m. 244/2, 5271 s. CMK m. 206 hükmüne tekabül etmektedir.

3. Çelişmeli muhakeme ilkesi ve meram anlatma hakkı gereğince, 2'inci bentte belirtilen önerilere ek olarak yeni normda, CMK m. 147/1-f ve m. 191/3-c kapsamında anılan lehe olan delillerin toplanmasını isteme hakkının serî muhakeme usûlünde de tanınacağına ilişkin atıf hükmüne yer verilmelidir. Alman CMK m. 257c hükmünün 3. fıkrasının 3. cümlesinde yargılama taraflarının meramlarını anlatması bakımından bir imkân sunulacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Burada hâkimin takdir yetkisi bulunmamaktadır.

4. Masûmiyet karinesinin ihlâl edilmemesi için, birinci bentteki yeterli şüphe kriterinin savcılığın bu usûlü uygulayabilmesi için mutlâka açıkça öngörülmesi gerekmektedir. Buna ek olarak hâkimin de delillere temas ederek, kusur değerlendirmesinde bulunup, kesin bir kanaate varabilmesi, bu ilke bakımından zorunludur.

5. Serî muhakeme usûlünün anayasal açıdan en sorunlu olduğu yerlerden biri kanunî hâkim ilkesi ile tarafsız ve bağımsız mahkeme tarafından yargılanma ilkesi bağlamındadır. Yenilenecek normda yargılama yetkisinin savcıdan alınarak, istisnâsız bir şekilde hâkime aktarılması zorunludur. Türk hukukunda yargılama makamının, mahkeme ve hâkimlik olduğu sabittir. Dolayısıyla bu anayasal esastan uzaklaşamaz (Anayasa m. 9). Ancak yargılama hâkimde olduğu sürece gerekçeli bir hükümden söz edilebilecektir. Alman CMK m. 257c hükmünün başlığı mahkeme ile muhakemenin tarafları arasındaki anlaşmadır. Dolayısıyla anlaşmayı savcılık makamı değil, tek başına Alman mahkemeleri icrâ edebilmektedir. Ayrıca Alman CMK m. 257c 3. fıkranın 4. cümlesinde mahkemenin öneride bulunabileceği ve bu önerinin sanık ve savcı tarafından kabul edilmeden anlaşmanın doğmayacağı düzenlenmiştir. Açık ve net bir şekilde hükmün 3'üncü fıkrasında mahkemenin somut olayı serbest bir şekilde değerlendireceği ve cezayı, bizzat kendisinin bireyselleştirmeye yönelik genel hükümler kapsamında üst ve alt sınırlar çerçevesinde belirleyeceği, bunu açık bir şekilde anlaşmanın içeriğinde açıklayacağı öngörülmüştür.

6. Serî muhakeme usûlü ile etkili kanun yoluna başvurma hakkının ihlâl edilmesinin önüne geçmek adına, hüküm kavramının gereği yerine getirilmelidir. Bu bağlamda yargılama faaliyetinin tekrar hâkime geçmesi yanında, yeni normda mahkeme hükmüne karşı itiraz değil, istinaf kanun yolu öngörülmelidir. Bunun için gerekirse Bölge Adliye Mahkemeleri bünyesinde serî muhakeme usûlü başvurularını inceleyecek daireler oluşturulmalıdır. Önerilen yeni norm ile, olağanüstü kanun yollarıyla alâkalı muhtemel sorunların da önüne geçilmiş olacaktır.

7. En nihâyetinde aleyhe delil gösterme yasağı ve susma hakkı bakımından ihlâllerin önlenmesi ancak yenilecek norm ile âdil yargılanma hakkının ihlâl edilmemesi ve Anayasa m. 13 hükmü gereklerine uyulmasıyla mümkündür.

8. Türk ceza hukuku sisteminde serî muhakeme usûlüne ihtiyaç olduğu ortadadır. Kamusal ihtiyaçları gidermek için şüphesiz ki yeni düzenlemeler getirilerek, bireysel hakların sınırlandırılması; kamusal menfaatlerin bireysel menfaatlerin önüne çekilmesi gerekmektedir. Hukuk devletinde yaşayan her bireyin de bu sınırlandırmalara, dayanışma kültürü içerisinde katlanması beklenmektedir. Ancak bunun için hukuk devletinin de, temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin esaslara uyarak, anayasal sınırlar dâhilinde hareket etmesi zorunludur. Bu bağlamda âdil yargılanma hakkı başta olmak üzere, anılan tüm hak ve ilke ihlâllerinin önlenmesi adına, yenilecek norm mutlaka Anayasa m. 13 gereklerine uygun olarak ve en az zarar verici, sınırlandırıcı yöntemler uygulanarak kaleme alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Altıparmak, Cüneyt. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Âdil Yargılanma Hakkının Esasları." *TBB*, no. 63 (2006): 244-270.
- Altunkaş, Aysun. *Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006.
- Amar, Akhil Reed, Renée B. Lettow. "Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause." *Michigan Law Review*, no. 93 (1995): 857-928.
- Ambos, Kai. "The Right of Non-Self-Incrimination of Witnesses Before the ICC." *LJIL*, no. 15 (2002): 155-177.
- Aygörmez Uğurlubay, Gülsün Ayhan. "Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan (2014): 3999-4044.
- Bekri, M. Nedim. "Gerekçeli Karar Hakkı." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2014): 213-228.
- Centel, Nur, Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 15. Bası, İstanbul: Beta, Eylül 2018.
- Chesa, Luis E., "Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle In Borderline Cases." *Boston College Third World Law Journal*, no. 30 (2010): 35-66.
- Çulha, Rifat, Fahrettin Demirağ, Ayşe Nuhuğlu, Salih Oktar ve Durmuş Tezcan. *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*. ed. Feridun Yenisey, 3. Baskı, Ankara: TBB Yayınları, 2018.
- Demirbaş, Timur. *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*. 5. Baskı, Ankara: Seçkin, Nisan 2018.
- Erem, Faruk. "Susma Hakkı." *Yargıtay Dergisi* 18, no. 3 (Temmuz 1992): 296-299.
- Esser, Robert. *Auf dem Weg zu einem europäischen Straferfahrensrecht*. Berlin: De Gruyter Recht, 2002.
- Feyzioğlu, Metin. "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi," *AÜHFD* 48, no. 1-4 (1999): 135-163.

- Godsey, Mark A. "Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination." *California Law Review*, no. 93 (2005): 465-540.
- Gödekli, Mehmet. "Türk Ceza Muhakemesinde Maddî Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı." *AÜHFD* 65, no. 4 (2016): 1815-1924.
- Hauer, Judith. "Book Review- Lutz Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts [The privilege against Self-incrimination in Criminal Proceedings at the Beginning of the 21st Century] (2007)." *German Law Journal* 9, no. 8 (2008): 1043-1052.
- Haydar, Nuran. *Susma Hakkı*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2019.
- İnceoğlu, Sibel. *Âdil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serîsi-4, 2018.
- İnci, Z. Özen. "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (2017): 119-168.
- İtişgen, Rezzan. *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2012.
- Kan Aydın, Çağrı. "Âdil Yargılamanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı." *TBB Dergisi*, no. 91 (2010): 146-180.
- Kafes, Veli. "Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması." *CHKD* 3, no. 2 (2015): 181-200.
- Karakehya, Hakan. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Âdil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2008.
- Karakehya, Hakan. "Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatılabilme Hakkının Unsurları." *CHKD* 3, no. 2 (2015): 199-225.
- Kaymaz, Seydi. *Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*. Ankara: Seçkin, Eylül 1997.

- Ladewig, Hans Meyer. "Âdil Yargılanma Hakkı I," çev. Özlem Yenerer Çakmut. *Âdil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2004.
- Leitmeier, Lorenz, "'Nemo Tenetur'- Ein Nachteiliges Verfassungsrecht?." *Juristische Rundschau*, no. 9, (2014): 372-377.
- Lushing, Peter. "Criminal Law Testimonial Immunity and the Privilege Against Self-Incrimination: A study in Isomorphism." *The Journal of Criminal Law & Criminology* 73, no. 4 (1982): 1690-1739.
- Memiş Kartal, Pınar. *Âdil Yargılanmanın Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2003.
- Namlı, Mert. *Medeni Usûl Hukuku'nun Yasama Üstü Kaynakları Çerçevesinde Fransız ve Türk Hukuku'nda Çelişmeli Yargılama İlkesi*. TÜSİAD, 2010.
- Özdemir, Didar. "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no.2 (2017): 149-185.
- Öztürk, Bahri. *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*. Ankara: AÜSBH İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan ve Efser Erden Tütüncü. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Putzke, Holm, Jörg Scheinfeld. *Strafprozessrecht*. 4. Baskı, München: C.H. Beck, 2012.
- Rösinger, Luna. *Die Freiheit des Beschuldigten von Zwang zur Selbstbelastung*. Studien und Beiträge zum Strafrecht, Cilt. 23, Tübingen: Mohr&Siebeck, 2019.
- Schroeder, Friedrich-Christian, Torsten Verrel. *Strafprozessrecht*. 5. Baskı, München, 2011.
- Schuster, Frank Peter. "İnsan Hakları ve İnsan Onuru Kavramlarının Alman Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerine Etkisi." çev. Ayşe Özge Atalay. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 135-136 (2015): 175-194.

- Stalinski, Dirk. *Aussagefreiheit und Geständnisbonus*. Heinrich-Heine-Universität, Doktora Tezi, Düsseldorf, Juli 2000.
- Stuntz, William J. "Self-Incrimination and Excuse." *Columbia Law Review* 88, no. 6 (1988): 1227-1296.
- Şahin, Cumhur. *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1994.
- Şahin, Cumhur, Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku II*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Taner, Fahri Gökçen. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Âdil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silâhların Eşitliği*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Thaman, Stephen C. "Plea-Bargaining, Negotiating Confession and Consensual Resolution of Criminal Cases." *Electronic J. Comp. L.* 11, no. 3 (Dec. 2007): 1-54.
- Trechsel, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford University Press, 2005.
- Ünver, Yener, Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. C. 1, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Ünver, Yener. "Deliller ve Değerlendirilmesi." *Legal Hukuk Dergisi*, no. 32 (Ağustos 2005): 2885-2913.
- Üzülmez, İlhan. "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları." *TBB Dergisi*, no. 58 (Mayıs/Haziran 2005): 41-72.
- Yaltı, Billur. *Vergi Yükümlüsünün Hakları*. İstanbul: Beta, Eylül 2006.
- Yenisey, Feridun, Ayşe Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 6. Baskı, Ankara: Seçkin, Eylül 2018.
- Yerdelen, Erdal. *Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Yurtcan, Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*. 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARI IŞIĞINDA “MASUMİYET KARİNESİ”NİN KORUNMASI

*Protection of “Presumption of Innocence” in
Light of the Case-Law of the European Court of
Human Rights*

Burcu DEĞİRMENCİOĞLU*

*“İnsan sorumluluğu üzerine inşa edilmeyen hiçbir medeniyet,
ileri gidemez.”¹*

Öz

Masumiyet karinesi, adil bir yargılanmanın sağlanabilmesi, bireyin onurunun korunabilmesi; yargılamanın yürütülebilmesi ve birey hakkında insan haklarına uygun bir yargının gerçekleştirilmesi için elzemdir. Önemine binaen masumiyet karinesinin, salt ceza yargılamasıyla sınırlı olmaksızın ele alınması, kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, çalışma içerisinde masumiyet karinesi kavramı irdelenmiş, içeriği ve sınırları belirlenmeye çalışılmıştır.

Devlet egemenliğinde meydana gelen dönüşüm ve masumiyet karinesinin uluslararası hukuk metinleri tarafından düzenlenmesi,

* Araştırma Görevlisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, burcu.degirmencioğlu@asbu.edu.tr, ORCID ID:0000-0001-5721-9933.

Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2019.

Makale Kabul Tarihi: 27.10.2019.

¹ Soyaslan, Doğan’dan naklen. Prof. Dr. Durmuş Tezcan Armağanı Takdim Töreni ve “Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Gelişmeler” Paneli, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlüğü, 16.09.2019.

bireyin masumiyetinin korunmasını gerekli kılmıştır. Temel referans noktalarından biri olan AİHM, masumiyet karinesi dahil, AİHS tarafından korunan hakların hayata geçirilmesi için bir içtihat havuzu oluşturmuştur. Çalışma kapsamında bu içtihatlar incelenerek, masumiyet karinesine ilişkin kriterler ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Muhakemesi, Masumiyet Karinesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Hakları Hukuku, Devlet Egemenliği.

Abstract

Presumption of innocence is essential for achieving a fair trial, preserving the dignity of the human, conducting the trial and creating a judiciary in conformity with human rights. Due to its importance, the presumption of innocence should be handled and not limited to the criminal proceedings. In this study, the concept of presumption of innocence was examined and its content and limits were tried to be determined.

Transformation of the concept of state sovereignty and regulation of presumption of innocence by the international law texts required the protection of the innocence of the individual. The ECtHR, as one of the main reference points, has established a pool of case-law to implement the rights, including the presumption of innocence, protected under the ECHR. Within the scope of this study, this case-law will be examined and the criteria for presumption of innocence will be put forward.

Keywords: Criminal Procedure, Presumption of Innocence, European Court of Human Rights, Human Rights Law, State Sovereignty.

GİRİŞ

Çalışmanın konusunu oluşturan masumiyet karinesi, yargılama hukukunun yapıtaşlarından biri olarak kabul edilmektedir. Masumiyet karinesi, bir kişinin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar "masum" sayılmasını ifade etmektedir. Tanımlanması bu kadar basitmiş gibi gözükse de masumiyet karinesi, aslında kavramsal olarak

pek çok detaya ihtiyaç duymaktadır. Bu bağlamda terim sorunu bu makalenin ilk inceleme konusunu oluşturmaktadır. Literatürde kişinin “masum” ya da “suçsuz” sayılması üzerine farklı görüş ve öneriler bulunmaktadır. Tercih edilen bu farklı terimlerin, tercih sebepleri, arka planları ve pratiğe ilişkin faydaları, doktrinden faydalanarak açıklanmaya çalışılacaktır.

18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, tarihsel şartlarda meydana gelen değişimler ve egemenlik kavramında yaşanan kırılmalarla birlikte, bireyin devlet karşısında hatırı sayılır bir konuma yükselmesi ceza yargılamasını dönüşüme uğratmıştır. Masumiyet karinesinin izlerini taşıyan ilk metinlerin ortaya çıkmasının ve özellikle II. Dünya Savaşı’nın ardından, insan hakları evrensel bir mesele olarak görülmeye başlanmıştır. Bu süreçte, insan haklarının korunması için evrensel ve ardından bölgesel ölçekte koruma mekanizmaları oluşturulmuştur. Söz konusu mekanizmalardan olan Avrupa Konseyi ve kendi bünyesinde oluşturduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dünya kamuoyunda oldukça etkin bir konumu işgal etmektedir. Bu özelliği nedeniyle, AİHM yargılaması incelenmeye değer bulunmuştur. İç hukukta bağlayıcı kararlar ortaya koyması bakımından, Mahkemenin masumiyet karinesine dair ortaya koyduğu geniş içtihat arşivinin incelenmesiyle, literatürdeki eksikliğin giderilmesi amaçlanmaktadır.

I. “MASUMİYET KARİNESİ” KAVRAMI

A. Terim Sorunu: “Masum Sayılma” ya da “Suçlu Sayılmama” Karinesi

Bu çalışmada çoğunlukla “masumiyet karinesi” olarak kullanılan kavramın, ne şekilde ifade edilmesinin doğru olduğu doktrinde oldukça tartışmalı bir mevzudur. Bu noktada suçluluğu sabit olunca-ya kadar kişinin “masum” mu yoksa “suçlu sayılmama”sı mı gerektiği ekseninde dönen tartışma, sonuca bağlı olarak karinenin nasıl adlandırılacağını etkilemektedir.

Söz konusu karineyi 1982 Anayasası “suçluluğu hükmen sabit olunca-ya kadar, kimse suçlu sayılamaz” şeklinde düzenlerken, AİHS “bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit olunca-ya kadar masum sayılır” şeklinde düzenlemektedir. Her ikisi de aynı ilkeyi

ifade etmesine rağmen, AİHS sisteminde suçluluğu sabit oluncaya kadar bir kişiye “masum” denilirken, Anayasa sisteminde kişinin “suçlu sayılmayacağı” kabul edilmiştir.

Bir görüşe göre, suçlu sayılmamanın diğer anlamı masum sayılmaktır. Masumiyet karinesinin kişinin daha başlangıçtan itibaren masumluğunu, dürüstlüğünü, özgürlüğünü esas almakta olduğunu ifade eden Anayurt, masumiyet karinesinin suçsuzluk karinesine nazaran bireyin “adil yargılanma hakkı”nı daha koruyucu olduğunu ifade etmektedir.² Bu görüşün önemli isimlerinden Yüce, görüşünü şu şekilde ifade etmiştir:

“Suçlu sayılmamanın öteki anlamı masum sayılmaktır. Bir kimse ya suçludur ya da masumdur. Başka bir oluş imkânı yoktur. Suçlu olduğu henüz bilinmeyen bir kimseyi, masum saymak insana saygı duyan uygar bir görüşün ifadesidir. Masumluk bir kesinlik değil yalnızca bir varsayım, bir karinedir. Bu karine herhangi bir vesile ile üzerine suç şüphesini çeken bir kimseyi gerçeği araştırmadan suçlu saymaya kolayca eğilim gösteren halkoyuna karşı hukukun bir ihtarıdır. Bu anlamda masumiyet karinesinin tutuklama gibi bir zorlayıcı önlemlerle bağdaşmaz yönü yoktur. Önlem almak suçlu olmak ihtimaline karşıdır. İhtimal masum sayılmaya engel değildir. İhtimal ihtiyatı gerektirir. Ama sanığı suçlu saymaya yetmez. Suçlu sayılmayan bir kimseyi masum saymak doğrudur. Böylece sanık hakkında ihtiyatlı ve itidalli davranmak gereği de belirtilmiş olur.”³

İkinci görüş ise, “suçsuzluk” ve “masumluk” terimlerinin farklı anlamlara geldiğini ifade etmektedir.⁴ Bu görüş, düşüncelerini ceza

² Ömer Anayurt, “Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi,” *Dr. Şükrü Alpaslan’a Armağan* (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007): 177.

³ Turhan Tufan Yüce, “Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Hümanist İlkeleri,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, No.1 (1988): 160.

⁴ Metin Feyzioğlu, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 48, no. 1-4 (1999): 137-138; İlhan Üzülmüş, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 58, Y.18, (Mayıs- Haziran 2005): 44; Demirkol makalesinde söz konusu ilkeyi “suçsuzluk karinesi” olarak ifade etmiş, “masumiyet” teriminden bahsetmemiştir. Selami Demirkol, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında ‘Adil Yargılanma Hakkı’,” iç. *Ceza*

yargılmasının amacından hareketle açıklar. Buna göre, ceza muhakemesi hukuku bir yandan suç işleyenleri mutlaka cezalandırmak suretiyle toplumun menfaatlerini korumaya çalışırken, diğer yandan da suçsuzların cezalandırılmasını önlemek suretiyle sanığın menfaatlerini garanti altına almaya çalışmaktadır.⁵ Bu bağlamda muhakeme hukuku maddi gerçeği araştırmaktadır. Maddi gerçeğe ulaşana kadar, sanık hakkında tutuklamaya varıncaya kadar gerekli her türlü önlem alınabilecektir.⁶ Bu görüşe göre, sanığın peşinen masum sayılması, tutuklama gibi özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirleri açıklamakta yetersiz kılacaktır.⁷ Bu durumda, sanık ne masumdur

Hukuku ve Ceza Yargılamasında Son Gelişmeler Semineri, ed. Süheyl Donay, Aysun Altunkaş, Eser Olgun (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013), 150-151; Sulhi Dönmezer, "Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler," *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (İstanbul: Beta Yayınları, 1998); Ömer Tozman, "Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları," 318; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 19; Hüseyin Şık, "Suçsuzluk Karinesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 1 (2008): 108; Gölcüklü de "suçsuzluk karinesi" terimini tercih etmiştir. Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "Adil Yargılama," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 49, 1 (2014): 220; Yalçın Şahinkaya, *Suçsuzluk Karinesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008); Hakan Karakahye, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2008), 146; Bahri Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5.Baskı (Ankara: Seçkin Kitabevi, 2013), 157; Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, 10. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 295; Doğan Gedik ve Mahir Topaoğlu, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphelinin Sanık Lehine Yorumlanması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 251; Vesile Sonay Evik, "Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı," iç. *Adil yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku- Nurullah Kunter'e Armağan* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 301.

⁵ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2013), 6-7.

⁶ Üzülmöz, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları," 44.

⁷ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7; Üzülmöz, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları," 44; Ancak AİHM kararlarına göre, masumiyet karinesi Sözleşmenin 5/1.maddesi kapsamında kalmak koşuluyla, sanığın tutuklanmasına engel değildir. Ancak denetim organlarına göre, tutuklulukta geçen sürenin makul sınırları aşması halinde masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olur. Âdem Çelik, "AİHS ve Türk hukukunda Masumiyet Karinesi (Suçsuzluk Karinesi)," *Terazi Hukuk Dergisi*, Ağustos, no. 36 (2009): 71.

ne de suçludur. Sanığın hukuki durumu, suçlu ile masum arasındaki çizgidedir.⁸ Centel/ Zafer de aynı görüştedir:

“Masumluk karinesi, sanığın mahkûmiyet hükmü kesinleşinceye kadar suçlu sayılmamasını ifade eder. Ancak, bu zorlayıcı bir sonuçtur. Devlet, bireyin suçlu olduğunu ileri sürerek ortaya bir ispat yükü çıkarmaktadır. Sanıklık lehine özgü bir statüdür. Sanık, ne masumdur ne de suçludur. Sanığın masum olduğu tahmin edilmektedir... Masumluk karinesi, sanığa karşı bir suçlu gibi davranılmamasını güvencelemeyi amaçlamaktadır. Şüphe ile orantılı tedbirlere başvurulması gerekir.”⁹

Doktrinde ikinci görüşü kabul eden yazarlar, bu bağlamda söz konusu ceza muhakemesi ilkesinin ifade edilmesinde Anayasanın formülünü tercih etmektedirler. Anayasa m. 38/4 ilkeyi “... suçlu sayılmaz” şeklinde formülize ederek, klasikleşmiş “masum sayılır” ifadesini değiştirmiştir.¹⁰ “Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması”nı düzenleyen Anayasanın 15.maddesi 2.fıkrasında savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak çekirdek alanları belirlemiştir. Bu fıkranın ifadesine bakıldığında “... suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılmaz”¹¹ ibaresine yer verildiği görülmektedir.

⁸ Feyzioğlu, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,” 138; Benzer şekilde Centel ve Zafer de sanığın hükmü kesinleşene kadar “ne suçlu ne de masum olduğu”nu ifade etmişlerdir. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012), 147.

⁹ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2012, 147.

¹⁰ Üzülmez, Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, 44, Anayasa’nın 38.maddesinde yer alan “suçlu sayılmaz” ifadesi Yenisey/ Nuhoglu tarafından eleştirilmiştir. Yazarlar, klasikleşmiş formülde “masum sayılır” denilmesine rağmen, anayasada “suçlu sayılmaz” ifadesine yer verilmiş olmasının isabetli olmadığını ifade ederler. Böylece gerçekten, hem henüz mahkûm olmamış kişinin suçlu sayılmadığına göre, cezalandırılmayacağı belirtilmiş, hem de sanık iken bazı muhakeme tedbirlerinin alınması kapısı, masum sayılmadığına göre, kapatılmamış olmaktadır. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ekim 2017), 70.

¹¹ “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası,” m. 15/2, Kabul No. 2709, Kabul Tarihi: 7.11.1982, RG. 9.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

Kullanılacak terim tercihi hakkında görüş farklılıklarına yer vermek, kavramın açıklanması ve teorisinin anlaşılması için elzemdir. Ancak, çalışmanın gidişatı açısından terim tercihi "masumiyet karinesi" yönünde olacaktır. Çalışmanın insan hakları hukukuna dair bir metni ihtiva ediyor olması ve sonraki başlıklarda ifade edileceği üzere, insan hakları uygulamasında içtihat ve metinlerde "masumiyet" teriminin tercih edilmesi, bu açıdan belirleyici olmuştur.

B. Masumiyet Karinesinin Kapsamı

1. Ceza Yargılamasının Mevcudiyeti Hakkında Tartışmalar

Masumiyet karinesi, bir kişi hakkında suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar geçerliliğini koruyan bir muhakeme ilkesidir. Lafzi yorum yapıldığında, ilk olarak sadece ceza yargılamasında uygulama alanı bulduğu söylenebilir. İtalyan Anayasa Mahkemesi içtihatları, bu anlayışın en belirgin örneğini oluşturmaktadır. Bir kararında; "suç niteliği taşıyan tavır nedeniyle, işçinin işveren tarafından haklı neden kapsamında işten çıkartılması hipotezinde, kanunun dar anlamda ceza kapsamı dışında kalan alanlarda olması nedeniyle karinenin uygulama alanı bulamayacağını" ifade etmiştir.¹² Türk Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararda karineyi salt ceza muhakemesi hukuku bağlamında ele aldığını şu sözlerle ifade etmiştir: "Sanık, bir ceza tehdidi altında bulunan ve bu nedenle aktüel bir savunma gereksinimi içinde bulunan kişidir. Masumiyet karinesi, savunma hakkını sanık ve gerçeğe ulaşma amacı yönünden zorunlu bir gereksinim durumuna getirmektedir."¹³

Genel kanaatin aksine AİHM'in de katıldığı diğer yaklaşım ise masumiyet karinesinin salt ceza muhakemesi ile sınırlandırılmaması gerektiğidir¹⁴. Bu görüşe göre; geniş kapsamda aleyhe sonuç doğu-

¹² Anayurt, "Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi," 181'den naklen.

¹³ AYM, E. 2002/70, K. 2004/56, 06.05.2004, RG. 01.06.2005, S. 25832.

¹⁴ AİHM, 2018 yılında verdiği bir kararında bu görüşte olduğunu tekrarlamıştır. Mahkemeye göre, masumiyet karinesinin kapsamının cezai meselelerde usule ilişkin güvenceyle sınırlı olmadığını, kapsamının geniş olduğunu ifade etmiştir. Bu bakımdan, masumiyet karinesi sadece ceza davası bağlamında değil, aynı zamanda cezai takibatlardan ayrı olarak yürütülen hukuk, disiplin veya diğer işlemlerle de ihlal edilebilir. AİHM, Güç v. Turkey, B.N.: 15374/11, 23.01.2018,

ran her isnada karşı masumiyet karinesi uygulama alanı bulabilecektir.¹⁵ AİHM bu hususta özerk yorum ilkesini kullanarak, bazı başvurularda ulusal hukukta ceza yargılaması sayılmayan takibat işlemlerinin de bu kapsamda masumiyet karinesi bağlamında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir.¹⁶ Mahkeme'ye göre bir "suçlama"nın varlığı konusunda önemli olan husus suçlamanın şekli yahut zamanı ya da suçlayan makamın sıfatı değil, isnadın içeriği yani konusudur.¹⁷ Nitekim Engel ve diğerleri/ Hollanda kararı buna örnek olarak verilebilecektir. Bu kararda Mahkeme, konusu, izinden geç gelerek disiplinsizlik yapan askere iki gün hapis cezası verilmesi olan disiplin soruşturmasını¹⁸ ceza yargılaması olarak nitelendirmiş

§32. Benzer bir kararlar için ayrıca bkz: AİHM, Kemal Coşkun v. Turkey, B.N.: 45028/07, 28.04.2017, §41-42; AİHM, Urat v. Turkey, B.N.: 53561/09, 13952/11, 27.11.2018, §42; AİHM, Batiashvili v. Georgia, B.N.: 8284/07, 10.10.2019, §82; AİHM, Seven v. Turkey, B.N.: 60392/08, 23.01.2018, §43.

¹⁵ Masumiyet karinesi geniş anlamda ele alındığında, kendi aleyhine sonuç doğuracak her isnada karşı uygulama alanı bulur. Örneğin İspanyol Anayasa Mahkemesi, masumiyet karinesini bu anlamda yorumlamış ve yaptırımın olduğu her duruma bu güvencenin uygulanacağını, dolayısıyla karinenin, kişinin kendisinin aleyhine sonuçlar doğuran isnatlara karşı hukukun bütün alanlarında uygulama alanı bulacağını ifade etmiştir. 1985'ten bu yana İspanyol Hukuku'nda masumiyet karinesi, sadece ceza yargılaması hukukunda değil diğer hukuk dallarında da (medeni, idari, iş gibi) dikkate alınması gereken bir ilke konumundadır. Aynı şekilde 1789 Fransız Bildirgesi'nin 9'uncu maddesi ile 04.01.1993 tarihli bir yasayla Fransız Medeni Kanunu'na yerleştirilen 9/1 maddesi "her insan", "herkes" gibi tabirlere yer vermek suretiyle masumiyet karinesinin sadece ceza alanında değil, medeni, idare ve disiplin alanlarında da uygulama alanı bulacağını tipik bir örneğini oluşturur. Fransız Ceza Konseyi bir kararında, "suç ve cezanın yasallığı, suç ve ceza yasalarının geri yürümezliği ve savunma hakkının kutsallığı gibi ilkeler sadece yargı yerlerince işlenen cezalar için değil, ceza niteliğini haiz her türlü yaptırımda ve yargısal olmayan makamlar nezdinde de uygulama alanı bulurlar" diyerek bu anlayışı ortaya koymuştur. Anayurt, "Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi," 181.

¹⁶ İlyas Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı (Ankara: Astana Yayınları, 2015), 563.

¹⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 275.

¹⁸ AİHM, Weber v. İsviçre davasında disiplin yaptırımları ile ceza yaptırımları arasındaki farkı ortaya koymuştur. Buna göre, disiplin yaptırımları, belli bir gruba mensup üyelerin gruba ilişkin davranış kurallarını ihlal etmeleri halinde uygulanmaktadır. Eğer ihlal, grup dışındaki kişilere, yani daha geniş bir kesime hitap ediyorsa, artık bir disiplin kuralı olmaktan ve içerdiği yaptırım da disiplin

ve masumiyet karinesinin uygulanabileceğine karar vermiştir.¹⁹ Mahkeme bu kararında “Engel ölçütleri”²⁰ olarak ifade edilen bazı kriterler belirlemiştir. Buna göre, 6.madde bağlamında bir suç isna-dından söz edilebilmesi için suç konusu eylemin ulusal hukuktaki yerine, suçun niteliğine,²¹ yaptırımın ağırlığına²² ve bunun kişi üye-

yaptırımı olmaktan çıkar. Bu durumda ancak bir ceza yaptırımından bahsedilebilir. AİHM, Weber v. Switzerland, B.N.: 11034/84, 22.05.1990, §30-34.

¹⁹ AİHM, Engel and Others v. Netherlands, B.N.: 5100/71, 08.06.1976; Mahkeme, Albert ve Le Campste v. Belçika davasında da, doktorlara yönelik disiplin soruşturmalarında masumiyet karinesinin uygulama alanı bulması gerektiğini ifade etmiştir. AİHM, Albert and Le Compte v. Belgium, B.N.: 7299/75, 7496/76, 24.10.1983, §40. Benzer kararlar için bkz: AİHM, Wemhoff v. Germany, B.N.: 2122/64, 27.06.1968, §19; AİHM, Deweer v. Belgium, B.N.: 6903/75, 27.02.1980, §44-46; AİHM, Eckle v. Germany, B.N.: 8130/78, 15.07.1982, §73 ve §77; AİHM, Ringeisen v. Austria, B.N.: 2614/65, 16.07.1971, §110; AİHM, Can v. Austria, B. N.: 9300/81, 30.09.1985, §17.

²⁰ Anayurt, “Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi,” 183; Örneğin Öztürk v. Almanya kararında Mahkeme, açıkça fiilin m. 6/1 bağlamında bir suç isnadı teşkil edip etmediğinin belirlenmesinin “engel ölçütleri”ne dayanılarak yapılacağını ifade etmiştir. Bu bağlamda, tespit edilecek ilk husus, söz konusu suçu tanımlayan metnin davalı Devletin hukuk sistemine göre ceza hukukuna ait olup olmadığıdır. Daha sonra suçun niteliği ve nihayetinde, ilgili kişinin maruz kalabileceği cezanın niteliği ve şiddeti, 6.maddenin amacına ve niteliğine göre, olağan anlamda incelenmelidir. AİHM, Öztürk v. Germany, B. N.: 8544/79, 21.02.1984, §50.

²¹ Mahkeme organları; suçun niteliğini değerlendirirken şu faktörleri ele almaktadır: söz konusu suçun Sözleşmeye taraf diğer devletlerin belirli büyük çoğunluğunda nasıl görüldüğü (ortak payda yaklaşımı), ilgili suçun ceza hukukunda yer alan suçlarla benzerliği, uygulanan usullerin özellikleri ve bu usullerin ceza hukuku alanındaki yargısal usullerle benzerliği veya bağlantısı, suçun sadece belirli bir gruba yönelik mi yoksa konunun içeriği veya kamu yararı nedeniyle genel olarak bağlayıcı, herkesi etkileyen bir niteliği mi olduğu. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. 4.Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2013), 86.

²² Mahkemeye göre, öngörülen yaptırım hem önleyici hem düzeltici etkiye sahip bulunuyorsa, bunun m. 6 bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bkz. AİHM, Öztürk v. Germany, B. N.: 8544/79, 21.02.1984, §51; AİHM, Bendenoun v. France, B. N.: 12547/86, 24.02.1994, §47; AİHM, Ringvold v. Norway, B.N.: 34964/97, 11.02.2003, §36-38, AİHM, O v. Norway, B.N.: 29327/95, 11.02.2003, §33.

rinde doğurduğu etki ve yansımaları bakılacaktır. Mahkeme, devam eden başvurularda bu kriterleri kullanarak masumiyet karinesi içtihatlarını geliştirmiştir.²³

Türk Anayasa Mahkemesi, son kararlarında AİHM'in bu yaklaşımını benimser gözükmektedir. 20 Haziran 2019 tarihli bireysel başvuru kararında,²⁴ Mahkeme hukuk yargılamalarında da masumiyet karinesini değerlendirerek, ihlal kararı verilebileceğini gös-

²³ AİHM, Guazzardi v. Italy, B.N.: 7367/76, 06.11.1980, §92; AİHM, Ezeh and Conors v. The United Kingdom, B.N.: 39665/98, 40086/98, 09.10.2003, §52; AİHM, Jussila v. Finland, B.N.: 73053/01, 23.11.2006, §30; AİHM, Austin and Others v. The United Kingdom, B.N.: 39692/09, 40713/09, 41008/09, 15.03.2012, §41; AİHM, Sergey Zolotukhin v. Russia, B.N.: 14939/03, 10.02.2009, §50; AİHM, Escoubet v. Belgium, B.N.: 26780/95, 28.10.1999, §35-36; AİHM, Allen v. The United Kingdom, B.N.: 25424/09, 12.07.2013, §95, AİHM, Kyprianou v. Cyprus, B.N.: 73797/01, 15.12.2005, §61; AİHM, G.I.E.M. and Others v. Italy, B.N.: 1828/06, 34163/07,19029/11, 28.06.2018, §27; AİHM, Campell and Fell v. The United Kingdom, B.N.: 7819/77, 7878/77, 28.06.1984, §69; AİHM, Routsalainen v. Finland, B.N.: 13079/03, 16.06.2006, §43; AİHM, E.L., R.L. and J.O- L. v. Switzerland, B.N.: 20919/92, 29.08.1997, Concurring Opinion of Judge De Meyer; AİHM, Lutz v. Germany, B.N.: 9912/82, 25.08.1987, §54-55; AİHM, Matyjek v. Poland, B.N.: 38184/03, 24.04.2007, §53; AİHM, Demicoli v. Malta, B.N.: 13057/87, 27.08.1991, §31; AİHM, Pierre- Bloch v. France, B.N.: 24194/94, 21.10.1997, §53; AİHM, Malige v. France, B.N.: 27812/95, 23.09.1998, §35; AİHM, Khmel V. Russia, B.N.: 20383/04, 12.12.2013, §59; AİHM, N.A. v. Norway, B.N.: 27473, 18.12.2014, §40; AİHM, Flisar v. Slovenia, B.N.: 3127/09, 29.09.2011, §25; AİHM, Ieremeiov v. Romania (No.2), B.N.: 4637/02, 24.11.2009, §26; AİHM, Mikhaylova v. Russia, B.N.: 46998/08, 19.11.2015, §51-54; AİHM, Whitfield and Others v. The United Kingdom, B.N.: 46387/99, 48906/99, 57419/00, 12.04.2005, §39; AİHM, Steininger v. Austria, B.N.: 21539/07, 17.04.2012; §34; AİHM, Kasparov and Others v. Russia, B.N.: 21613/07, 03.10.2013, §38-40; AİHM, Zugic v. Croatia, B.N.: 3699/08, 31.05.2011, §64; AİHM, Rozhkov v. Russia (No.2), B.N.: 38898/04, 31.01.2017, §74-76; AİHM, Kamenos v. Cyprus, B.N.: 147/07, 31.10.2017, §50-51; AİHM, Vella v. Malta, B.N.: 69112/10, 11.02.2014, §40; AİHM, Zaja v. Croatia, B.N.: 37462/09, 04.10.2016, §86; AİHM, Blokhin v. Russia, B.N.: 47152/06, 14.11.2013, §139; AİHM, Sancaklı v. Turkey, B.N.: 1385/07, 15.05.2018, §29; AİHM, Özmurat İnşaat Elektrik Nakliyat Temizlik San. Ve Tic. Ltd. Şti. v. Turkey, B.N.: 48657/06, 28.11.2017, §24; AİHM, Chap Ltd. v. Armenia, B.N.: 15485/06, 04.05.2017, §36; AİHM, Karajanov v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia," B.N.: 2229/15, 06.04.2017, §43.

²⁴ AYM, S.M. Başvurusu, B.N.: 2016/6038, 20.06.2019, RG. 01.08.2019, S. 30849.

termiştir.²⁵ Başvuruya konu olan olayda, bir üniversitede araştırma görevlisi olan başvurucu S.M.'nin eski kız arkadaşı, başvurucunun sürekli olarak kendisini takip etmesi sebebiyle Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunmuştur. Aile Mahkemesi, başvurucu hakkında kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçundan başlatılan soruşturma kapsamında kolluk tarafından alınan tedbir kararını onaylamış ve gerekçesinde başvurucu için "şiddet uygulayan" ifadesini kullanmıştır. Ardından Savcılık tarafından yapılan soruşturma, müştekinin soyut iddiaları dışında kamu davası açılmasını gerektirir nitelikte olmadığını ve yeterlilikte delil bulunmadığını belirterek kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermiştir²⁶. Başvurucu da bu karar üzerine, Aile Mahkemesinin tedbir kararına itiraz etmiş ve bu itiraz "tedbir kararı verilebilmesi için şiddet uygulandığı hususunda delil ve belge aranmayacağını, mahkeme kararında kanuna aykırı bir yön bulunmadığını belirterek"²⁷ reddedilmiştir. Başvurucu, bu tedbir kararının kesinleşmesinin ardından, tedbir kararı ve kullanılan ifade sebebiyle masumiyet karinesinin ihlal edildiği öne sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, öncelikle kişinin suçu hükmen sabit oluncaya kadar kamu makamları tarafından suçlu olarak nitelendirilemeyeceğini, suçlu muamelesine tabi tutulamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken AİHM pratiğine değinmiştir:

"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasının kişilerin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılma hakkını güvence altına aldığını belirtir. AİHM, içtihatlarında masumiyet karinesi ile sağlanan güvencenin iki yönünün bulunduğunu ifade etmiştir. Ceza yargılamasının yürütülmesine dair usule ilişkin güvenceyle, sonucunda mahkûmiyet kararı dışında bir hüküm kurulan ceza yargılaması ile bağlantılı olan durumlarda daha sonra yürütülecek yargılamalar boyunca kişinin masumiyetine saygı gösterilmesinin sağlanması

²⁵ Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu, Tedbir Kararında Geçen İfadeler Nedeniyle Masumiyet Karinesinin İhlal Edilmesi, 01.08.2019, BB: 78/19, Erişim Tarihi: 11.09.2019, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/tedbir-kararinda-gecen-ifadeler-nedeniyle-masumiyet-karinesinin-ihlal-edilmesi/>.

²⁶ AİHM, S.M. Başvurusu, B.N.: 2016/6038, 20.06.2019, §12.

²⁷ AİHM, S.M. Başvurusu, B.N.: 2016/6038, 20.06.2019, §14.

amaçlanır. Usule ilişkin bu kapsamda masumiyet karinesi ilkesi, ceza yargılamasının kendisinin adil olmasını sağlayacak usule ilişkin güvence olarak kamu görevlilerinin davalının suçluluğu ve eylemleri hakkında erken açıklamalarda bulunmasını yasaklar. Ancak bu husus, cezai meselelerde usule ilişkin güvence ile sınırlı olmayıp bu kapsam daha geniştir ve devletin hiçbir temsilcisinin, mahkeme kararı ile suçluluğu ispatlanıncaya kadar kişinin bir suçtan suçlu olduğunu söylememesini gerekli kılar. Bu kapsamda sadece ceza yargılamasında değil aynı zamanda ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen bağımsız hukuk yargılamaları, disiplin işlemleri veya diğer yargılamalarda da masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir. Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamındaki güvencenin ilk yönü, kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar ceza gerektiren bir suçla suçlandığı süreye ilişkin iken masumiyet karinesi güvencesinin ikinci yönü, ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet dışında bir hüküm kurulduğunda devreye girer ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suç karşısında kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını gerektirir (Seven/Türkiye, B. No: 60392/08, 23/1/2018, § 43)".²⁸

Mahkeme, karar vericilerin kullandıkları dilin kritik önem taşıdığını ifade etmiştir.²⁹ Aile Mahkemesi'nin tedbir kararında kullanılan "şiddet uygulayan" ibaresinin, başvuru açısından suç işlediği izlenimi doğurduğunu, hakkında gerçek olmayan iddialara dayalı olarak verilen tedbir kararında kullanılan ifadelerin masumiyeti zedelediğini ifade etmiştir.³⁰ 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun³¹'un ifadesi olsa da; Anayasa Mahkemesine göre bu tabirin her olayda uygulayıcılar tarafından kullanılmasını zorunlu kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Henüz karara bağlanmamış bir soruşturmada, kişinin suçluluğu kesinleşmedikçe bu ibarenin kullanılması, Mahkeme'nin de ifade ettiği gibi masumiyet karinesinin ihlalini teşkil etmektedir.

²⁸ AİHM, S.M. Başvurusu, B.N.: 2016/6038, 20.06.2019, §21.

²⁹ AİHM, S.M. Başvurusu, B.N.: 2016/6038, 20.06.2019, §42.

³⁰ AİHM, S.M. Başvurusu, B.N.: 2016/6038, 20.06.2019, §43.

³¹ Madde 2/1-g: "Şiddet Uygulayan: Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişileri..." "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun," Kanun No: 6284, Kabul Tarihi: 08.03.2012, RG. 20.03.2012, S. 23239.

2. Masumiyet Karinesinin Geçerli Olduğu Evreler

Masumiyet karinesi, kişiyi yargılama öncesi veya sırasında ve hükmün kesinleşmesine kadar koruma amacı gütmektedir.³² Kişiyi bir suç ithamında bulunulması ile masumiyet karinesinin koruma alanı başlayarak, isnat edilen suç hükmen kesinleşene kadar da devam edecektir. Bu bağlamda, ilk olarak masumiyet karinesinin geçerli olabilmesi için, öncelikle hakkında bir suç isnadının bulunması gerektiği söylenebilir. Suç isnadı ya da kişiye suç yöneltme, esasen bir kimseyi bir suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından resmen bildirilmesi anlamına gelmektedir.³³ Suç isnadının bulunduğu kabul için ceza davasının açılmış olması şart değildir.³⁴

AİHM, içtihatlarında, bir olayda suç isnadının tespiti için dava açılmış olmasını veya soruşturma başlatılmış olmasını aramamıştır. *Allenet de Ribemont / Fransa* kararında, başvuran hakkında henüz bir adli soruşturma başlatılmamış olmasına rağmen, Mahkeme Ribemont'nun polis nezaretinde tutulmasını ve gözaltına alınmasını adli soruşturmanın başlangıcı olarak kabul etmiştir.³⁵ Adli soruşturmaya paralel olarak yapılan ve İçişleri Bakanı tarafından da desteklenen basın açıklamasında Ribemont hakkında polisler tarafından yapılan açıklamaların masumiyet karinesinin ihlali olduğunu ifade etmiştir.³⁶ Mahkeme, bir başka kararında, her ne kadar Sözleşme'nin 6/1.maddesinde esas alınan bir ceza yargılamasına ilişkin unsurlar

³² Anayurt, "Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi," 185; AİHM, *Panteleyenkov v. Ukraine*, B.N.: 11901/02, 29.06.2009, §70.

³³ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Baskı (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012), 615.

³⁴ Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi," 145; Ferry De Jong and Leonie Van Lent, "The Presumption of Innocence as a Counterfactual Principle," *Utrecht Law Review* 12, no.1 (January 2016): 36.

³⁵ AİHM, *Allenet de Ribemont v. France*, B.N.: 15175/89, 10.02.1995, §37. Konuyla ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz: Steven, Lonneke, "Pre-Trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit its Increasing Use," *European Journal of Crime- Criminal Law and Criminal Justice* 17, (2009): 165-180.

³⁶ AİHM, *Allenet de Ribemont v. France*, B.N.: 15175/89, 10.02.1995, 37-40.

arasında yer alsa da, masumiyet karinesinin ceza alanındaki usuli bir güvenceyle sınırlanmadığını,³⁷ olayın şartlarına göre her aşamada geçerli olabileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre; ayrıca suç işlediği için bir kişi hakkınsa tutuklama emri çıkartılması,³⁸ gümrük suçlarını inceleyen yetkililerin bir kişiden kanıt göstermesini istemesi ve banka hesaplarını dondurması³⁹ suç isnadı anlamına gelmektedir.

Her ne kadar Mahkeme, suç isnadının belirlenmesi için özerk yorum metodunu uyguluyor olsa da bu konuda ilkenin amaçlarının dışına çıkacak ölçüde geniş davranmamaktadır. Mahkeme, kişi hakkında bir ceza yargılanmasının başladığına veya başlatılacağına dair yeterli bir emare bulunmaması durumunda kişinin masumiyet karinesinden yararlanamayacağını ifade etmiştir. Suçun soruşturulması harici bir nedenle, örneğin sınır dışı ya da iade kapsamında alıkonulan kişiler için, masumiyet karinesi uygulanamayacaktır.⁴⁰ Aynı şekilde suç işlediğinden şüphelenilen ancak henüz hakkında bir suç isnadı yapılmayan kişiler de bu karineden yararlanamayacaklardır.

Adil yargılanmanın gereği olan bu ilke, salt yargılama aşamasında geçerli olan bir ilke değildir. Kişi hakkında masumiyet karinesinin geçerli olabilmesi için hakkında bir ceza davasının başlamış olması gerekli değildir.⁴¹ Pratikteki sonuçları düşünüldüğünde hazırlık soruşturması aşamasında masumiyet karinesinin daha fazla önem arz ettiği söylenebilir. Bu aşamada sanığa yönelik şüphe, henüz onun suçlu olabileceği yönünde çok kuvvetli değildir.⁴² Bu nedenle soruşturma görevini üstlenen merciiler, şüpheli hakkında hata riskini en aza indirmek konusunda ağır sorumluluk üstlenmiştir.⁴³

³⁷ AİHM, Ürfi Çetinkaya v. Türkiye, B.N.: 19866/04, 23.07.2013, §138.

³⁸ AİHM, Wemhoff v. Germany, B.N.: 2224/64, 27.06.1968.

³⁹ AİHM, Funke v. France, B.N.: 10828/84, 25.02.1993.

⁴⁰ David Harris, Michel O' Boyle and Colin Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Avrupa Konseyi, (Oxford: Oxford University Press, 2013), 302.

⁴¹ Çelik, "AİHS ve Türk hukukunda Masumiyet Karinesi (Suçsuzluk Karinesi)," 67.

⁴² Cumhuriyet Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması* (Ankara: Yetkin Kitabevi, 1994), 80.

⁴³ David Hamer, "A Dynamic Reconstruction of the Presumption of Innocence," *Oxford Journal of Legal Studies* 31, no. 2 (2011): 420.

AİHM, Minelli / İsviçre davasında bu hususa değinmiştir: "*Sanığın suçluluğu yasal olarak saptanmadan önce ve özellikle kendisinin savunma hakkına sahip olmadan onun suçlu olduğu hissini telkin eden adli bir karar, suçsuzluk karinesinin ihlalidir.*"⁴⁴

Mahkeme kararının temyiz edilmesi halinde masumiyet karinesinin temyiz yargılaması sonuna kadar uygulanacağı ifade edilir.⁴⁵ 1987'de karara bağlanan Nölkenbockhoff /Almanya başvurusunda, davacının kocası, bir ceza davasında mahkûm olduktan ve bu mahkûmiyet hükmünü temyiz ettikten sonra vefat etmiştir. Davacı, yerel mahkemeden eşinin ceza davasında yapmış olduğu masrafların tazmin edilmesini istemiştir. Yerel mahkeme ise "*temyiz sonunda mahkûmiyet hükmünün onanmasının kuvvetle muhtemel olduğu*" gerekçesiyle tazminat talebini geri çevirmiştir. Komisyon ise bu durumun masumiyet karinesine aykırı olduğunu ifade ederek, karinenin temyiz aşamasında da etkili bir şekilde uygulanacağını ifade etmiştir.

Ancak mahkûmiyet kararı kesinleştiğinde, kişi artık "*hakkında suç isnadı bulunan*" biri olmaktan çok, doğrudan "*suçlu*" sıfatını kazandığından, kişi hakkında masumiyet karinesi uygulanmasından bahsedilemeyecektir.⁴⁶ Buna rağmen, mahkûm edilen bir kişinin cezasına karar verilirken kendisine yeni bir suç isnadı teşkil edecek nitelikte ve derecede suç ithamında bulunuluyorsa, bu durumda masumiyet karinesi yeni suç isnadı bağlamında geçerli olmaya devam edecektir.⁴⁷ Nitekim Böhmer /Almanya kararında; mahkeme, başvurucuya daha önceki bir mahkûmiyet nedeniyle verilen ama infazı ertelenen cezayla ilgili erteleme kararını bozduğu ve mahkemenin bu bozma kararını, başvurucunun henüz yargılanmadığı bir

⁴⁴ AİHM, Minelli v. İsviçre, B.N.: 8660/79, 25.02.1983, §37.

⁴⁵ AİHM, Nölkenbockhoff v. Germany, B.N: 10300/83, 25.08.1987, §28, §41. Temyiz aşamasında masumiyet karinesi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Keith A. Findley, "Innocence Protection In The Appellate Process," *Marquette Law Review*, no. 93 (2009): 591- 638.

⁴⁶ AİHM, Engel and Others v. Netherlands, B.N.: 5100/71, 08.06.1976, §49; AİHM, Konstas v. Greece, B.N.: 53466/07, 24.05.2011, §36.

⁴⁷ Harris, O' Boyle and Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 303.

sebepten suçlu olduğuna emin olmasına dayandırması sebebiyle masumiyet karinesinin (AİHS m. 6/2) ihlaline karar vermiştir.⁴⁸

Soruşturma veya davanın mahkûmiyet ile değil, kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararı, af, zamanaşımı gibi nedenlerle son bulması durumunda masumiyet karinesinden bahsedilip bahsedilmeyeceği konusunda kural açıktır: *“Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.”*⁴⁹ AİHS’in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6.maddesinde masumiyet karinesi bu şekilde ifade edilmiştir. Daha önce belirtildiği gibi insan haklarına dair diğer uluslararası belge, sözleşme, bildiri ve kurallar bütününde ve iç hukuklarda masumiyet karinesi hakkında benzer bir ifade yer almaktadır. Anayurt’un da ifade ettiği gibi, bu tip durumlarda kişi hakkında davayı ya da soruşturmayı sona erdiren durum mahkûmiyet kararından kaynaklanmadığından ve isnat konusu eylemi işleyip işlemediği bir yargı kararı ile saptanmamış olduğundan masumiyet karinesi geçerliliğini korumaya devam edecektir.⁵⁰

AİHM, yürütülen soruşturmanın mahkûmiyet dışında başka bir sebeple sona ermesi durumunda yargılama masraflarının geri ödenmesi taleplerinin, Sözleşme’nin 6/2.maddesi bağlamında değerlendirilmediğini ifade etmiştir.⁵¹ Dolayısıyla, zorunlu yargı harcamalarına ilişkin istemlerin reddi, bir ceza ya da ceza anlamına gelebilecek bir önlem olarak değerlendirilemeyecek, bu bağlamda tek başına masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelmeyecektir.⁵² Yassar Hussain / Birleşik Krallık davası buna örnektir. Söz konusu

⁴⁸ AİHM, Böhmer v. Germany, B.N.: 37568/97, 03.10.2002, §54, §70; Benzer kararlar için ayrıca bkz: AİHM, Phillips v. The United Kingdom, B.N.: 41087/98, 05.07.2001, §35; AİHM, Geerings v. The Netherlands, B.N.: 30810/03, 01.03.2007, §43.

⁴⁹ Avrupa Konseyi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,” m. 6/2.

⁵⁰ Anayurt, “Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi,” 185.

⁵¹ Mahkeme 1987 tarihli bir kararında 6/2. Maddenin veya Sözleşmenin hiçbir hükmünün “suç işlemekle suçlanan” bir kişiye yargılama masraflarını geri ödeme hakkını vermediğini ifade eder. AİHM, Englert v. Germany, B.N.: 10282/83, 25.08.1987, §36.

⁵² AİHM, Lutz v. Germany, B. N. 9912/82, 25.08.1987, §59.

davada, başvuru hakkında tanıklara baskı yapma suçundan ulusal mahkemece beraat kararı verilmiştir. Başvuru beraat sonrası savunma masraflarının tazmini için mahkemeye başvurmuş, ancak mahkeme "dava dosyasında açık deliller, zorlama konusunda deliller vardır"⁵³ diyerek talebi reddetmiştir. Bunun üzerine AİHM, başvuran Hussain hakkında suçluluk şüphesi yansıtan karar gerekçelerinin karineye uygun olmadığını, ne 6/2.maddenin ne de Sözleşme'deki başka maddelerin ceza gerektiren bir suçla suçlanan kişiye davanın düşmesi durumunda özgürlüğün yasaya uygun kısıtlanması nedeniyle tazminat hakkı vermediğini belirtmiştir. Mahkeme, madde hükmünün beraat eden kişiye savunma masrafları için garanti sağlamadığını belirtmiştir.⁵⁴ Ancak, mahkemeye göre ulusal mahkemenin tazminatın reddine karar verirken kullandığı ifadeler hâkimin aslında başvuru suçlu olduğu yönünde bir görüşü yansıtmaması sebebiyle, m. 6/2'de düzenlenen masumiyet karinesi ile bağdaşmadığını da ifade etmiştir.⁵⁵

Beraat ettikten sonra, haksız tutuklama sebebiyle talep edilen tazminatın "masumluğun tam olarak belirlenememiş olması sebebiyle" reddedilmesini AİHM, masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁵⁶ Mahkeme, dava veya soruşturma zamanaşımına uğramış olmasına bağlı olarak düşme kararı verilmesini ve kişinin suç işlediği kanısına varılarak mahkeme masraflarının bir kısmının ödettilmesi kararında masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Örneğin Minelli / İsviçre davasında, eğer zamanaşımı olmasaydı kendisinin "büyük olasılıkla" hüküm giyecek olduğunun bildirilmesini Mahkeme masumiyet karinesinin ihlali olarak saymıştır.⁵⁷

⁵³ AİHM, Yassar Hussain v. The United Kingdom, B.N.: 8866/04, 07.03.2006, §7.

⁵⁴ İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 86.

⁵⁵ AİHM, Yassar Hussain v. The United Kingdom, B.N.: 8866/04, 07.03.2006, §5, 14, 19-24.

⁵⁶ AİHM, Sekanina v. Austria, B.N.: 13126/87, 25.08.1993.

⁵⁷ AİHM, Minelli v. Switzerland, B.N.: 8660/79, 25.03.1983, §37.

II. MASUMİYET KARİNESİNİN ULUSLARARASI HUKUKTAKİ YERİ

A. “Devlet-Birey İlişkisi”nde Yaşanan Dönüşümler ve Masumiyet Karinesinin Ortaya Çıkışı

Ceza muhakemesi sistemi 18. yüzyılın yarısına gelinceye kadar, sanığın cezalandırılmasını sağlamayı⁵⁸ amaçlamış ve bunun için adeta her şeyin mubah olduğu kabul edilmişti.⁵⁹ Ceza muhakemesinin sanığın cezalandırılması için araç olduğu bu dönemde sanık, yargılamanın hak ve yetkilere sahip bir süjesi olmayıp muhakemenin konusunu oluşturmaktadır.⁶⁰ Bu dönemde, Avrupa’da masumiyet karinesi kısıntılarına rastlansa da⁶¹ temel olarak ispat külfetinin itham edilen üzerinde olduğu bir sistemden bahsedilmektedir.

Bu durumun ortaya çıkardığı sorunlar ve tarihsel süreçle birlikte devlet/birey ilişkisinde yaşanan gelişmeler harmanlandığında, ceza muhakemesi hukukunda birey öncelenmeye başlanmıştır. 17.

⁵⁸ Turhan Tufan Yüce, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi Basımevi, 1968), 32.

⁵⁹ Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 7. Baskı (Ankara: İmge Yayınevi, 2017), 38-39.

⁶⁰ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2017), 6. Ülkemizde de yıllar boyunca şer’î mahkemelerde uygulanan İslam Hukuku, o zamanki diğer hukuk sistemleri gibi, ceza muhakemesini suçlunun cezalandırılması gayesine göre düzenlemiştir. Onun içindir ki İslam Hukukunda delillere büyük önem verilmiş ve belli suçların belli delillerle ispatı lüzumu kabul edilmiştir. Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 70.

⁶¹ Lordlar Kamarası tarafından masumiyet karinesi, bir dönem “*ceza hukukunun altın kaplı tuvali*” olarak ifade edilmekteydi. Ömer Anayurt, “Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi,” 177’den naklen. 1215 Magna Carta Libertatum ve 1679 Habeas Corpus Act’te masumiyet karinesi izlerine rastlanılmaktadır. 1215 tarihli Magna Carta Libertatum 29. madde: “Eşitlerinin kanun bir hükmü veya bir memleket kanunu olmadan hiçbir hür kişi tevkif veya hapis edilemeyecek, haklarından ve mallarından mahrum bırakılmayacak, kanun dışı edilemeyecek, sürülemeyecek, herhangi bir başka şekilde kötü muameleye maruz bırakılmayacaktır. Hiçbir hür kişiye zor kullanmayacağız ve başkalarından zor kullanmalarını istemeyeceğiz.” Ersan İlal, “Magna Carta,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 34, no: 1-4 (1968): 221; English Parliament, “Habeas Corpus Act,” 1679, Erişim Tarihi: 22.08.2019, <http://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/31/2/contents>.

ve 18. yüzyıllar, devletin sınırlandırılması çabaları ve egemenliğin dönüşüme uğratılması fikrinin meyvelerini verdiği zamanlardır. Bu dönemde, özellikle sosyal sözleşme teorisyenlerinin etkisiyle, devlet egemenliği dönüşüme uğramıştır. Özellikle 17. yüzyılın aykırı düşünürü John Locke'un etkisiyle, devlet belli sınırlar içerisine çekilmiştir. Gelecek dönemi şekillendirmek üzere, bireyin "hayat, hürriyet, mülkiyet"⁶² haklarının devlet tarafından korunması gerekliliğine duyulan inanç yaygınlaşmıştır.⁶³ Bireyin yüceltmeye başlaması süreci, Aydınlanma Çağıyla⁶⁴ birlikte zirveye ulaşmıştır. Aydınlanma ile bireyin aklının ön plana çıktığı, devletin bireyin özgürlüğü ve mutluluğu için var olduğu anlayışının benimsendiği bir Avrupa ortaya çıkmıştır.

18. yüzyıl sonrasında devlet/birey ilişkilerinde yaşanan kırılmaların sonucunda, birey temelli cezalandırma anlayışına geçiş yapılmıştır. "Şüpheli veya sanığın haklarına saygılı bir şekilde gerçeğin araştırılması aşaması"⁶⁵, devlet kudretinin kötüye kullanılmasına, adaletsizliğe, zulme karşı geniş bir tepkinin tablosudur.⁶⁶ Dönemi etkisi altına alan bireyci anlayış sanığı korumaya yönelmiştir.⁶⁷ Artık gerçek, "her ne pahasına olursa olsun" değil, hukuk kuralları içinde şüpheli ve sanığın insanlık onuru korunarak araştırılır.⁶⁸ İnsan haklarının korunması düşüncesine yer veren yeni anlayış, sanığın suçluluğunun yargı mercilerince saptanmasına kadar masum sayılacağı eksenini üzerine oturtulmuştur.⁶⁹ İnsancıl bir ceza hukuku yaratılması

⁶² John Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, Çev. Fahri Bakırcı, 2. Baskı (Ankara: Ebabel Yayınları, Mayıs 2012), 81, §123.

⁶³ Burcu Değirmencioğlu Yıldız, "John Locke'ta Doğa Durumu ve Direnme Hakkı," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 20, no. 3 (2016): 375-410.

⁶⁴ Mehmet Ali Ağaoğulları, "Aydınlanma Düşünceler Yumağı," iç. *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları, 4. Baskı (İstanbul: İletişim Yayınları, 2013), 517-540.

⁶⁵ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2017, 6.

⁶⁶ Yüce, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları*, 32.

⁶⁷ Yüce, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları*, 32.

⁶⁸ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2017, 7.

⁶⁹ Anayurt, "Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi," 174.

üzerine kafa yoran⁷⁰ Montesquieu da, Kanunların Ruhu Üzerine adlı eserinde cezalandırmanın “*insan onuru*” ile ilişkisine her fırsatta değinerek,⁷¹ masumiyet karinesi düşüncesinin felsefi alt yapısının oluşmasına katkıda bulunmuştur.

18. yüzyıl sonları- 19. yüzyıl başlarında artık “*cezayı karanlık bir şenlik haline çeviren uygulamalar*”⁷² tamamen son bulmuştur. Bu anlayışın yerleşmeye başladığının ilk göstergesi, masumiyet karinesinin 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi ile düzenlenmesi olmuştur. Bu metinle ilk defa, pozitif hukuka adım atan masumiyet karinesi, zamanla bir inançtan, olması gerekenden fazlasına dönüşerek *erga omnes* bir insan hakkı olarak kabul edilmiştir.⁷³

II. Dünya Savaşı'nın ardından modern anlamda insan hakları hukukunun doğuşuyla birlikte, 20. yüzyılda, masumiyet karinesi bir “*insan hakkı*” olarak düzenlenerek normatif dayanağa kavuşturulmuştur. 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinden başlayarak pek çok ulusal ve uluslararası metinde masumiyet karinesine yer verilmiştir. Bununla birlikte evrensel ve bölgesel ölçekli insan hakları koruma mekanizmalarının temel amaçları arasında masumiyet karinesine yer verilmiştir. Küreselleşen hukuk sistemi ve bu sistem içerisinde yer alan ve yer almak isteyen devletlere yüklenen yükümlülükler arasında “*masumiyet karinesinin korunması*”na yer verilmesiyle birlikte, karine üst bir mertebeye taşınmıştır.

⁷⁰ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2017, 23.

⁷¹ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, çev. Fehmi Baldaş (İstanbul: Hiperlink Yayınları, 2010), 103-105.

⁷² Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, 38-39. Foucault, 18. yüzyıl öncesi uygulanan azap çekmenin kaldırılmasının sadece seyirlik unsurların silinmesi anlamına geldiğini, ancak artık bedenin tutuklanması evresine geçildiğini ifade eder. Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, 42.

⁷³ Rodica Aida Popa, “Aspects Concerning The Presumption of Innocence in the Light of the Case Law of the European Court of Human Rights,” *Challenges Of The Knowledge Society*, (2018): 166.

B. Masumiyet Karinesinin Uluslararası Hukuktaki Normatif Dayanakları

18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, yargılama hukukunda bireyin ön planda tutulmasıyla birlikte, bugünkü anlamda masumiyet karinesinden bahsedilebilecektir. Devletin egemenliğinde yaşanan kırılmalar, zamanla toplumun birey algısında değişimlere yol açmıştır. Bunun sonucu olarak, bireyin hak ve özgürlükleri olduğu ve bunların korunması fikri yaygınlaşmıştır. Bu düşünceler ilk olarak 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesiyle meyvelerini vermiştir. Ortaya konulduğu çağ itibariyle ulusal bir belge niteliğinde olan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi, masumiyet karinesi bağlamında uluslararası hukuk metinlerine örnek teşkil etmiştir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin ilk modern metinlerden olan beyanname, 9. madde ile masumiyet karinesini düzenlemiştir:

"Her insan⁷⁴ suçlu olduğuna karar verilmeye kadar masum sayıldığı için; tutuklanması kaçınılmaz olduğunda, göreceği sertlik yasa tarafından ağır bir şekilde cezalandırılmalıdır."⁷⁵

1789'dan 1940'lı yılların ortalarına kadar, maalesef masumiyet karinesi hakkında herhangi bir pozitif gelişme olmamıştır. Bunun en önemli sebeplerinden biri 1800'lü yılların sonundan 1900'lü yılların ortalarına kadar, dünya tarihinin kaos dönemi yaşamasıdır. Bu dönemde dünya büyük insan hakları ihlallerine şahit olunan iki Dünya Savaşı yaşamıştır. İkinci Dünya Savaşı'nın ardından, insan hakları fikri bugünkü anlamıyla olgunlaşmaya başlamıştır. Evrensel anlamda insan haklarının korunmaya başlamasıyla, insan hakları hukuku doğmuştur. 1945 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Şartı, pozitif insan hakları hukukunun ilk basamağını oluşturmuştur.

⁷⁴ Beyanname, burada -diğer madde metinlerinde olduğu gibi- "every man (her erkek)" ifadesini kullanmıştır. Bu durum, dönemin şartları göz önüne alındığında şaşırtıcı değildir. "Declaration of Human Rights and Civic Rights," Article 9, 26 August 1789, Erişim Tarihi: 26.02.2017, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf.

⁷⁵ "Declaration of Human Rights and Civic Rights", Article 9, 26 August 1789, Erişim Tarihi: 26.02.2017, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf.

Birleşmiş Milletler Şartı, insan haklarına dair yeni düzeni ortaya koyan çok genel ilkelere yer vermiştir. Başlangıç kısmından itibaren Birleşmiş Milletler (BM) üyesi devletler için “temel insan haklarına saygı”nın gösterilmesi, bu amaçla “devletlerarası iş birliğinin sağlanması” ve “daha geniş bir özgürlük alanı”nı temin etme gibi belli başlı yükümlülükler öngörülmüş olsa da BM Şartı’nda açıkça “masumiyet karinesi”nden bahsetmemiştir⁷⁶. Bu durum, BM Şartı’nın insan hakları hukukunun oluşturulması yolunda ilk adımı teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Şart’ın ardından BM nezdinde hazırlanan 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nde ise, temel hak ve özgürlükler açıkça ifade edilmiş ve 11. maddede masumiyet karinesi düzenlenmiştir:

*“Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır.”*⁷⁷

İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nin ardından BM, düzenlediği pek çok sözleşme, bildirme, statü ve standart kurallarda masumiyet karinesine yer vermiştir.⁷⁸ Böylece, BM masumiyet karinesine verdiği önemi sürekli olarak vurgulamıştır.

⁷⁶ BM Genel Kurulu, “Birleşmiş Milletler Antlaşması,” 1945, Erişim Tarihi: 22.07.2019, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/6535501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf>.

⁷⁷ BM Genel Kurulu, “İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi,” m. 11, 10 Aralık 1948, Erişim Tarihi: 22.08.2019, <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>.

⁷⁸ 16 Aralık 1966 tarihli Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 14/2.maddesinde; “Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkına sahiptir” hükmüne yer verilmiştir. BM Genel Kurulu, “Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi,” 16 Aralık 1966, Erişim Tarihi: 09.03.2016, WEB: <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>; 1955’te Cenevre’de toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Birinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilen ve Ekonomik ve Sosyal Konsey’in 31 Temmuz 1957 tarih 663 C (XXIV) Sayılı kararıyla kabul edilen Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallarına İlişkin Birleşmiş Milletler Belgesi’nin 84/2.maddesinde; “Hükümlü olmayan mahpusların masum oldukları varsayılır ve kendilerine buna göre muamele yapılır”⁷⁸ hükmüne yer verilmiştir. BM Ekonomik ve Sosyal Konsey, “Mahpusların Islahı İçin Asgari

Birleşmiş Milletlerin kurulmasının hemen ardından bölgesel insan hakları koruma mekanizmaları oluşturulmaya başlanmıştır. Bu mekanizmalar, birer insan hakları sözleşmesi- bildirgesi çerçevesinde toplanmıştır. Söz konusu metinlerde masumiyet karinesi açıkça düzenlenmiştir. Bölgesel insan hakları metinleri arasından, ilk olarak 2 Mayıs 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi'nde masumiyet karinesi düzenlenmiştir:

Standart Kurallar," 30 Ağustos 1955, Erişim Tarihi: 09.03.2017, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/876b6--Mahpuslarin-Islahi-Icin-Asgari-Standart-Kurallar.pdf>; 9 Aralık 1988 tarihinde kabul edilen Herhangi bir Biçimde Tutuklanan ve Hapsedilen Kişilerin Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler İlkeler Bütünü'nün 36.maddesinde şu hükme yer verilir: "*Suç işlediğinden kuşkuyla veya hakkında bir suç isnadı bulunan tutulu bir kimse, savunması için gerekli bütün güvencelere sahip olduğu aleni bir yargılama sonunda hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır ve buna göre muamele görür.*" BM Genel Kurulu, "Herhangi bir Biçimde Tutuklanan ve Hapsedilen Kişilerin Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler İlkeler Bütünü," 9 Aralık 1988 tarih, 43/173 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 09.03.2017, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/528b7--Herhangi-Bir-Bicimde-Tutulan-veya-Hapsedilen-Kisilerin-Korunmasi-Icin-Prensipler-Butunu.pdf>; 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 40/2-b-i maddesinde de masumiyet karinesine yer verilmiştir: "*...hakkında isnat yasal olarak ispat edilinceye kadar her çocuk masum sayılır.*" BM Genel Kurulu, "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme," 20 Kasım 1989, Erişim Tarihi: 09.03.2017, http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf; 14 Aralık 1990 tarihli BM Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Küçüklerin Korunması İçin Kurallar'ın 17.maddesinde masumiyet karinesine yer verilmiştir: "*... göz altında olan veya yargılama devam ederken tutuklu bulunan küçükler masum sayılır ve bu çerçevede işlemlere tabi tutulurlar.*"⁷⁸ BM Genel Kurulu, "Birleşmiş Milletler Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Küçüklerin Korunması İçin Kurallar," 14 Aralık 1990 tarih, 45/113 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 09.03.2017, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/619b9--Ozgurlugunden-Yoksun-Birakilmis-Kucuklerin-Korunmasi-Icin-Kurallar.pdf>; 17 Temmuz 1998'de kabul edilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün "*masumiyet karinesi*" başlıklı 66.maddesine göre, "*... aksi mahkeme kararıyla tespit olununcaya kadar herkes masum sayılma hakkına sahiptir*" International Criminal Court, "Roma Statute of International Criminal Court", 17 June 1998, Erişim Tarihi: 22.08.2019, https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf.

“...kendisine bir suç isnadı yapılan herkes, isnadın yargı yerince ispatına kadar masum sayılır.”⁷⁹

Avrupa bölgesindeki; insan haklarını, hukukun üstünlüğünü ve çoğulcu demokrasi ilkelerini korumak ve güçlendirmek⁸⁰ iddiasıyla 1949’da oluşturulan Avrupa Konseyi, 1950 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni hazırlamış ve yürürlüğe koymuştur. 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 2. fıkrasında adil yargılama⁸¹ hakkının bir gereği olarak masumiyet karinesine yer verilmiştir:

“Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.”⁸²

Avrupa Konseyi nezdinde, masumiyet karinesini düzenleyen pek çok belgeye rastlanılmaktadır. Bakanlar Komitesi’nin 1987 Tutuklulara Uygulanacak Asgari Kurallar Bildirisi’nin 84. maddesinde “kişinin kendisine isnat edilen suç ispatlanuncaya kadar masum sayılacağı”⁸³ ifade edilmiştir. 1990 Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK) Kopenhag Belgesi’nde ise “herkes suçluluğu yasaya uygun olarak kanıtlanmadığı sürece suçsuz sayılır”⁸⁴ ibaresine yer verilmiştir.

⁷⁹ Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi, m. 26, 2 Mayıs 1948, Erişim Tarihi: 09.03.2017, http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminci-yuzyilda/amerikan-insan-haklari.htm; 1969 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8/2. maddesinde de masumiyet karinesi düzenlenmiştir: “Bir suç işlemekle suçlanan her kişi, suçluluğu kanunen kanıtlanmadığı sürece masum sayılır.” American Convention on Human Rights, 22 November 1969, Erişim Tarihi: 28.10.2019, <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>.

⁸⁰ T.C. Dışişleri Bakanlığı, “Avrupa Konseyi,” Erişim Tarihi: 19.09.2019, http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_tr.mfa.

⁸¹ Adil yargılanma hakkı için “dürüst muhakeme” ifadesi de kullanılmaktadır. Metin Feyzioğlu, *Tanıklık ve Dürüst Muhakeme* (Ankara: US-A Yayıncılık, 1998), 1.

⁸² Avrupa Konseyi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,” m. 6/2, 4 Kasım 1950, Erişim Tarihi: 26.01.2017, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf.

⁸³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, “Avrupa Cezaevi Kuralları” Başlıklı (87) 3 No’lu Tavsiye Kararı, 12 Şubat 1987, Erişim Tarihi: 09.03.2017, [https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/281bb1-Avrupa-Konseyi-Bakanlar-Komitesinin-%E2%80%9CAvrupa-Cezaevi-Kurallari%E2%80%9D-Baslikli-\(87\)-3-No%E2%80%99lu-Tavsiye-Karari.pdf](https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/281bb1-Avrupa-Konseyi-Bakanlar-Komitesinin-%E2%80%9CAvrupa-Cezaevi-Kurallari%E2%80%9D-Baslikli-(87)-3-No%E2%80%99lu-Tavsiye-Karari.pdf).

⁸⁴ AGİK, “İnsani Boyut Konferansı ile İlgili Kopenhag Toplantısı Belgesi,” 5-29 Haziran 1990, Erişim Tarihi: 09.03.2017, http://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2016/03/KopenhagBelgesi_TUR-.pdf.

Avrupa Birliği düzeyinde 2000 yılında kabul edilen Avrupa Temel Haklar Sözleşmesi'nin 48. maddesinde ise masumiyet karinesine şu şekilde yer verilmiştir: "*Kendisine karşı ithamda bulunulan bir kişinin, yasaya göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum olduğu kabul edilecektir.*"⁸⁵

Bölgesel koruma mekanizmalarından Afrika Birliği Örgütü tarafından hazırlanan 26 Haziran 1981 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 7/1-b hükmünde masumiyet karinesinden bahsedilmiştir.⁸⁶

"Her birey davasının dinlenilmesine hak sahibidir. Bu hak... yetkili bir mahkeme yahut yargı yeri tarafından suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılma hakkını... kapsar."

Pek çok devletin temel yasasında masumiyet karinesinin özel olarak koruma altına alındığı görülmektedir. Ancak gerçek anlamda devletlerin, kamu gücünü kullandıkları ya da bu gücün kullanılmasına imkân tanıdıkları alanlarda bireylerin masumiyetlerini esas alarak hareket edip etmedikleri, anayasal düzenlemelerden çok başka bir husustur. Salt anayasal, yasal düzenlemeler; ülkelerin insan hakları karnelerini ortaya koymakta yetersiz kalmaktadır. Bu bağlamda incelenecek olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, masumiyet karinesiyle ilgili devlet pratiklerini göstermek açısından faydalı olacaktır.

⁸⁵ Avrupa Birliği, "Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi," 2000, Erişim Tarihi: 12.03.2017, <http://www.avrupa.info.tr/tr/node/708>.

⁸⁶ Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, m. 7/1-b, 26 Haziran 1981, Erişim Tarihi: 09.03.2017, <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2015/05/01-1981-june-27-af-ihhc59f.pdf>; 1994 Arap İnsan Hakları Şartı'nın 7.maddesinde de masumiyet karinesinden bahsedilmiştir: "*Sanık... suçlu olduğu ispatlanana kadar masum kabul edilir.*" Arab Charter on Human Rights, 15 September 1994, Erişim Tarihi: 28.10.2019, <http://www.humanrights.se/wp-content/uploads/2012/01/Arab-Charter-on-Human-Rights.pdf>.

B. AİHM Korumasının Kapsamı

Tarihsel gelişimine bakıldığında, özellikle 18. yüzyıl ve sonrasında etkili bir şekilde kendisinden söz ettiren masumiyet karinesi, tarihe damga vuran çeşitli belgelerde, insan hakları metinlerinde ve devletlerin anayasalarında yer verilmiştir. II. Dünya Savaşı'nın ardından insan hakları hukukunun doğuşu ile birlikte, insan haklarının korunmasına dair evrensel ve bölgesel düzlemde pek çok bildirge ve sözleşme düzenlenmiştir. Bunlardan birisi, ilkeleriyle sınırlarını aşarak küresel düzlemde de etki doğuran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Sözleşme'nin denetleme organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise kurulduğu tarihten bu yana öncelikli olarak Sözleşme ve ek protokollerde yer alan temel hak ve hürriyetleri korumak için çalışmaktadır. Bu bağlamda, taraf devletlerin yetki alanı dâhilindeki kişilerin insan haklarını ihlal edip etmediğini ya da bu konudaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetlemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insanı insan yapan temel değerlerden biri olan “*masumiyet*”i, insanlık onuru ve ile ilişkilendirerek⁹¹ “*masumiyet karinesi*” ile koruma altına almıştır. Masumiyet karinesi, AİHM tarafından en çok üzerinde durulan ve düzenli olarak içtihat geliştirilen ilkelerden biridir.⁹² Bireyin, devlet karşısında korunmaya muhtaç bir konumda bulunması Mahkeme'yi bu konuda daha hassas bir konuma itmiştir. Mahkeme, özellikle kişinin masumiyetinin taraf devlette kamuoyunu oluşturan basın-yayın organlarına, masumiyeti ile ilgili bir ithamda bulunan ve bunu etkileyecek konumda bulunan yargı organlarına ve kamu otoritelerine karşı korunması gerektiğini ifade etmiş ve içtihatlarını bu yönde geliştirmiştir⁹³.

⁹¹ AİHM, *Tsvetkova and Others v. Russia*, B.N.: 54381/08, 10939/11, 13673/13, 69739/14, 52440/15, 70724/14, 10.04.2018, §192.

⁹² HUDOC, “Violations by Article and State,” Erişim Tarihi: 13.09.2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2018_ENG.pdf.

⁹³ Council of Europe/ European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 Right to Fair Trial*, 2014, 34-38, Erişim Tarihi: 28.10.2019, <https://rm.coe.int/1680304c4e>.

1. Basın /Yayın Organlarına Karşı Koruma

Uygulamada, basın yoluyla masumiyet karinesinin ihlalinin iki şekilde ortaya çıkabildiği görülmüştür: Bizzat resmi makamlar yaptıkları basın açıklamaları ile masumiyet karinesini ihlal edebilir ve basın yayın organlarının adli haberleri verirken kullandıkları üslup veya herhangi bir neşriyatta kullanılan ifadeler masumiyet karinesinin ihlalini oluşturabilir.⁹⁴ Masumiyet karinesinin kamu otoritelerine karşı korunması ayrı bir başlık altında inceleneceğinden burada sadece basın-yayın organlarının ihlallerine değinilecektir.

Açıktır ki bu inceleme yapılırken masumiyet karinesi ile basın özgürlüğü karşı karşıya gelmektedir. Bu açıdan, basın özgürlüğünün sınırlarının ne olması gerektiği, hangi noktada kişi hak ve özgürlüklerine temas ederek, onun onur ve saygınlığını zedeleyebileceği önem arz etmektedir. 1982 Anayasasının 28. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğünün sınırlanmasında, düşünciyi açıklama ve yayma özgürlüğünü düzenleyen 26. madde ve bilim ve sanat hürriyetine yer veren 27. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre; *“Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”*⁹⁵ 27/2. madde gereğince; basın özgürlüğü *“...Anayasanın 1inci, 2inci ve 3üncü maddeleri, hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla”* kullanılamayacaktır.

Anayasa m. 90⁹⁶ gereğince, Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de konu bakımından önem arz etmektedir.

⁹⁴ Üzülmöz, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları,” 52.

⁹⁵ “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası,” m. 26/2.

⁹⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 90/5: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

AİHS m. 10'da düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında yer alan basın özgürlüğü⁹⁷ ilgili maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlamalara tabidir. Bu bağlamda basın özgürlüğü "...başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için"⁹⁸ bazı sınırlamalara tabi tutulabilecektir. Madde metninden de anlaşıldığı üzere henüz hükmen suçlu kabul edilmeyen kişilerin onur ve saygınlığının korunması, kişilerin masumiyetlerinin ihlal edilmemesi amacıyla basın özgürlüğü sınırlandırılabilir.

Bu konuda iç hukukumuzda da düzenlemeler yapılmış, basın yayın yoluyla masumiyet karinesinin ihlali önlenmeye çalışılmıştır. Basın Kanunu 3. maddesinde sınırlarıyla birlikte, basın özgürlüğü düzenlenmiştir: "*Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.*"⁹⁹ Yine, "*soruşturmanın gizliliği*"ni düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 157 de masumiyet karinesine atıf yapmaktadır: "*Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.*"¹⁰⁰ Yine duruşma esnasında "*ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağı*"¹⁰⁰ni düzenleyen CMK m. 183 de basın-yayın organlarını sınırlamayı amaçlamaktadır: "*180inci maddenin beşinci fıkrası ile 196ncı maddenin dördüncü fıkrası hükmü saklı kalmak üzere, adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışın-*

⁹⁷ Yaşar Salihpaşaoğlu, *Türkiye'de Basın Özgürlüğü* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007), 24-25.

⁹⁸ Avrupa Konseyi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi," m. 10/2.

⁹⁹ "Basın Kanunu", Kanun No: 5187, Kabul Tarihi: 09.06.2004, RG. 26.06.2004, S. 25504.

¹⁰⁰ "Ceza Muhakemesi Kanunu," Kanun No: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG. 17.12.2004, S. 25673, m. 157.

daki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır.” Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak düzenlenen “gizliliğin ihlali”¹⁰¹ (TCK m. 285), “ses ve görüntülerin kayda alınması”¹⁰² (TCK m. 286) da basın sınırlandırılarak masumiyet karinesinin korunması amacına yöneliktir.

Güncel, kamuoyunun ilgisini çeken ve açıklanmasında kamu yararı bulunan olayların, görüşlerin, yorumların ve eleştirilerin açıklanması haber olup böyle bir haberin gerçeğe uygun ve objektif ölçütler içerisinde açıklanması basın mesleğinden doğan bir hakkın kullanılmasıdır. Ancak bu yapılırken kişi onurunu zedeleyici haberler yapılmamalıdır. Yapılan gerçeğe aykırı veya önyargı içeren haberlerle yargı makamlarının yönlendirilmemesi ve masumiyet karinesinin ihlaline sebep olunmaması gerekmektedir. “Gazetecilik Etiği” hakkında Avrupa Parlamentosu tarafından verilen kararda da ifade

¹⁰¹ “(1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için; a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi, b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması, gerekir. (2) Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için, tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz. (4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi halinde, ceza yarısına kadar artırılır. (5) Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (6) Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz.” “Türk Ceza Kanunu,” m. 285, Kanun no. 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG. 12.10.2004, S. 25611.

¹⁰² “(1) Soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alan veya nakleden kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” “Türk Ceza Kanunu,” m. 286.

edildiği gibi "Gazetecilikte ortaya konulan bilgi ve görüşler hakkında, özellikle hala yargılaması devam eden davalarda, masumiyet karinesine saygı duyulmalı ve yargıda bulunmaktan kaçınılmalıdır."¹⁰³ Üzülmez'in ifadesiyle, basın-yayın organları, kitleyi ilgilendiren suç haberlerini heyecanları sömürecek biçimde vermektan kaçınmalı, itham altında bulunan kişi yönünden suçsuzluk karinesini suçluluk karinesine dönüştüren yazılar yazmamalı ve henüz bir yargılama makamu önüne çıkmamış sanığın önceden kamuoyunda mahkûm edilmesine sebep olunmamalıdır.¹⁰⁴

Masumiyet karinesi, suçüstü hali de dâhil olmak üzere, şüpheli kişilerin medyada, kamuoyu önünde "fail" olarak nitelendirilemeyeceğini öngörür.¹⁰⁵ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu vermiş olduğu Ensslin, Baader, Raspe /Almanya kabul edilebilirlik kararında buna değinmiştir. Kararda, Kızıl Ordu Fraksiyonu üyeleri başvuru- cular hakkında basında çıkan "haydutlar", "suçlular", "katiller takımı" gibi tanımlamaları masumiyet karinesi ve mahkemeleri etki altında bırakma özelinde değerlendirmiştir.¹⁰⁶

¹⁰³ Council of Europe, "Parliamentary Assembly," "Ethics of Journalism," Resolution 1003 (1993), Erişim Tarihi: 01.09.2019, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16414>.

¹⁰⁴ Üzülmez, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları," 53-54.

¹⁰⁵ Friedrich- Christian Schroeder, "'Ceza Muhakemesinde "Dürüst Yargılama" İlkesi," çev. Cumhur Şahin, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (1996): 273.

¹⁰⁶ AİHM, G. Ensslin, A. Baader, J. Raspe c. Republique Federale D'Allemagne, B.N.: 7572/76, 7586/76 et 7587/76, 08.07.1978, B- Ş15, 87; Komisyon 1967 tarihli X ve Y / Hollanda başvurusunda her ne kadar kabul edilemezlik kararı vermiş olsa da, masumiyet karinesine dair değerlendirmeler yapmıştır. Başvuruya konu olan olay, başvuranların suçlu olduklarına ilişkin ifadeler içeren basın bildirimleri hazırlanmasıdır. Başvuranların, kendilerinin gözaltında olduğu sırada yayınlanan bu bildirimlerdeki kanaatleri değiştirebilecek ve halkta masumiyetleri yönünde bir inanç oluşturabilecek yeterli imkânlarla sahip olmamaları durumu Komisyon tarafından irdelenmiştir. AİHM, X and Y v. Hollanda, B.N.: 2291/64, 01.06.1967; AİHM, H.L. v. Poland, B.N.: 14781/07, 38824/09, 41361/09, 42875/09, 15.09.2015; AİHM, Dun Roy and Malaurie v. France, B.N.: 34000/96, 03.10.2000. Benzer bir dava ve detaylı açıklamalar için ayrıca bkz: Carlos Barber- Marcia and Marcia- Angeles, Galvin- Arias, "Presumption of Innocence and Journalistic Ethics: The Aitana Case," *Revista Latina de Comunicacion Social*, (2012): 356-387.

Mahkeme basın özgürlüğü ile masumiyet karinesi / adil yargılanma hakkı ihlallerine ilişkin değerlendirmelerinde her iki hak arasında adil bir denge kurmaya¹⁰⁷ çalışmaktadır. Buna örnek bir karar olan Verlagsgruppe Droemer Knauer GMBH & Co. KG / Almanya kararında, başvuran bir yayınevidir. Bu şirket, yayınladığı bir kitapta bir kişinin mafya üyesi olduğunu ifade etmiş ve bu sebeple yayınevi hakkında 10.000 Euro para cezasına hükmedilmiştir. Yayınevi bunun basın özgürlüğünün ihlali olduğu iddiasıyla Mahkemeye başvurmuş ve davaya konu olan ithamını Federal Suç Araştırmaları Bürosu'nun raporuna dayandığını ifade etmiştir.¹⁰⁸ Her ne kadar yayın evi basının kamuoyundaki tartışmalara katkıda bulunurken resmi raporların içeriğine ya da bağımsız bir araştırma yapmak zorunda kalmaksızın Cumhuriyet Savcılığındaki bir basın görevlisinin sağladığı bilgilere dayanma hakkına sahip olduğunu ifade etse de Mahkeme bunu kabul etmemiş ve ulusal makamlar tarafından Mahkeme içtihadında belirtilen kriterlere uygun olarak¹⁰⁹ yaptığını ve ihlal olmadığı kararına varmıştır.¹¹⁰ 2005 tarihli Karakaş ve Yeşilirmak / Türkiye kararında da, Mahkeme başvuruçuların basın açıklaması temelli masumiyet karinesi ihlal iddialarının salt Sözleşmenin 6/2. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini, "AİHM'in 10. maddesi tarafından teminat altına alınan ifade özgürlüğü, bilgi alma ve verme özgürlüğünü"¹¹¹ de değerlendirmesi gerektiğini ifade etmiştir.

¹⁰⁷ AİHM, Verlagsgruppe Droemer Knauer GMBH & Co. KG v. Germany, B.N.: 35030/13, 19.10.2017, §36.

¹⁰⁸ AİHM, Verlagsgruppe Droemer Knauer GMBH & Co. KG v. Germany, B.N.: 35030/13, 19.10.2017, §5.

¹⁰⁹ Mahkeme, adil dengeye ilişkin değerlendirmesini belirlediği "tartışmanın kamu yararına katkısı, haber raporunun konusu, bilgi edinme ve doğruluğu sağlama yöntemi, ilgili kişinin geçmişi, kamu tarafından bilinirliği, yayının içeriği, şekli ve sonuçları ve uygulanan yaptırımın ciddiyeti" kriterleri çerçevesinde yürütmüştür. AİHM, Verlagsgruppe Droemer Knauer GMBH & Co. KG v. Germany, B.N.: 35030/13, 19.10.2017, §39.

¹¹⁰ AİHM, Verlagsgruppe Droemer Knauer GMBH & Co. KG v. Germany, B.N.: 35030/13, 19.10.2017, 61-62; Benzer bir karar için ayrıca bkz: AİHM, White v. Sweden, B.N.: 42435/02, 19.09.2016.

¹¹¹ AİHM, Karakaş ve Yeşilirmak v. Türkiye, B.N.: 43925/98, 28.06.2005, §50.

9 Haziran 2004 tarihli Chauvy ve Diğerleri / Fransa¹¹² kararında Mahkeme, adil denge değerlendirmesini yapmaksızın, üç aşamalı bir test kullanarak karara varmıştır. Söz konusu başvuruda, başvuranlar ihlal konusu olan Aubrac, Lyon 1943 isimli kitabın yazar ve editörleridir. Bu kitapta İkinci Dünya Savaşı ve Fransız Devrimiyle ilişkisine ilişkin bazı tarihsel gerçeklerin yer aldığı iddia edilmiş ve Aubrac'ler bazı suçlamalarla karşı karşıya bırakılmıştır.¹¹³ Aubrac'ler kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle yerel Mahkemeye başvurmuşlar ve Mahkeme tazminata hükmetmiştir. Kitap piyasadan toplatılmamış ancak yerel mahkeme piyasada yer alan nüshalara bu kararın iliştilmesi talimatı vermiştir. Bunun üzerine, yazar, editör ve yayınevinin sahibi AİHM'e başvurmuştur. AİHM ise yaptığı değerlendirmede, yazar ve yayınevinin yayınladıklarının sonuçlarına katlanmaları gerektiğini, kitabın içeriğinin iftiraya sebep olduğunu ve bu durumun yazar tarafından öngörülebilir olduğunu, tarihsel gerçekliğin ifade özgürlüğünün bir parçası olduğunu ancak tartışmanın parçası olan meselenin belirlenmiş tarihsel gerçeklik kategorisine ait olmadığını, kısaca başvuranların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin amaçlanan meşru amaçla orantısız olduğunun söylenemeyeceğini belirterek¹¹⁴ bunun Sözleşme'nin ihlalini oluşturmadığına karar vermiştir.

2. Yargı Organlarına ve Yargısal İşlemlere Karşı Koruma

Bir yandan yargılama süreciyle diğer yandan da hüküm ile ilgili bir işleve sahip¹¹⁵ olan masumiyet karinesi yargılama organları karşısında korunmaya muhtaçtır. Şüpheli veya sanık hakkında, hürriyeti bağlayıcı veya maddi bir karşılığı olan cezaya hükmedecek olan yargıcın tavrı ve düşüncesi, yargılama sürecinde oldukça önemli bir etmendir.¹¹⁶ Masumiyet karinesi, hâkimin sanığın iddia edilen suçu

¹¹² AİHM, Chauvy and Others v. France, B.N.: 64951/012, 9.06.2004.

¹¹³ AİHM, Chauvy and Others v. France, B.N.: 64951/012, 9.06.2004, §10.

¹¹⁴ AİHM, Chauvy and Others v. France, B.N.: 64951/012, 9.06.2004, §80.

¹¹⁵ Anayurt, "Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi," 204.

¹¹⁶ Mahkeme, ceza yargılamasında kararı verecek olan yargıcın beyanını soruşturmayı yöneten savcılığın beyanlarından daha katı bir denetime tabi tutmaktadır. AİHM, Pandy c. Belgique, B.N.: 13583/02, 21.09.2006, §43; Avrupa Konseyi,

işlediği konusunda önyargı ile¹¹⁷ görevini yapmasını engelleyen bir kurumdur.

Yargıç, yargılama sürecini yönetirken sanığa isnat olunan suç işlediği yönündeki bir kanaatten yola çıkamayacaktır. Mahkemeye göre; adil bir ceza yargılamasının baltalanmadan yürütülmesi ancak önyargılardan uzak kalınarak gerçekleştirilebilir.¹¹⁸ Bu bağlamda yargılama esnasında, sanıkların masumiyet karinesini etkileyebilecek şekilde işlemlere tabi tutulmaması¹¹⁹ ve ifadelere maruz bırakılmaması¹²⁰ gerekmektedir. Demicoli / Malta kararında¹²¹ Mahkeme, başvuranın suçunu karara bağlarken adli görevini yerine getiren Temsilciler Meclisinde, meclisteki tutumları, itiraz edilen makalede eleştirilen ve Meclis'te imtiyaz ihlalini ortaya koyan iki Temsilciler Meclisi üyesinin sanık aleyhinde suçun tespitini ve mahkûm edilmeyi de kapsayan yargılamaya dâhil olmuş olmalarını adil yargılanmanın ihlali olarak kabul etmiştir.¹²² Yine sanığın hiçbir güvenlik gereksinimine dayanmaksızın duruşmalarda veya güvenlik gereksinimi temelli olsa da abartılı bir kafes içerisinde tutulması, mahkemede kelepçeli, prangalı ve cezaevi özel giysisiyle tutulması ya da duruşmaya saçlarının kazınmış olarak getirilmesi, sanığa suçlulu-

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6. Madde Rehberi: Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü),” §215'ten naklen, 2014, Erişim Tarihi: 28.08.2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_TUR.pdf.

¹¹⁷ Mahkeme, 2018 yılında verdiği bir kararda “*hâkimin sübjektif yaklaşımı*”nı masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. AİHM, Mutu and Pechstein v. Switzerland, B.N.: 40575/10, 67474/10, 02.10.2018, §142; Benzer bir karar için ayrıca bkz: AİHM, Demjanjuk v. Germany, B.N.: 24247/15, 24.01.2019, §36.

¹¹⁸ AİHM, İsmoilov and Others v. Russia, B.N.: 2947/06, 24.07.2008, §160; AİHM, Zollman v. The United Kingdom, B.N.: 62902/00, 27.11.2003; AİHM, Nerattini v. Greece, B.N.: 43529/07, 18.12.2008, §23; AİHM, Didu c. Romanie, B.N.: 34814/02, 14.04.2009, §41.

¹¹⁹ Anayurt, “Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi,” 205.

¹²⁰ AİHM, Ramkovski v. “The Former Yugoslav Republic of Macedonia,” B.N.: 33566/11, 08.03.2018.

¹²¹ AİHM, Demicoli v. Malta, B.N.: 13057/87, 27.08.1991, §40-41-42.

¹²² Cengiz, Serkan ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2018), 108.

ğunu ima edici ifade ve davranışlarda bulunulması gibi durumlar önyargı işareti olarak değerlendirilebilecektir.¹²³

Mahkeme bir kişinin suç işlediğine dair sadece bir şüphenin bulunduğu beyanı ile kesin mahkûmiyet kararı bulunmaksızın ilgili bireyin söz konusu suçu işlediği yönündeki net beyan arasında ayırım yapılması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁴ Nest'ak / Slovakya kararı, 11 Ekim 2000 tarihli Bölge Mahkemesi kararı hakkındadır. Davaya konu olan kararda, başvuranın suç işleme sebebinin ve ispatlanan suç işleme şeklinin başvuranın ne kadar "yozlaşmış olduğunu" gösterdiği ifade edilmiştir. AİHM, Bölge Mahkemesi kararını değerlendirerek bir kişinin yalnızca bir suçu işlediğinden şüphelenildiğinin belirtilmesi ile kişinin söz konusu suçu işlediğine dair kesin bir mahkûmiyet kararı olmaksızın bu konuda açık bir adli bildirim yapılmasının masumiyet karinesini ihlal ettiğini ifade etmiştir.¹²⁵ 2008 yılında sonuçlandırılan S ve Marper / İngiltere başvurusu, beraat eden bir çocuk olan S. ile yargılanan bir yetişkin olan Marper'in İngiliz polisince tutuklanması esnasında başvuranların DNA'larını alma ve numuneleri saklama kararıyla ilgidir. Mahkeme, başvuranlar hakkında mahkûmiyet kararı olmamasına rağmen, yargı makamlarının DNA numunelerini saklama kararını kişilerin "tamamen masum olmadıklarını" ima ederek savunmalarını ve bu şekilde başvuranları "damgalamaları" nı masumiyet karinesinin ihlali saymıştır.¹²⁶

¹²³ AİHM, Kyrianou v. Cyprus, B.N.: 73797/01, 15.12.2005; AİHM, Pullar v. The United Kingdom, B.N.: 22399/93, 10.06.1996; AİHM, Bikas v. Germany, B.N.: 76607/13, 25.01.2018. Anayurt, "Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi," 205.

¹²⁴ Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "6. Madde Rehberi: Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü)," §213, 2014, Erişim Tarihi: 28.08.2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_TUR.pdf.

¹²⁵ AİHM, Nest'ak v. Slovakia, B.N.: 65559/01, 27.02.2007, §89; Benzer bir karar için ayrıca bkz: AİHM, Matijasevic v. Serbia, B.N.: 23037/04, 19.09.2006, §48.

¹²⁶ AİHM, S and Marper v. The United Kingdom, B.N.: 30562/04, 30566/04, 04.12.2008, §122 Campbell, Liz, "Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence," *The Modern Law Review* 76, no. 4 (2013): 687.

Masumiyet karinesi cezaya değil suçun varlığı, yani suç işlemiş olmak durumu ile ilgili bulunduğundan, mahkemenin soyut cezayı saptarken, sanığın kişiliğini yahut geçmişini göz önünde bulundurmasına engel değildir.¹²⁷ AİHM de bu konuya paralel bir şekilde vermiş olduğu Engkert / Almanya kararında bu hususu ifade etmiş ve mahkeme tarafından cezaya hükmedilirken, sanığın adli sicil kaydının dikkate alınmasının masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelmediğini ifade etmiştir.¹²⁸

3. Kamu Otoritelerine Karşı Koruma

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakların korunması ve yerine getirilmesi konusunda taraf devletin sahip olduğu yükümlülüğü yerine getirecek olan, devlet teşkilatının görünür hali olan kamu otoriteleridir. Kamu makamları, bu yükümlülüğün gereği olarak masumiyet karinesine özen göstermek zorundadır. Mahkeme ve Komisyon, konuyla ilgili içtihatlarında masumiyet karinesinin sadece yargılama makamlarını değil, devletin bütün resmi makamlarını ilgilendiren bir kurum olduğunu¹²⁹ ve hatta kamu makamlarının karineyi yargıçlardan daha fazla ihlal edebileceklerini ifade etmişlerdir.¹³⁰

Mahkeme pek çok kararında bir kişi yargılanmadan ve suçu sabit görülmeden önce, kamu makamlarının beyanlarında kullandıkları kelimeleri seçerken dikkatli olmaları gerektiğini ifade etmiştir.¹³¹ 1995 Alenet de Ribemont / Fransa davasında, başvuranın tutuklanmasından sonra ve hakkında ceza davasının açılmasından önce, İçişleri Bakanının ve soruşturmadan sorumlu polis yetkilisinin düzenlediği bir basın toplantısında, kendisini suçlu olarak kamuya duyurmalarının masumiyet karinesinin ihlali olduğuna karar ver-

¹²⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 298.

¹²⁸ AİHM, Engkert v. Germany, B.N.: 10282/83, 25.08.1987, §11, §16, §34-41.

¹²⁹ AİHM, Daktaras v. Lithuania, B.N.: 42905/98, 10.10.2000, §42; AİHM, A.L. v. Germany, B.N.: 72758/01, §31; Petyo AİHM, Petkov c. Bulgaria, B.N.: 32130/03, 07.04.2010, §91; FEYZİOĞLU, M. (1999), 149.

¹³⁰ Campbell, "Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence," 685.

¹³¹ Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "6. Madde Rehberi: Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü)," §222; AİHM, Korban v. Ukraine, B.N.: 26744/16, 04.07.2019, §228-231.

miştir.¹³² Benzer şekilde; Krause / İsviçre davasında ceza soruşturması ile ilgili bilgilerin kamuya duyurulabileceği, ancak kamu makamlarının bu açıklamalarında, kişinin yargılanmadan önce suçluymuş gibi gösterilmesinden kaçınması gerektiği belirtilmiştir.¹³³ Yukarıda ele alınan Ensslin, Baader, Raspe / Almanya kararında Komisyon, kamu otoritelerinin ifadelerini de değerlendirmiştir. Buna göre, eğer devlet yetkililerinden biri tarafından basına verilen ifadeler, sanığın suçlu olduğu yönünde ise bu müdahale masumiyet karinesi açısından devletin sorumluluğunu doğuracaktır.¹³⁴

2008 İsmoilov ve diğerleri / Rusya¹³⁵ kararında; Rus makamlarının verdiği iade kararında, başvurucuların Özbekistan'da terör eylemleri ve başka suçlar işledikleri için geri verilmeleri gerektiği be-

¹³² AİHM, *Allenet de Ribemont v. France*, B.N.: 15175/89, 10.02.1995, §32-37; Türkiye'ye karşı açılan Y.B. ve diğerleri kararında da Mahkeme benzer bir karara imza atmıştır: *"Polis tarafından düzenlenen ve basına dağıtılan 'basın açıklaması'nın içeriğinde başvuranlar hiçbir fark gözetmeksizin 'yasadışı örgüt' olan MLKP'nin mensubu olarak gösterilmiştir. Aynı şekilde, söz konusu basın açıklamasına göre adı geçen şahısların İzmir'in farklı mekânlarında birçok suç işlediklerinin tespit edildiği belirtilmiştir... AİHM'nin görüşüne göre bu iki ifadenin, başvuranların itham edildikleri suçları işlediklerini onaylayan değerlendirmeler şeklinde yorumlanması mümkündür. Bir bütün olarak ele alındığında, polis yetkililerinin tutumları, kanıtların başvuranların aleyhinde kullanılması yönünde önceden değerlendirildiği ve kimliklerini kolayca ortaya koyan bilgilerin basına verildiği göz önünde bulundurulduğunda bu durum masumiyet karinesine saygı gösterilmesi ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu şekilde düzenlenen basın açıklaması, bir yandan kamuoyunun başvuranların suçlu olduğuna inanmasını teşvik etmiş ve diğer yandan yetkili hâkimlerin olayları değerlendirmesinde ön yargılı davranmalarına neden olmuştur."* AİHM, Y.B. ve Diğerleri v. Türkiye, B.N.: 48173/99, 48319/99, 28.10.2004; Benzer kararlar için bkz: AİHM, Ürfi Çetinkaya v. Türkiye, B.N.: 19866/04, 23.07.2013, §139-140; AİHM, *Khuzhin and Others v. Russia*, B.N.: 13470/02, 23.10.2008, §94; AİHM, *Arrigo and Vella v. Malta*, B.N.: 6569/04, 10.05.2005; AİHM, *Rupa c. Romania (No.1)*, B.N.: 58478/00, 16.12.2008, §232. Cengiz ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavranları*, 15.

¹³³ AİHM, *Krause v. Switzerland*, B.N.: 7986/77, 03.10.1978, §3.

¹³⁴ AİHM, *Ensslin, Baader and Raspe v. Germany*, B.N.: 7572/76, 08.07.1978. İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. 335; Kamu otoritelerince yapılan basın açıklamasıyla masumiyet karinesinin ihlal edildiği kararı verilen bir başka başvuru için ayrıca bkz: AİHM, *İlgar Mammadov v. Azerbaijan*, B.N.: 15172/13, 29.05.2019, §38.

¹³⁵ AİHM, *İsmoilov and Others v. Russia*, B.N.: 33847/05, 26.11.2009.

lirtilmiştir. Oysa bu beyan, başvuruçuların suçlandıkları suçları işlediklerini, olaylarla ilişkilerini inkâr ettiklerini zikretmeksizin, herhangi bir sınırlama ya da çekince olmaksızın, ispatlanmış bir vakıa gibi sunulmuştur.¹³⁶ Bu bakımdan; iade kararının kaleme alınış biçimi, başvuruçuların suçluluğunu beyan etmiş ve masumiyet karinesinin ihlali sonucunu doğurmuştur.

SONUÇ

Tarihsel süreçte, egemenlik anlayışında meydana gelen değişim bireyi devlet karşısında korunması gereken bir konuma yükseltmiştir. Bu durum, zamanla temel hak ve özgürlükleri oluşturmaya başlamış ve insan hakları hukukunun doğuşuna katkı sağlamıştır. Bu fikirlerin olgunlaşma evresi olan 18. yüzyılın ikinci yarısında ceza hukukunun amacı değişim göstermiştir. Bireyin korunması anlayışını benimseyen ceza hukuku ile birlikte adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesi gündeme gelmiştir. Modern ceza hukuku tarafından benimsenen bu ilke, zamanla devletlerin anayasalarına ve insan haklarına dair temel uluslararası belgelere girmeye başlamış ve insan hakları hukukunun önemli kurumlarından biri olmuştur. Dramatik insan hakları ihlallerine sahne olan yerküre, bunlardan çıkarttığı derslerle masumiyet karinesini insanlığın en önemli değerlerinden biri olarak kabul etmiştir.

İnsan hakları hukukunun önemli denetleme organlarından olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1950'li yılların sonlarından beri hak ve özgürlüklerin korunması noktasında önemli içtihatlarla imza atmıştır. Hukuk devleti ve insan haklarının korunması ve hukuki güvenliğin sağlanması bağlamında Mahkeme, masumiyet karinesini özel bir konuda değerlendirmiştir. Bunda masumiyet karinesinin, insanlık onuruyla doğrudan etkili olduğu gerçeği etkili olmuştur. Bir kişiye itham edilen suç, hükmen kesinleşmedikçe, kişi suçlu olarak adlandırılmayacak ve suçlu muamelesi görmeyecektir. Bir tarafta kişinin suçlu olduğuna ilişkin bir şüphe varsa, diğer tarafta da kişinin masumiyeti bulunmaktadır. Ve masumiyet, "şüphe"ye heba edilemeyecek kadar değerlidir. Bu sebeple, masumiyet karinesi korunmaya muhtaçtır.

¹³⁶ Tezcan, Durmuş ve diğerleri, *İnsan Hakları El Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 321.

Kişi masumiyetinin, özellikle kendisinden daha güçlü konuma sahip olan devlet ve devlet gücünü kullanan kurumlar karşısında korunması elzemdir. Kişiyle ilgili var olan veya varlığı iddia edilen şüpheyi araştırarak olan devletin ilgili makamlarıdır. Bu şüpheyile ilgili delillerin somutluğunu, hukukiliğini ve yeterliliğini değerlendirip karar verecek olan, yine devletin yargı erkidir. Yargı erkinin, kişi hakkında yapacağı incelemelerde tarafsız olması, önyargıyla hareket etmemesi masumiyet karinesinin korunabilmesi için gereklidir. Bireyin konumu düşünülduğünde, AIHM yıllardır verdiği ve kapsamını genişlettiği masumiyet karinesi değerlendirmelerinde, özellikle kamuoyunu etkisi altına alabilecek basın-yayın organlarını incelemiştir. Bu bağlamda devlet organları tarafından yapılan resmi basın açıklamaları ve basın-yayın kuruluşlarının adli haberlere yaklaşım tarzlarına değinmiştir. Adli haberlere ilişkin değerlendirmelerinde, Mahkeme halkın haber alma özgürlüğü ve basın özgürlüğü ile masumiyet karinesi arasında adil bir denge oluşturmaya çalışmıştır.

Değerlendirmelerinde çoğunlukla “*masumiyet karinesi*” terimini kullanmayı tercih eden AIHM, her ne kadar masumiyet karinesi Sözleşme sistematığı içerisinde adil yargılanmayı düzenleyen 6. madde içerisinde yer alsada karineyi salt adil yargılanma ile sınırlı incelememiştir. Mahkeme tarafından verilen kararlar irdelendiğinde, masumiyet karinesinin Sözleşme ve ek protokollerde korunan pek çok temel hak ve özgürlük ile birlikte ilişkilendirilerek korunduğu görülebilecektir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Ağaoğulları, Mehmet Ali. "Aydınlanma Düşünceler Yumağı." İç. *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları, 517-540, 4. Baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2013.
- Anayurt, Ömer. "Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi." *Dr. Şükrü Alpaslan'a Armağan*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları (2007): 173-228.
- Baber Marcia, Carlos and Marcia- Angeles, Galvin- Arias. "Presumption of Innocence and Journalistic Ethics: The Aitana Case." *Revista Latina de Comunicacion Social*, (2012): 356-387.
- Campbell, Liz. "Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence." *The Modern Law Review* 76, no. 4 (2013): 681-707.
- Cengiz, Serkan, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride ve Durmuş Tezcan. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*. Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2008.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, Eylül 2017.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012.
- Çelik, Âdem. "AİHS ve Türk hukukunda Masumiyet Karinesi (Suçsuzluk Karinesi)." *Terazi Hukuk Dergisi*, (Ağustos 2009): 36, 65-73.
- Demirkol, Selami. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında 'Adil Yargılanma Hakkı'." İç. *Ceza Hukuku ve Ceza Yargılamasında Son Gelişmeler Semineri*. ed. Süheyl Donay, Aysun Altunkaş, Eser Olgun, 141-158. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.
- Doğan, İlyas. *İnsan Hakları Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı. Ankara: Astana Yayınları, 2015.
- Doğru, Osman ve Atilla Nalbant. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.

- Dönmezer, Sulhi. "Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler." *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul: Beta Yayınları, 1998.
- Feyzioğlu, Metin. *Tanıklık ve Dürüst Muhakeme*. Ankara: US-A Yayıncılık, 1998.
- Feyzioğlu, Metin. "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 48, no. 1-4 (1999): 135-163.
- Findley, Keith A. "Innocence Protection In The Appellate Process." *Marquette Law Review*, no. 93 (2009): 591-638.
- Foucault, Michel. *Hapishanenin Doğuşu*. Çev. Mehmet Ali Kılıçbay. 7. Baskı. Ankara: İmge Yayınevi, 2017.
- Evik, Vesile Sonay. "Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı." iç. *Adil yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku- Nurullah Kunter'e Armağan*, 283-308. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Gedik, Doğan ve Mahir Topaloğlu. *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphelinin Sanık Lehine Yorumlanması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Gölcüklü, Feyyaz. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "Adil Yargılama." *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 49, no. 1 (2014): 199-234.
- Gözübüyük, Şeref ve Feyyaz Gölcüklü. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 10. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Hamer, David, "A Dynamic Reconstruction of the Presumption of Innocence." *Oxford Journal of Legal Studies* 31, no.2 (2011): 417-435.
- Harris, David, Michel O' Boyle and Colin Warbrick. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Avrupa Konseyi, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- İlal, Ersan. "Magna Carta." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 34, no. 1-4 (1968): 210-242.
- İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 4.Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.
- Jong, Ferry De and Leonie Van Lent. "The Presumption of Innocence as a Counterfactual Principle." *Utrecht Law Review* 12, no. 1 (January 2016): 32-49.

- Karakahye, Hakan. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma. Ankara: Savaş Yayınevi, 2008.
- Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*. Çev. Fehmi Baldaş. İstanbul: Hiperlink Yayınları, 2010.
- Öztürk, Bahri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5.Baskı. Ankara: Seçkin Kitabevi, 2013.
- Popa, Rodica Aida. "Aspects Concerning The Presumption Of Innocence In The Light Of The Case Law Of The European Court of Human Rights." *Challenges Of The Knowledge Society*, (2018): 165-169.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar. *Türkiye'de Basın Özgürlüğü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Schroeder, Friedrich- Christian. "'Ceza Muhakemesinde 'Dürüst Yargılama' İlkesi.'" Çev. Cumhur Şahin, *Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan*, 269-283.Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1996.
- Steven, Lonneke, "Pre- Trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit its Increasing Use." *European Journal of Crime- Criminal Law and Criminal Justice*, no. 17 (2009): 165-180.
- Şahin, Cumhur. *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*. Ankara: Yetkin Kitabevi, 1994.
- Şahinkaya, Yalçın. *Suçsuzluk Karinesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Şık, Hüseyin. "Suçsuzluk Karinesi." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 1, no. 1 (2008): 103-144.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok. *İnsan Hakları El Kitabı*, Güncellenmiş 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Toroslu, Nevzat ve Metin Fevzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2013.
- Tozman, Ömer. "Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 3-4 (2007): 315-353.

- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Üzülmez, İlhan. "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 58, no.4 (2005): 41-72.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ekim 2017.
- Değirmencioğlu Yıldız, Burcu. "John Locke'ta Doğa Durumu ve Direnme Hakkı," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 20, no.3 (2016): 375-410.
- Yüce, Turhan Tufan. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi Basımevi, 1968.
- Yüce, Turhan Tufan. "Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Hümanist İlkeleri." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 1 (1988): 156-167.

Mahkeme Kararları

- AİHM, Albert and Le Compte v. Belgium, B.N.: 7299/75, 7496/76, 24.10.1983.
- AİHM, Allen v. The United Kingdom, B.N.: 25424/09, 12.07.2013.
- AİHM, A.L. v. Germany, B.N.: 72758/01, 28.04.2005.
- AİHM, A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland, B.N.: 19958/92, 29.08.1997.
- AİHM, Austin and Others v. The United Kingdom, B.N.: 39692/09, 40713/09, 41008/09, 15.03.2012.
- AİHM, Batiashvili v. Georgia, B.N.: 8284/07, 10.10.2019
- AİHM, Bendenoun v. France, B. N.: 12547/86, 24.02.1994.
- AİHM, Blokhin v. Russia, B.N.: 47152/06, 14.11.2013.
- AİHM, Bikas v. Germany, B.N.: 76607/13, 25.01.2018.
- AİHM, Böhmer v. Germany, B.N.: 37568/97, 03.10.2002.
- AİHM, Campell and Fell v. The United Kingdom, B.N.: 7819/77, 7878/77, Karar Tarihi: 28.06.1984.
- AİHM, Can v. Avustria, B. N.: 9300/81, 30.09.1985.
- AİHM, Chap Ltd. v. Armenia, B.N.: 15485/06, 04.05.2017.

- AİHM, Chauvy and Others v. France, B.N.: 64951/01, 29.06.2004.
- AİHM, Daktaras v. Lithuania, B.N.: 42905/98, 10.10.2000.
- AİHM, Demicoli v. Malta, B.N.: 13057/87, 27.08.1991.
- AİHM, Demjanjuk v. Germany, B.N.: 24247/15, 24.01.2019.
- AİHM, Deweer v. Belgium, B.N.: 6903/75, 27.02.1980.
- AİHM, Didu c. Romania, B.N.: 34814/02, 14.04.2009.
- AİHM, Eckle v. Germany, B.N.: 8130/78, 15.07.1982.
- AİHM, E.L, R.L. and J.O.-L. v. Switzerland, B.N.: 20919/92, 29.08.1997.
- AİHM, Engel and Others v. Netherlands, B.N.: 5100/71, 08.06.1976.
- AİHM, Englert v. Germany, B.N.: 10282/83, 25.08.1987.
- AİHM, Ensslin, Baader and Raspe v. Germany, B.N.: 7572/76, 08.07.1978.
- AİHM, Escoubet v. Belgium, B.N.: 26780/95, 28.10.1999.
- AİHM, Ezeh and Conors v. The United Kingdom, B.N.: 39665/98, 40086/98, 09.10.2003.
- AİHM, Flisar v. Slovenia, B.N.: 3127/09, 29.09.2011.
- AİHM, Funke v. France, B.N.: 10828/84, 25.02.1993.
- AİHM, G. Ensslin, A. Baader, J. Raspe c. Republique Federale D'Allemagne, B.N.: 7572/76, 7586/76 et 7587/76, 08.07.1978.
- AİHM, Geerings v. The Netherlands, B.N.: 30810/03, 01.03.2007.
- AİHM, G.I.E.M. and Others v. Italy, B.N.: 1828/06, 34163/07,19029/11, 28.06.2018.
- AİHM, Guazzardi v. Italy, B.N.: 7367/76, 06.11.1980.
- AİHM, Güç v. Turkey, B.N.: 15374/11, 23.01.2018.
- AİHM, H.L. v. Poland, B.N.: 14781/07, 38824/09, 41361/09, 42875/09, 15.09.2015.
- AİHM, Ieremeiov v. Romania (No.2), B.N.: 4637/02, 24.11.2009.
- AİHM, Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, B.N.: 15172/13, 29.05.2019.
- AİHM, İsmoilov and Others v. Russia, B.N.: 2947/06, 24.074.2008.
- AİHM, Jussila v. Finland, B.N.: 73053/01, 23.11.2006.

- AİHM, Kamenos v. Cyprus, B.N.: 147/07, 31.10.2017.
- AİHM, Karajanov v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia", B.N.: 2229/15, 06.04.2017.
- AİHM, Karakaş ve Yeşilırmak v. Türkiye, B.N.: 43925/98, 28.06.2005.
- AİHM, Kasparov and Others v. Russia, B.N.: 21613/07, 03.10.2013.
- AİHM, Kemal Coşkun v. Turkey, B.N.: 45028/07, 28.04.2017.
- AİHM, Khmel V. Russia, B.N.: 20383/04, 12.12.2013.
- AİHM, Konstas v. Greece, B.N.: 53466/07, 24.05.2011.
- AİHM, Korban v. Ukraine, B.N.: 26744/16, 04.07.2019.
- AİHM, Krause v. Switzerland, B.N.: 7986/77, 03.10.1978.
- AİHM, Kyprianou v. Cyprus, B.N.: 73797/01, 15.12.2005.
- AİHM, Lutz v. Germany, B.N.: 9912/82, 25.08.1987.
- AİHM, Malige v. France, B.N.: 27812/95, 23.09.1998.
- AİHM, Matijasevic v. Serbia, B.N.: 23037/04, 19.09.2006.
- AİHM, Matyjek v. Poland, B.N.: 38184/03, 24.04.2007.
- AİHM, Mikhaylova v. Russia, B.N.: 46998/08, 19.11.2015.
- AİHM, Minelli v. İsviçre, B.N.: 8660/79, 25.02.1983.
- AİHM, Mutu and Pechstein v. Switzerland, B.N.: 40575/10, 67474/10, 02.10.2018.
- AİHM, N.A. v. Norway, B.N.: 27473, 18.12.2014.
- AİHM, Nerattini v. Greece, B.N.: 43529/07, 18.12.2008.
- AİHM, Nest'ak v. Slovakia, B.N.: 65559/01, 27.02.2007.
- AİHM, Nölkenbockhoff v. Germany, B.N.: 10300/83, 25.08.1987.
- AİHM, O v. Norway, B.N.: 29327/95, 11.02.2003.
- AİHM, Özmurat İnşaat Elektrik Nakliyat Temizlik San. Ve Tic. Ltd. Şti. v. Turkey, B.N.: 48657/06, 28.11.2017.
- AİHM, Öztürk v. Germany, B. N.: 8544/79, 21.02.1984.
- AİHM, Pandy c. Belgique, B.N.: 13583/02, 21.09.2006.
- AİHM, Panteleyenکو v. Ukraine, B.N.: 11901/02, 29.06.2009.
- AİHM, Petyo Petkov c. Bulgarie, B.N.: 32130/03, 07.04.2010.
- AİHM, Pierre- Bloch v. France, B.N.: 24194/94, 21.10.1997.

- AİHM, Phillips v. The United Kingdom, B.N.: 41087/98, 05.07.2001.
- AİHM, Pullar v. The United Kingdom, B.N.: 22399/93, 10.06.1996.
- AİHM, Ramkovski v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia", B.N.: 33566/11, 08.03.2018.
- AİHM, Ringeisen v. Austria, B.N.: 2614/65, 16.07.1971.
- AİHM, Ringvold v. Norway, B.N.: 34964/97, 11.02.2003.
- AİHM, Routsalainen v. Finland, B.N.: 13079/03, 16.06.2006.
- AİHM, Rozhkov v. Russia (No.2), B.N.: 38898/04, 31.01.2017.
- AİHM, Telfner v Austria, B.N.: 33501/96, 20.03.2001.
- AİHM, Tsvetkova and Others v. Russia, B.N.: 54381/08, 10939/11, 13673/13, 69739/14, 52440/15, 70724/14, 10.04.2018.
- AİHM, S and Marper v. The United Kingdom, B.N.: 30562/04, 30566/04, 04.12.2008.
- AİHM, Sancaklı v. Turkey, B.N.: 1385/07, 15.05.2018.
- AİHM, Saunders v. The United Kingdom, B.N.: 19187/91, 17.12.1996.
- AİHM, Sekanina v. Austria, B.N.: 13126/87, 25.08.1993.
- AİHM, Sergey Zolotukhin v. Russia, B.N.: 14939/03, 10.02.2009.
- AİHM, Seven v. Turkey, B.N.: 60392/08, 23.01.2018.
- AİHM, Steininger v. Austria, B.N.: 21539/07, 17.04.2012.
- AİHM, Urat v. Turkey, B.N.: 53561/09, 13952/11, 27.11.2018.
- AİHM, Ürfi Çetinkaya v. Türkiye, B.N.: 19866/04, 23.07.2013.
- AİHM, Vella v. Malta, B.N.: 69112/10, 11.02.2014.
- AİHM, Verlangsgroupe Droemer Knaur GMBH & Co. KG v. Germany, B.N.: 35030/13, 19.10.2017.
- AİHM, Yassar Hussain v. The United Kingdom, B.N.: 8866/04, 07.03.2006.
- AİHM, Zaja v. Croatia, B.N.: 37462/09, 04.10.2016.
- AİHM, Zollman v. The United Kingdom, B.N.: 62902/00, 27.11.2003.
- AİHM, Zugic v. Croatia, B.N.: 3699/08, 31.05.2011.
- AİHM, Weber v. Switzerland, B.N.: 11034/84, 22.05.1990.

AİHM, Wemhoff v. Germany, B.N.: 2122/64, 27.06.1968.

AİHM, Whitfield and Others v. The United Kingdom, B.N.: 46387/99, 48906/99, 57419/00, 12.04.2005.

AİHM, White v. Sweden, B.N.: 42435/02, 19.09.2016.

AYM, E. 2002/70, K. 2004/56, 06.05.2004, RG. 01.06.2005, S. 25832.

AYM, S.M. Başvurusu, B.N.: 2016/6038, 20.06.2019, RG. 01.08.2019, S. 30849.

İnternet Kaynakları

American Convention on Human Rights, 22 November 1969, Erişim Tarihi: 28.10.2019, <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, 26 Haziran 1981, Erişim Tarihi: 09.03.2017, <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2015/05/01-1981-june-27-af-ihhc59f.pdf>.

AGİK, "İnsani Boyut Konferansı ile İlgili Kopenhag Toplantısı Belgesi", 5-29 Haziran 1990, Erişim Tarihi: 09.03.2017, http://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2016/03/KopenhagBelgesi_TUR-.pdf.

"Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun", Kanun No. 6284, Kabul Tarihi: 08.03.2012, RG. 20.03.2012, S. 23239, Erişim Tarihi: 11.09.2019, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120320-16.htm>.

Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi", 2 Mayıs 1948, Erişim Tarihi: 09.03.2017, http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminci-yuzyilda/amerikan_insan_haklari.htm.

Arab Charter on Human Rights, 15 September 1994, Erişim Tarihi: 28.10.2019, <http://www.humanrights.se/wp-content/uploads/2012/01/Arab-Charter-on-Human-Rights.pdf>.

Avrupa Birliği, "Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi", 2000, Erişim Tarihi: 12.03.2017, <http://www.avrupa.info.tr/tr/node/708>.

Avrupa Konseyi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 4 Kasım 1950, Erişim Tarihi: 26.01.2017,

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, “Avrupa Cezaevi Kuralları” Başlıklı (87) 3 No’lu Tavsiye Kararı, 12 Şubat 1987, Erişim Tarihi: 09.03.2017, [https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/281bb1-Avrupa-Konseyi-Bakanlar-Komitesinin-%E2%80%9CAvrupa-Cezaevi-Kurallari%E2%80%9D-Baslikli-\(87\)-3-No%E2%80%99lu-Tavsiye-Karari.pdf](https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/281bb1-Avrupa-Konseyi-Bakanlar-Komitesinin-%E2%80%9CAvrupa-Cezaevi-Kurallari%E2%80%9D-Baslikli-(87)-3-No%E2%80%99lu-Tavsiye-Karari.pdf).

Avrupa Konseyi, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6. Madde Rehberi: Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Yönü)”, §215’ten naklen, 2014, Erişim Tarihi: 28.08.2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_TUR.pdf.

“Basın Kanunu”, Kanun No. 5187, Kabul Tarihi: 09.06.2004, RG. 26.06.2004, S. 25504, Erişim Tarihi: 03.09.2019, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5187.pdf>.

BM Genel Kurulu, “Birleşmiş Milletler Antlaşması”, 1945, Erişim Tarihi: 22.07.2019, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/6535501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf>.

BM Genel Kurulu, “İnsan Hakları Evrensel Beyanname”, 10 Aralık 1958, Erişim Tarihi: 22.08.2019, <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>.

BM Genel Kurulu, “Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi”, 16 Aralık 1966, Erişim Tarihi: 09.03.2016, WEB: <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>.

BM Ekonomik ve Sosyal Konsey, “Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar”, 30 Ağustos 1955, Erişim Tarihi: 09.03.2017, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/876b6--Mahpuslari-Islahi-Icin-Asgari-Standart-Kurallar.pdf>.

BM Genel Kurulu, “Herhangi bir Biçimde Tutuklanan ve Hapsedilen Kişilerin Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Bütünü”, 9 Aralık 1988 tarih, 43/173 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 09.03.2017, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/528b7--Herhangi-Bir-Bicimde-Tutulan-veya-Hapsedilen-Kisilerin-Korunmasi-Icin-Prensipier-Butunu.pdf>.

- BM Genel Kurulu, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, 20 Kasım 1989, Erişim Tarihi: 09.03.2017, http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf.
- BM Genel Kurulu, “Birleşmiş Milletler Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Küçüklerin Korunması İçin Kurallar”, 14 Aralık 1990 tarih, 45/113 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 09.03.2017, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/619b9--Ozgurlugunden-Yoksun-Birakilmis-Kucuklerin-Korunmasi-Icin-Kurallar.pdf>.
- “Ceza Muhakemesi Kanunu”, Kanun No. 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG. 17.12.2004, S. 25673, m. 157, Erişim Tarihi: 03.09.2019, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5271.pdf>.
- Council of Europe/ European Court of Human Rights, Guide on Article 6 Right to Fair Trial, 2014, 34-38, Erişim Tarihi: 28.10.2019, <https://rm.coe.int/1680304c4e>.
- Council of Europe, “Parliamentary Assembly”, “Ethics of Journalism”, Resolution 1003 (1993), Erişim Tarihi: 01.09.2019, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16414>.
- “Declaration of Human Rights and Civic Rights”, 26 August 1789, Erişim Tarihi: 26.02.2017, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf.
- English Parliament, “Habeas Corpus Act”, 1679, Erişim Tarihi: 22.08.2019, <http://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/31/2/contents>.
- European Council, Erişim Tarihi: 19.09.2019, <https://www.consilium.europa.eu/en/european-council/>.
- European Court of Human Rights, “Innocence”, Erişim Tarihi: 20.09.2019, https://echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx?%22fulltext%22:%22innocence%22}.
- European Court of Human Rights, “Blamelessness”, Erişim Tarihi: 20.09.2019, https://echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx?%22fulltext%22:%22blamelessness%22}.
- HUDOC, “Presumption of Innocence”, Erişim Tarihi: 19.09.2019, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22presumption%20of%20C4%20B1innocence%22,%22article%22:%226-2%22,%22documentcollectionid%22:%22JUDGMENTS%22,%22DECISIONS%22>}.

- HUDOC, "Violations By Article and State", Erişim Tarihi: 13.09.2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2018_ENG.pdf.
- International Criminal Court, "Roma Statue of International Criminal Court", 17 June 1998, Erişim Tarihi: 22.08.2019, https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Avrupa Konseyi", Erişim Tarihi: 19.09.2019, http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_tr.mfa.
- "Türk Ceza Kanunu", Kanun No. 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG. 12.10.2004, S. 25611, Erişim Tarihi: 13.09.2019, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>.
- "Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası", Kabul No. 334, Kabul Tarihi: 09.07.1961, RG. 20.07.1961, S. 10859, Erişim Tarihi: 12.03.2017, <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>.
- "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası", Kabul No. 2709, Kabul Tarihi: 7.11.1982, RG. 9.11.1982, S. 17863 (Mükerrer), Erişim Tarihi: 26.02.2017, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>.
- United Kingdom, "UK Public General Acts, Human Rights Act", 1998, Erişim Tarihi: 30.08.2019, WEB: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998>.
- United States of America, "Fifth Amendment of U.S. Constitution", Erişim Tarihi: 30.08.2019, https://www.law.cornell.edu/constitution/fifth_amendment.

KONKORDATO SÜRECİNDE MÜHLET

The Term of Respite in Concordat Process

Murat BESEN*

Orkun TAT**

Öz

Konkordato, elinde olmayan sebeplerden dolayı işleri bozulan ve mali durumu kötüye giden borçluyu, alacaklıların baskısından kurtararak mali durumunu düzeltmesine olanak tanıyan bir müessesedir. Konkordatoda amaç, dürüst borçluyu koruyarak mali durumunun iyileşmesini sağlamak ve alacaklıların alacaklarına kavuşma olanağı yaratmaktır. Ekonomik kriz, piyasanın durgunlaşması, enflasyon gibi sebeplerden dolayı mali durumu bozulan borçluya, bu durumdan kurtulması için konkordato müessesesi bağlamında geçici ve kesin olmak üzere iki tip süre tanınmaktadır. İşte çalışmamızda kanunda geçici ve kesin mühlet olarak belirtilen bu iki tip süre incelenecek ve bu süreçlerde ortaya çıkması muhtemel problemlere çözüm aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: Konkordato, Geçici Mühlet, Kesin Mühlet, İflas, Konkordato Komiseri.

* Mersin Çağ Üniversitesi Özel Hukuk ABD. Araştırma Görevlisi, muratbesen@cag.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9805-8961.

** Mersin Çağ Üniversitesi Özel Hukuk ABD. Araştırma Görevlisi, orkuntat@cag.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8149-5356.

Makale Gönderim Tarihi: 14.10.2019.

Makale Kabul Tarihi: 12.12.2019.

Abstract

Concordat is a legal mechanism that is designed to cushion debtors, whose business is in decline and accordingly in poor financial status due to inevitable circumstances, from the pressure of creditors by giving them a second chance to recuperate their business and augment their financial status. The aims of the concordat are to ensure that an honest debtor is given another chance to recover his/her business and to provide creditors with an opportunity to acquire their receivables. Within the scope of the concordat process, there are two types of time periods (temporary respite and peremptory respite) granted to a debtor suffering from poor financial status due to the reasons, such as economic crisis, stagnation, and inflation. In this study, these two time periods shall be examined and solutions for probable problems that may arise throughout the process will be sought.

Keywords: Concordat, Temporary Respite, Peremptory Respite, Bankruptcy, Concordat Commissionar.

I. GENEL OLARAK

Kimi zaman borçlu olan kimseler borçlarını ödemek istemesine rağmen bazı etkenler borçlunun borcunu ödemesine engel teşkil edebilir. Bu engellere ticari hayatın gerekleri, ekonomik koşullar, ülke piyasasındaki dalgalanmalar, yüksek enflasyon halleri örnek gösterilebilir. Borçlarının tamamını ödeyecek durumda olmayan borçluyu bu borçları ödemeye zorlamak, kişinin ticari hayatını sonlandırabileceği gibi diğer tüm alacaklıların da alacaklarına kavuşma imkânlarını yok edebilmektedir. İşte bu durumların önüne geçebilmek ve tüm alacaklıların alacağına kavuşmasını sağlayabilmek için borçluya bir fırsat verilmelidir. Bu fırsat da şimdilik 7101 sayılı kanunla birlikte tekrar canlandırılan konkordato müessesesi olarak görülmektedir.¹

¹ Çalışma konumuz mahkeme içi konkordato ile sınırlı olup, özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki mahkeme dışı konkordatoyu kapsamamaktadır. Mahkeme dışı konkordato için bkz. Murat Erdem, "Mahkeme Dışı Konkordato," *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2005): 225ff.

Konkordato, hukukumuzda yeni bir kavram değildir. Ancak 4949 sayılı kanunla birlikte yapılan değişiklik sonucu konkordatonun uygulama alanı oldukça azalmış² ve iflasın ertelenmesi müessesisi³ aktif hale gelmiştir.⁴ Daha sonra 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile iflasın ertelenmesi müessesesine başvuru imkânı ortadan kaldırılmış ve akabinde 7101 sayılı kanunla da bu kurum tamamen hukukumuzdan çıkarılmıştır.⁵

7101 sayılı kanunla aktif hale gelen konkordato müessesesi 2004 Sayılı İcra İflas Kanununun (İİK)⁶ 285 vd. maddelerinde düzenlen-

² “Bu durumun en önemli sebebi, konkordato mühletinin toplam beş aylık süreyle sınırlandırılmış olması ve alacaklıların bu sürenin bitiminden itibaren takiplere devam edebilme imkanı bulmalarıdır. Zira küçük işletmeler için dahi beş aylık süre içinde konkordatonun tüm aşamalarının tamamlanması mümkün değildir.” Pekcanitez Hakan ve Güray Erdönmez, *Konkordato* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 3.

³ “İflasın ertelenmesi, borca batık durumda bulunan bir sermaye şirketi veya kooperatif hakkında verilecek iflas kararının, kanunda öngörülen şartlar altında, özellikle şirketin mali durumunun iyileşmesi mümkün olduğunda, belirli bir süre geri bırakılarak, bu süre içerisinde şirket veya kooperatifin iflastan kurtulması için imkân tanınmasına hizmet eden geçici bir hukuki korumadır.” Muhammet Özkes, “İflasın Ertelenmesi,” *İç. Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II-III*. (Eskişehir: Türkiye Barolar Birliği, 2004), 454.

⁴ Hakan Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 442; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 1; “...Taraflar arasında, davacı şirketin, İflas erteleme davası derdest iken, iş bu konkordato talebinde bulunduğu konusunda herhangi bir uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık, davacı şirketin böyle bir talepte bulunup bulunamayacağı... İflas erteleme davası devam eden borçlu şirketin konkordato talebine yasal bir engel olmadığı...” İstanbul BAM 17. HD, E. 2018/3168, K. 2019/32, 17.01.2019, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/is-istanbulbam-17hd-2018-3168.htm>).

⁵ Hakan Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 442; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 1; Hülya Taşkorkmaz, “7101 Sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması,” *İç. 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, ed. Muhammet Özkes (İstanbul: Oniki Levha, 2018), 34; “İflasın ertelenmesinin kaldırılması yerinde olmamıştır... Konkordato ve iflasın ertelenmesi aynı amaca hizmet eden kurumlar değildir. İsviçre’de konkordato mevcut olmasına rağmen erteleme de varlığını sürdürmektedir.” Oğuz Atalay, “7101 Sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması,” *İç. 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, ed. Muhammet Özkes (İstanbul: Oniki Levha, 2018), 113.

⁶ RG. 19.06.1932, S. 2128.

miştir. Dürüst borçluları koruma müessesesi olan konkordato, borçlu ile alacaklıları arasındaki cebri bir anlaşma olarak tanımlanabilir.⁷

Konkordato, alacaklılara ne cüzi ne de külli olarak borçluyu takip imkânı tanımaktadır.⁸ Zira konkordato bir takip yolu olmayıp, iflasa tabi olup olmadığı önemli olmayan⁹ borçlunun takiplerden kurtulmasını, mevcut borçlarını yapılandırmasını ve çoğu zaman da borçlunun iflasını önlemeyi amaçlayan bir icra iflas müessesesidir.¹⁰

II. KONKORDATO SÜRECİ

Konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen borçlu veya borçlunun iflasını isteyebilecek alacaklılardan biri, Asliye Ticaret Mahkemesine vereceği dilekçesine¹¹ İİK m. 286' da zikredilen belge-

⁷ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar Ayvaz, *İcra ve İflas Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 541; Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 441; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 1444; Mehmet Kamil Yıldırım ve Nervis Deren Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 518.; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku Esasları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 828; Mahmut Bilgen, *İflas, İflasın Ertelenmesi, Konkordato ve Yargılama Usulü* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 998; Talih Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2019), 3.

⁸ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 442.

⁹ Konkordato talep edebilmek için borçlunun sıfatı önemli değildir. Zira konkordato talep etmeyi isteyen kişi, ister iflasa tabi olsun isterse olmasın, kanunda belirtilen şartların oluşmasıyla birlikte konkordato müessesinden faydalanabilir. İlhan E. Postacioğlu, *Konkordato* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1965), 18; Necmeddin B. Berkin, *İflas Hukuku*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972), 526; Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 441; "Konkordato bakımından tacir olup olmamak veya ticaret şirketi olup olmamak, bu çerçevede iflasa tabi olup olmamak önemli değildir. Ancak kanundaki düzenleme ve tecrübeler göstermiştir ki diğer borçlular bakımından bir engel olmasa da konkordato kural olarak iflasa tabi kişiler bakımından gerçekçi, yararlı ve uygulanabilir bir kurumdur." bkz. Muhammet Özekes, "Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı," iç. 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, ed. Muhammet Özekes (İstanbul: Oniki Levha, 2018), 52.

¹⁰ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 441; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz, *İcra ve İflas Hukuku*, 541.

¹¹ "Bu dilekçe, bir dava dilekçesi olmayıp, tek taraflı bir konkordato teklifi dilekçesidir. Bu nedenle konkordato dilekçesinde alacaklılar hasım olarak gösterilmez." bkz. Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, 1448.

leri de ekleyerek konkordato mühleti talebinin kabul edilmesi hususunda bir başvuru yapacaktır.¹² Asliye Ticaret Mahkemesi talep ile birlikte İİK m. 286' daki belgelerin eksiksiz olduğunu tespit ettikten sonra borçluya derhal üç aylık geçici bir mühlet verir. Mahkeme geçici mühlet kararıyla birlikte konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olup olmadığının yakından incelenmesi amacıyla konkordato komiseri görevlendirir (İİK m. 287/3). Verilen bu geçici mühlet, borçlunun veya komiserin talebiyle iki ay daha uzatılabilir (İİK m. 287/4). Komiser mühletin sonunda mahkemeye bir rapor sunar. Bu rapor neticesinde mahkeme konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğuna kanaat getirirse, borçluya bir yıllık kesin mühlet verir (İİK m. 289). Bu bir yıllık kesin mühlet, sürenin dolmasından önce komiser veya borçlunun talebiyle altı aya kadar daha uzatılabilmesi mümkündür.

Konkordato komiseri kesin mühlet içerisinde alacaklıları toplantıya çağırır ve konkordatonun kabul edilip edilmeyeceğini alacaklıların oylamasına sunar (İİK m. 301/302). Alacaklıların kabulü üzerine konkordato, Asliye Ticaret Mahkemesinin onayına sunulur (İİK m. 304 vd.). Mahkeme konkordatoyu tasdik ederse konkordato hüküm ve sonuçlarını doğurur.¹³ Bu durumda borçlu, borçlarını konkordato çerçevesinde ödemeye başlar.¹⁴

III. KONKORDATO SÜRECİNDE MÜHLET

7101 sayılı Kanun'un kabul edilmesinden önce Türk Hukukunda geçici mühlet ve kesin mühlet şeklinde bir ayırım bulunmazken, konkordato sürecinde bugün geline nokta, geçici ve kesin olmak üzere iki çeşit mühlet bulunmaktadır.¹⁵ İşte çalışmamızda 7101 sayılı Kanunla birlikte ortaya çıkan geçici ve kesin mühlet hususları incelenecektir.

¹² Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 13.

¹³ Postacıoğlu, *Konkordato*, 11.

¹⁴ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 446; Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, 1446; M. Serhat Sarısözen, *İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019), 226.

¹⁵ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 21.

A. Mühlet, Süre ve Mehil Kavramları

Bir olayın başı ile sonu arasında geçen zaman parçasına süre veya müddet denir.¹⁶ Bir işin tamamlanması için verilen ek süre ise mehildir.¹⁷ Mühlet ise vade kelimesi ile eş anlamlı olup, bir zaman parçası veya bir dönemi ifade eder.¹⁸ Mühlette belirlilik esası vardır.¹⁹ Mühlet, gelmesi kesin bir tarihtir.²⁰ İİK'daki konkordato ile ilgili hükümlere bakıldığında "mühlet" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bu kavram belirli bir dönemde gerçekleşmesi kesin olguları temsil ettiği için konkordato kurumuna uygundur. Zira konkordato sürecinde verilen "mühlet" neticesinde belirli bir olay vuku bulur. Şöyle ki borçlu geçici mühlet boyunca takip baskından kurtulmakta, kural olarak tasarruf yetkisini kullanmakta, geçici komiserin onayıyla faaliyetlerini sürdürerek borç doğuran işlemler yapabilmekte ve en fazla beş ay sonunda kesin mühlet verilip verilmeyeceği karara bağlanmaktadır.²¹ Kesin mühlet sonunda ise mahkeme konkordatonun tasdikine veya reddine karar vermektedir.

Ancak burada İİK m. 287 uyarınca geçici mühletin iki ay uzatılması ya da İİK m. 289 bağlamında kesin mühletin altı ay daha uzatılması veya konkordato hakkında yapılan yargılamada kesin mühlet içinde karar verilemeyeceğinin anlaşılması üzerine İİK m. 304 uyarınca altı aydan fazla olmamak kaydı ile kesin mühletin uzatılması durumlarındaki süreler için mühlet kavramının mı yoksa mehil kavramının mı kullanılması gerektiği tartışılabilir. Bu süreler nitelikleri gereği ek sürelerdir ve bir işin tamamlanması amacıyla verilirler. Dolayısıyla bunlar için mehil kavramının kullanılmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz. Ayrıca bu süreler bir dönemin tamamından ziyade, var olan bir dönemin belirli kesitlerini temsil etmektedirler.

¹⁶ www.tdk.gov.tr.

¹⁷ www.tdk.gov.tr.

¹⁸ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2017), 1189.

¹⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1189.

²⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1189; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Yayınevi, 2016), 505.

²¹ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 30.

B. Geçici Mühlet

Geçici mühlet, borçluya kesin mühlet verilir verilmeyeceğine temel oluşturduğu için önem arz etmektedir.²² Konkordato talebi İİK m. 286'da belirtilen belgelerle birlikte yapılırken Asliye Ticaret Mahkemesi bu belgelerin eksik olup olmadığının tespitini yapacak ve eğer söz konusu belgeler eksiksiz olarak mevcutsa derhal geçici mühlet kararı verecektir (İİK m. 287/1).²³ Ancak bu noktada mahkemenin geçici mühlet kararı ile ilgili takdir yetkisine sahip olup olmadığı meselesi tartışılabilir. Başka bir ifadeyle mahkemenin yapacağı inceleme sadece İİK m. 286'daki belgelerin eksiksiz olarak sunulup sunulmadığıyla mı sınırlıdır? Yoksa bu belgelerin yanında borçlunun mali durumunun iyileşip iyileşmeyeceği hususunun da göz önünde bulundurulması gerekli midir? İşte Kanununun lafzı esas alındığında mahkemenin yapacağı incelemenin m. 286'daki belgelerle sınırlı olduğu, konkordatonun başarıya ulaşma veya borçlunun mali durumunu iyileştirme ihtimalinin incelenmeyeceği görülmektedir.²⁴ Zira İİK m. 287' de geçen "...derhal mühlet kararı verir" ifadesinden de bu durum açıkça anlaşılmaktadır. Öğretideki haklı bir görüş mali durumunun düzelmesi konusunda herhangi bir umut bulunmayan, sadece geçici mühletten yararlanarak hakkındaki takipleri durdurmak isteyen borçlunun, haksız yere beş aylık geçici mühletten yararlandırılmaması gerektiğini, aksi halde konkordato mühletini hak etmeyen borçluların geçici mühlet süresi boyunca takiplerden arı olmalarının sağlanacağını ve bu durumun ekonomik bir riske yol açabileceğini ileri sürmektedir.²⁵ Dolayısıyla hukuku-

²² Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 22; Geçici mühlet kararının temelsiz konkordato başvurularını ayıklamaya yönelik bir fonksiyonu olduğuna ilişkin bkz. Sarısözen, *İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*, 138.

²³ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 449; Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, 1450; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar Ayvaz, *İcra ve İflas Hukuku*, 544.

²⁴ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 23.

²⁵ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 24 ve 25; Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 449; "Konkordato talebinde bulunan bütün borçlulara her halde toplam beş ay geçici mühlet kullandırılması düşünülemez. Salt kanunda sayılan belgeleri topladığı gerekçesiyle geçici mühletin sonuna kadar kullanılmasına izin verilmemelidir. Dolayısıyla geçici komiser hazırlayacağı raporu kesin mühlet kararı

muzda geçici mühlet talebinin bahsi geçen nedenlerle reddinin açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.²⁶

Konkordato mühleti verilmesi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)²⁷ m. 382 uyarınca bir çekişmesiz yargı işi olup bu bağlamda mahkeme mühlet verirken çekişmesiz yargı işinin özelliklerini dikkate almalıdır (HMK m. 382/2/(f)/6). Çekişmesiz yargı işlerinde basit yargılama usulü uygulanır (HMK m. 385/1). Basit yargılama usulü dikkate alındığında konkordato mühlet talebinin duruşma yapılarak mı yoksa dosya üzerinden mi değerlendirilmesi gerektiği hususu akla gelebilir. Bir görüşe göre Asliye Ticaret Mahkemesi geçici mühlet talebini incelerken duruşma yapmaya ihtiyaç duymuyorsa, borçlunun aciz olduğu ve cebri icra baskısıyla karşı karşıya kaldığını da göz önünde bulundurarak, mühlet talebini bekletmeden dosya üzerinden karara bağlamalıdır.²⁸ Diğer bir görüş mahkemenin, konkordato talebini duruşmalı olarak incelemesi gerektiği yönündedir.²⁹ Başka bir görüşe göre ise konkordato talebinde bizzat borçlunun kendisi bulunmuşsa, geçici mühlet kararının verilebilmesi ve borçlunun malvarlığının muhafazası amacıyla gerekli görülen tedbirlerin alınabilmesi için duruşma yapılması gerekmez ancak konkordatoyu alacaklılardan biri talep etmişse borçluya dinlenilme hakkı tanınması için duruşma yapılması gerekir.³⁰

verilmeden önce mahkemeye sunmak zorunda ise de, anılan raporun verilmesi için geçici mühlet süresinin bitmesi beklenmemelidir. Komiser kendisine tevdi edilen konkordato ön projesini incelediğinde, konkordato teklifinin afaki ve tamamen dayanaksız olduğunu, kati bir suretle tasdik edilemeyeceğini tespit ediyorsa, derhal mahkemeye bir ara rapor sunarak mühletin kaldırılmasını istemelidir. Aksi halde kanundaki belgeleri topladıktan sonra hiçbir temeli ve inandırıcılığı olmayan bir başvuruyla beş ay botunca geçici mühletin sonuçlarından yararlanmanın önü açılmış olacaktır. Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 26.

²⁶ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 24 ve 25; Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 449.

²⁷ RG. 04.02.2011, S. 27836.

²⁸ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 22; Mustafa Reşid Belgesay, *İcra ve İflas Hukuku*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1953), 18-19.

²⁹ Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, 1452.

³⁰ Ali Cem Budak ve Müjgan Tunç Yücel, "MADDE 287." iç. *Yeni Konkordato Hukuku*, ed. Selçuk Öztekin (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 149.

Verilen geçici mühlet kararıyla nihai bir koruma sağlanmadığından, geçici mühlet kararı, hukuki nitelik bakımından konkordato hukukuna ilişkin geçici bir hukuki korumadır.³¹ Çünkü konkordato hukukundaki asıl koruma, konkordatonun tasdikiyle doğar ve bağlayıcı hale gelir.³²

Hukukumuzda mahkemenin geçici mühlet talebini reddinden sonra bu ret kararını takiben başka bir yaptırım uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.³³ Mehzaz İsviçre İcra ve İflas Kanununda, borçlunun durumunun iyileşme ihtimali yoksa veya konkordatonun tasdik edilemeyeceği açıkça anlaşılıyorsa, mahkemenin re' sen borçlunun iflasına karar vereceği düzenlenmiştir.³⁴ Görülüyor ki borçlunun gerekli belgeleri tamamlaması durumunda mutlaka geçici mühlet alması söz konusu olmayacaktır.³⁵ Dolayısıyla mahkeme borçlunun talebini reddedebileceği gibi iflasına da karar verebilecektir.³⁶ Bu bağlamda İsviçre Hukuku uygulamasında konkordato talebinde bulunan borçlu, başvurusunun afaki ve dayanaksız olması durumunda iflas edebilme riskini göze alarak mahkemeye başvuracaktır.³⁷ İki ülke arasındaki sosyal ve kültürel yapı dikkate alındığında Türk hukukunda geçici mühlet süresinin istismar edilme ihtimalinin daha yüksek olması dolayısıyla, İsviçre'deki düzenlemenin bir benzerinin de Türk hukukunda yer alması gerekmektedir. *Pekcanitez' e* göre ciddi ve inandırıcı olmayan borçlu taleplerinin reddedilerek iflaslarına karar verilmesi, konkordato müessesine ciddiyet kazandırabileceği gibi mali

³¹ Özekes, *İflasın Ertelenmesi*, 69; Keza kesin mühlet de geçici mühlet gibi konkordato hukukuna ilişkin geçici bir hukuki korumadır.

³² Özekes, *İflasın Ertelenmesi*, 69.

³³ Sarısözen, "*İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*," 125; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 26; Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, 1454; Budak ve Tunç Yücel, "*MADDE 287*," 150.

³⁴ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 26 ve 27; Budak ve Tunç Yücel, "*MADDE 287*," 150; Sarısözen, "*İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*," 125.

³⁵ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 27.

³⁶ Sarısözen, "*İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*," 125; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 27.

³⁷ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 27.

durumunu düzeltmesi mümkün olmayan işletmelerin de ayıklanması bakımından süzgeç görevi üstlenecektir.³⁸ Sarısözen de iflasa tabi borçlunun iflasına karar verilmesinin daha doğru olacağını, tedbir kararlarından faydalanarak alacaklısını elverişsiz duruma düşürmek isteyen kötü niyetli borçluların bu niyetlerinin daha baştan önüne geçilmesini sağlayacağını ve konkordato talebinde bulunacak borçluyu daha dikkatli davranmaya sevk edeceğini belirtmektedir.³⁹

Geçici mühlet konkordatonun zorunlu bir aşaması olup bu talebin reddi, konkordato talebinin reddi anlamını gelir.⁴⁰ Belirtmek gerekir ki geçici mühlet talebi reddedilip kesin mühlet talebi kabul edilemez.⁴¹

Geçici mühlet süresi kural olarak üç aydır. Ancak bu süre dolmadan borçlunun veya komiserin yapacağı talep üzerine en fazla iki ay daha uzatılabilir. Dolayısıyla geçici mühlet azami beş aydır (İİK m. 287).⁴² Ancak üç aylık süre dolmadan uzatma talebinde bulunulması gerekir. Komiser, geçici mühlet içerisinde raporunu düzenleyerek mahkemeye sunmazsa, mahkeme re'sen geçici mühletin uzatılmasına karar veremez.⁴³ Burada tartışılması gereken bir husus da borçlunun konkordato talebiyle birlikte geçici mühlet için azami sınırdan az ya da fazla süre talep edip edemeyeceği meselesidir. Örneğin konkordato talebinde bulunan borçlunun iki aylık geçici mühlet veya dört aylık geçici mühlet talep edebilme ihtimali var mıdır? Hukukumuzda böyle bir ihtimale olumlu cevap vermek mümkün görünmemektedir. Zira kanun geçici mühletin üç ay olduğunu kabul etmiş, ek olarak iki aya kadar verilebilen mühletin ise Asliye Ticaret Mahkemesinin tak-

³⁸ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 27; Sarısözen, "İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler," 125.

³⁹ Sarısözen, "İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler," 125.

⁴⁰ Budak ve Tunç Yücel, "MADDE 287," 150.

⁴¹ Budak ve Tunç Yücel, "MADDE 287," 150.

⁴² Efrail Aydemir, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), 37; Sarısözen, "İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler," 131.

⁴³ Sarısözen, "İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler," 131; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 28.

dirine bırakmıştır.⁴⁴ Dolayısıyla konkordato talebinde bulunan borçlunun üç aydan kısa ya da uzun bir mühlet talep etme hakkı yoktur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki Asliye Ticaret Mahkemesinin takdirinde olan geçici mühletin iki ay daha uzatılması hususunun “ek olarak iki ay süre verilecektir” anlamında anlaşılmaması gerekmektedir. Zira bu süre bir ay olabileceği gibi on beş gün de olabilir. Sadece verilen ek süre iki ayı geçemez.⁴⁵ Onun dışında iki ay içerisinde herhangi bir zaman dilimi olabilir.

Üç aylık geçici mühlet verilmesine veya ek iki aylık mühlete ilişkin talebin kabulüne karşı kanun yoluna başvurulamaz (İİK m. 287). Ancak geçici mühlet talebinin veya ek süre talebinin reddi kararına karşı kanun yoluna başvurulamayacağına dair kanun koyucu bir düzenleme getirmediğinden bu red kararlarına karşı kanun yollarının açık olduğu kabul edilmektedir. Geçici mühlet kararı, Ticaret Sicili Gazetesinde ve Basın- İlan Kurumunun resmi ilan portalında ilan olunur ve İİK m. 288/2 de zikredilen yerlere bildirilir. Bu şekilde geçici mühlet kararının ilan edilmesi, alacaklıların konkordato başvurusundan haberdar olmalarını sağlamaktadır.⁴⁶ İlanda ayrıca alacaklıların, ilândan itibaren yedi günlük kesin süre içinde dilekçeyle itiraz ederek konkordato mühleti verilmesini gerektiren bir hâl bulunmadığını delilleriyle birlikte ileri sürebilecekleri ve bu çerçevede mahkemeden konkordato talebinin reddini isteyebilecekleri belirtilir (İİK m. 288/2). Geçici mühletin uzatılmasına ve geçici mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ilişkin kararlar da aynı şekilde ilan edilerek ilgili yerlere bildirilir (İİK m. 288/3).

1. Geçici Mühlet Kararının Sonuçları

İİK m. 288 uyarınca “ *Geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını doğurur*”. Bu sonuçlar aşağıda da inceleneceği üzere alacaklılar ve borçlular ile mühletin takiplere ve sözleşmelere etkileriyle ilgili so-

⁴⁴ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 27 ve 28.

⁴⁵ Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, 1458.

⁴⁶ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 29.

nuçlardır.⁴⁷ Ancak geçici mühletin kesin mühletin sonuçlarını doğurması, geçici mühlet ile kesin mühletin aynı olduğu anlamına gelmez. Bunlar arasındaki fark; alacaklılar kurulunun oluşturulmasında, alacaklıları alacaklarını bildirmeye davette ve alacaklılar toplantısı yapılması hususunda kendisini göstermektedir.⁴⁸ Zira bunlar geçici mühlet içinde yapılmaz.⁴⁹

a. Borçlunun Malvarlığının Korunması için Gerekli Tedbirlerin Alınması

İİK m. 287 uyarınca mahkeme geçici mühlet kararı verirken borçlunun malvarlığının muhafazası amacıyla, borçlunun aktifini elden çıkarması veya azaltması gibi alacaklıların zarar görme ihtimalini doğuran durumları bertaraf etmek için 297. maddenin ikinci fıkrasındaki⁵⁰ haller de dâhil olmak üzere gerekli önlemleri alacaktır.⁵¹ Zira konkordato mühleti verilmesi borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini tamamen ortadan kaldırmadığı için mahkemenin bu konuda ayrıca bir tedbir alması gerekmektedir.⁵²

⁴⁷ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 451; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 30.

⁴⁸ Budak ve Tunç Yücel, "MADDE 287," 159; Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 451.

⁴⁹ Budak ve Tunç Yücel, "MADDE 287," 159; Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 451.

⁵⁰ İİK m. 297/II: "Borçlu, mahkemenin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez, takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi hâlde yapılan işlemler hükümsüzdür. Mahkeme bu işlemler hakkında karar vermeden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır."

⁵¹ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 451; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 31; Örneğin bu tedbirlerin başında akla borçlunun banka hesaplarına bloke konulması gelebilir. Gerçi borçlunun tacir olması durumunda bu tarz bir tedbirin ne kadar doğru olduğu da şüphelidir. Zira borçlunun ticari faaliyetleri tamamen durabilir., Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 451.

⁵² Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 451; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 31

Mahkeme tedbirleri re' sen veya alacaklıların talebiyle alabilir.⁵³ Ayrıca mahkeme gerekli tedbirleri geçici mühlet kararıyla birlikte alabileceği gibi geçici mühlet boyunca da alabilir.⁵⁴ Mahkemenin tedbir kararı sınırsız değildir.⁵⁵ Şöyle ki mahkeme, borçlunun malvarlığının pasif kısmını azaltan ya da aktifini arttıran takas, mahsup, hapis, protesto, temerrüt gibi haklarının kullanılmasını engelleyen tedbirlere hükmetmemelidir.⁵⁶

b. Takiplerin Durması ve Yeni Takip Yapılamaması

Geçici mühlet kararıyla birlikte, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanuna (AATUHK)⁵⁷ göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve önceden başlamış takipler durur (İİK m. 294/1). Ayrıca ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları da uygulanmaz ve bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanasını ile hak düşüren süreler de işlemez (İİK m. 294/1).⁵⁸ Burada

⁵³ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 31; "...Mahkemenin borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alması gerektiği göz önünde bulundurularak, konkordatonun amacı ile aykırı düşmeyecek olan, borçlu şirketlerin kendi hesaplarına, geçici mühletin ilan tarihi ve sonrasında gelecek olan hakediş bedellerinin ve alacaklarının bankalar tarafından kendi alacaklarına mahsup edilmemesi yönünde hakediş bedellerinin ve alacaklarının konkordato projesi çerçevesinde ve konkordato komiseri denetiminde kullanımının sağlanması için ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerekirken buna dair talebin gerekçe belirtilmeksizin reddi doğru kabul edilmemiştir..." İstanbul BAM 17. HD, E. 2018/2349, K. 2019/1587, 11.10.2018, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/istanbulbam-17hd-2018-2349.htm>).

⁵⁴ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 31.

⁵⁵ "... 'Kanunda gerekli gördüğü bütün tedbirleri alır' diyerek mahkemeye geniş bir yetki verilmiş olmakla birlikte, mahkeme, maddi hukuka yönelik sonuç doğurucu tedbirler almaktan kaçınmalıdır." bkz. Sarısözen, "İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler," 127.

⁵⁶ Sarısözen, "İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler," 127; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 31 ve 32.

⁵⁷ RG. 28.07.1953, S. 8469.

⁵⁸ "...Asıl borçlu şirket hakkında konkordato geçici veya kesin mühletinin verilmesi, ihtiyati haciz kararı verilmesine engel değildir. Yasa hükmü, ihtiyati haciz kararının verilmesini değil, uygulanmasını engellemektedir..." İstanbul BAM 14. CD, E. 2019/150, K. 2019/129, 31.01.2019, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/is->

takipler açısından geçici mühlete bağlanan sonuç takiplerin durması olup, iptali değildir.⁵⁹ Dolayısıyla geçici mühlet kaldırıldığı takdirde takiplere kalınan yerden devam edilebilecektir.⁶⁰ Belirtmek gerekir ki geçici mühlet içerisinde takiplerin duracağı öngörüldüğü için bir takip işlemi olan ödeme emrinin de borçluya gönderilmesi söz konusu değildir.⁶¹

Geçici mühlet içerisinde takiplerin durması ve yeni takip yapılamaması yasağı mutlak değildir.⁶² İİK m. 294/2 ve 295'te bu yasağın istisnaları düzenlenmiştir. Buna göre mühlet devam ederken rehinle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabileceği gibi, önceden başlatılan takibe de devam edilebilecektir (İİK m. 295). Ancak bu takiplerde muhafaza tedbirleri alınamayacak ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemeyecektir (İİK m. 295). Dolayısıyla konkordatoda, rehinli malın satışını engellemek için geçici mühlet ve akabinde kesin mühlet kararlarının alınması yeter görülmüştür.⁶³ İİK m. 294' ün 206. maddeye yapmış olduğu atıfla işçi ve nafaka alacaklarının da takip yasağına dâhil olmadığı görülmektedir.⁶⁴ Ayrıca m. 305/1.d' de, işçi ve nafaka alacaklarını karşılayacak kadar teminat gösterilmediği takdirde konkordatonun tasdik edilemeyeceği hususu da düzenlenmiştir.⁶⁵

Geçici mühlet kararı, borçlunun bizatihi kendi hukuki alanında hüküm ve sonuçlarını doğurduğu için konkordato talebinde bulunan borçlunun borcuna kefil olan üçüncü kişiler konkordatonun hüküm ve sonuçlarından yararlanamazlar ve bu sebeple

istanbulbam-14hd-2019-150.htm); "İhtiyati hacze gelince, bunun bir takip muamelesi olması konkordato mühleti içinde tatbikine manidir. Mevzuatımız itibariyle de konkordato mühleti içinde ihtiyati haczin tatbiki caiz değildir." bkz. Berkin, İflas Hukuku, 539.

⁵⁹ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 451; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 33.

⁶⁰ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 451; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 33.

⁶¹ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 33.

⁶² Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 451.

⁶³ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 33.

⁶⁴ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 451.

⁶⁵ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 35.

alacaklılar, kefaletin türüne bakılmaksızın borçlunun kefiline karşı önceden başladıkları takibe devam edebilecekleri gibi yeni takip de yapabilirler.⁶⁶ Yine benzer bir durum borçlu lehine üçüncü kişinin malvarlığı üzerinde rehin kurulan hallerde alacaklıların rehin kurulan kişi aleyhine takip başlatabilip başlatamayacakları meselesinde kendisini göstermekte olup, mühletle birlikte gelen takip yasağından sadece borçlunun yararlanacağı ve dolayısıyla rehin veren üçüncü kişi lehine takip yasağının uygulanmayacağı unutulmamalıdır.⁶⁷

c. Komiser Atanması

Konkordato talebini inceleyen mahkeme, geçici mühlet kararıyla birlikte konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olup olmadığı ve borçlunun geçici mühlet içerisinde faaliyetlerinin yakından takip edilmesi amacıyla konkordato komiseri atar (287/3).⁶⁸

Alacaklı sayısı ve alacak miktarı dikkate alınarak gerektiğinde üç tane komiser görevlendirilebilir (İİK m. 287). Ancak somut olayın özellikleri dikkate alındığında birden fazla konkordato komiseri atanması gerekiyorsa ve borçlunun mali durumu, birden fazla konkordato komiseri masraflarını karşılamaya yetmiyorsa, komiseri atamak yerine konkordato talebinin reddi daha isabetli olacaktır.⁶⁹ Zira borçlunun mali durumunun konkordato komiseri masraflarını

⁶⁶ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 33. "... adi kefilin önce asıl borçluya müracaat edilmesi gerektiğini ileri sürerek tartışma def'i'ne dayanması da mümkün değildir. Çünkü asıl borçlu konkordato talep ettiğine göre aciz halindedir." bkz. Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 33.

⁶⁷ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 34.

⁶⁸ Konkordato komiserinin birçok görev ve yükümlülükleri vardır. Bu nedenle konkordato komiserinin bütün görev ve yükümlülüklerini içine alan bir tanımlama yapmak güçtür. Genel itibarıyla konkordato komiseri, konkordato işleri ile görevlendirilmiş resmi sığa sahip olan kimse olarak tanımlanabilir, bkz. Süha Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1993), 25. "Komiser, ne borçlunun ve ne de alacaklıların bir vekilidir. O, konkordato prosedüründe yer almış resmi bir icra organıdır." bkz. Postacıoğlu, *Konkordato*, 68. Aynı yönde bkz. Berkin, *İflas Hukuku*, 542; Belgesay, *Konkordato*, 22.

⁶⁹ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 36.

bile karşılamaya yetmemesi, konkordato süreci sonunda alacaklıların tatmin edilmesi olgusunu şüpheli kılmaktadır.⁷⁰

C. Kesin Mühlet

1. Kesin Mühlet Verilmesinin Şartı

İİK m. 289/III uyarınca kesin mühlet verilmesinin tek şartı konkordatonun başarıya ulaşma ihtimalinin varlığıdır.⁷¹ İİK m. 287' nin hükümet gerekçesinde konkordatonun başarıya ulaşma ihtimalinden; konkordato talebinde bulunanın mali durumunun düzelmesinin mümkün olup olmadığı veya konkordato teklifinin tasdiki şartlarının yerine gelip gelmeyeceği hususlarının anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.⁷² Atalı, konkordatonun "başarıya ulaşma" ifadesinin dar yorumlanması gerektiğini, bu ifadeyle borçlunun tekrar borçlarını ödeyebilir duruma gelmesinin ve sunulacak konkordato teklifinin alacaklılar tarafından kanunun aradığı nisapla kabul edileceğinin mümkün görülmesi şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.⁷³

Komiser geçici mühlet içerisinde konkordatonun başarıya ulaşma ihtimalinin olup olmadığı konusunda mahkemeye bir rapor sunar.⁷⁴ Mahkeme, komiserin verdiği raporu ve alacaklıların da itirazlarını dikkate alarak, borçlunun teklif etmiş olduğu konkordato şartlarına göre borçlarını ödeme ihtimalinin olduğu ve teklif edilen

⁷⁰ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 36.

⁷¹ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 453; Budak ve Tunç Yücel, "MADDE 287," 167; "...İİK.nun 289/3.maddesinde belirtilen, konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olmasının anlaşılmasından maksat yaklaşık ispat kuralı olup, taşınmazların üzerinde ipotek ve çok sayıda haczin bulunması nedeniyle piyasadaki ekonomik koşullara göre alıcı bulunmasındaki güçlük de kesin mühlet talebinin reddi için gerekçe olamaz..." bkz. İstanbul BAM 17. HD, E. 2018/3010, K. 2019/25, 24.01.2019, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/is-istanbulbam-17hd-2018-3010.htm>).

⁷² Budak ve Tunç Yücel, "MADDE 287," 146; Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 453.

⁷³ Murat Atalı, "Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları," iç. 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, ed. Muhammet Özekes (İstanbul: Oniki Levha, 2018), 88.

⁷⁴ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 46.

konkordatonun borçlunun ödeme kabiliyetine tekrar kavuşma amacına hizmet ettiği yolunda bir kanaate ulaşırsa, kesin mühlete hükmeder.⁷⁵ Mühlet kararı verildiği anda etkilerini gösterir.⁷⁶

Hâkim, kesin mühlet hakkındaki kararını geçici mühlet içerisinde verir(İİK m. 289/I). Ancak geçici mühlet içerisinde bir takım sebeplerden dolayı istisnaen de olsa kesin mühlet hakkında karar verilememe ihtimali de vardır. Şöyle ki komiserin raporu geç vermesi veya raporu zamanında verse bile raporun mahkemece değerlendirilmesi sürecinin uzaması gibi durumlar söz konusu olabilir.⁷⁷ İsviçre doktrininde borçluya yüklenemeyecek sebeplerden dolayı kesin mühlet kararının verilme sürecinin uzaması durumlarında, bunun borçlunun aleyhine sonuç doğurmaması gerektiği, kesin mühlet kararının daha sonra da verilebileceği kabul edilmektedir.⁷⁸ Bu konu hakkında öğretilerdeki bir görüşe göre, kesin mühlet verilmesi için azami beş aylık sürenin öngörülmesini anlamsız kılacak şekilde bir yorumdan kaçınılması gerektiği, geçici mühletin uzamasına imkân verilmesinin alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin borçlu lehine bozulmasına neden olacağı ve her olayda geçici mühletin uzatılmaması gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁹ Ayrıca kesin mühlet kararı verilememesi durumlarında, azami beş aylık geçici mühlet süresinin bitimi ile kesin mühlet kararı verilinceye kadar arada geçen sürenin akıbeti de belirsizdir. Bir görüşe göre, mahke-

⁷⁵ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 453; Budak ve Tunç Yücel, "MADDE 287," 167; "...Davacı şirket, borçlarını otuz ay vade ile ve tenzilatlı biçimde ödemeyi teklif etmiş ve bir ön proje sunmuş olup, geçici mühlet verilmiş ve bu aşamada komiserce bir kısım değerlendirmeler yapılmıştır. Konkordato mühleti borçlunun oylamaya hazırlık yapacağı, alacaklılarla görüşeceği ve onları olumlu oy kullanmaya ikna edeceği bir süreç olup alacaklıların yaklaşımının borçlunun ve konkordatonun akıbetinde büyük bir rolü vardır. Ancak komiser raporları taraflara tebliğ edilmemiş, tarafların rapora karşı beyan ve itirazları değerlendirilmemiş, hukuki dinlenilme hakkı bu noktada ihlal edilmiştir..." bkz. İzmir BAM 17. HD, E. 2019/965, K. 2019/1181, 31.05.2019, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/is-izmirbam-17hd-2019-965.htm>).

⁷⁶ Orhan Eroğlu, *Uygulamada Konkordato* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 44.

⁷⁷ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 46.

⁷⁸ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 46.

⁷⁹ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 46.

menin yaptığı inceleme ve değerlendirme neticesinde borçluya kesin mühlet verilmişse, geçici mühletin bittiği tarih ile kesin mühletin verildiği tarih arasındaki ara dönemin, kesin mühlet süresinden indirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁸⁰ Diğer bir görüş ne kadar zaman alacağı öngörülemeyen karar sürecinin geçici mühlet içerisinde tamamlanamamış olması borçlunun aleyhine sonuç doğurmamalı, geçici mühletin etkilerinin kesin mühlet hakkındaki karara kadar devam etmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁸¹ Başka bir görüş, her ne koşulda olursa olsun mahkemenin kararını mutlaka azami beş aylık geçici mühlet süresi içerisinde vermesi gerektiğini, bu kapsamda herhangi bir istisnadan bahsedilemeyeceğini zira üç aylık geçici mühlet kararından sonra verilen iki aylık sürenin zaten istisnai olduğunu, bu bağlamda bilinmeyen bir süre kadar daha tedbirlerin uzamaması gerektiğini ancak özel ve karmaşık bir durum söz konusu ise mahkemenin kesin mühlet kararını vererek bu süre içerisinde değerlendirmesini yapmasını, eğer mühletin devamını gerektiren bir hal olmadığını tespit etmesi durumunda kesin mühletin kaldırılmasının daha isabetli olacağını belirtmiştir.⁸² Kanaatimizce kesin mühlete geçici mühlet içerisinde karar verilmelidir. Zira icra iflas hukukunun amacı alacaklı ve borçlu menfaatini dengede tutarak alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamaktır.⁸³ Mahkemenin süresi içinde kesin mühlete karar verememiş olması, borçlu ile alacaklı arasındaki menfaat dengesinin bozulmasına yol açacaktır. Ayrıca bu durum yargısal bir faaliyet olan konkordato sürecinde, mahkemenin önüne gelen talebi sonuçlandırma yükümlülüğüne de aykırılık teşkil edecektir. Konkordato talebinin değerlendirme süreci çekişmesiz yargı işi olduğundan, mahkemenin konkordatoya ilişkin yaptığı

⁸⁰ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 46.

⁸¹ Budak ve Tunç Yücel, "MADDE 287," 164.

⁸² Sarısozen, "İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler," 139; Mahkemenin ihtiyati tedbir kararı vererek geçici mühletin sonuçlarının devamına karar vermesi yönünde bkz. Rukiye Duran, "Konkordato Mühletinin Uzaltılması," *Akademik Yaklaşımlar Dergisi* 10, no. 1 (2019): 63.

⁸³ Aziz Serkan Arslan, *İcra Takip İşlemleri Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 43.

işlemler mahkeme usul işlemi olarak görülmelidir.⁸⁴ Bu nedenle zamanında yapılamayan mahkeme usul işlemleri, bu işlemde menfaati olan tarafın hak kaybına uğramasına yol açmamalıdır. Azami beş aylık geçici mühlet süresi, borçluya yönelik hak düşürücü bir süre değildir. Bu nedenle borçlunun kusuru olmaksızın bu sürenin geçirilmesi halinde geçici mühlet etkilerini devam ettirmeli, süre geçtikten sonra kesin mühlete karar verilmesi halinde ara dönemde geçen süre kesin mühletten indirilmelidir.⁸⁵ Ancak kesin mühlete karar verilmezse ve bu süre içerisinde alacaklı aleyhine bir zarar meydana gelirse bazı ihtimaller göz önünde bulundurulmalıdır. Öncelikle kesin mühlete geçici mühlet içerisinde karar verilememesi mahkemenin kusurundan kaynaklanıyorsa alacaklı, HMK m. 46 uyarınca hâkimin hukuki sorumluluğuna başvurabilir. Bununla birlikte zarara konkordato komiserinin kusuru sebebiyet vermişse İİK m. 290'a göre komiserin hukuki sorumluluğu yoluna gidilebilir. Şayet mahkemeye veya komisere yüklenebilecek bir kusurun bulunmaması halinde, meydana gelen zarar fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca çözümlenmelidir. Geçici mühletin etkilerinin devam etmesinden yararlanan borçlunun, ara dönemde meydana gelecek zarara da katlanması beklenir.

2. Kesin Mühlet Verilmesinde Yargılama Usulü

Kesin mühlet kararını, geçici mühlet kararını veren Asliye Ticaret Mahkemesi verir.⁸⁶ Hakim görüş mahkemenin bu kararı verebilmesi için talebe gerek olmadığı yönündedir.⁸⁷ Zira İİK m. 289'da kesin mühlete karar verilebilmesi için talep şartı öngörülmemiştir.⁸⁸ Mahkeme kesin mühlet hakkında karar verebilmek için duruşma

⁸⁴ "Mahkeme usul işlemleri, davanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması için hakim tarafından yapılan işlemler ve verilen kararlardır." bkz. Hakan Pekcanitez et al., *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 122.

⁸⁵ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 47.

⁸⁶ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 453; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 44.

⁸⁷ Sarısözen, "İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler," 137.

⁸⁸ Sarısözen, "İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler," 137.

günü tayin eder.⁸⁹ Duruşmadan önce geçici komiserin raporunu sunması gerekir.⁹⁰ Hakim borçluyu ve varsa konkordato talep eden alacaklıyı duruşmaya davet eder(İİK m. 289/II). Eğer mahkeme gerek görürse duruşmada geçici komiseri de dinleyebilir (İİK m. 289/II). İİK m. 289/II incelendiğinde konkordato talep eden alacaklı dışındaki alacaklıların duruşmaya çağırılması öngörülmemiştir.⁹¹ Öğretideki bir görüşe göre, Türk hukukunda kesin mühlet kararı verilmeden önce, mahkemenin kesin mühlete ilişkin kararına karşı kanun yoluna başvurulamadığından, alacaklıların (özellikle menfaatleri önemli ölçüde etkilenecek alacaklıların) dinlenilmesinde fayda olduğu ileri sürülmektedir.⁹²

Kesin mühlet verilmesi bir çekişmesiz yargı işidir ve aksine hüküm bulunmadıkça re'sen araştırma ilkesi geçerlidir (HMK m. 385/2). Dolayısıyla hâkim, gerekli olan vakıaları ve delilleri re'sen araştırıp toplayabilir.⁹³ Hakim, kesin mühlet kararını re'sen verme yetkisini haizdir.⁹⁴ Bu sebeple kesin mühlet kararı verilebilmesi için tarafların veya konkordato komiserinin herhangi bir talepte bulunmasına gerek yoktur.⁹⁵ Hemen belirtmek gerekir ki mahkeme kesin mühlet verilmesi için gerekli şartların varlığını araştırırken sadece geçici mühlet kararından önceki vakıaları değil, geçici mühlet boyunca meydana gelen gelişmeleri de dikkate alır.⁹⁶

3. Kesin Mühlet Süresi

İİK m. 289/III uyarınca Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından, konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması hâlinde, borçluya bir yıllık kesin mühlet verilir. Bu kararda

⁸⁹ Budak ve Tunç Yücel, "MADDE 287," 166.

⁹⁰ Budak ve Tunç Yücel, "MADDE 287," 167.

⁹¹ Budak ve Tunç Yücel, "MADDE 287," 167; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 44 ve 45.

⁹² Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 45.

⁹³ Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, 1453.

⁹⁴ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 453; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 43.

⁹⁵ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 453; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 43.

⁹⁶ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 43.

yeni bir komiser atanmasını gerektiren bir halin var olmaması durumunda, önceki komiserin görevine devam etmesine hükmedilir ve dosya komisere tevdi edilir(İİK m. 289/3).

Kesin mühlet süresi İİK m. 289/III' te bir yıl olarak düzenlenmiş ve mahkemeye bu süreyi parça parça verip verememe hususunda takdir hakkı tanınmamıştır. Öğretideki bir görüş, kanunun lafzının borçluya doğrudan bir yıllık kesin mühlet verileceği şeklinde anlaşılmaya müsait olduğunu ancak mahkemenin her konkordato başvurusunda bir yıllık kesin mühlet vermemesi gerektiğini, bu bir yıllık sürenin üst sınır olduğunu ve sürenin kısım kısım kullanılmasının daha isabetli olacağını ifade etmektedir.⁹⁷ Başka bir görüş, kanun hükmünün lafzından yola çıkarak 'bir yıllık kesin mühlet verilir' ifadesinin 'bir yıla kadar kesin mühlet verir' şeklinde yorumlanmaması gerektiğini dolayısıyla mahkemenin bir yıldan daha az bir süre veremeyeceğini belirtmiştir.⁹⁸ Kanaatimizce kanunun lafzından mahkemenin süre hususunda bir takdir hakkı olmadığı anlaşılmakta ise de konkordato sürecinin başarıya ulaşma şansının her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilerek bir yıllık sürenin parça parça veya bütün olarak kullanılması daha isabetli olacaktır. Çünkü her işletmenin konkordato sürecinin başarıya ulaşma açısından ihtiyaç duyduğu süre farklıdır.

4. Kanun Yolu

İİK m. 293/I' de "*kesin mühlet talebinin kabulü ile mühletin kaldırılması talebinin reddine karşı kanun yoluna başvurulamaz*" hükmü düzenlenmiştir. Hükümden de anlaşılacağı üzere mahkemenin borçlu lehine vermiş olduğu kesin mühlet kararına karşı kesin mühlet süresi boyunca istinaf yoluna gidilemeyeceğinden ilk derece mahkemesinin hatalı karar vermesi durumunda dahi konkordato kararının bir üst mahkemede tartışılma olasılığı yok edilmiştir.⁹⁹ Bu durum ise

⁹⁷ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 54.

⁹⁸ Sarısözen, "İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler," 140 ve 141; Aynı yönde bkz. Atalı, "Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları," 90.

⁹⁹ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 58.

alacaklılar ile borçlu arasındaki menfaat dengesini kayda değer biçimde bozmaktadır.¹⁰⁰ Zira her ne kadar alacaklılara karşı İİK m. 288 uyarınca itiraz hakkı verilmişse de bahsi geçen itirazların kabul edilmeyerek kesin mühlete hükmedilmesinde veya kesin mühletin kaldırılmasına yönelik talebin reddedilmesi durumlarında kanun yolu kapalıdır.¹⁰¹ Başka bir ifadeyle bu kararlar kesindir.¹⁰²

Hemen belirtmek gerekir ki kanunda kesin mühlet talebinin reddi ve uzatılması kararlarına karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı hakkında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla açık bir yasaklama veya sınırlamaya tabi olmayan bu kararlara karşı tebliğden itibaren on gün içinde istinaf kanun yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir.¹⁰³ Bölge Adliye Mahkemesinin vermiş olduğu karar kesindir.¹⁰⁴

5. Kesin Mühletin İlanı ve Alacaklıların Kaydedilmesi

Konkordato komiseri kesin mühleti İİK m. 288'de belirtilen usul gereğince ilan eder (İİK m. 299/I). İlanın amacı, alacaklıların ve borçluya bundan sonra iş yapacak üçüncü kişilerin kesin mühletten haberdar olmasını sağlamaktır.¹⁰⁵ İlanda alacaklılara alacaklarını kaydettirmeleri için on beş gün süre verilir. Bilançoda kayıtlı alacaklılar hariç bu süre zarfında alacaklarını bildirmeyen alacaklılar konkordato projesinin müzakerelerine katılamayacaklardır (İİK m. 299).

6. Kesin Mühletin Kaldırılması

Kesin mühletin kaldırılması halleri İİK m. 291' de konkordato mühleti içinde borçlunun mali durumunun düzelmesi ve m. 292'de

¹⁰⁰ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 58.

¹⁰¹ Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, 69; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 58.

¹⁰² Filiz Berberoğlu Yenipınar, *Konkordato* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 81.

¹⁰³ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 454 ve 455.

¹⁰⁴ Berberoğlu Yenipınar, *Konkordato*, 81.

¹⁰⁵ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 455; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 55.

belirtilen hallerden herhangi birinin varlığının vukuu bulması durumları olmak üzere iki madde halinde düzenlenmiştir.¹⁰⁶

İİK m. 291'e bakıldığında konkordato talebi ile amaçlanan iyileşmenin kesin mühletin sona ermesinden önce gerçekleşmesi durumunda, iyileşmenin komiser tarafından hazırlanacak yazılı bir raporla mahkemeye beyan edilmesiyle, re'sen kesin mühlet kaldırılır ve konkordato talebi reddedilir.¹⁰⁷ Verilen karar İİK m. 288 uyarınca ilan edilir ve ilgili yerlere bildirilir. Ayrıca mahkeme kesin mühletin kaldırılmasına karar vermeden önce borçluyu ve varsa alacaklılar kurulunu duruşmaya davet ederek dinler. Diğer alacaklılar ise gerek görüldüğü takdirde dinlenir (İİK m. 291). *Pekcanitez*, konkordatonun sonuçlarından asıl etkilenen tarafın alacaklılar olduğunu, bunları dinlemeden yapılan yargılamada hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesine sebebiyet verilebileceğini, kesin mühlet kararının kaldırılmasına karar verilip verilmeyeceği meselesinin borçlu kadar alacaklıyı da ilgilendirdiğini, dolayısıyla karar verilmeden önce alacaklıların da dinlenilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁰⁸

İflasa tabi borçlular bakımından kesin mühletin verilmesinden itibaren İİK m. 292' de gösterilen hallerin mevcudiyetinin komiserin yazılı bir raporuyla mahkemeye bildirilmesi durumunda, konkordato talebinin reddine ve borçlunun iflasına karar verilir. Bu haller;

¹⁰⁶ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 63; Atalı, "Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları," 103 ve 104; "...İİK. md. 292 gereğince; karar vermeden önce borçlu ve varsa konkordato talep eden alacaklı ve alacaklılar kurulunu duruşmaya davet eder; diğer alacaklıları ise gerekli görürse davet eder. Diğer bir anlatımla konkordato komiserinin emirlerine uyulmaması nedeniyle İİK.nun 292/c.maddesi gereğince iflas kararı verildiğinden, aynı maddenin son fıkrası uyarınca borçlunun dinlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle davacı vekiline bu hak tanınmadan karar verilmesi aynı zamanda savunma ve hukuki dinlenilme hakkının ihlali niteliğindedir. Öyleyse, davacı vekiline konkordato komiserinin raporunu inceleyip beyanda bulunması için fırsat tanımak, itirazlarının değerlendirilme suretiyle sonuca gidilmesi gerekmektedir..." İstanbul BAM 17. HD, E. 2018/2922, K. 2019/42, 17.01.2019, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/is-istanbulbam-17hd-2018-2922.htm>).

¹⁰⁷ İyileşmeye örnek olarak, aciz halindeki borçlunun aciz halinden çıkması veya borca batık halde olan borçlunun borca batıklık halinin ortadan kalkması gibi durumlar gösterilebilir, bkz. Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 65.

¹⁰⁸ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 64.

borçlunun malvarlığının korunması için iflasın açılmasının gerekli olması,¹⁰⁹ konkordatonun başarıya ulaşmayacağına anlaşılması,¹¹⁰ m. 297'ye aykırı davranış ve komiserin talimatlarına uyulmaması ile borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatifin konkordato talebinden feragat etmesi durumlarıdır (İİK m. 292).

İflasa tabi olmayan borçlular bakımından ise konkordatonun başarıya ulaşma şansının olmadığına anlaşılması, m. 297'ye aykırı davranışta bulunulması ve komiserin talimatlarına uyulmaması durumlarının, komiserin yazılı raporu üzerine mahkemeye bildirilmesiyle, kesin mühlet kaldırılarak konkordato talebinin reddine karar verilir (İİK m. 292/II).¹¹¹ Zira bu kişilerin zaten iflas etmesi gibi bir durum söz konusu değildir.

Yine İİK m. 292 bağlamında da mahkeme karar vermeden önce borçlu ve varsa konkordato talep eden alacaklıyı, alacaklılar kurulu ile gerek görürse diğer alacaklıları duruşmaya davet ederek dinleyecektir (İİK m. 292/3).

7. Kesin Mühletin Uzatılması

İİK m. 289/5 uyarınca konkordatonun başarıya ulaşması için bir yıllık sürenin yetersiz olması durumunda kesin mühlet, altı aya kadar uzatılabilir. Buradaki "*kadar*" ifadesinden altı ayın azami süre olduğu ve mahkemenin daha az bir süreye hükmedebileceği anlaşılmaktadır. Uzatma talebini komiser veya borçlu yapabilir. Ancak borçlunun uzatma talebinde bulunması durumunda komiserin de

¹⁰⁹ Konkordato sürecin içinde, borçlunun aktiflerinin azalması ve pasiflerin artması alacaklının konkordato mühleti sonunda iflas tasfiyesine oranla alacağını artırır. Konkordato mühletinin amacıyla bağdaşmayan bu durumun önlenmesi gerekir. Dolayısıyla alacaklının alacağının garantisini için borçlunun malvarlığının korunması, başka bir ifade ile pasifinin daha fazla artmaması için iflas açılarak alacaklının tatmin edilmesi gerekir, bkz. Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 63; Budak ve Tunç Yücel, "*MADDE 287*," 195.

¹¹⁰ Mali ve finansal verilerin iyileşmeyi imkânsız kılması örneği için bkz. Budak ve Tunç Yücel, "*MADDE 287*," 196.

¹¹¹ Aydemir, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma*, 51; Budak ve Tunç Yücel, "*MADDE 287*," 198; Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, 66.

görüşü alınır. Her iki halde de uzatma talebi kesin mühletin sona ermesinden önce yapılır ve varsa alacaklılar kurulunun görüşü de alınır (İİK m. 289/5).

İİK m. 289'daki düzenlemeye göre, mühletin uzatılması talebinin borçlu tarafından yapılmasında gerekçeli bir dilekçe yeterli görülürken, komiserin talebinin ise gerekçeli bir raporla yapılması gerektiği öngörülmüştür. Komiserin raporu zamanında mahkemeye tevdi etmemesi durumunda kesin mühletin akıbetinin ne olacağının aydınlatılması gereklidir. Mehaz kanunda komiserin uzatma talep edip, raporu zamanında vermemesi ihtimalinde, mühletin kendiliğinden kalkacağı belirtilmiştir.¹¹² Öğretideki bir görüş, komiserin gerekçeli raporu kesin mühlet içerisinde tevdi etmemesi durumunda, mühletin kendiliğinden kalkması gerektiğini ileri sürmektedir.¹¹³ Kanaatimizce m. 289 düzenlemesine bakıldığında zaten komiserin uzatma talebini gerekçeli raporla birlikte yapması gerektiği, gerekçeli raporun uzatma talebinin adeta bir ön şartı gibi düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla komiserin raporla birlikte yapılmayan uzatma talebi mahkemece dikkate alınmayacaktır.

Komiserin uzatma talebiyle ilgili bir ihtimal daha akla gelebilir. Şöyle ki talebin ve gerekçeli raporun verilmesinin makul bir zamanda yapılmaması durumunda sonuç ne olacaktır? Örneğin kesin mühletin son gününde komiserin gerekçeli bir raporla veya sürenin bitmesine bir hafta kala detaylı bir raporla birlikte talepte bulunması gibi hallerde, kesin mühlet sona ermeden mahkemenin raporu inceleyip kesin mühletin uzatılıp uzatılmayacağını hükme bağlaması ihtimal dâhilinde gözükmemektedir.¹¹⁴ İşte öğretideki bir görüş bu gibi borçludan kaynaklanmayan sebeplerden dolayı, borçlunun mühletin kaldırılmasına katlanmak zorunda bırakılmamasını ve mahkemenin uzatma kararı vermesi halinde kesin mühlet ile uzatma kararı verilen tarih arasındaki ara dönemin, uzatılan süreden indirilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹¹⁵

¹¹² Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 60.

¹¹³ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 60.

¹¹⁴ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 61.

¹¹⁵ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 61.

8. Kesin Mühletin Sonuçları

Geçici mühlet kesin mühletin sonuçlarını doğurur(İİK m. 288/I). Dolayısıyla yukarıda geçici mühleti anlatırken kesin mühletin sonuçlarından da bahsetmiş bulunduk. Bu sebeple yukarıda açıkladığımız hususlarda tekerrüre düşmemek açısından bazı şeyleri burada yeniden tekrar etmeyip atıf yapmakla yetineceğiz.

a. Alacaklılar Bakımından Sonuçları

Geçici mühlette bahsettiğimiz üzere burada da AATUHK'na göre yapılan takipler de olmak üzere hiçbir takip yapılamayacak ve evvelce yapılmış olan takipler de duracaktır. Bu yasak, takip talebinin alınmasına engel teşkil etmez.¹¹⁶ İcra müdürü yalnızca takip talebini alır ancak bundan bir sonraki işleme geçemez.¹¹⁷ *Uyar*, konkordato mühleti içerisinde alacaklının takip talebinde bulunmasının bir takım sakıncalar doğuracağını, takip talebinde bulunmanın alacaklıya hiçbir yarar sağlamadığını, gereksiz yere aylar önce icra dairesine takip talebi ile beraber peşin harç ödenmesine neden olduğunu, borçlu tarafından takip konusu borcun kısmen ödenmiş olması durumunda alacaklının ödenen kısımdan feragat harcı ödeyerek takipten feragat etmesi gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁸

İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararları mühlet içerisinde uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü süreler de işlemez (İİK m. 294/I). Bu hususlara aykırı olarak yapılan başka bir ifadeyle takip yasağına aykırı takipler ve icra takip işlemleri geçersizdir.¹¹⁹

Herhangi bir alacaklının mühlet verilmeden önce başlattığı ilamsız takibe borçlu tarafından itiraz edilmişse, alacaklının itirazının bertaraf edilebilmesi için itirazın kaldırılması veya itirazın iptali

¹¹⁶ *Uyar, Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, 71; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 93.

¹¹⁷ *Uyar, Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, 71; Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 93.

¹¹⁸ *Uyar, Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, 71.

¹¹⁹ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 455.

yoluna başvurabilme hususu sorgulanabilir. Öğretideki bir görüşe göre, mühlet içerisinde alacaklının itirazın iptali davası açmasında herhangi bir engel bulunmadığını, daha önce açılan itirazın iptali davalarına da devam edilebileceğini ancak dava sonucunda itirazın iptaline karar verildiği takdirde, bu ilama dayanarak takibe devam edilmesinin istenemeyeceği ileri sürülmektedir.¹²⁰

Mühlet boyunca derdest davaların akıbeti hakkında kanunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, öğretide iflas davaları hariç olmak üzere yeni davaların açılacağı ve derdest davalara devam edilebileceği ifade edilmektedir.¹²¹

Yukarıda İİK m. 294/2 ve 295. maddelerde düzenlenen mühlet için takip yasağının istisnaları ile ilgili söylediğimiz hususlar esas itibarıyla kesin mühlet için de söz konusudur.

Konkordato teklifinde aksine hüküm bulunmuyorsa kesin mühlet, rehinle temin edilmiş olanlar dışında kalan alacaklar açısından faizi durdurur. Rehlinli alacaklar dışındaki alacaklara faiz işlemesi konkordatoda açık hüküm bulunmasına bağlıdır.¹²² Rehlinli alacaklara ise rehin sözleşmesinde kararlaştırılan faiz işlemeye devam eder (İİK m. 294/3).¹²³

İflasta takası düzenleyen 200 ve 201. maddeler geçici mühlet tarihi esas alınarak kesin mühlet içerisinde de uygulama alanı bulur. Yine hacizli mallarla ilgili olan 186. madde hükmü de niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Buradan hareketle mühlet sırasında mahcuz malların akıbetinin ne olacağı, borçluya işletme faaliyetlerini devam ettirebilmesi için bunların verilip verilmeyeceği sorulabilir.¹²⁴ Zira takip yasağı uyarınca önceden yapılmış takip işleri durmaktadır. Dolayısıyla önceden haczedilen malların paraya çevrilmesi de söz konusu olmayacaktır. Borçluya işletme faaliyetlerinde kullanması

¹²⁰ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 95.

¹²¹ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 97.

¹²² Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, 84; Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 456.

¹²³ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 456.

¹²⁴ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 99.

amacıyla mahcuz malların verilmesi düşünülse de malların kullanılarak değer kaybetmesi, kaçırılması, tahrip veya taşıyır edilmesi riski söz konusudur.¹²⁵ Bu bağlamda komiserin sorumlu tutularak mahcuz mallar üzerinde borçluya tasarruf yetkisi vermek isabetli olabilir.¹²⁶

Konkordato mühletinin verilmesinden önce müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak da konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, yapılan devir İİK m. 294/6 uyarınca hüküm doğurmayacaktır.

Konusu para olmayan alacaklar alacaklı tarafından, ona eşit kıymette para alacağına çevrilerek komiserine bildirilecektir. Borçlu, komiserin onayıyla taahhüdünü aynen ifa etmekte serbesttir (İİK m. 294/7).¹²⁷

b. Borçlu Bakımından Sonuçları

Kesin mühlet kararı verilmesiyle birlikte, faaliyetlerine devam ettiği ölçüde mali durumunu iyileştirebileceği ve projede taahhüt ettiği hususları yerine getirebileceğinden, borçlu tasarruf yetkisini sürdürür.¹²⁸

Borçlu İİK m. 297 uyarınca bazı tasarrufları hiç yapamaz, bazılarını iste komiserin izni ile yapabilir. Mahkeme borçlunun yerine

¹²⁵ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 99.

¹²⁶ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 99.

¹²⁷ Paraya çevirme işleminin yapılması sırasında bazı durumlara değinmekte fayda vardır. Paraya çevirme alacaklı tarafından yapıldığından, alacaklının paraya çevirme işlemini yüksek bir miktar göstererek yapabilme ihtimali bulunmaktadır. İşte böyle bir durumda borçlu itiraz ederek alacağı çekişmeli hale getirmelidir. Borçlu bu duruma itiraz etmezse bile komiserin alacağın olması gereken bedelden yüksek bir bedelle paraya çevrildiği hususunu raporunda belirtmesi ve diğer alacaklıların buna binaen muhalefetlerini mahkemede tartışma konusu yapmaları gerekir. Zira borçlu alacaklılardan bazılarıyla anlaşarak, konusu para olmayan alacakların yüksek bedeller üzerinden paraya çevrilmesi sağlayarak özellikle alacak çoğunluğu sağlamaya yönelik girişimlerde bulunabilir. İşte bunların önlenmesi amacıyla en doğru çözüm mehzaz kanunda benimsenmiş, paraya çevirme işlemi bizatihi komiserin kendisine verilmiştir, bkz. Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 103.

¹²⁸ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 83.

komiserin işletme faaliyetlerini devam ettirmesine de karar verebilir. Böylece borçlunun işletme üzerindeki tasarruf yetkisi tamamen ortadan kalkarak mahkeme tarafından komiser devredilmiş olur.¹²⁹

Borçlu, mahkemenin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez, takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz (İİK m. 297/2). Ancak 7101 sayılı kanunla getirilen değişik neticesinde mahkeme, anılan bu işlemler hakkında karar verirken komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır (İİK m. 297/2).

Mahkeme İİK m. 297/2' de sayılan yasak işlemlerden bir ya da birkaçının yapılması konusunda borçluya yetki verebilir (İİK m. 297/2). Örneğin mahkeme borçluya işletmesi için gerekli krediyi alabilmesi amacıyla bazı mallarını rehin göstermesin bir kereye mahsus izin verebilir.¹³⁰ Aksi halde borçlunun bu işlemleri yapması işlemin hükümsüzlüğü sonucunu doğurur (İİK m. 297/2). Hükümsüz işlemlere komiserin onay vermiş olması da durumu değiştirmeyecektir.¹³¹

Mahkeme, İİK m. 297'deki işlemler hariç olmak üzere borçlunun mühlet içerisinde yapabileceği işlemler hakkında herhangi bir sınırlama getirmemişse, borçlu tüm işlemleri yapabilecektir.¹³² Ancak bu süreç boyunca konkordato komiseri borçluya nezaret edecek ve denetim görevini yerine getirerek borçluyu uyarabilecektir.¹³³

¹²⁹ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 457.

¹³⁰ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 85

¹³¹ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 85.

¹³² Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 85.

¹³³ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 85; Süha Tanrıver, "4949 Sayılı İcra ve İflas Kanu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirmesi," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 51 (2004): 80; "...konkordato komiseri sadece bir denetim ve takdir makamı olmayıp, borçluya nezaret görevi ile donatılmıştır (İİK m. 290 /II-b, m. 297/I) . Tanrıver'in de belirttiği gibi komiser "...prosedür içerisinde borçlu ile alacaklıları arasında bir anlaşma zemini yaratılmasında ve dolayısıyla konkordatonun meydana gelmesinde etkin rol oynayabilecek, tarafların dışındaki üçüncü bir kişi" konumundadır..." İzmir BAM 17. HD, E. 2019/886, K. 2019/1166, 13.06.2019, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/is-izmirbam-17hd-2019-886.htm>).

Borçlu uyarıları dikkate almazsa komiser, mahkemeye müracaat edebilir.¹³⁴ Mahkeme bu bağlamda üç çeşit karar verebilir. Borçluyu uyarabilir, borçlunun tasarruf yetkisini kısmen veya tamamen sınırlandırabilir ya da mühleti kaldırarak borçlunun re'sen iflasına karar verebilir (İİK m. 297/3).

Mahkeme bazı işlemlerin geçerli olabilmesini komiserin iznine tabi tutabilir(İİK m. 297/1). Bu hükümlerle *Pekcanitez*, komiserine denetim yetkisi verilmek yerine, mahkemenin uzayan kolu olarak tanımlanan komiserin mühlet içerisinde daha aktif rol almasına imkân tanıdığını ifade etmiştir.¹³⁵ Ancak mahkemenin bazı işlerde komiseri yetkili kılması, örneğin borçlunun aktifinin azalmasına sebebiyet verecek işlemlerde komiser izninin aranması, komiserin tüm işletmenin faaliyetlerini bizzat yürüteceği ve kararları sadece kendisi alacağı anlamına gelmez.¹³⁶ Çünkü borçlunun en basit iş ve işlemde bile komiserin iznini almak zorunda kalması, mali durumunu iyileştirmek için ihtiyaç duyduğu hızlı ve esnek karar alma yetisinden yoksunluk anlamına gelir ki mühlet içerisinde borçlunun tasarruf yetkisinin bir manası kalmaz.¹³⁷

c. Sözleşmeler Bakımından Sonuçları

Sözleşmenin karşı tarafının konkordatodan etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin devamı için önemli olan sözleşmelerdeki, borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılıktan dolayı haklı fesih sebebi olacağı veya borcu muaccel hale getireceği yönündeki hükümler, konkordato başvurusu durumunda uygulanmaz. Sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona erdirilemez (İİK m. 296/1). Buradaki “*uygulanmaz*” ifadesi, Türk Borçlar Kanunu¹³⁸ anlamında geçersizlik olarak anlaşılmalıdır.¹³⁹

¹³⁴ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 85.

¹³⁵ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 87.

¹³⁶ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 87.

¹³⁷ Pekcanitez ve Erdönmez, *Konkordato*, 88.

¹³⁸ RG. 04.02.2011, S. 27836.

Borçlu tarafı olduğu ve konkordatonun amacına ulaşmasını etkileyen sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayıyla feshedebilir (İİK m. 296/2).¹⁴⁰ Böylece borçluya uzun vadeli ve elverişsiz sözleşmeleri sona erdirerek, mali durumunu düzeltme yetkisi tanınmıştır.¹⁴¹ Bu sebeple borçlunun ödemek zorunda kalacağı tazminatlar konkordato projesine tabi olur (İİK m. 296/II). Hizmet sözleşmelerinin feshine ilişkin özel hükümler saklıdır.

SONUÇ

Konkordato talebinin İİK m. 286' da belirtilen belgelerle birlikte yapılması neticesinde Asliye Ticaret Mahkemesi bu belgelerin tespitini yapacak ve belgelerin eksiksiz olması durumunda derhal geçici mühlete karar verecektir. İşte bu hususta bir düzenleme gerekmektedir. Kanun yaparken sosyal gerçeklerden ve toplumun yapısından uzaklaşmamalıdır. Bu bağlamda mahkemelere yetki tanınarak mali durumunun düzeltilmesi konusunda herhangi bir umut bulunmayan, sadece geçici mühletten yararlanarak hakkındaki takipleri durdurmak isteyen borçluların sırf m. 286'daki belgeleri eksiksiz getirmesi üzerine haksız yere geçici mühletten yararlandırılmaması gerekmektedir. Ayrıca hukukumuzda mahkemenin geçici mühlet talebinin reddetmesi halinde, ret kararı dışında başka herhangi bir yaptırım uygulayamayacağını çalışmamızda belirtmiştik. İşte bu hususa da bir düzenleme getirilerek borçlunun durumunun iyileşme imkânı olmadığını veya konkordatonun tasdik edilemeyeceğini gören mahkemenin re'sen borçlunun iflasına karar verebilmesi isabetli olacaktır.

Geçici mühletin akabinde şartları mevcut olan borçluya tanınacak mühlet ise kesin mühlet olarak adlandırılır. Kesin mühlet bir yıldır. Ancak ihtiyaç dahilinde altı ay daha uzatılabilir. Burada da değinilmesi gereken diğer bir önemli konu ise kesin mühlet süresi olan bir yılın, her işletmenin konkordato sürecinin başarıya ulaşma açısından ihtiyaç duyduğu sürenin farklı olması meselesi gözetile-

¹³⁹ Aydemir, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma*, 97; Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 458.

¹⁴⁰ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 458.

¹⁴¹ Pekcanitez et al., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 458.

rek, somut olaylarda ayrı ayrı değerlendirilmesi suretiyle parça parça verilebilmesi gereğidir. Gerçi konkordato komiserine verilen aylık fahiş ücretler değerlendirilecek olursa, geçici mühletin beş ay, kesin mühletin ise on sekiz aydan aşağı olması mümkün görünmektedir. Zira konkordato komiserinin böyle bir menfaatten yoksun kalmak istememesi muhtemeldir. Böyle bir ihtimal de borçlunun alacaklılarından çok, konkordato komiserinin menfaatine olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki konkordato komiserinin konkordatoya ilişkin yapmış olduğu işlemlerle ilgili sorumluluğu bakımından İİK m. 290'ın yapmış olduğu atıf uyarınca İİK m. 227 uygulanacaktır. Mezkur hüküm uyarınca konkordato komiseri kusurundan doğan zararlardan sorumlu olup, Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması bakımından da memur sayılmaktadır. Bununla birlikte konkordato komiserinin yapmış olduğu işlemler bakımından Asliye Ticaret Mahkemesine şikayet yolu açıktır ve mahkemenin bu konuda vereceği karar kesindir (İİK m. 290).

KAYNAKÇA

- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, ve Sema Taşpınar Ayvaz. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016.
- Arslan, Serkan Aziz. *İcra Takip İşlemleri Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Atalay, Oğuz. "Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler." iç. *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*. ed. Muhammet Özekes, 112-135. İstanbul: Oniki Levha, 2018.
- Atalı, Murat. "Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları." iç. *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*. ed. Muhammet Özekes, 85-109. İstanbul: Oniki Levha, 2018.
- Aydemir, Efrail. *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Belgesay, Mustafa Reşid. *İcra ve İflas Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1953.
- Berberoğlu Yenipınar, Filiz. *Konkordato*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Berkin, Necmeddin B. *İflas Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1972.
- Bilgen, Mahmut. *İflas, İflasın Ertelenmesi, Konkordato ve Yargılama Usulü*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Budak, Ali Cem, ve Müjgan Tunç Yücel. "MADDE 287." iç. *Yeni Konkordato Hukuku*, ed. Selçuk Öztekin, 145-157. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Duran, Rukiye. "Konkordato Mühletinin Uzatılması." *Akademik Yaklaşımlar Dergisi* 10, no. 1 (2019): 57-71.
- Erdem, Murat. "Mahkeme Dışı Konkordato." *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1(2005): 225-240.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi: Ankara, 2017.
- Eroğlu, Orhan. *Uygulamada Konkordato*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukuku Esasları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Oğuzman, Kemal, ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt 2. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Özekes, Muhammet. "İflasın Ertelenmesi." iç. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II-III*. 453-504. Eskişehir: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007.
- Özekes, Muhammet. "Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı." iç. *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*. ed. Muhammet Özekes, 43-83. İstanbul: Oniki Levha, 2018.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Pekcanitez, Hakan, ve Güray Erdönmez. *Konkordato*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Postacıoğlu, İlhan E. *Konkordato*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1965.
- Sarısözen, M. Serhat. *İcra- İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019.
- Tanrıver, Süha. "4949 Sayılı İcra ve İflas Kanu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirmesi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 51 (2004): 67-90.
- Tanrıver, Süha. *Konkordato Komiseri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1993.
- Taşkorkmaz, Hülya. "7101 Sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması." iç. *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*. ed. Muhammet Özekes, 5-41. İstanbul: Oniki Levha, 2018.
- Uyar, Talih. *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*. Ankra: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2019.
- Yıldırım, Mehmet Kamil, ve Nevhis Deren Yıldırım. *İcra ve İflas Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE YÜRÜTMENİN DÜZENLEME YETKİSİ VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN ANAYASAL SINIRLARI

*Power to Regulate of Executive Organ in
Turkey and the Constitutional Limits of
Presidential Decrees*

Esin GÜRSEL*

Öz

10 Ağustos 2014 tarihinde yapılan halk oylaması neticesinde ülkemizde Cumhurbaşkanı ilk kez halk tarafından seçilmiştir. 10 Aralık 2016 tarihinde TBMM Başkanlığı'na "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi" sunulmuştur. Teklif, 21 Ocak 2017 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilmiş, 10 Şubat 2017 tarihinde "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ismiyle onaylanmıştır. Kanun ile hakkında değişiklik öngörülen Anayasa'nın ilgili maddeleri 16 Nisan 2017 tarihinde halk oylamasına sunulmuş ve aynı tarihte kabul edilmiştir. Anayasa'da yapılan bu değişiklik neticesinde yeni bir işlem türü olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ortaya çıkmıştır. Her ne kadar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Türk Hukuku'na yabancı bir işlem olmasa da kabul edilen değişiklik netice-

* Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, esin.gursel@asbu.edu.tr. ORCID: 0000-0002-1773-3476.

Makale Gönderim Tarihi: 19.09.2019.

Makale Kabul Tarihi: 04.11.2019.

sinde büründüğü form sebebiyle tarafımızca “yeni bir işlem türü olarak” ifade edilmektedir.

Yeni bir işlem türü olması sebebiyle Cumhurbaşkanlığı karar-namelerinin hukuki niteliği, kanunla olan ilişkisi, mahfuz bir düzenleme alanı olup olmadığı hususlarında birtakım belirsizlikler mevcuttur. Çalışmamızda öncelikle yürütme organının düzenleme yetkisinin niteliği hakkında zaman içerisinde meydana gelen değişikliklere yer verilmiş ardından bahsi geçen belirsizliklerin giderilmesi amaçlanmıştır. Bu belirsizliklere getirilen çözümler çerçevesinde Anayasa m. 104/17’de ifade edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal sınırları çizilmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Yürütme Organı, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Mahfuz Alan, Hükümsüzlük, Düzenleme Yetkisi.

Abstract

President of the republic was elected by the people for the first time on 10 August 2014 in Turkey. Bill of Law Amending the Constitution of the Republic of Turkey was presented Turkish Parliamentary on 10 December 2016. This bill of law, Turkish Parliamentary adopted 21 January 2017 and Law on the Amendment of the Constitution of the Republic of Turkey was approved on 10 February 2017. Subsequently the relevant articles of the Constitution were submitted to the public vote on 18 April 2017 and adopted amendments on the same date. As a result of this amendment made in the Turkish Constitution, Presidential decrees emerged as a new type of transaction. It is expressed as a new type of transaction by us although the presidential decree is not a foreign transaction to Turkish law. Because it has a new form along with this amendment.

There are some uncertainties about the legal nature of Presidential decrees, its relationship with the law, whether it is a exclusive regulation area or not. This article primarily aims to eliminate these uncertainties. Then, we try to explain constitutional limits of presidential decrees.

Key words: Executive Organ, Presidential Decree, Exclusive Regulation Area, Invalidity, Power to Regulate.

I. YÜRÜTME ORGANININ DÜZENLEYİCİ İŞLEM YAPMA YETKİSİNİN KAYNAĞI

Düzenleme kavramının sözlük anlamı düzen vermek, tertip ve organizasyondur.¹ Bu kavramın kamu hukukundaki karşılığı kural koymaktır. Kural, sözlükte bir sanata, bir bilime, bir düşünce ve davranış sistemine temel olan, yön veren ilke, nizam olarak tanımlanmaktadır.² Kuralın hukuktaki karşılığı ise sürekli, soyut, genel ve nesnel durumları belirleyen normdur. Bu bakımdan düzenleme yetkisi hukuki işlem yapma, kural koyma gücünü ifade etmektedir.³

Düzenleme yapma, kural koyma denildiğinde ilk akla gelen hukuki düzenleme kanundur. Türk Anayasa Hukuku'nda yasama organının düzenleme yetkisinin asli ve ilk-elden olduğu kabul edilmektedir.⁴ Bu sebeple yasama organının Anayasa'da düzenlenmemiş bir alana ilişkin olarak kanun yapması mümkündür.

Yürütme organının düzenleme yapma yetkisine ilişkin olarak ise doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. İki görüş de yürütmenin düzenleme yetkisinin olduğunu kabul etmektedir çünkü yürütmenin düzenleme yetkisine sahip olması yürütme fonksiyonunun zorunlu sonucudur.⁵ Bu iki görüşün ayrıldığı nokta yürütmenin düzenleme yetkisinin kaynağı bakımındandır. Doktrindeki ilk görü-

¹ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c2de5c4987a32.96921885.

² http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c2de5cd37d394.33639342.

³ Lütfi Duran, "Düzenleme Yetkisi Özek Sayılabilir mi?," *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 4, no. 1-3 (1983): 34; İl Han Özay, *Günüşiğimde Yönetim* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 426.

⁴ Hasan Tunç, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2018), 113; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2017 Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 18. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 209; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Güncellenmiş 24. Baskı (Bursa: Ekin Kitabevi, Haziran 2019), 236-241.

⁵ Bu zorunluluk doğrudan doğruya idarenin takdir yetkisinden kaynaklanmaktadır. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi), 2015, 375; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 245.

şe göre; düzenleyici işlem yapma yetkisi yasama organına ait olmakla birlikte kanuna dayanmak ve kanunun çizdiği sınırlar içerisinde olmak kaydıyla yürütme organı tarafından da kullanılabilir. ⁶ Kural koyma gücü yalnızca yasama organına ait olmayıp devletin diğer organlarının da Anayasa'dan ya da diğer yasal düzenlemelerden aldıkları yetkiye dayanarak düzenleme yapması mümkündür. ⁷ Bu görüş uyarınca yürütmenin düzenleme yetkisi yasamanın düzenleme yetkisinin altında yer alan bağlı, türevsel ve tamamlayıcı bir yetkidir. ⁸ Yürütme organı düzenleme yetkisini kanuna dayanmaksızın kullanamayacağı gibi kanuna aykırı bir biçimde de kullanamayacaktır. ⁹ Bahsi geçen şartlara uymak kaydıyla yürütme organı her türlü konuyu düzenleyebilecektir.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise kanun koyucunun her şeyi düzenleme imkânı bulunmamaktadır. ¹⁰ Kamu düzeninin ve kamu yararının sağlanması, takdir yetkisinin objektifleştirilmesi için yürütmenin düzenleme yetkisine sahip olması gerekmektedir. ¹¹ Yasama organı tarafından her alanın düzenlenemeyeceği, düzenleme yetkisinin anayasa tarafından bizzat yürütmeye verilmemiş olması durumunda dahi yürütmenin düzenleme yetkisine sahip olduğu

⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 375.

⁷ Özay, *Günüştüğünde Yönetim*, 426.

⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 35.

⁹ İdarenin kanunu izleyen ve kanundan kaynaklı bu yetkisi "secundum legem" düzenleme yetkisi olarak adlandırılmaktadır. Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1965), 83.

¹⁰ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2009), 145; Gözler ve Kaplan ise idarenin düzenleme yetkisinin eşyanın tabiatından kaynaklandığını ifade etmektedir. "Eşyanın tabiatından kaynaklanan düzenleme yetkisinin altında idarenin iyi işlemesi, kamu düzeninin sağlanması gibi ihtiyaç ve gereklilikler bulunmaktadır." Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan *İdare Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Kitabevi, 2016), 421.

¹¹ "Kamu yararının gerektirdiği hallerde, idarenin genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olduğu hukukun genel ilkelerindedir. Bu nedenle, idarenin toplum ve hizmet yararına bir alanı düzenlemesi için, mutlak surette, idareye bu hususta yetki tanıyan bir metnin varlığı zorunlu değildir." Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E.1968/709, K.1972/364, 28.04.1972, *Amme İdaresi Dergisi* 5, no: 4 (1972), 201-202.

nun kabulünün bir zorunluluk olduğuna bazı yargı kararlarında da yer verilmiştir.¹²

Yürütmenin düzenleme yetkisine ilişkin açıklanması gereken bir diğer husus ise yasama organı tarafından kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuda yürütme organının düzenleme yapıp yapamayacağıdır. Anayasada bir konunun yalnızca kanunla düzenleneceğinin ifade edilmesi halinde kanuni bir düzenleme olmaksızın yürütme organı tarafından o konuda herhangi bir düzenleme yapılması mümkün gözükmemektedir. Güneş, bir alanın kanunla düzenlenmesinin öngörülmesi halinde bu hususun o alanda yürütmenin düzenleyici işlem yapamayacağı anlamına gelmediğini, kanuna dayanmak şartıyla yürütme tarafından gerekli düzenlemelerin yapabileceğini belirtmektedir.¹³

II. YÜRÜTME ORGANININ DÜZENLEYİCİ İŞLEM YAPMA YETKİSİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. 1961 Anayasası Dönemi ve 1971 Değişikliği

1924 Anayasası'nun ardından yürürlüğe giren 1961 Anayasası'yla parlamenter hükümet sistemine geçilmiştir.¹⁴ Bu sebeple 1961 Anayasası'nun yürütme organına ilişkin hükümlerinin parlamenter hükümet sisteminin ilkeleri doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir.¹⁵ 1961 Anayasası'nda yasama ile yürütme arasındaki iliş-

¹² Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı (Bursa: Ekin Kitabevi, Temmuz 2018), 863; AYM, E. 1973/12, K. 1973/24, 07.06.1973, (http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/arar/Content/aedb2e70-8aca-4e7e-a050-d4e5_6bc628e0?excludeGerekce=False&wordsnly=False); Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E. 1968/709, K. 1972/364, 28.04.1972, Aktaran: Lütfi Duran, *İdare Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982), 392; Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Güncelleştirilmiş 22. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), 331.

¹³ Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi*, 111-113.

¹⁴ Kurucu Meclis Anayasa Komisyonu'nun hazırladığı gerekçede parlamenter hükümet sisteminin benimsendiği açıkça belirtilmiştir.

¹⁵ Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978), 313.

kide ağırlık verilen tarafın yasama olması sebebiyle bu dönemde güçlü bir yürütmeye özlem duyulmaktadır.¹⁶

1961 Anayasası m. 6'da yürütme bir görev olarak nitelendirilmekte ve bu görevin Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirileceği ifade edilmektedir. Bu dönemde işlem yapma yetkisinin ilk-el ve genel olarak yasama organına ait olduğu; yürütmenin ise işlem yapma yetkisinin bağlı, türevsel ve istisnai nitelikte olduğu doktrinde kabul edilen baskın görüştür.¹⁷ İdarenin özerk bir düzenleme yetkisine sahip olmaması yürütmenin görev olarak hüküm altına alınmasının bir sonucu olarak nitelendirilmektedir.¹⁸ Ancak bu dönemde Danıştay'ın kamu yararının gerektirmesi halinde idarenin genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olmasının hukukun genel ilkelerinden biri olarak ifade ettiği; idareye düzenleme yetkisi tanıyan bir metin olmasa dahi idarenin genel düzenleme yetkisi içerisinde düzenleme yapmasının zorunlu olduğu yönünde kararı mevcuttur.¹⁹

Güçlü bir yürütmeye ancak yürütmenin düzenleme alanının genişletilmesi yahut özerkleştirilmesi vasıtasıyla ulaşılabilecektir. Yürütmenin güçlendirilmesi amacıyla 1961 Anayasası'nda 1971 yılında gerçekleştirilen köklü değişikliklerle yürütme organı güçlendirilmek istenmiştir. Bu değişiklikler Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilmesi (m. 64), vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnaları ile nispet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaya Bakanlar Kurulunun yetkili kılınması (m. 61), üniversite özerkliğinin zayıflatılması (m. 120), TRT'nin özerkliğinin kaldırılması (m. 121) örnek verilebilecektir. Ancak 1971 yılındaki bu değişiklikten sonra da yürütmenin yeterince güçlü olmadığı yönündeki eleştirilerin sürdüğü görülmektedir.

¹⁶ Turgut Tan, "1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)," *Anayasa Yargısı I* (1984), 31.

¹⁷ Duran, *Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?*, 1-3; Yayla, *İdare Hukuku*, 142.

¹⁸ Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi*, 80, 85-86.

¹⁹ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E. 1968/709, K. 1972/364, 28.04.1972, *Amme İdaresi Dergisi* 5, no. 4 (1972): 201-202.

B. 1982 Anayasası Dönemi

1982 Anayasası m. 8’de 1961 Anayasası m. 6’dan farklı olarak yürütme hem yetki hem de görev olarak düzenlenmekte, yürütmenin Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa’ya ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceği ifade edilmektedir. Yürütmenin yetki ve görev olarak düzenlenmesi doktrinde ve yargı kararlarında yürütme organının yasama organı karşısında güçlendirilmesi olarak nitelendirilmektedir.²⁰ Bu durum yürütme tarafından yasaya bağlı kalmaksızın yasanın olmadığı yerde anayasaya uygun olmak koşuluyla ilk elden düzenleme yapılıp yapılamayacağı hususunda tartışmalara yol açmıştır.²¹ Anayasa Mahkemesi’nin bu dönemde vermiş olduğu bir karara göre;

“...Anayasa’da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayırık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

*Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlenmesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa’nın 7. maddesine aykırı düşer”.*²²

Anayasa Mahkemesinin başka bir kararına göre;

“1982 Anayasasına göre yetki ve görev olarak nitelenen yürütme, düzenleme yetkisi bakımından ele alındığında da farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. 1982 Anayasasının, 8. maddesinde yürütme sadece görev olmaktan öteye bir yetki olma gücüne de kavuşturulmuştur.

²⁰ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 62-64; TUNÇ, *Türk Anayasa Hukuku*, 48.

²¹ Duran, *Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?*, 36; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 378.

²² AYM, E. 1993/5, K. 1993/25, 06.07.1993, (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/ontent/88f92135-fc05-40b4-8637-0e9a0425ae2e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>).

Yürütmeye bir yetki olma gücü veren esaslar Anayasanın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumdadır. Bunlardan düzenleme ile ilgili olarak yeni Anayasanın getirdikleri, olağanüstü haller ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, sözü edilen hallerin gerekli kıldığı konulara hasren kanun hükmünde kararname çıkartma; Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerinin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışına ek mali yükümler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlardır.

Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasada ifadesini bulan yukarıdaki ayrık haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır”.²³

Bu dönemde yürütmenin asli düzenleme yetkisi²⁴ kullanımına örnek olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri gösterilmektedir.²⁵ 1982 Anayasası'nın 107. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yalnızca Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri düzenlenebilmektedir.

²³ AYM, E. 1986/18, K. 1986/24, 09.10.1986, (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/42926027-4659-4363-a698-0184ada1d165?highlightText=%22y%C3%BCr%C3%BCtme%20yetkisi%22&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>).

²⁴ TBMM ya da başka bir makam tarafından yetkilendirilmeksizin, kanuna dayanma zorunluluğu olmaksızın doğrudan doğruya Anayasa tarafından verilen yetkiyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisine sahip olması asli düzenleme yetkisi olarak tanımlanabilecektir. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 292-293; Yasin Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 78.

²⁵ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Orion Yayınevi, 2011), 291; Salih Taşdöğen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 3 (2016): 941; Mehmet Kahraman ve Ali Balkan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi," *International Journal of Academic Value Studies* 4, no. 19 (2018): 241.

Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararına göre ise;

*"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinin-
dir. Bu yetki devredilemez.*

*Yasama yetkisinin devredilmezliği; belli konuda ilk düzenlemenin veya
hukuk kaidesi koyma yetkisinin, Yasama Organına ait olduğunu ifade eder.
Esasen yasama yetkisi yapıcı, yürütme yetki ve görevi ise tamamlayıcı nite-
liktedir. Kaldı ki, Kanun konusu olan bir hususun idarenin yönetmelikle
düzenleme yetkisi yoktur. Ancak, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını
sağlamak amacıyla yönetmelik çıkarılabilir.*

*Yürütme organının düzenleyici işlemleri ile yapılacak sınırlamaların
muteber olabilmesi için Mahkemenin kararlarında da açıklandığı gibi, "Ka-
nun Koyucunun esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisas ve idare tek-
niđi ile ilgili noktaların düzenlenmesi için hükümete yetki verebilir.*

*"Kanun Koyucu hükümete yetki verirken, bunun sınırlarını ve çerçe-
vesini de kanunla belirlemelidir."*

*Kanunun emrine dayanılarak yürütme organınca alınacak tedbirler,
umuma şamil (objektif) nitelik taşımali ve idareye keyfi uygulamalara sebep
olmayacak çok geniş takdir yetkisi verilmemelidir".²⁶*

Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar ve 1982 Ana-
yasası m. 8'in gerekçesi²⁷ düşünüldüğünde yürütmenin görev olma-

²⁶ AYM, E. 1985/3, K. 1985/8, 18.06.1985, (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.Tr /Karar/ontent/b43c7248-6229-4bd9-9705-1d16c2b7939c?highlightText=%22y%C3%BCr%C3%BCtme%20yetkisi%22&excludeGercek=False&wordsOnly=False>).

²⁷ 1982 Anayasasının 8. maddesinin gerekçesinde; *"...1961 Anayasası bu felsefeye sadık kalarak yürütmeyi Devletin yönetiminde, bütün faaliyetlerinde yasama kuvvetine bağlı, yasamaya tabi bir kuvvet olarak düzenlenmiş idi. Halbuki modern hayatta yürütme kuvveti devletin beyni, hareket gücünün kaynaklandığı motorudur. Bundan dolayıdır ki, 1961 ilâ 1980 arasındaki devrede karar almak kudretinden yoksun hükümetler görülmüştür. İşte bu duruma son vermek için yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde iş birliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme, 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir"* ifadesi yer almıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Madde Gerekçeli), Ankara, 2008,

nın yanında yetki olarak düzenlenmiş olması yürütme organının düzenleme yetkisinin türevsel, bağlı ve istisnai nitelikte olduğu görüşünü değiştirmemektedir.²⁸ 1982 Anayasası m. 73/4, m. 91 ve m. 167/2'de yer alan düzenlemelerde hareket serbestisi tanınarak yürütme organının eli güçlendirilmiştir. Ancak ilgili maddeler uyarınca yürütme organına tanınan yetkilerin kaynağının doğrudan Anayasa değil yetki kanunu olması bu yetkinin asli bir düzenleme yetkisi olmadığını göstermektedir.²⁹

Doktrindeki bir görüşe göre yürütmenin aynı zamanda yetki olarak düzenlenmesinin amacı olağan ve olağanüstü dönem KHK'larının Anayasa'nın bütünü içerisindeki yerlerinin ve hukuki rejimlerinin dayanağını oluşturmaktır.³⁰ Bu dönemde verilen kimi yargı kararlarında da yürütme organına birtakım konularda verilen asli düzenleme yetkisinin yasamanın devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir.³¹

C. 16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliğinin Yürütmenin Düzenleme Yetkisi Üzerindeki Etkisi

1982 Anayasası yürürlüğe girdiği tarihten bu yana eleştirilerin odağı olmuş ve ilki 1987 değişikliği olmak üzere 21 kez değişikliğe uğramıştır.³² 16 Nisan 2017 tarihinde yine 1982 Anayasası'nda gerçekleştirilecek bir değişiklik için halk oylamasına gidilmiştir. On sekiz maddeden oluşan bu değişiklik teklifi esas olarak parlamenter hükümet sisteminden Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişi konu olmaktadır.

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

²⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 379.

²⁹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 378.

³⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 379.

³¹ AYM, E. 2013/50, K. 2015/38, 15.04.2015, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/aralar/kbb.html>).

³² 18.10.1982 tarihinde kabul edilen 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 2709 Sayılı Kanuna Ek ve Değişiklik Getiren Mevzuatın veya Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yürürlüğe Giriş Tarihlerini Gösterir Tablo, <https://www.evzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>.

Hem 1961 Anayasası'nda hem de 1982 Anayasası'nda idarenin düzenleyici işlemleri arasında tüzük, yönetmelik ve KHK'lar yer almaktadır. 16 Nisan 2017 tarihli halkoylaması neticesinde kabul edilen Anayasa değişikliği ile birlikte tüzük ve KHK'lar kaldırılarak yürütmeye Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adında yeni bir düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmiştir.

Her ne kadar Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Türk Hukuku'na yabancı bir işlem olmasa da kabul edilen değişiklik neticesinde büründüğü form sebebiyle tarafımızca "yeni bir işlem türü olarak" ifade edilmektedir. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğinden önce de Anayasa m. 107 uyarınca Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği hakkında kararname çıkarabilmektedir. Değişiklik öncesinde de sonrasında da bakıldığında her iki Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kaynağını Anayasadan aldığı; Cumhurbaşkanı tarafından çıkarıldığı görülmektedir.

2017 yılında Anayasa m. 104'de gerçekleşen değişiklik sonrasında Cumhurbaşkanı ancak yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilecektir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ekonomik ve sosyal haklar düzenlenebilecektir. Bunlara ek olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecek konunun münhasıran kanunla düzenlenmesinin öngörülmemiş olması ve kanunda açıkça düzenlenmemiş olması gerekmektedir. Değişiklikle birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunla çatışması durumunda kanunun uygulanacağı; Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmiş bir konuda kanun çıkması halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceğinin düzenlenmesi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin TBMM tarafından değiştirilmesini ya da kaldırılmasını mümkün kılmıştır. Olağanüstü dönemde ise Cumhurbaşkanı, Anayasa m. 119/6 uyarınca olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda ve Anayasa m. 104/17'nin ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmadan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilecektir.

2017 yılında Anayasa'nun muhtelif maddelerinde gerçekleşen değişiklik neticesinde artık üst kademe yöneticilerinin atanmasına ilişkin usul ve esaslar (m. 104/9); bakanlıkların kurulması, kaldırıl-

ması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapı ile merkez ile taşra teşkilatlarının kurulması (m. 106/11); Devlet Denetleme Kurulu'nun işleyişi, üyelerinin görev süreleri ve özlük işleri (m. 108/4); Milli Güvenlik Kurulu teşkilatı ve görevleri (m. 118/6) Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecektir. Kamu tüzel kişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabilecektir (m. 123).

Yapılan değişiklikler neticesinde yürütmenin düzenleme alanı genişlemiştir.³³ Böylesine köklü değişikliklere rağmen 1982 Anayasası'nın yasama yetkisinin TBMM'ye ait ve devredilemez olduğunu düzenleyen "yasama yetkisi" başlıklı 7. maddesi korunmuştur. Mevcut durumda Anayasa m. 8 yürütme organının düzenleyici işlem yapma yetkisinin dayanağı olmayı sürdürmektedir. Ancak yürütmeye Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle asli düzenleme yetkisi verilmektedir.³⁴ Bu durum yürütmenin yasamanın devredilmezliği ilkesini zedeleyerek fiili olarak yasama yapma gücünü ele geçirebileceği endişesini beraberinde getirmektedir.³⁵ Bahsi geçen endişelere binaen Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyecek yasak alanın genişliği sebebiyle yürütmenin düzenleme alanının oldukça dar olduğunu söylemek mümkündür.³⁶

³³ Yeni sistemle birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin daha geniş bir uygulama alanı bulmasının sebebi bu sistemin önceki sistemdeki KHK, yönetmelik, tüzük, Bakanlar Kurulu kararnamesi, Bakanlar Kurulu yönetmeliği ve Başbakanlık yönetmeliğinin kaldırılmış olmasıdır. SÖYLER, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 49.

³⁴ "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yürütmeye tanınan düzenleme yetkisi, kanundan kaynaklanmayan, doğrudan anayasadan kaynaklı bir yetki haline kavuşmuştur. Bu anlamıyla ikincil/türevsel bir yetki olmayıp, ilk elden/asli bir yetkidir." Artuk Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2017): 25; Özen Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2018): 7; Taşdöğen, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 945; Vahap Coşkun, "16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi," *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 36 (2017), 18; Ali Ulusoy, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?," (2016): <http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf>, 6-7.

³⁵ Serdar Güleener ve Nebi Miş, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi," *SETA Analiz*, no. 190 (2017): 13.

³⁶ Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 2 (2017): 24-25.

III. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun hükmünde olmamakla birlikte asli yetki kullanımı bakımından kanun değerinde bir işlemdir.³⁷ Doktrindeki başka bir görüşe göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilecek olması, kanunu değiştirememesi yahut kaldıramaması, kanun ile olan ilişkisinde kanuna üstünlük tanınması nedenleriyle idari işlem niteliğindedir.³⁸ Doktrindeki diğer bir görüşe göre; Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yürütmenin asli düzenleme yetkisini kullanması, kanun olmayan alanda düzenleme yapılabilmesi, bu düzenlemelerin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne verilmesi, bazı hususların kanun yanında Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle de düzenlenebilmesi nedenleriyle işlevsel yönden yasama işlemidir.³⁹

Yürütme fonksiyonu sınırlarının tespitinin zorluğu sebebiyle en basit haliyle devletin yasama fonksiyonu ve yargı fonksiyonu dışında kalan faaliyetleri olarak tanımlanabilecektir. Bu fonksiyon "idari fonksiyon" ve "hükümet fonksiyonu" olarak ikiye ayrılmaktadır. İdari fonksiyon idare hukukunun, hükümet fonksiyonu ise anayasa hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Cumhurbaşkanlığı karar-

³⁷ Ülgen, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri*, 7.

³⁸ Ulusoy, *Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?*, 6; Aynı doğrultudaki görüş için bkz. Giray Tamer, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu," (2017), <http://www.anayasa.gen.tr/tamer-ay-degisikligi.pdf>, Erişim: 09.11.2018; Yıldırım, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 18; TAŞDÖĞEN, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 940; Murat Dülger, "Ceza Hukuku ve Kabahatler Hukuku Perspektifinden Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," (2018), https://www.academia.edu/37668339/CEZA_HUKUKU_VE_KABAHATLER_HUKUKU_PERSPEKTIFINDEN_CUMHURBAŞKANLIĞI_KARARNAMELERİ, 4.

³⁹ Volkan Aslan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine," *Anayasa Yargısı Dergisi* 36, no. 1 (2019): 145-146.

namelerinin yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceği Anayasa m. 7'de düzenlenmiştir. Buradan hareketle organik anlamda yürütme işlemi olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin işlevsel anlamda da yürütme işlemi niteliğinde olduğu ve yürütme yetkisine ilişkin olarak hem hükümet işlevine hem de idari işleve yönelik çıkarılabileceği söylenebilecektir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi hususunda Anayasa Mahkemesi yetkilendirilmiştir. Bu durumun Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliği üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Doktrindeki bir görüş uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hukuki niteliği gereği idari işlem olmakla birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi yönünde getirilen kural mahkemeye bu hususta verilen özel bir yetkiden ibarettir.⁴⁰ Doktrindeki başka bir görüşe göre; idare geleneği uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin yargısal denetimin idare mahkemeleri tarafından yapılması ve Anayasa m. 148'de hangi kararnamelerin Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulacağına ayrıca belirtilmesi gerekmektedir.⁴¹ Bir başka görüşe göre kaynağını doğrudan anayasadan alan asli düzenleme yetkisine dayanılarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna uygunluğundan değil ancak Anayasa'ya uygunluğundan söz edilebilecektir.⁴² Kanaatimizce öncelikle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin idari işleve mi hükümet işlevine mi ilişkin olduğuna yönelik bir ayrımın yapılması; ardından idari işleve yönelik Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin idari yargı denetimine tabi tutulması gerekmektedir.

⁴⁰ Ulusoy, *Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?*, 7; Gözler, Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygunluk denetimi yaptığını oysa Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna uygunluğunun denetlenmesinin gerektiğini belirtmektedir. Aksi takdirde anayasallık denetimini yasallık denetimine; Anayasa Mahkemesi'nin Danıştay'a döneceğini ifade etmektedir. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 894.

⁴¹ Yıldırım, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 18.

⁴² Aslan, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine*, 153.

Ancak Anayasa koyucu Anayasa m. 148’de böyle bir ayırım gözetmeksizin tüm Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetleneceğini hüküm altına almıştır.

IV. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

2017 yılında yapılan değişiklikle yasama organının genel düzenleme yetkisi korunmakla birlikte Anayasa’nın muhtelif maddelerinde yer alan birtakım alanlar ile kanuni düzenlemenin olmadığı yahut münhasıran kanun tarafından düzenlenmesi gerekmeyen alanlar bakımından yürütmeye kaynağını doğrudan anayasadan alan asli nitelikte bir düzenleme yetkisi verilmiştir.⁴³ Bu bakımdan olağan ve olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ayrı ayrı incelenerek normlar hiyerarşisindeki yerinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira Anayasa’nın “Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri” başlıklı 104. maddesi uyarınca verilen bu yetki sınırsız ve mutlak bir yetki değildir.

A. Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

16 Nisan 2017 değişikliği ile birlikte 1982 Anayasası’nda tüzük ifadesinin geçtiği yerler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak değiştirilmiştir.⁴⁴ Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna dayanması gerekmemekle birlikte bu değişiklik sonrasında Anayasa m. 104/17’de kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki özel çatışma kuralları düzenlenmiştir. Anayasa m. 104/17 uyarınca Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanacaktır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkar-

⁴³ Ardiçoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 25; Ülgen, 7; Taşdöğen, 945.

⁴⁴ Anayasa’da tüzük ifadesinin geçtiği yerlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak değiştirilmesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun gücünde olmadığını gösterdiğine ilişkin olarak bkz. Yıldırım, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 23.

ması durumunda ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelecektir. Anayasa'da düzenlenen çatışma kurallarından hareketle olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri hususunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Doktrindeki bir görüşe göre Anayasa'da özel olarak çatışma kurallarının düzenlenmesi, kanun – Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ilişkisinde birinin diğerine üstün olduğunu değil bu iki normun aynı düzeyde olduğunu göstermektedir. Bu görüşe göre bahsi geçen normlardan biri diğerine üstün olsaydı Anayasa koyucu farklı hükümlerin bulunması halinde kanunun uygulanacağını düzenleme ihtiyacı hissetmezdi.⁴⁵

Doktrindeki bizimde katıldığımız diğer görüşe göre bu çatışma neticesinde kanunun uygulanacağını düzenlenmesi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yerinin kanunlar ile eşit yahut kanunların üzerinde olmadığını göstermektedir.⁴⁶ Aynı zamanda Anayasa m. 8'de yürütme yetkisinin ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağını belirtilmesi bu görüşü destekler niteliktedir.

B. Olağanüstü Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Cumhurbaşkanı, Anayasa m. 119/6 uyarınca olağanüstü hallerde olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda ve Anayasa m. 104/17'nin ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmadan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir. Olağanüstü dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin herhangi bir kanuna dayanmaksızın çıkarılması mümkündür. Olağan dönemde normlar hiyerarşisindeki yeri kanaatimizce kanunun altında olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, olağanüstü dönemde kanunla

⁴⁵ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 276-277; Ozan Ergül, "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," *Güncel Hukuk*, no: 173 (2018), 31.

⁴⁶ Ulusoy, *Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?*, 6; Yıldırım, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 23.

aynı güçtedir.⁴⁷ Yönetmelikler ise bu hiyerarşik düzende Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin altında yer almaktadır. Tüm bu hukuki düzenlemelerin en üstünde ise anayasa bulunmaktadır.

Anayasa m. 119/6'da yer alan "çıkabilir" ifadesinden yasama organının da belirtilen hususlarda kanun çıkarılabileceği anlaşılmaktadır. Olağanüstü dönemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen bir hususta aynı zamanda bir kanun çıkarılması halinde bu kararnamelerin kanunla aynı güçte olması sebebiyle iki hukuki düzenlemenin çatıştığı durumlarda sonraki tarihli düzenlemenin esas alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

C. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerin Mahfuz Alan Sorunu

16 Nisan 2017 yılında kabul edilen değişiklikle birlikte Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile birtakım alanları düzenleme yetkisi verilmiştir. Bu yetki genel düzenleme yetkisi olmayıp konu ile sınırlandırılmış bir yetkidir.⁴⁸ Yeni sistemde;

Anayasa m. 104/9 uyarınca üst kademe kamu yöneticilerinin atanması, görevlerine son verilmesi ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları,

Anayasa m. 106/11 uyarınca bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması,

Anayasa m. 108/4 uyarınca Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri,

Anayasa m. 118/6 uyarınca Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecektir.

Cumhurbaşkanı Anayasa m. 104'de yer alan hususlar ile kanunla düzenlenmemiş konuları asli düzenleme yetkisine sahiptir. Yü-

⁴⁷ Kahraman ve Balkan, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi*, 242; Ardiçoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 49; Dülger, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," 4-5.

⁴⁸ Kahraman ve Balkan, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi*, 242.

rütme organına Anayasa m. 104 ile verilen bu asli düzenleme yetkisinin yürütme organına mahfuz bir düzenleme alanı yaratıp yaratmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Duran ve Tan, yürütme yetkisinin gerçek manada özerkliğinin ancak yasama ile yürütme alanlarının anayasada ayrı ayrı düzenlenerek gerçekleştirilebileceğini; bunun ise ya bir fonksiyonun alanına girenlerin tek tek sayılarak kalanın diğerine bırakılmak suretiyle ya da her iki alana giren konular sayılarak veya genel olarak tanımlanarak yapılabileceğini ifade etmektedir.⁴⁹ Duran, ikinci metodun benimsenmesi durumunda bahsi geçen iki fonksiyon arasındaki sınır uyumsuzluklarının daha sık yaşanacağını, birtakım konuların ise açıkta kalabileceğini belirtmektedir.⁵⁰

Mahfuz alan, yasama organı tarafından düzenlenemeyip yalnızca yürütme organı tarafından düzenlenebilecek alanı ifade etmektedir. Doktrindeki bir görüş yukarıda sayılan hususlarda yürütmenin mahfuz düzenleme yetkisinin olduğunu kabul etmekte ve bu hususlarda yasama organınca kanun çıkarılamayacağını savunmaktadır.⁵¹ Bu görüşe göre Anayasa'nın ilgili maddelerinde (m. 104/9, m. 106/11, m. 108/4, m. m. 118/6) yer alan "...Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir" ifadesi bu alanların yalnızca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceğini göstermektedir. Zira Anayasa koyucu bu alanların kanunla düzenlenebileceğini düşünseydi doğrudan "...Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilir" ifadesinin kullanır yahut aynı kamu tüzel kişiliğinin kurulmasını düzenleyen Anayasa m. 123'de olduğu gibi "kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur" ifadesini kullanırdı.

Doktrindeki bir diğer görüş "yasamanın genelliği" ve "yasamanın devredilmezliği" ilkelerinden hareketle yürütme organına ait

⁴⁹ Duran, *Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?*, 35; Tan, yasamanın düzenleme yapacağı alanların tek tek sayıldığı, kalan alanlardaki düzenleme yetkisinin ise yürütme organına ait olduğunun belirtildiği Fransız Anayasasını örnek vermektedir. Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 5. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 68.

⁵⁰ Duran, *Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?*, 35.

⁵¹ Gözler, *Anayasa Hukuku*, 888.

mahfuz bir düzenleme alanının olamayacağı yönündedir.⁵² Bu görüş çerçevesinde yasama organı tarafından düzenlenemeyip yürütme organı tarafından düzenlenebilecek bir alan yoktur. Zira yapılan anayasa değişikliğiyle bir alanın yasamaya kapatılarak bu alandaki düzenleme yetkisinin münhasıran yürütmeye verildiğine ilişkin herhangi bir anayasal norm ve yasamanın genelliği ile asliliğine ilişkin Anayasa m. 7 ve m. 87’de herhangi bir değişiklik bulunmamaktadır.⁵³ Tüm bu sebeplerle sistematik açıdan cumhurbaşkanlığı kararnamelerini kanunların önünde bir engel olarak görmek mümkün değildir.⁵⁴

Özbudun, Türkiye’de yürütme organının mahfuz bir düzenleme yetkisinin değil mahfuz bir düzenleme alanının bulunduğunu ifade etmektedir.⁵⁵ Özbudun’a göre bu mahfuz düzenleme alanı, yürürlükteki kanunların uygulanmasından ibarettir. Yasama organının bu alana müdahale etmesi mümkün değildir. Mahfuz düzenleme alanı gereği yasamanın bu alana ilişkin düzenleme yapamaması yasama yetkisinin özündeki sınırlar değil, yasama yetkisine Anayasa tarafından getirilen sınırlardır.⁵⁶

Doktrindeki bizimde katıldığımız görüşe göre ise yasama yetkisi genel ve devredilemez olmakla birlikte kanun koyucunun bu ilkelere istisnalar getirmesi mümkündür.⁵⁷

Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek bir diğer alan ise Anayasa m. 123/3 uyarınca kamu tüzel kişiliğinin kurulmasıdır. İlgili madde uyarınca kamu tüzel kişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabilecektir. Madde metninde yer alan “veya” ifadesi gereğince bu alanın yürütmenin mahfuz düzen-

⁵² Ardıçoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 37.

⁵³ Ardıçoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 37.

⁵⁴ Ardıçoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 37-38.

⁵⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 209.

⁵⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 734.

⁵⁷ Bu görüşü savunan yazarlar göre Anayasa m. 104 ile sınırlı sayıda sayma yöntemini kullanarak yürütmeye mahfuz ve sınırlı bir düzenleme alanı yaratıldığını ifade etmektedir. COŞKUN, *16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi*, 18; ULUSOY, *Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?*, 7.

leme alanı içerisinde olmadığını kesin olarak söylemek mümkündür. Bir kamu tüzel kişiliğinin kurulması hakkında kanun olması durumunda Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkaramayacaktır. Aynı konuda hem Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hem de kanunun olması ve bu iki düzenlemenin çatışması halinde ise kanaatimizce Anayasa m. 104/17 uyarınca kanunun uygulanması gerekmektedir.

Yürütmenin yukarıda belirtilen alanlarda mahfuz düzenleme yetkisinin var olduğunun kabul edilmesi halinde münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesine bırakılmış alanlardaki mevcut kanunların ne olacağının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu durumun yaratacağı sorun Anayasa'ya getirilen Geçici m. 21/B ile çözülmeye çalışılmaktadır. Anayasa Geçici m. 21/B'ye göre "...Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir". Yani, Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenleme alanına bırakılan hususların Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenmesi gerekmektedir.⁵⁸ Bu süre içerisinde ilgili kanunlar yerine yeni düzenlemelerin yapılmaması durumunda anayasa ile yürütmeye münhasıran bazı alanlarda verilen asli düzenleme yetkisi ortadan kalkacaktır. Münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi gereken bir hususta düzenleme getiren kanun yürürlükte kalıp uygulanmaya devam edecektir. Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren altı ay sonra yapılan düzenlemenin ise artık Anayasaya aykırılığı soyut ve somut norm denetimi ile ileri sürülebilecektir. Ancak Ulusoy, özerk düzenleme yetkisi tanınan bu alanlarda bile yasamanın kanun yapmasına bir engel olmadığını ifade etmekte ve aynı sistemi benimseyen Fransa'daki Fransız Anayasa Konseyi'nin yerleşik içtihadını örnek göstermektedir.⁵⁹

⁵⁸ Yıldırım, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 27.

⁵⁹ Bkz. Mathieu Bertrand, "La part de la loi, la partdurèglement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative,"

Anayasa Geçici Madde 21 kamu tüzel kişiliğinin kurulması bakımından ise uygulanamayacaktır. Madde metninde her ne kadar “kanun” veya “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” denilmiş olsa da yasama organının bu konuya ilişkin yetkisi devam ettiğinden mevcut kanunların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle değiştirilmesi yahut Geçici Madde 21 uyarınca yürürlükten kaldırılması mümkün gözükmemektedir.⁶⁰

VI. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN ANAYASAL SINIRLARI

A. Münhasıran Kanunla Düzenlenmesi Gereken Alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Çıkarılması Durumu

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal sınırlarından ilki münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alandır. Münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alandan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır:

Yıldırım bu ifadeden anlaşılması gerekenin yalnızca Anayasa’daki “ancak kanunla düzenlenir” ifadesinin bulunduğu düzenlemeler olmadığını, “kanunla düzenlenir” ifadesinin bulunduğu düzenlemelerden bazılarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁶¹ Yazara göre doktrindeki bu hususa ilişkin tartışmalar münhasıran kanunla düzenlenebilecek alanların açıkça düzenlenmesiyle son bulacaktır.⁶²

Ardıçoğlu, Anayasa m. 13’de Anayasa’nın ikinci kısmı üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin (eğitim-öğretim, sağlık, sosyal güvenlik, devletleştirme-özelleştirme vb.) düzenlenebileceğinin yer aldığını ifade etmektedir.⁶³ Yazar, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alandan içerisinde “ancak” ya

Pouvoirs 3/2005, (no: 114), 73-87. Aktaran: ULUSOY, *Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?*, 7.

⁶⁰ Yıldırım, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 27-28.

⁶¹ Yıldırım, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 26.

⁶² Yıldırım, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 26.

⁶³ Ardıçoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 38.

da “sadece” kanunla düzenlenir ibaresinin olduğu Anayasa hükümlerinin anlaşılması halinde bu maddenin göz ardı edilerek temel hak ve özgürlüklerle ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yapılamayacağı belirtilmektedir.⁶⁴

Gözler’e göre Türkiye’de münhasıran kanunla düzenlenecek bir alan yoktur. Çünkü Anayasa m. 8 uyarınca yasama yetkisi geneldir. Münhasıran kanunla düzenlenebilecek bir alanın olabilmesi için anayasada bu alanların tek tek sayılması ve bu sayılan alanlar dışındaki konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceğinin belirtilmesi gerekmektedir.⁶⁵ Yazara göre Anayasa’nın kanunla düzenleneceğini belirttiği hususlarda konuyla ilgili bir düzenleme olmaksızın o konunun doğrudan idarenin düzenleyici işlemiyle düzenlenmesi mümkün değildir. Ancak münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alanda dahi söz konusu yasaya aykırı olmadıkça yürütme fonksiyonu tarafından düzenleme yapılabilecektir.⁶⁶

Kanaatimizce, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alandan anlaşılması gereken Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen tüm alanlardır. Zira Gözler’in de ifade ettiği üzere yasama yetkisinin genelliği ilkesi varlığını sürdürdüğü sürece münhasıran kanun alanından bahsedilmesi mümkün değildir.

Anayasa m. 104/17 uyarınca yürütme organı ancak yürütme yetkisine uygun olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir. Bu sebeple münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması halinde yürütme organı tarafından bu alanda kullanılan yetki yürütme fonksiyonuna ilişkin olmadığından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

Cumhurbaşkanı kararnamesi çıkarılamayacak bir durumun varlığı halinde böyle bir durumun var olduğunun tespiti iptal davası veya itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır.⁶⁷ Bu

⁶⁴ Ardıçoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 38.

⁶⁵ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 884.

⁶⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 731.

⁶⁷ Ardıçoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 46.

denetim sırasında ne tür bir usulün izleneceğine ilişkin henüz hukuki bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır. Normlar hiyerarşisinde kanaatimizce kanunların altında bulunan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi sırasında evleviyetle kanunlarda kullanılan ölçütlerin kullanılması gerekmektedir.⁶⁸

B. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İle Düzenleneceği Belirtilen Hususlarda Kanun Çıkarılması Durumu

Anayasa'nın muhtelif maddelerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen alanlarda yasama organı tarafından bir düzenleme yapılması halinde kanunun mu yoksa Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin mi uygulanacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu belirsizlik ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz bir düzenleme alanının olup olmadığı hususunun netlik kazanmasıyla giderilebilecektir.⁶⁹

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz bir düzenleme alanı olmadığı yönündeki görüş kabul edilirse ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen alanlardan birinde kanunla düzenleme yapılması halinde kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çatışmasından söz edilecektir. Anayasa m. 104/17 uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen bir alanda kanuni bir düzenlemenin yapılması halinde kanunun uygulanması gerekmektedir. Böyle bir durumda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürürlükte kalmaya devam edecek, kanuni düzenlemenin ortadan kaldırılmasıyla ise uygulama alanı bulacaktır.⁷⁰

⁶⁸ "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen konuların aynı zamanda kanunla da düzenlenmeleri mümkün olduğundan, kanunun denetimi sırasında Anayasa Mahkemesince kullanılan ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gerekleri, laiklik, eşitlik gibi bir dizi anayasal norm ve ilke, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetiminde de kullanılacak ilke ve kurallardır. Kanun için geçerli olan denetim araçlarının Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için geçerli olmayacağını düzenleyen anayasal bir hüküm olmadığı gibi, Anayasa m. 148 de kanunlarla benzer esaslara bağlanmışlardır ve üst norm için geçerli olan alt düzeydeki bir norm için evleviyetle geçerlidir." Ardiçoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 46.

⁶⁹ Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz bir düzenleme alanı bulunup bulunmadığına ilişkin gerekli açıklamalara çalışmanın "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Mahfuz Alan Sorunu" başlığı altında yer verilmiştir.

⁷⁰ Ardiçoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 46.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz bir düzenleme alanı olduğu yönündeki bizim de katıldığımız görüş kabul edilirse Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen bir alana ilişkin kanunla düzenleme yapılamaz. Yapılması halinde mahfuz alanı düzenleyen Anayasa'nın ilgili maddesine aykırılık söz konusu olacağından konu iptal davası veya itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecek bir alanda kanuni bir düzenlemenin de olması halinde muhatap ve uygulayıcı olan tüm idari makamlar ve yargı organları hangi hükmün esas alınacağını değerlendirebileceklerdir.⁷¹

C. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Kanun Hükümlerinin Çatışması Durumu

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal sınırlarından bir diğeri ise cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanun hükümlerinin çatışması durumudur. Anayasa m. 104/17'ye göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen bir alanda kanunun bulunması ve bu iki düzenlemenin tümüyle birbiriyle çatışması halinde ilgili konuyu düzenleyen kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yalnızca birtakım hükümlerinde ele alınan bir konunun kanun ile çatışması halinde ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tümü değil yalnızca çatışan maddeleri uygulanmayacaktır. Örneğin; mevcut durumda 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 10/4 yer alan üye olarak seçilebilecek kişilerde aranan şartlar ile TİHEK üyelerinin de yer aldığı 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ek (1) sayılı cetveldeki kadrolara atanacak kişilerde aranacak niteliklere ilişkin düzenleme çatışmaktadır.⁷² Bu durumda 6701 sayılı Kanun m. 10/4 hükmünün uygulanması gerekmektedir. Yine böyle bir çatışma halinin varlığı ve hangi hükmün uygulanacağı tüm muhatap uygulayıcılar ve yargı organları tarafından değerlendirilebileceklerdir.

⁷¹ Ardıçoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 46.

⁷² Fatih Dügmeçi, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi* (Ankara: Adalet Kitabevi, 2019), 248-249.

Kanaatimizce hem yasamanın hem de yürütmenin ortak düzenleme alanındaki bir konunun cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi ve ardından aynı konuda kanun çıkarılması halinde kanunun cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çatışan hükümlerini açık bir hükümle ilga edip etmediği önem arz etmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çatışan hükümlerinin açıkça ilga edildiğine ilişkin bir hüküm varsa kanunun yürürlükten kaldırılması/iptaliyle cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ilgili hükümleri canlanmayacaktır. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları geleceğe etkilidir. Ancak kanunla cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çatışan hükümleri açıkça ilga edilmemişse bu durumda diğer yetkili makamca yapılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ilgili hükümlerinin canlanması gündeme gelecektir.

D. Kanunda Açıkça Düzenlenen Konuda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Çıkarılması Durumu

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleme alanının anayasal sınırlarından bir diğeri ise kanunda açıkça düzenlenen konulardır. Anayasa m. 104/17 uyarınca kanunda açıkça düzenlenen bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır. Bu başlık altında iki durumun açıklanması önem arz etmektedir. İlk açıklanması gereken husus Anayasa koyucunun kanunda "açıkça" düzenlenen konulardan neyi kastettiğidir. Anayasa m. 104/17'de yer alan "açıkça" kanunla düzenlenen alanlar ifadesi muğlak bir ifadedir. Zira hukuk muhakeme gerektirmektedir ve muhakeme yaparken yorum yöntemlerine başvurulmaktadır. Bu sebeple yorum yapan kişiye göre kimi düzenlemeler nispeten açık yahut açıklanmaya muhtaç olabilecektir. Doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin bu ifadeye dayanarak iptal edemeyeceği hiçbir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin olmadığı ifade edilmektedir.⁷³ Ancak bu hükme dayanarak kanunda açıkça düzenlenmediği iddia edilen her konuda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemesi de olasıdır. Kanaatimizce "kanunda açıkça

⁷³ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 886.

düzenlenen konularda” ifadesinin “kanunda düzenlenen konularda” olarak anlaşılması kanunda düzenlenen ancak açıkça düzenlenmediği ileri sürülen konular hakkında yürütmenin türevsel nitelikli işlemlerinin kullanılması yerinde olacaktır.

İkinci açıklanması gereken husus ise Anayasa’da yer alan yasağa rağmen kanunda düzenlenmiş bir konuda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı kararnamesine karşı iptal davası açılabilir. Ancak kanunla çatışması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenleme göz önünde bulundurulduğunda bu kararnameler hakkında iptal davası açılmasının aslında gerekli olmadığı da görülecektir. Zira Anayasa’nın bu açık hükmü karşısında uygulayıcıların Anayasa Mahkemesi’ne başvurmaksızın kanun hükümlerini uygulamasına bir engel bulunmamaktadır. Ancak bahsedilen durumda uygulayıcılar konunun kanunda açıkça düzenlenip düzenlenmediği hususunda tereddütte düşebilir yahut kanun yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesini uygulayabilir. Bu sebeple herkes için bağlayıcı bir tespitte ihtiyaç vardır. Dolayısıyla aynı özelliği taşıyan her somut durum için farklı hükümlerin önüne geçmek amacıyla kanunla düzenlenen alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarıldığı Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmesi ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin mevcut yasal olanaklar karşısında mecburen iptal hükmüne konu olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesine başvurulması durumunda ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunda açıkça düzenlenen bir konuyu düzenliyor olup olmamasına göre iki farklı olasılık gündeme gelecektir. İlk durum olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunda açıkça düzenlenen bir konuyu düzenliyor olması halinde ÜLGEN ilk inceleme aşamasında Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin davada uygulanacak norm niteliği taşımadığını belirterek davayı reddetmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁴ Oysa iptal davası yoluyla Anayasa Mahkemesi kanunların, Cumhurbaş-

⁷⁴ Ülgen, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri*, 34.

kanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İttüzüğü-nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığını denetler. Kanaatimizce Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunla düzenlenen konularda çıkarılmayacağı hususunun esas bakımından Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi ve kanunda açıkça düzenlenen hususlara ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin iptal edilmesi gerekmektedir. Zira Anayasa m. 104/17’de yer alan “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmaz” ifadesi de bir anayasa hükmüdür ve esastan anayasaya aykırılık denetiminin konusunu oluşturacaktır. İkinci durumda ise kanunda açıkça düzenlenmeyen bir konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlendiği ortaya çıkarsa artık Anayasa Mahkemesi’nin işin esasına girerek Anayasa hükümlerine başkaca bir aykırılığın olup olmadığını değerlendirmesi gerekmektedir.

E. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Düzenlenen Bir Alanda Kanuni Bir Düzenlemenin Yürürlüğe Girmesi Durumu

Anayasa m. 104/17 uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen bir alanda Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin bir kanun çıkarması halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelecektir. 2017 yılında kabul edilen Anayasa değişikliğiyle getirilen bu düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin TBMM tarafından denetlenmesinin bir aracı olduğu söylenebilecektir.⁷⁵ Meclisin Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz kılmak istemesi halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ilgili hükümleriyle aynı konuyu ele alan bir kanun çıkarması gerekmektedir.⁷⁶ Hükümsüz kılmanın açık ya da zımni olması mümkündür.

Anayasanın bu hükmü karşısında çalışmamızın konusu bakımından “hükümüz hale gelmek ifadesinden ne anlaşılması gerektiği” ve “Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz hale getiren kanunun yürürlükten kalkması/iptali halinde Cumhurbaşkanlığı

⁷⁵ Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 101.

⁷⁶ Mevzuat yapım tekniklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SÖYLER, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 102.

kararnamesinin hükümsüz hale gelen hükümlerinin yahut tamamının tekrar canlanıp canlanmayacağı” hususlarının açıklanması gerekmektedir.

Hükümsüz hale gelme ifadesi Anayasa hükmünün uygulanması bakımından belirleyici rol oynamaktadır. Kanaatimizce hükümsüz hale gelme geçerli bir biçimde hüküm ve sonuçlarını doğuran bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünün aynı konudaki bir kanun hükmünün yürürlüğe girdiği an uygulanamaz hale gelmesini ifade etmektedir.

Kanunda açıkça düzenlenen bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması durumunda olduğu gibi Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen bir alanda kanuni bir düzenlemenin yürürlüğe girmesi halinde muhatap ve uygulayıcı olan tüm idari makamlar ve yargı organları hangi hükmün esas alınacağına ilişkin değerlendirme yapabileceklerdir.⁷⁷ Yine kanunla Cumhurbaşkanı kararnamesinin aynı konuya ilişkin olması durumunda bu husus tespit edilene kadar geçen süre zarfında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanması mümkündür. İdari faaliyette bulunan uygulayıcılar bakımından birtakım belirsizliklerin ortaya çıkmaması için hükümsüz hale gelen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlükten kaldırılması/iptali yerinde olacaktır.⁷⁸ Ancak hükümsüz hale gelme tanımında belirttiğimiz üzere aslında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ilgili hükümleri kanun yürürlüğe girdiği an uygulanamaz hale gelmektedir. Bu yüzden kanunun yürürlüğe girmesiyle artık uygulanamayan bir düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden söz edilemeyecektir. Anayasa Mahkemesi'nin bu durumda karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerekmektedir. Karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi durumunda hükümsüz hale gelme anından itibaren bu düzenlemelere dayanılarak tesis edilen işlemlerin geçersizliği gündeme gelecektir. Yani Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yapıldığı anda hüküm ve sonuçlarını geçerli bir biçimde doğuracaktır. Hukuk devleti ol-

⁷⁷ Ardıçoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 46.

⁷⁸ Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 101.

manın bir gereği olarak aynı konuda kanuni bir düzenleme yapılan kadar bu hüküm ve sonuçların korunması gerekmektedir. Ancak aynı konuda bir kanun çıkarılmasıyla artık hükümsüz hale gelen Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak yapılan işlemler hukuka aykırıdır.

Bu başlık altında ele alınması gereken hususlardan diğeri Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz kılan kanunun yürürlükten kaldırılması/iptali halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yahut hükümsüz hale gelen hükümlerinin tekrar canlanıp canlanmayacağıdır. Yani, kanun Cumhurbaşkanlığı kararnamesini kalıcı olarak mı yoksa geçici olarak mı hükümsüz kılmaktadır? Ardıçoğlu'na göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüzlüğü geçicidir ve kanunun ortadan kalkmasıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uygulanmaya devam etmesi gerekmektedir.⁷⁹ Söyler ise hükümsüz kılma hallerine göre bir ayırım yapmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin zımni olarak yürürlükten kaldırılması halinde yazar hükümsüzlüğün geçici olacağını; açık olarak yürürlükten kaldırılması halinde hükümsüzlüğün kalıcı olacağını ifade etmektedir.⁸⁰ Kanaatimizce hem yasamanın hem de yürütmenin ortak düzenleme alanında olan bu halde başlangıçta geçerli olan ve yetkili diğer makamca yapılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunun açık bir hükümüyle ilga edilip edilmediği önem arz etmektedir. Kanunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yahut ilgili hükümlerinin açıkça ilga edildiğine ilişkin bir hüküm yoksa kanunun kaldırılması/iptal edilmesiyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ya da ilgili hükümlerinin canlanması gerekmektedir.

SONUÇ

Düzenleyici işlem yapma yetkisi kural olarak yasama organına ait olmakla birlikte kanuna dayanmak ve kanunun çizdiği sınırlar içerisinde olmak kaydıyla yürütme organı tarafından da kullanılabilir. Doktrinde yasama organı tarafından her alanın düzenlenemeyece-

⁷⁹ Ardıçoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 46.

⁸⁰ Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 102.

ği, düzenleme yetkisinin anayasa tarafından bizzat yürütmeye verilmiş olması durumunda dahi yürütmenin düzenleme yetkisinin bulunduğuna ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Ancak hem 1961 hem de 1982 Anayasası döneminde hâkim olan görüş yürütmenin düzenleme yetkisinin türevsel, bağlı ve istisnai nitelikte olduğu yönündedir.

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle yürütmeye asli düzenleme yetkisi verilmiştir. Verilen bu yetki beraberinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliği hususundaki tartışmaları beraberinde getirmiştir. Kanaatimizce organik anlamda yürütme işlemi olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri işlevsel anlamda da yürütme işlemi niteliğindedir ve yürütme yetkisine ilişkin olarak hem hükümet işlevine hem de idari işleve yönelik çıkarılabilecektir.

Anayasa uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenecektir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri iptal davasına konu olabilecekleri gibi anayasaya aykırılıkları itiraz yoluyla da ileri sürülebilecektir. Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliği üzerinde etkili değildir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal sınırlarının açıklanabilmesi için Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunla olan ilişkisinin ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu ilişkinin olağan ve olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Kanaatimizce olağan dönemde normlar hiyerarşisindeki yeri kanunun altında yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, olağanüstü dönemde kanunla aynı güçtedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz bir düzenleme alanı olup olmadığı hususu ise Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal sınırlarının açıklanabilmesi için önem arz eden bir diğer husustur. Kanaatimizce kanun koyucu yapılan değişiklikte birlikte Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek alanları ayrıca belirtip örtülü olarak bu alanları yasamanın düzenlemesine kapatmıştır. Anayasanın muhtelif maddelerinde belirtilen hususlar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından mahfuz alan yaratmaktadır.

Tüm bu açıklamalardan yola çıkarak çalışmamızda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal sınırları incelenmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal sınırlarından ilki münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasıdır. Münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekli bir alandan kasıt kanaatimizce kanunla düzenleneceği belirtilen tüm konulardır. Anayasa m. 104/17 uyarınca yürütme organı ancak yürütme yetkisine uygun olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir. Bu sebeple münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması halinde yürütme organı tarafından bu alanda kullanılan yetki yürütme fonksiyonuna ilişkin olmadığından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alandan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılması ve ardından kanunun yürürlükten kaldırılması/iptal edilmesi durumunda ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin yeniden uygulama alanı bulmayacağını düşünmekteyiz.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin diğer anayasal sınırı Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen bir hususta kanun çıkarılmasıdır. Biz Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz bir düzenleme alanı olduğu yönündeki görüşü kabul ettiğimizden Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen bir alanın kanunla düzenlenmesi halinde mahfuz alanı düzenleyen Anayasa'nın ilgili maddesine aykırılık söz konusu olacağı kanaatindeyiz. Böyle bir durumda kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çatışması söz konusu değildir. Zira konu bakımından yetkili organ yürütmedir ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin esas alınması gerekmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal sınırını oluşturan diğer hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kanun hükümlerinin çatışmasıdır. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tümüyle içerisine alan bir konu hakkında kanun hükümleri çatışırsa kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yalnızca bazı hükümlerinde ele alınan bir husus ile kanun hükümlerinin çatışması halinde Cumhurbaşkanlığı

kararnamesinin tümü değil yalnızca o maddesi hükümsüz hale gelecektir. Kanaatimizce hem yasamanın hem de yürütmenin ortak düzenleme alanında olan bu halde kanunun yürürlükten kaldırılması/iptaliyle diğer yetkili makamca yapılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ya da ilgili hükümleri canlanıp canlanmadığı kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin açıkça ilga edilip edilmediğine bakılarak belirlenmelidir.

Bir başka anayasal sınır ise kanunda açıkça düzenlenen hususlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasıdır. Yine Anayasa m. 104/17 uyarınca ilgili uyuşmazlık hakkındaki kanun hükümlerinin uygulanması lazım gelmektedir. Kanaatimizce “kanunda açıkça düzenlenen konularda” ifadesinin “kanunda düzenlenen konularda” olarak anlaşılması, kanunda düzenlenen ancak açıkça düzenlenmediği ileri sürülen konular hakkında yürütmenin türevsel nitelikli işlemlerinin kullanılması yerinde olacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunla düzenlenen konularda çıkarılamayacağı hususunun esas bakımından Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi ve kanunda açıkça düzenlenen hususlara ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin iptal edilmesi yerinde olacaktır.

Çalışmamızda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin yer verdiğimiz son anayasal sınır ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen bir alanda kanuni bir düzenlemenin yürürlüğe girmesi ve ilgili düzenlemelerin hükümsüz hale gelmesidir. Hükümsüz hale gelme geçerli bir biçimde hüküm ve sonuçlarını doğuran bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünün aynı konudaki bir kanun hükmünün yürürlüğe girdiği an artık geçersiz olmasını ve uygulanamaz hale gelmesini ifade etmektedir. Kanaatimizce kanunun yürürlüğe girmesiyle artık uygulanamayan bir düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden söz edilemeyeceğinden Anayasa Mahkemesi’nin karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerekmektedir. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüzlüğünün kanunda açık bir düzenleme yoksa geçici olacağını, kanunun yürürlükten kalkmasıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tekrar uygulama alanı bulacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Aldıkaçtı, Orhan. *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.
- Ardıçoğlu, Artuk. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2017): 20-51.
- Aslan, Volkan. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine." *Anayasa Yargısı Dergisi* 36, no. 1 (2019): 139-161.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Coşkun, Vahap. "16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi." *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 36 (2017): 3-30.
- Duran, Lütfi. "Düzenleme Yetkisi Özek Sayılabilir mi?" *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 4, no. 1-3 (1983): 33-42.
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- Düğmeci, Fatih. *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi*. Ankara: Adalet Kitabevi, 2019.
- Dülger, Murat. "Ceza Hukuku ve Kabahatler Hukuku Perspektifinden Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri." 2018. https://www.academia.edu/37668339/CEZA_HUKUKU_VE_KABAHATLER_HUKUKU_PERSPEKT%C4%B0F%C4%B0NDEN_CUMHURBA%C5%9EK_ANLI%C4%9EI_KARARNAMES%C4%B0.
- Erdoğan, Mustafa. *Anayasa Hukuku*. 7. Baskı, Ankara: Orion Yayınevi, 2011.
- Ergül, Ozan. "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri." *Güncel Hukuk*, no: 173 (2018): 30-32.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. 2.Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi, Temmuz 2018.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Güncellenmiş 24. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi, Haziran 2019.
- Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Kitabevi, 2016.

- Gözübüyük, Şeref. *Yönetim Hukuku*. Güncelleştirilmiş 22. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, Eylül 2005.
- Güneş, Turan. *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1965.
- Kahraman, Mehmet ve Ali balkan. "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi." *International Journal of Academic Value Studies* 4, no. 19 (2018): 239-246.
- Gülener, Serdar ve Nebi Miş. "Cumhurbaşkanlığı Sistemi." *SETA Analiz*, no. 190 (2017): 7-25.
- Özay, İl Han. *Günüşiğinde Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 2017 Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 18. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Söyler, Yasin. *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Tamer, Giray. "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu." 2017.
- Tan, Turgut. "1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)." *Anayasa Yargısı* I (1984): 31-47.
- Tan, Turgut. *İdare Hukuku*. Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Turhan Kitabevi, 2016.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. 15. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.
- Taşdöğen, Salih. "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 3 (2016): 937-966.
- TBMM. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Madde Gerekeçeli)*. 2008.
- Tunç, Hasan. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2018.
- Ulusoy, Ali. "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?" (2016).
- Ülgen, Özen. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2018): 3-39.
- Yıldırım, Turan. "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 2 (2017): 13-28.
- Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2009.

CONDITIONAL EARLY RELEASE AT THE RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE

*Sierra Leone Rezidüel Özel Mahkemesi'nde
Koşullu Salıverme*

Hüseyin ATEŞ*

Abstract

It appears to be a general rule amongst international tribunals that prisoners do not have to serve the entirety of the prison term to which they have been sentenced; instead, once two-thirds of a custodial sentence has been served, prisoners are eligible for early release. This has led to accusations of decreased transparency, and of being out of step with the aims of international criminal law.¹ It, however, provides prisoners the right to hope, which is particularly true for those sentenced to life imprisonment. The early release mechanism has some benefits for both the public and the prisoners. Firstly, the possibility of achieving early release could be an incentive for prisoners to behave well during the time of their punishment.² Secondly, the mechanism is consistent with Article 10(3) of

* Research Assistant (Araştırma Görevlisi), Social Sciences University of Ankara (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi) Department of Criminal and Criminal Procedure Law (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı), huseyin.ates@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3723-4914.

Makale Gönderim Tarihi: 19.10.2019.

Makale Kabul Tarihi: 27.11.2019.

¹ Jonathan H. Choi, "Early Release in International Criminal Law," *Yale Law Journal* 123, (2014): 1784,

<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol123/iss6/4/>.

² William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 1st ed. (Oxford: Oxford University Press, 2010), 1102.

the International Covenant on Civil and Political Rights³ regarding the reformation and social rehabilitation of prisoners. Rehabilitation is a significant factor by which the international courts grant early release.⁴ In this paper, the conditional early release scheme at the Residual Special Court for Sierra Leone will be examined by referring to recent practices.

Key Words: Conditional Early Release, International Criminal Law, International Crimes, Residual Special Court for Sierra Leone, Rights of Prisoners.

Öz

Uluslararası mahkemelerde hükümlüler mahkum edildikleri hapis cezasının tamamını çekmelerinden önce mahkum oldukları cezanın üçte ikisini çekmeleri durumunda erken tahliye edilebilirler. Bu durum, şeffaflığın azalmasına neden olduğu ve uluslararası ceza hukukunun amaçlarının dışında olduğu gerekçeleri ile eleştirilmiştir. Ancak koşullu salıverilme hakkı mahkumlara, özellikle ömür boyu hapis cezasına çarptırılanlar için umut hakkını sağlar. Erken tahliye mekanizmasının hem toplum hem de mahkumlar için bazı yararları vardır. İlk olarak, erken tahliye edilme olasılığı cezaevinde hükümlülerin iyi davranması için bir teşvik olabilir. İkinci olarak, mekanizma hükümlülerin reformu ve sosyal rehabilitasyonu ile ilgili Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 10 (3) maddesi ile tutarlıdır. Uluslararası mahkemeler tarafından sağlanan erken tahliye hakkı mahkumların rehabilitasyonu için önemli bir

³ "The International Covenant on Civil and Political Rights" adopted by the General Assembly of the UN on 19th December 1966, accessed August 19, 2019, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-English.pdf>.

Article 10(3): *The penitentiary system shall comprise treatment of prisoners the essential aim of which shall be their reformation and social rehabilitation...*

⁴ Jessica M. Kelder, Barbora Hola, and Joris van Wijk, "Rehabilitation and Early Release of Perpetrators of International Crimes: A Case Study of the ICTY and ICTR," *International Criminal Law Review* 14, no. 6 (2014): 1177-1203, 1178, <https://doi.org/10.1163/15718123-01406008>.

faktördür. Bu çalışmada, Sierra Leone Rezidüel Özel Mahkemesi'nde koşullu salıverilme kurumu son uygulamalara atıfta bulunarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Koşullu Salıverilme, Hükümlülerin Hakları, Uluslararası Suçlar, Uluslararası Ceza Hukuku, Sierra Leone Rezidüel Özel Mahkemesi.

INTRODUCTION

The Special Court for Sierra Leone (hereinafter referred to as SCSL) was founded in 2002 by the request of the Government of Sierra Leone to the UN in 2000 in order to address serious crimes against civilians and UN peacekeepers committed throughout a decade (1991-2002) long war. The SCSL, the first international court founded by voluntary contributions, became the first court to complete its mandate and transition to a residual mechanism in 2013.⁵ After the closure of the SCSL in 2013, the Residual Special Court for Sierra Leone (hereinafter referred to as the RSCSL) was founded by an agreement⁶ with the United Nations (hereinafter referred to as the UN) and the Government of Sierra Leone in order to manage residual functions.⁷ In this essay, conditional early release scheme at the RSCSL, one of the ongoing functions of the RSCSL, will be analysed.

⁵ "The Special Court for Sierra Leone Its History and Jurisprudence," Residual Special Court for Sierra Leone, accessed August 20, 2019, <http://www.rscsl.org/>.

⁶ "Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Residual Special Court for Sierra Leone," Residual Special Court for Sierra Leone, accessed August 20, 2019, <http://www.rscsl.org/Documents/RSCSL%20Agreement%20and%20Statute.pdf>. The agreement was signed by the UN on 29th July 2010 and by the Government of Sierra Leone on 11th August 2010. According to article 14 of the Agreement, the Agreement shall enter into force on the day after both Parties have notified each other in writing that legal requirements for entry into force have been complied with. The RSCSL shall commence its operations immediately on the closure of the SCSL.

⁷ "Residual Functions The Obligations of the Residual Special Court," Residual Special Court for Sierra Leone, accessed August 20, 2019, <http://www.rscsl.org/residual.html>.

The term "residual functions" is explained by the RSCSL as follows; "... is used to describe the obligations which are derived from the core mandate of the SCSL

Article 24 of the Statute of the RSCSL provides prisoners the opportunity of pardon or commutation of sentences.⁸ Moreover, Rule 124 of the Rules of Procedure and Evidence of the RSCSL (hereinafter referred to as RPE of the RSCSL) which the RSCSL must apply *mutatis mutandis* to the conduct of the legal procedure pursuant to Article 16 of the Statute of the RSCSL provides conditional early release. The conditional early release mechanism at the RSCSL is regulated in detail and governed by the Practice Direction on the Conditional Early Release of Persons Convicted by the Special Court for Sierra Leone (hereinafter referred to as the Practice Direction).⁹

According to Article 23-24 of the Statute of the RSCSL and Rule 124 of RPE of the RSCSL, the pardon or commutation of sentences is conducted via the laws of enforcement in the state in which the convicted person is imprisoned. The decision-making authority is the President of the RSCSL, who is obliged to be in consultation with the judges who imposed the sentence. The decision must be made on the basis of the interests of justice and the general principles of law.¹⁰ The Practice Direction regulates different issues regarding early release. Various issues that have been dealt with by the RSCSL regarding three such decisions given by the Court until now will be examined.

I. ELIGIBILITY FOR CONSIDERATION FOR EARLY RELEASE

Article 2 of the Practice Direction requires certain criteria to be met by the convicted person in order to be eligible.¹¹ The Article states that for consideration for conditional early release, the prisoner must first serve two-thirds of his/her total sentence provided

as a criminal tribunal mandated to prosecute persons who bear the greatest responsibility for the war in Sierra Leone.”

⁸ See Article 24 of the Statute.

⁹ “The Practice Direction on the Conditional Early Release of Persons Convicted by the Special Court for Sierra Leone” revised on 02.12.2016, Residual Special Court for Sierra Leone, accessed August 20, 2019, http://www.rscsl.org/Documents/PRACTICE_DIRECTION_Conditional_Early_Release.pdf.

¹⁰ See Articles 23-24 of the Statute of the RSCSL and Rule 124 of the RPE of the RSCSL.

¹¹ See Article 2 of the Practice Direction.

he/she meets the requirements set out in paragraphs B through D of Article 2.¹² Serving two-thirds of the sentence does not mean the prisoner has the right to be released; in the Senessie case, the President of the RSCSL stated “a Convicted Person has no entitlement to Conditional Early Release from his or her sentence. The President considers whether it is safe and proper for the convict to serve the remaining part of the sentence other than in prison”.¹³ He/she has the right for his/her application for early release to be considered. If a prisoner applies for conditional early release before serving two-thirds of their sentence, the application will be dismissed by the reason of its being premature at the time of application, as happened in the Fofana case.¹⁴

The prisoner must initiate and follow the process to determine eligibility for conditional early release as provided by Article 3 of the Practice Direction.¹⁵ If they do not follow this process, the application will be rejected, as it happened in the Senessie case.¹⁶ In the Decision of the President on Senessie’s Application for Conditional

¹² See Article 2 of the Practice Direction.

¹³ The RSCSL Prosecutor v. Eric Koi Senessie, Decision of the President on Application for Conditional Early Release, 04.06.2014, 4, para. 15, accessed August 20, 2019, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Contempt/2011-01/035/SCSL-11-01-ES-035.pdf>.

¹⁴ The RSCSL Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa, Decision of the President on Application for Conditional Early Release, 11.08.2014, 3, para. 3, accessed August 20, 2019, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/CDF/836/SCSL-04-14-ES-836.pdf>.

¹⁵ See Article 3 of the Practice Direction: “(A) The process to determine eligibility for Conditional Early Release shall be initiated by the State of Enforcement in accordance with the applicable Enforcement of Sentences Agreement, EITHER:
(i) Pursuant to a Direct Application by the Convicted Person to the State of Enforcement (using the relevant form in Annex A) that shall be copied to the Registrar; OR
(ii) Pursuant to Notification based on the applicable law of the State of Enforcement (using the form in Annex B).
(B) The application or notification shall be accompanied by documentation from the Convicted Person establishing that he meets the requirements for eligibility set out in Article 2 above.
(C) The convicted person may initiate the Conditional Early Release review process five months prior to the date on which he has served two-thirds of his total sentence or at any time thereafter.”

¹⁶ *Prosecutor v. Eric Koi Senessie* Supra note 13, para. 7.

Early Release, the application was rejected due to non-compliance with the Practice Direction,¹⁷ though it is not clear what rules were not complied with. Mujuzi recommends that if this occurs because the prisoner was unaware of the appropriate procedure, then they must be educated in this regard. Similarly, if the application is rejected for other reasons, these must be resolved.¹⁸

Article 2(B) of the Practice Direction sets out various conditions that prisoners must demonstrate, such as successful completion of any remedial, educational, moral, spiritual, or other programme to which they are referred; that they are not a danger to community, or to any member of the public; and compliance with the terms and conditions of their imprisonment.¹⁹ Annex A to the Practice Direction adds some other conditions: not posing any risk to specially the witnesses who testified against them; doing nothing during their incarceration to incite against the peace and the security of the people of Sierra Leone, either personally or through others.²⁰

It has been argued whether referral to appropriate programmes raises the possibility that the prisoner may attend the programme merely to increase the chance of early release, rather than the intended purpose of aiding rehabilitation.²¹ The present writer believes that attending any of those programmes at least allows for the possibility for prisoners to rehabilitate themselves. For this reason, this practice does not present any real danger, even if a prisoner's

¹⁷ *Prosecutor v. Eric Koi Senessie* Supra note 13, para. 7.

¹⁸ Jamil Ddamulira Mujuzi, "The Conditional Early Release of Offenders Transferred from the Special Court for Sierra Leone to Serve Their Sentences in Designated States: Some Observations and Recommendations," *African Yearbook on International Humanitarian Law*, (2014), 154-170, 160, http://repository.uwc.ac.za/xmlui/bitstream/handle/10566/2343/Mujuzi_Conditional%20early%20release_2014.pdf?sequence=1.

¹⁹ See Article 2(B) of the Practice Direction.

²⁰ Annex A to the Practice Direction, Form A (1), Petition by Convicted Person to Establish Eligibility for Conditional Early Release, accessed August 25, 2019, http://www.rscsl.org/Documents/PRACTICE_DIRECTION_Conditional_Early_Release.pdf.

²¹ Mujuzi, "The Conditional Early Release," 161.

intentions are less than honourable. It is also suggested that the requirements in Form A and Article 2 need to be harmonised so prisoners know exactly what is required of them.²²

II. DETERMINATION OF APPLICATION FOR CONDITIONAL EARLY RELEASE

A. Consulting with the Judges who Imposed the Sentence

Pursuant to Article 8(A) and 8(B) of the Practice Direction,²³ Rule 124 of the RPE of the RSCSL²⁴ and Article 24 of the Statute of the RSCSL,²⁵ the President of the RSCSL must consult with the judges who imposed the original sentence if available or, if unavailable, at least two other judges on the basis of the interests of justice and the general principles of law. While the President makes the decision, he/she must determine whether or not the Convicted Person has shown clear and convincing evidence that he/she will be a safe member of society and comply with conditions imposed by a Conditional Early Release Agreement.

The question is whether there must be a consensus between the President and the judges who imposed the sentence. The answer here is that there does not have to be such a consensus, as the President has the ultimate power to decide whether the prisoner should be allowed conditional early release, or otherwise. The obvious criticism here is whether the President should have such unilateral power. The present writer believes that the President should have such power, as the prisoners fall under the auspices of the RSCSL, despite the fact that they serve their sentences in designated countries.

In the Fofana case, the President emphasised that “...*their views form part of the process through which I have to make my decision ... One report was supportive of the application but the other expressed serious*

²² Mujuzi, “The Conditional Early Release,” 160- 161.

²³ See Article 8(A)-8(B) of the Practice Direction.

²⁴ See Rule 124 of the Rules of Procedure and Evidence of the Special Court for Sierra Leone.

²⁵ See Article 24 of the Statute of the RSCSL.

reservations mainly because Fofana has not, at any stage, acknowledged his own responsibility and the leadership role he played in the armed conflict."²⁶ In the Senessie case, the President stated "I ... consulted with the Judge who imposed the sentence."²⁷ Whether or not the judge's opinion is in favour of the prisoner is not mentioned in the Decision of the President.²⁸ As can be seen from these cases, the President has followed due process.

The President's decision must be accompanied by a reasoned opinion in writing and the factors which must be considered and evaluated. The factors are stated in the Kondewa case as follows; "(i) the safety of the community if the convicted person is released;(ii) the views and concerns of the victims, witnesses and their families, if any, regarding the conditional early release of the convicted person;(iii) the effect of any conviction for contempt of court for any manner of interference or attempted interference with witnesses, bearing in mind that such a conviction alone may justify denial of conditional early release;(iv) the convicted person's participation in any remedial, educational, moral, spiritual or other programme to which he was referred within the Prison, his demonstration of remorse and his commitment to contribute to the restitution of victims and to reconciliation and maintenance of peace in Sierra Leone;(v) the views and concerns of the community to which he seeks to be released."²⁹ These factors mirror at Article 8(D) of the Practice Direction.³⁰

The decision on conditional early release is final. It is not subject to appeal or review.³¹

²⁶ *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa* Supra note 14, para. 18.

²⁷ *Prosecutor v. Eric Koi Senessie* Supra note 13, para. 9.

²⁸ *Prosecutor v. Eric Koi Senessie* Supra note 13, para. 9.

²⁹ The RSCSL Prosecutor v. Allieu Kondewa, Decision of the President on Application for Conditional Early Release, 29.05.2017, 6, para. 11, accessed August 25, 2019, <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/CDF/860/RSCSL-04-14-ES-860.pdf>.

³⁰ See Article 8(D) of the Practice Direction.

³¹ See Article 8(E) of the Practice Direction.

B. Terms of the Conditional Early Release Agreements

Article 8(C)(i) and Article 9(C) of the Practice Direction stipulate that prisoners must comply with the terms of the Conditional Early Release Agreement specified by the President.³² If they fail in this regard, or pose a risk of harm to any person, the prisoner will be detained and transferred to the RSCSL. There are certain terms listed in Annex C, Pro Forma Conditional Early Release Agreement to which terms can be added if the President deems such additions necessary.³³

In the Fofana case, the President found it necessary to impose five further Special Conditions that do not appear in Annex C.³⁴ The prisoner may be released if he adheres to the Conditional Early Release Agreement. Fofana, however, violated the terms at least twice each month.³⁵ Despite such violations, he will not be returned to prison, but will face restrictions that are more stringent on his ability

³² See Article 8(C)(i) and Article 9 (C) of the Practice Direction.

³³ See Annex C of the Practice Direction, Pro Forma Conditional Early Release Agreement, accessed August 25, 2019, http://www.rscsl.org/Documents/PRACTICE_DIRECTION_Conditional_Early_Release.pdf.

³⁴ *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa* Supra note 14, 22, para. 49.

The five further special conditions are as follows :” (i) After the six-month Training session, the applicant shall publicly apologize for his wrongful conduct, acknowledge his guilt and show remorse; (ii) The applicant or any person acting with his consent or authority shall not, directly or indirectly, approach any of the witnesses in future, to directly or indirectly try to harm, intimidate or otherwise interfere with them in any way; (iii) The applicant shall conduct himself honorably and peacefully in the community and shall not engage in secret meetings intended to plan civil unrest or join local politics; (iv) The applicant shall strictly observe the reporting schedules set by the Monitoring Authority and the Registrar, and shall personally report to such centre or centres as are designated, at least TWICE every month; (v) Regular visits shall be made by the office of the Registrar to provide assurance of security to such vulnerable former witnesses as may desire it.”

³⁵ “Moinina Fofana Admits Violating Terms of His Conditional Early Release Agreement,” The RSCSL Press Release, Freetown, Sierra Leone, 18.03.2016, 1, para. 2, accessed August 28, 2019, <http://www.rscsl.org/Documents/Press/2016/pressrelease-031816.pdf>.

to travel outside his community.³⁶ He will also be taking an intensive two-week training programme on the modified terms and conditions of his release; after the training program, he must reaffirm his understanding of the terms and conditions of the release, including the modified special conditions.³⁷

The President did not find it necessary to impose further special conditions in the Senessie case; where it was deemed sufficient to complete and execute the terms listed in Annex C.³⁸ However, Senessie was not willing to follow the terms imposed. He chose to stay in detention for the short remaining period of his sentence.³⁹ He was released at the end of his sentence on the 13th June, 2014.⁴⁰

In the Kondewa case, the President decided to impose four further Special Conditions that do not appear in Annex C. The conditions are as follows; *“(i) after the ten-month training session, the applicant shall again publicly apologize for his wrongful conduct, acknowledge his guilt and show remorse; (ii) the applicant or any person acting with his consent or authority shall not, directly or indirectly, approach any of the witnesses in future, to directly or indirectly try to harm, intimidate or otherwise interfere with them in any way; (iii) the applicant shall conduct himself honorably and peacefully in the community where he is ordered to live and shall not engage in secret meetings intended to plan civil unrest or join local or national politics. (iv) the applicant shall strictly observe the*

³⁶ “Moinina Fofana Will Face Stricter Conditions for Violating Terms of His Conditional Early Release Agreement,” The RSCSL Press Release, Freetown, Sierra Leone, 25.04.2016, 1, para. 3, accessed August 28, 2019, <http://www.rscsl.org/Documents/Press/2016/pressrelease-042516.pdf>.

³⁷ *Fofana Will Face Stricter Conditions*, 1-2, para. 7-8.

³⁸ *Prosecutor v. Eric Koi Senessie* Supra note 13, 9-10, para. 39.

³⁹ Teresa Anne Doherty and Shireen Avis Fisher, “Enforcement of sentences and oversight of prisoners convicted by the Special Court for Sierra Leone,” in *Research Handbook on the International Penal System*, ed. Roisin Mulgrew and Denis Abels (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2016), 355-383, 359-360.

⁴⁰ “Moinina Fofana Granted Conditional Early Release, After Six More Months in Prison,” The RSCSL Press Release, Freetown, Sierra Leone, 11.08.2014, accessed August 29, 2019, <http://www.rscsl.org/Documents/Press/2014/pressrelease-081114.pdf>.

reporting schedules set by the Monitoring Authority and the Registrar, and shall personally report to such centre or centres as are designated, at least TWICE every month."⁴¹

One of the main criticisms against the terms is the 'one-size-fits-all approach' that means the terms apply equally to all related applications. The criticism here is that the terms should be individualised instead of being general.⁴² Through the individualised approach, the terms would fit the needs and conditions of the particular circumstances.⁴³

C. Suitable Requested Area of Release and Evidence of Adequate Means of Financial Support

Article 8(C)(ii) of the Practice Direction stipulates certain conditions for early release to be granted. According to Article 8(C)(ii):

"the President must not grant release if a convicted person is not able to provide a suitable requested area of release by reason of:

- a) Absence of a suitable program of supervision; or*
- b) Unwillingness of the community to accept the Convicted Person; or*
- c) Any other cause which the President finds renders the Requested Area of Release unsuitable."*

Early release against Article 8 (C)(ii) is absolutely prohibited.⁴⁴ In the Fofana,⁴⁵ Kondewa⁴⁶ and Senessie⁴⁷ cases, each individuals provided areas of release, but the President deemed the first choice to be unsuitable in the Senessie case.⁴⁸ After the Registrar's report upon the requested area of early release, the President considered that Senessie would not pose a risk to the community in his first choice.⁴⁹

⁴¹ *Prosecutor v. Allieu Kondewa* Supra note 29, 22-23, para. 61.

⁴² Mujuzi, "The Conditional Early Release," 164, para. 2.

⁴³ Mujuzi, "The Conditional Early Release," 164, para. 2.

⁴⁴ *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa* Supra note 14, 12, para. 21.

⁴⁵ *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa* Supra note 14, 12, para. 22.

⁴⁶ *Prosecutor v. Allieu Kondewa* Supra note 29, 8, para. 16-18.

⁴⁷ *Prosecutor v. Eric Koi Senessie* Supra note 13, 5, para. 19.

⁴⁸ *Prosecutor v. Eric Koi Senessie* Supra note 13, 5, para. 19.

⁴⁹ *Prosecutor v. Eric Koi Senessie* Supra note 13, 6, para. 25.

Under Article 8(D)(i) and (v) of the Practice Direction, the President shall consider the safety and the views and concerns of the community where the prisoner will be released.⁵⁰ In order to learn the views and concerns of the community, the Registrar must prepare a portfolio and submit it to the President and the Judges, who were consulted under Article 5(H) of the Practice Direction.⁵¹

In the Kondewa case, In Bo District, where Kondewa wished to be conditionally released, most of the people interviewed agreed that there was concern after the violation of conditional early release agreement by Fofana, but the people expressed their hope that he will have learnt from the experience of Fofana.⁵²

With regards to evidence of adequate means of financial support, Article 8(C)(iii) stipulates a requirement for evidence of adequate means of financial support for the prisoners in order to be granted conditional early release. The Practice Direction does not define the amount that is considered adequate means of support. In this regard, it seems that the Practice Direction diverges from the one-size-fits-all approach and adopts an individualised approach for each applicant. The amount may be specified where prisoners will be released as expenses may differ from city to city or country.

In the Fofana case, Fofana said *"he would continue his vocation as a fisherman and agriculturist to support himself financially."*⁵³ In the Senessie case, Senessie submitted that *"he is a carver by profession and earned his living and that of his family through sales of his art work. He also served as Priest in a local Church and Chairman of the Board of Governors of the National Secondary School, which positions entitled him to monetary allowances."*⁵⁴ As a fair criticism, Mujuzi doubts the prisoners, on release, would have been able to continue some of the jobs they did before imprisonment.⁵⁵ As he points out, some jobs require

⁵⁰ See Article 8(D)(i) and (v) of the Practice Direction.

⁵¹ See Article 5 of the Practice Direction.

⁵² *Prosecutor v. Allieu Kondewa* Supra note 29, 9, para. 21.

⁵³ *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa* Supra note 14, 12, para. 22.

⁵⁴ *Prosecutor v. Eric Koi Senessie* Supra note 13, 6, para. 20.

⁵⁵ Mujuzi, "The Conditional Early Release," 167, para. 1.

high moral integrity, and a person who has a criminal record from an international criminal tribunal would not be able to meet the criteria for being a Priest or Chairman of the Board of Governors of a National Secondary School.⁵⁶ Being a fisherman or agriculturist, however, would not be a problem for compensating expenses. In the Kondewa case, Kondewa said he has access to farm land to continue agricultural work with which he will support himself and his family.⁵⁷

CONCLUSION

The conditional early release scheme at the Residual Special Court for Sierra Leone is a mechanism for convicted persons to be released conditionally before they serve their entirety term of prison. Once two-thirds of a custodial sentence has been served, convicted persons are eligible for consideration to be early released conditionally. Serving two-thirds of the sentence does not mean the convicted has right to be released. Prisoners must meet the requirement in Article 2 of the Practice Direction.

If a prisoner applies for conditional early release before serving two-thirds of their sentence, the application will be dismissed by the reason of its being premature at the time of application, as it happened in the Fofana case.

The prisoner must initiate and follow the process to determine eligibility for conditional early release as provided by Article 3(A) of the Practice Direction. If they do not follow this process, the application will be rejected, as it happened in the Senessie case.

Article 2(B) of the Practice Direction sets out various conditions that prisoners must demonstrate, such as successful completion of any remedial, educational, moral, spiritual, or other programme to which they are referred; that they are not a danger to community, or to any member of the public; and compliance with the terms and conditions of their imprisonment.

⁵⁶ Mujuzi, "The Conditional Early Release," 167, para. 1.

⁵⁷ *Prosecutor v. Allieu Kondewa* Supra note 29, 8, para. 17.

The decision-making authority is the President of the RSCSL, who is obliged to be in consultation with the judges who imposed the original sentence if available or, if unavailable, at least two other judges on the basis of the interests of justice and the general principles of law. The President has the ultimate power to decide whether the prisoner should be allowed conditional early release, or otherwise. The decision on conditional early release is final. It is not subject to appeal or review.

There are certain terms that the convicted must comply with and listed in Annex C, Pro Forma Conditional Early Release Agreement to which terms can be added if President deems such additions necessary. The President applied further conditions in the Fofana and Kondewa cases. One of the main criticisms against the terms is the 'one-size-fits-all approach' that means the terms apply equally to all related applications. The criticism here is that the terms should be individualised instead of being general. Through the individualised approach, the terms would fit the needs and conditions of the particular circumstances.

According to Article 8 (C)(ii), the President must not grant release if a convicted person is not able to provide a suitable requested area of release.

With regards to evidence of adequate means of financial support, the Practice Direction does not define the amount that is considered adequate means of support. In this regard, it seems that the Practice Direction diverges from the one-size-fits-all approach and adopts an individualised approach for each applicant.

Under Article 8(D)(i) and (v) of the Practice Direction, the President shall consider the safety and the views and concerns of the community where the prisoner will be released.

Until now, the conditional early release has been applied in 3 cases; namely Fofana, Senessie, Kondewa. Senessie rejected to be released early, Fofana and Kondewa were conditionally released.

BIBLIOGRAPHY

Books & Articles

- Choi, Jonathan H. "Early Release in International Criminal Law." *Yale Law Journal* 123, (2014): 1784-1828. <https://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol123/iss6/4/>.
- Doherty, Teresa Anne and Shireen Avis Fisher. "Enforcement of sentences and oversight of prisoners convicted by the Special Court for Sierra Leone." *Research Handbook on the International Penal System*, Edited by Roisin Mulgrew and Denis Abels, 355-383. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2016.
- Kelder, Jessica M., Barbora Hola and Joris van Wijk. "Rehabilitation and Early Release of Perpetrators of International Crimes: A Case Study of the ICTY and ICTR." *International Criminal Law Review* 14, no. 6 (2014): 1177-1203. <https://doi.org/10.1163/15718123-01406008>.
- Mujuzi, Jamil Ddamulira. "The Conditional Early Release of Offenders Transferred from the Special Court for Sierra Leone to Serve Their Sentences in Designated States: Some Observations and Recommendations." *African Yearbook on International Humanitarian Law*, (2014), 154-170.
http://repository.uwc.ac.za/xmlui/bitstream/handle/10566/2343/Mujuzi_Conditional%20early%20release_2014.pdf?sequence=1.
- Schabas, William A. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. 1st ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Cases

- The RSCSL Prosecutor v. Allieu Kondewa, Decision of the President on Application for Conditional Early Release, 29.05.2017.
<http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/CDF/860/RSCSL-04-14-ES-860.pdf>.
- The RSCSL Prosecutor v. Eric Koi Senessie, Decision of the President on Application for Conditional Early Release, 04.07.2014.
<http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Contempt/2011-01/035/SCSL-11-01-ES-035.pdf>.

The RSCSL Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa, Decision of the President on Application for Conditional Early Release, 11.08.2014.

<http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/CDF/836/SCSL-04-14-ES-836.pdf>.

Press Releases

The RSCSL Press Release, 'Moinina Fofana Admits Violating Terms of His Conditional Early Release Agreement, Freetown, Sierra Leone, 18.03.2016.

<http://www.rscsl.org/Documents/Press/2016/pressrelease-031816.pdf>.

The RSCSL Press Release, Moinina Fofana Granted Conditional Early Release, After Six More Months in Prison, Freetown, Sierra Leone, 11.08.2014.

<http://www.rscsl.org/Documents/Press/2014/pressrelease-081114.pdf>.

The RSCSL Press Release, Moinina Fofana Will Face Stricter Conditions for Violating Terms of His Conditional Early Release Agreement, Freetown, Sierra Leone, 25.04.2016 <http://www.rscsl.org/Documents/Press/2016/pressrelease-042516.pdf>.

Statutes & Regulations

Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Residual Special Court for Sierra Leone.

<http://www.rscsl.org/Documents/RSCSL%20Agreement%20and%20Statute.pdf>.

The International Covenant on Civil and Political Rights.

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-English.pdf> accessed on 19th August 2019.

The Statute of the RSCSL

<http://www.rscsl.org/Documents/RSCSL%20Agreement%20and%20Statute.pdf> accessed on 20.08.2019.

The Practice Direction on the Conditional Early Release of Persons Convicted by the Special Court for Sierra Leone, 01.10.2013,

http://www.rscsl.org/Documents/PRACTICE_DIRECTION_Conditional_Early_Release.pdf accessed on 20.08.2019.

The Rules of Procedure and Evidence of the RSCSL.

<http://www.rscsl.org/Documents/RSCSL-Rules.pdf>.

Annex A to the Practice Direction, Form A(1), Petition by Convicted Person to Establish Eligibility for Conditional Early Release

http://www.rscsl.org/Documents/PRACTICE_DIRECTION_Conditional_Early_Release.

Annex C of the Practice Direction, Pro Forma Conditional Early Release Agreement

http://www.rscsl.org/Documents/PRACTICE_DIRECTION_Conditional_Early_Release.

Websites

Residual Special Court for Sierra Leone. "The Special Court for Sierra Leone Its History and Jurisprudence." <http://www.rscsl.org/> accessed on 20.08.2019.

Residual Special Court for Sierra Leone. "Residual Functions the Obligations of the Residual Special Court." <http://www.rscsl.org/residual.html>.

**ÇEVİRİ
BÖLÜMÜ**

ELEKTRONİK OLARAK DEVREDİLEBİLİR KAYITLARA İLİŞKİN UNCITRAL MODEL KANUNU

*Uncitral Model Law on Electronic
Transferable Records*

Ahmet Said BER*

Sunuş

UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) tarafından oluşturulan Elektronik Olarak Devredilebilir Kayıtlara İlişkin UNCITRAL Model Kanunu, ülkelerin iç hukuklarındaki düzenlemelere kaynak teşkil etmek, uluslararası alanda yeknesak kurallar oluşturmak ve devredilebilir belgelerin ve araçların elektronik ortamda kullanılmasını sağlamak amaçlarını taşımaktadır. Model Kanun, yasal olarak, konişmento, poliçe, bono, çek ve depo makbuzları da dâhil olmak üzere devredilebilir belgelere ve araçlara işlevsel olarak eş değer olan elektronik olarak devredilebilir kayıtların kullanılmasını sağlamaktadır.

Gelişen teknoloji beraberinde uluslararası alanda ve ülkemizde teknolojik yenilikleri getirmekte ve bu hızlı değişime uyum sağlayabilmek adına elektronik işlem ve belge kullanımının önemi artmaktadır. Devredilebilir belgelerin ve araçların yasal olarak elektronik biçimdeki görünümünü belirlemek ve tarafların güven duyarak kullanabilmelerini sağlamak önemli bir husustur. Model Kanun, ülkemizde gerekli olan hukuki altyapı için oluşturulacak iç hukuk kurallarına yol gösterici konumundadır. Ayrıca bankacılık ve finans

* Kilis 7 Aralık Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Öğretim Görevlisi, asaidber@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8110-1361.

Makale Gönderim Tarihi: 18.09.2019.

Makale Kabul Tarihi: 09.12.2019.

sektöründe de önemli bir yer edinen Blockchain tabanlı Kripto paraların yasal olarak tanınma yolları ve sanal para kavramları için önem arz etmektedir.

BÖLÜM I. GENEL HÜKÜMLER

Madde 1. Uygulama Alanı

1. Bu Kanun elektronik olarak devredilebilir kayıtlara uygulanır.

2. Bu Kanun'da belirtilenlerin dışında, bu Kanun'da yer alan hiçbir düzenleme, tüketicinin korunmasına yönelik uygulanabilecek herhangi bir hukuk kuralı dâhil, devredilebilir bir belgeyi veya aracı düzenleyen herhangi bir hukuk kuralının, elektronik olarak devredilebilir bir kayda uygulanmasını etkilemez.

3. Bu Kanun, hisse senetleri ve tahviller gibi menkul kıymetler ve diğer yatırım araçlarına [...]¹ uygulanmaz.

Madde 2. Tanımlar

Bu Kanun bakımından:

"Elektronik kayıt", eş zamanlı oluşturulup oluşturulmadığı önem arz etmeksizin, uygun olduğu ölçüde, kaydın bir parçası olmak için mantıksal olarak ilişkili veya başka şekilde bağlantılı tüm bilgiler de dâhil olmak üzere elektronik yollarla oluşturulan, iletilen, alınan veya saklanan bilgi anlamına gelir;

"Elektronik olarak devredilebilir kayıt", 10. maddenin gereklerine uygun bir elektronik kayıttır;

"Devredilebilir belge veya araç", hamile, belgede veya araçta belirtilen yükümlülüğün ifa edilmesini talep etme ve belgede veya araçta belirtilen yükümlülüğün ifa edilmesi hakkını bu belgenin veya ara-

¹ Kanun koyucu aşağıdakilere gönderme yapabilir: (a) Devredilebilir olarak düşünülebilecek, ancak Model Kanun kapsamına girmemesi gereken belgeler ve araçlar; (b) Poliçe ve Bonolar İçin Yeknesak Bir Kanun Sağlayan Konvansiyon (Cenevre 1930) ve Çekler İçin Yeknesak Bir Kanun Sağlayan Konvansiyon (Cenevre 1931) kapsamına giren belgeler ve araçlar; (c) sadece elektronik biçimde bulunan elektronik olarak devredilebilir kayıtlar.

cın devri yoluyla devretme hakkı veren kâğıt üzerinde yazılı bir belge veya araçtır.

Madde 3. Yorumlama

1. Bu Kanun, uluslararası kökenli bir model kanundan türetilmiştir. Bu Kanun'un yorumlanmasında, uluslararası kökeni ve uygulamasında yeknesaklığı sağlama ihtiyacı göz önünde bulundurulur.

2. Bu Kanun ile düzenlenen konulara ilişkin olup, Kanun'da açıkça yer verilmemiş olan sorular, bu Kanun'un dayandığı genel ilkelere uygun olarak çözülür.

Madde 4. İrade Serbestliği ve Sözleşmenin Şahsiliği

1. Taraflar bu Kanun'un aşağıdaki hükümlerine istisna getirebilir veya hükümleri sözleşme ile değiştirebilirler: [...].²

2. Bu yönde bir sözleşme, sözleşmeye taraf olmayan herhangi bir kişinin haklarını etkilemez.

Madde 5. Bilgi Gereksinimleri

Bu Kanun'da yer alan hiçbir düzenleme, bir kişinin kimliğini, işyerini veya diğer bilgileri açıklamasını gerektirebilecek veya bu bağlamda bir kişiyi hatalı, eksik veya yanlış beyanda bulunmanın yasal sonuçlarından kurtaracak herhangi bir hukuk kuralının uygulanmasını etkilemez.

Madde 6. Elektronik Olarak Devredilebilir Kayıtlarda Ek Bilgi

Bu Kanun'da yer alan hiçbir düzenleme, devredilebilir bir belgede veya araçta bulunanlara ek olarak, elektronik olarak devredilebilir bir kayda bilgi dâhil edilmesini engellemez.

² Kanun koyucu, varsa, tarafların Model Kanun'un hangi hükümlerine istisna getirebileceklerini veya hangi hükümlerini sözleşme ile değiştirebileceklerini belirleyebilir.

Madde 7. Elektronik Olarak Devredilebilir Kayıtların Yasal Olarak Tanınması

1. Elektronik olarak devredilebilir bir kaydın, yalnız elektronik biçimde olduğu gerekçesiyle hukuki etkisi, geçerliliği veya uygulanabilirliği reddedilemez.

2. Bu Kanun'da yer alan hiçbir düzenleme, bir kişinin rızası olmadan elektronik olarak devredilebilir bir kayıt kullanmasını gerektirmez.

3. Bir kişinin elektronik olarak devredilebilir bir kayıt kullanma rızası, kişinin davranışından çıkarılabilir.

BÖLÜM II. İŞLEVSEL DENKLİK HÜKÜMLERİ

Madde 8. Yazılı Olma

Kanun'un bilginin yazılı olmasını gerektirdiği durumlarda, bu gereklilik, içerisinde yer alan bilginin müteakip başvurular için kullanılabilir şekilde erişilebilir olması durumunda, elektronik olarak devredilebilir bir kayıta karşılanmış olur.

Madde 9. İmza

Kanun'un bir kişinin imzasını gerektirdiği veya imzasını kabul ettiği durumlarda, kişiyi doğrulamak ve kişinin elektronik olarak devredilebilir kayıta yer alan bilgiye ilişkin iradesini göstermek için güvenilir bir yöntem kullanılırsa, bu gereklilik, elektronik olarak devredilebilir bir kayıt tarafından yerine getirilmiş sayılır.

Madde 10. Devredilebilir Belgeler veya Araçlar

1. Kanun'da devredilebilir bir belge veya araç gerekli olduğu durumlarda, bu gereklilik, aşağıdakilerin varlığında elektronik bir kayıt tarafından yerine getirilmiş sayılır:

(a) Elektronik kayıt, devredilebilir bir belgede veya araçta bulunması gereken bilgileri içerirse; ve

(b) Aşağıdaki unsurları içeren güvenilir bir yöntem kullanılırsa:

(i) Elektronik kaydın elektronik transfer kaydı olarak belirlenmesi;

(ii) Elektronik kaydın düzenlenmesinden herhangi bir etkisinin veya geçerliliğinin sona ermesine kadar kontrol edilebilme yeteneğini sunması; ve

(iii) Elektronik kaydın bütünlüğünü koruması.

2. Bütünlüğü değerlendirme ölçütü, iletişim, depolama ve görüntüleme sürecinde doğal olarak ortaya çıkan değişiklikler dışında, elektronik olarak devredilebilir kayıta yer alan bilgilerin, düzenlenmesinden herhangi bir etkisinin veya geçerliliğinin sona ermesine kadar ortaya çıkan herhangi bir yetkili değişiklik de dâhil olmak üzere, eksiksiz ve değişmeden kalıp kalmadığı şeklinde olmalıdır.

Madde 11. Kontrol

1. Kanun'un devredilebilir bir belge veya araca zilyetliği gerektirdiği veya kabul ettiği durumlarda, bu gereklilik, aşağıdaki hususları sağlayan güvenilir bir yöntem kullanılırsa, elektronik olarak devredilebilir bir kayıt tarafından yerine getirilmiş sayılır:

(a) Elektronik olarak devredilebilir kayıt üzerindeki münhasır kontrolünün bir kişi tarafından sağlanması; ve

(b) Bu kişinin tasarruf eden kişi olarak tespit edilmesi.

2. Kanun'un devredilebilir bir belgenin veya aracın zilyetliğinin devrini gerektirdiği veya kabul ettiği durumlarda, elektronik olarak devredilebilir bir kayıt ilişkin olarak bu gereklilik, elektronik olarak devredilebilir kayıt üzerindeki kontrolün devri ile yerine getirilmiş sayılır.

BÖLÜM III. ELEKTRONİK OLARAK DEVREDİLEBİLİR KAYITLARIN KULLANIMI

Madde 12. Genel Güvenilirlik Standardı

9, 10, 11, 13, 16, 17 ve 18 inci maddelerin amaçları doğrultusunda, belirtilen yöntem aşağıdaki şekilde olmalıdır:

(a) Aşağıdakileri içerebilecek tüm ilgili durumlar göz önünde tutulduğunda, kullanılan yöntemin işlevinin yerine getirilmesine uygun olduğu ölçüde güvenilirdir:

- (i) Güvenilirliğin değerlendirilmesine ilişkin operasyonel kurallar;
 - (ii) Veri bütünlüğünün güvencesi;
 - (iii) Sisteme yetkisiz erişimi ve kullanımı önleme yetkinliği;
 - (iv) Donanım ve yazılım güvenliği;
 - (v) Bağımsız bir kurum tarafından denetimin düzenliliği ve kapsamı;
 - (vi) Bir denetim kurumu, bir akreditasyon kurumu veya yöntemin güvenilirliğine ilişkin gönüllü bir program tarafından yapılan bir bildirim varlığı;
 - (vii) Uygulanabilir herhangi bir endüstri standardı; veya
- (b) İşlevi kendi başına veya başka kanıtlarla birlikte yerine getirdiği kanıtlanmalıdır.

Madde 13. Elektronik Olarak Devredilebilir Kayıtlarda Zamanın ve Yerin Belirtilmesi

Kanun'un devredilebilir bir belgeye veya araca zamanın veya yerin belirtilmesini gerektirdiği veya kabul ettiği durumlarda, bu gereklilik, elektronik olarak devredilebilir bir kayda zamanın veya yerin belirtilmesi için güvenilir bir yöntem kullanılırsa yerine getirilmiş olur.

Madde 14. İş Yeri

1. Konum, yalnızca aşağıda belirtilenlerin varlığında bir iş yeri olarak kabul edilmez:

(a) Konumda bir tarafça elektronik olarak devredilebilir kayıtlarla bağlantılı olarak kullanılan bir bilgi sistemini destekleyen teçhizat ve teknoloji bulunuyorsa; veya

(b) Konumda diğer taraflarca bilgi sistemine erişilebiliyorsa.

2. Bir tarafın belirli bir ülkeye bağlı bir elektronik adresi veya bilgi sisteminin başka bir unsurunu kullanması, iş yerinin o ülkede bulunduğu bir karine oluşturmaz.

Madde 15. Ciro

Kanun'un devredilebilir bir belgenin veya aracın herhangi bir biçimde cirosunu gerektirdiği veya kabul ettiği durumlarda, elektronik olarak devredilebilir bir kayıt bakımından bu gereklilik, ciro için gerekli bilginin elektronik olarak devredilebilir kayda dâhil edilmesi ve bu bilginin 8. ve 9. maddelerde belirtilen gerekliliklerle uyumlu olması durumunda, yerine getirilmiş olur.

Madde 16. Değişiklik

Kanun'un devredilebilir bir belgenin veya aracın değiştirilmesini gerektirdiği veya kabul ettiği durumlarda, elektronik olarak devredilebilir bir kayıt bakımından bu gereklilik, elektronik olarak devredilebilir kayıttaki bilginin değiştirilmesi için güvenilir bir yöntem kullanılır ve böylece değiştirilen bilgi değiştirilmiş olarak tanımlanırsa, yerine getirilmiş olur.

Madde 17. Devredilebilir Bir Belgenin veya Aracın Elektronik Olarak Devredilebilir Bir Kayıtlarla Değiştirilmesi

1. Ortam değişimi için güvenilir bir yöntem kullanılması şartıyla, elektronik olarak devredilebilir bir kayıt, devredilebilir bir belgenin veya aracın yerine geçebilir.

2. Ortam değişiminin etkisini gösterebilmesi için, elektronik olarak devredilebilir kayda ortam değişikliğini belirten bir beyan eklenecektir.

3. Paragraf 1 ve 2'ye uygun olarak elektronik olarak devredilebilir kaydın düzenlenmesi üzerine, devredilebilir belge veya kayıt kullanılmaz hale getirilmeli ve herhangi bir etkisi veya geçerliliği kalmamalıdır.

4. Paragraf 1 ve 2'ye uygun olarak yapılan ortam değişimi, tarafların haklarını ve yükümlülüklerini etkilemez.

Madde 18. Elektronik Olarak Devredilebilir Bir Kaydın Devredilebilir Bir Belgeyle veya Araçla Değiştirilmesi

1. Ortam değişimi için güvenilir bir yöntem kullanılması şartıyla, devredilebilir bir belge veya araç, elektronik olarak devredilebilir bir kaydın yerine geçebilir.

2. Ortam değişiminin etkisini gösterebilmesi için, devredilebilir belgeye veya araca ortam değişikliğini belirten bir beyan eklenecektir.

3. Paragraf 1 ve 2'ye uygun olarak devredilebilir belgenin veya aracın düzenlenmesi üzerine, elektronik olarak devredilebilir kayıt kullanılmaz hale getirilmeli ve herhangi bir etkisi veya geçerliliği kalmamalıdır.

4. Paragraf 1 ve 2'ye uygun olarak yapılan ortam değişimi, tarafların haklarını ve yükümlülüklerini etkilemez.

BÖLÜM IV. ELEKTRONİK OLARAK DEVREDİLEBİLİR KAYITLARIN SINIR ÖTESİ TANINMASI

Madde 19. Yabancı Elektronik Olarak Devredilebilir Kayıtlara Ayrımcılık Yapılmaması

1. Elektronik olarak devredilebilir bir kaydın, yalnızca yurtdışında düzenlenmiş veya kullanılmış olması gerekçesiyle hukuki etkisi, geçerliliği veya uygulanabilirliği reddedilemez.

2. Bu Kanun'da yer alan hiçbir düzenleme, devredilebilir bir belgeyi veya aracı düzenleyen uluslararası özel hukuk kurallarının elektronik olarak devredilebilir kayıtlara uygulanmasını etkilemez.