

ISSN: 2667-5668

e-ISSN: 2667-6117



ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

Cilt: 2

Sayı: 1

Haziran-2020

Vol.: 2

no.: 1

June-2020

ADALET YAYINEVİ
Ankara - 2020

ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

ISSN: 2667-5668

e-ISSN: 2667-6117

Cilt: 2 Sayı: 1

Vol.: 2 no.: 1

Haziran-2020

June-2020

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.

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi aşağıda belirtilen indekslerde/veritabanlarında taranmaktadır.

ASBUHFD is listed in the following indexes/databases



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:

Haziran, 2020

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

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

İsmail ÖZCAN

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, İtaliik.
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/chicagoquotes-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 arasında boşluk konulmaksızın "ff." İfadesi kullanılmalıdır. 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 sistematik 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/Articles

- BİR KURUMSAL TAHKİM MERKEZİ ÖRNEĞİ OLARAK İSLAM İŞBİRLİĞİ TEŞKİLATI TAHKİM MERKEZİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER.....1**
Thoughts on Islamic Cooperation Arbitration Center as an Example of Organisation Institutional Arbitration Center
İbrahim ÖZBAY - Murat ERDEM
- 3 SAYILI CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNE GÖRE ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİSİ KİMDİR?59**
According to the Turkish Presidential Decree No: 3 Who is the Senior Executive Officer?
Yasin SÖYLER
- ZİNA VEYA HAYATA KAST NEDENİYLE ARTIK DEĞERDEKİ PAY ORANININ AZALTILMASI VEYA KALDIRILMASI (TMK M. 236/II)..... 111**
Reducing or Abolishing the Share Ratio of Surplus because of Adultery and Attempt on Life (Art. 236/II TCC)
Fahri Erdem KAŞAK
- TÜRK CEZA HUKUKUNDA TERÖR ÖRGÜTÜ VE TERÖR ÖRGÜTÜNE ÜYE OLMA SUÇU 131**
Terrorist Organizations and the Crime of Being Member of a Terrorist Organization in Turkish Criminal Law
Burak BOZ
- KARAYOLUYLA TEHLİKELİ MADDE TAŞIMADAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK 187**
Legal Liability in Contracts for Carriage of Hazardous Goods by Road
Serhat KÜÇÜKÇAPRAZ

Çeviri Bölümü/Translations

- ADALETİN ETKİNLİĞİNE İLİŞKİN AVRUPA KOMİSYONU (CEPEJ)
ARABULUCULUK HAKKINDAKİ CEPEJ İLKELLERİNİN UYGULANMASINI
SAĞLAYAN ARABULUCULUK GELİŞTİRME ARACI ARABULUCULUK HİZMET
SAĞLAYICILARI İÇİN AVRUPA ETİK KURALLARI229**
*European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ): Mediation
Development Toolkit Ensuring Implementation of the CEPEJ Guidelines on
Mediation, European Code of Conduct for Mediation Providers*
Mustafa Serdar ÖZBEK
- BİR OLASI KAST DEĞERLENDİRMESİ OLARAK; ALMAN FEDERAL
MAHKEMESİ KU'DAM YARIŞ KARARI235**
*As a Consideration on Eventual Intent; the Ku'dam Racing Decision of
German Federal Court*
Erdal YERDELEN - Berna Ayşen YILMAZ

BİR KURUMSAL TAHKİM MERKEZİ ÖRNEĞİ OLARAK İSLAM İŞBİRLİĞİ TEŞKİLATI TAHKİM MERKEZİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

*Thoughts on Islamic Cooperation Arbitration Center as an
Example of Organisation Institutional Arbitration Center*

İbrahim ÖZBAY*

Murat ERDEM**

Öz

Türkiye, İslam İşbirliği Teşkilatına (eski ismiyle İslam Konferansı Örgütüne) kuruluşundan (1969) beri üye olan bir ülkedir. Neredeyse 50 yıllık geçmişi bulunan İslam İşbirliği Teşkilatı, kuruluşundan bu yana üye sayısı ve kapsadığı coğrafi alan bakımından BM'den sonra dünyanın en büyük uluslararası kuruluşudur. Bu anlamda İİT Tahkim Merkezi ülkemiz bakımından oldukça önem taşımaktadır. İİT Tahkim Merkezi bir Tüzük ile düzenlenmiştir. İİT'na üye olan ülkeler arasındaki ticari ve yatırım uyumsuzlukları-

* Profesör Doktor, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı,
ibrahim.ozbay@gop.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3820-6501.

** Doktor Öğretim Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı,
murat.erdem@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7285-270X.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 30.03.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 11.05.2020.

Atıf/Citation: Özbay, İbrahim, ve Murat Erdem. "Bir Kurumsal Tahkim Merkezi Örneği Olarak İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi Üzerine Düşünceler." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 1 (2020): 1-58.

nın çözümünde önemli bir rol üstlenmesi beklenen İİT Tahkim Merkezi'nin İstanbul olması ülkemiz açısından oldukça önemlidir. Ayrıca bu Merkezin, İslam ülkeleri arasındaki ticareti ve yatırımları daha da yukarı çekeceği, herhangi bir ihtilaf durumunda, tarafsız, objektif ve saygın bir başvuru merciinin bulunmasının tüm tarafları koruması yanında, o ülkeyi, iş adamları nezdinde daha cazip kılacağı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kurumsal tahkim, İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi, Tahkim Uluslararası Tahkim, Hakem Heyeti, İslam Hukuku, İslam Konferansı Örgütü.

Abstract

Turkey is a country which is member since its inception (1969) the Organization of Islamic Cooperation (formerly the Organization of the Islamic Conference). The Islamic Cooperation Organization, which has almost 50 years of history, has been the world's largest international organization after the UN in terms of the number of its members and the geographical area it covers. In this sense, the OIC Arbitration Center is very important for our country. The OIC Arbitration Center is regulated by a Regulation. It is very important for our country that the center of the OIC Arbitration Center, which is expected to play an important role in the resolution of commercial and investment disputes between the member countries of the OIC, is Istanbul. In addition, it is thought that this Center will further increase trade and investments among Islamic countries, and in the event of any conflict, the presence of a neutral, objective and respected application body will protect all parties, as well as make it more attractive to business people.

Keywords: Institutional arbitration, Organisation of Islamic Cooperation Arbitration Center, Arbitration, International Arbitration, the Arbitral Tribunal, Islamic law, The Organization of the Islamic Conference.

GİRİŞ

Sözcük anlamı itibariyle, taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın hakemler eliyle çözümlenmesi demek olan¹ tahkim, tarafların aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın hakem veya hakemlerce çözüme kavuşturulması için yaptıkları bir anlaşmanın² sonucu olarak, devlet tarafından denetlenen, kararları kesin hüküm teşkil eden ve mahkeme kararları gibi icra edilebilen özel bir yargı faaliyetidir.^{3 4}

-
- ¹ Bkz. Bran A Garner, *Black's Law Dictionary* (St. Paul, Minn.: Thomson/West, 1999), 100; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Ankara: Yetkin, 2012), 715-716.
- ² Tahkim sözleşmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, (İstanbul: On İki Levha, 2017); Turgut Kalpsüz, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, (Ankara: Yetkin, 2010), 36-40.
- ³ Bkz. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 591. Tahkime ilişkin benzer tanımlar için bkz. Julian D. M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration, A Study in Commercial Arbitration Awards* (New York: Oceana Publications, 1978), 11-13; Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilirmak. "Tahkim," iç. *Pekcanitez Medeni Usul Hukuku*, C. III, ed. Pekcanitez, Hakan, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (İstanbul: On İki Levha, 2017), 2593-2594; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. VI. (İstanbul: Demir, 2001); Ramazan Arslan et al., *Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin, 2019), 785 vd; Cengiz Serhat Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim" Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011), 126; İbrahim Özbay ve Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444)* (Ankara: Yetkin, 2016), 4; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Adalet, 2019), 423ff.; İzzet Karadaş, *Ulusal (İç) Tahkim* (Ankara: Legal, 2013), 21; Rasih Yeğengil, *Tahkim (L'arbitrage)* (İstanbul: 1974), 95; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin, 2018), 721; H. Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, (İstanbul: Beta, 2011), 595; Şanal Görgün et. al., *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2019), 767; M. Serhat Sarısözen, *Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması*, (İstanbul: Kazancı Hukuk, 2005), 5; Süha Tanrıver, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim" iç. *Makalelerim I (1985-2005)* (Asil Yayıncılık, 2005), 132; Nevhis Deren Yıldırım, "Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri," *ABD*, 60 no. 4 (2002): 37; Rabi Koral, "İç Hukukumuzda Tahkim," *İÜHFİM*, XIII, no. 3, (1947): 1039; Ali Yeşilirmak, *Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Bilirkişilik ve Tahkim*, (İstanbul: On İki Levha, 2011), 58; Ergin Nomer, Nuray Ekşi ve

Tahkimle ilgili birçok ayırım yapılmaktadır. Bu ayırımlardan birisi de arızı (ad hoc) tahkim - kurumsal tahkim ayırımıdır.

İlk olarak *arızı (ad hoc) tahkim*, taraflar arasındaki somut bir olay üzerinden ve taraflarına hakemleri, tahkim yerini, tahkim usulünü ve bu tahkim usulünde uygulanacak maddi hukuk kurallarını kendilerinin bizzat tayin ettiği ve hakemleri bu şekilde yetkili kıldıkları ve hiç-

Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I* (İstanbul: Beta, 2013), 1; Ömer Uğur Gençcan, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu*, (Ankara: Yetkin, 2013), 1351; Bilgehan Yeşilova, "Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine - Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/I)," *Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan I İzmir 2010, DEÜHFD* 11, no. Özel Sayı (2009): 739; Seyhan Selçuk, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali* (Ankara: Yetkin, 2018), 1; Kemal Dayınlarlı, "Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri," iç. *Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hâtırısına Armağan (1902-1985)* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986), 775; Celâl Erdoğan, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Her Konu Hakkında Geniş Açıklama ve 2188 Yargıtay Emsal Kararı* (Ankara: 1982), 605; Kemal Dayınlarlı, *Uncitral Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim* (Ankara: Dayınlarlı, 2012), 1; Ünal Ertabak, *Tahkim Sözleşmesi ile İlgili İhtilaflar* (İstanbul: Legal, 2009), 109; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, (İstanbul: Vedat, 2010), 7; İpek Sevda Söğüt, *Roma Hukukunda Tahkim* (İstanbul: On İki Levha, 2011), 5; Erkan Özcan, *Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Tahkim Uygulanması* (Ankara: Seçkin, 2014), 13; Erkan Küçükgüngör, "Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)," *BATİDER* XIX, no. 3 (1988): 138.

- 4 Tahkim ile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri (ADR) arasında bazı farklar söz konusudur. Özellikle tahkimde devlet mahkemelerinin tahkim yargılamasına müdahalesi, hakem kararlarının kesin hüküm teşkil etmesi gibi hususlar, tahkimi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayırmaktadır (İbrahim Özbay, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri," *EÜHFD* X, no. 3-4, (2006): 472-473. Buna karşılık, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini devlet yargısı dışındaki yöntemler için kullanan ve bunlara tahkimi de dâhil eden yazarlar da mevcuttur (Hatice Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (İstanbul: Vedat, 2003), 204, dn. 558). Hatta bir yazar, tahkimin en eski ADR yöntemi olduğunu belirtmektedir (Thomas B. Treacy, "Use of Alternative Dispute Resolution in The Construction Industry," *Journal of Mangement in Engineering* January- February (1995): 58). Doktrinde Özbek, ağırlıklı olarak savunulan görüşün tahkimin niteliği gereği bir ADR yolu olarak yorumlanması gerektiği kanaatinde. Bkz. Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1* (Ankara: Yetkin, 2016), 212. Bizim kanaatimiz de tahkimin özel bir yargı faaliyeti olduğu yönündedir.

bir örgütün aracılığı söz konusu olmayan tahkim türüdür.⁵ Bu tahkim türünde, tahkim kurumunun gözetimi altında olmaksızın yapılan bir tahkim söz konusudur ve en geniş esnekliğin bulunduğu tahkim türü de budur. Ayrıca arızı (ad hoc) tahkimin kurumsal tahkime göre avantajı, daha fazla gizliliği sağlama imkânı bulunmasıdır. Zira bu tahkim türünde taraf dilekçeleri tahkim kurumuna gitmeyecektir.⁶ Onun için münferit ve geçici olan bu tahkim, tarih boyunca süre gelmiş en sade tahkim türüdür.⁷ Özellikle devlet veya kamu kurumlarının taraf olduğu yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda arızı (ad hoc) tahkim yaygın bir şekilde tercih edilmektedir.⁸ Kurumsal tahkime ise aşağıda ayrı bir başlık halinde değinilecektir.

I. KURUMSAL TAHKİM KAVRAMI

Kurumsal tahkim (*institutional arbitration*), tahkimin taraflarca belirlenen bir tahkim kurumu tarafından yönetildiği tahkim türüdür. Kurumsal tahkimde, tahkim yoluna başvuracak tarafların tahkimin işleyişine ilişkin usul ve kuralları belirlemesine gerek yoktur. Bu tahkim türünde, tahkim kurumunun önceden hazırlanmış, uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak usul kuralları söz konusudur.⁹ Kurumsal tahkim, belli bir kurum tarafından ön-

⁵ Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986), 96; Özbay ve Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde*, 21; Muharrem Balcı, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim* (İstanbul: Danışman, 1999), 109; Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları," 140; Yeşilirmak, *Doğrudan Görüşme*, 76; Turgut Kalpsüz, "İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları" iç. *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2011), 365; Tanrıver, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri," 138. Ayrıca bkz. erişim tarihi: Ağustos 4, 2018, <http://www.internationalarbitrationlaw.com/international-ad-hoc-arbitration>. Ad hoc tahkimin kurumsal tahkimin karşılığı (daha doğru ifade ile karşıtı) olduğu yönünde bkz. Arslan et. al., *Medeni Usul Hukuku*, 785.

⁶ Pekcanitez ve Yeşilirmak, "Tahkim," 2611.

⁷ Karadaş, *Ulusal (İç) Tahkim*, 38; Tanrıver, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri," 138.

⁸ Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 3.

⁹ Ziya Akıncı, "Türkiye'de MTO Tahkimi," iç. *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı* (İstanbul: İÜHF, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2012), 40; Şanlı, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, 69; M. Tevfik Birsnel, "Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye," *Ege Üni. Hukuk Fak.*

ceden tespit edilen kurallara göre yapılan ve bu kurallara uygunluğu ilgili kurumun teminatı altında olan bir tahkimdir.¹⁰ Tahkimde uygulanacak kuralların önceden öngörülebilir olması ise, kurumsal tahkimin tercih edilme sebeplerinden en önemlisidir.¹¹ Ayrıca kurumsal tahkimin en önemli avantajı, kurumun belirlediği tahkim şartının kabul edilmesi sonucu tahkim kurallarına atıf yapılmasıdır. Kurumsal tahkimde de tahkim yargılaması hakemlerce yürütülür. Ancak mesela, taraflar hakem ataması üzerinde anlaşamazlarsa hakem, kurallarda belirtildiği şekilde kurum tarafından atanır.¹²

Tahkim kurumları tarafından sunulan hizmetler ve yerine getirilen işlevler kurumlara göre çeşitlilik gösterir. Tahkim kurumları sadece hakem tayininde rol oynayan üçüncü bir kişi veya otorite değil, bunun yanında tahkim sürecini idari bakımdan gözetim ve denetim altında tutan ve bu amaca hizmet etmek üzere yetiştirilmiş sürekli personel bulunduran organizasyonlardır.¹³

Kurumsal tahkimin en önemli avantajlarından biri de tahkim kurumlarının sunmuş oldukları idari hizmetlerdir. Zira bu tahkim türünde, yargılamaya nezaret eden yetişmiş personeller bulunmaktadır.¹⁴ Tahkim kurumlarının idari hizmetleri sayesinde hakem kurulu uygun bir zaman dilimi içerisinde oluşturulacak ve tahkim süreci mümkün olan en kısa sürede başlayacaktır. Kurumsal tahkim hakemler için de arızı (ad hoc) tahkime göre daha avantajlıdır. Zira ücretle-

Dergisi, 1, no. 1 (1980): 101; Karadaş, *Ulusal (İç) Tahkim*, 38; Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları," 141; Yeşilirmak, *Doğrudan Görüşme*, 75-76; Tanrıver, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri," 137.

¹⁰ Kalpsüz, "İnşaat Sözleşmeleri," 364. Bu tahkim türüne "müessesevi veya organize tahkim" adı da verilmektedir (Kalpsüz, "İnşaat Sözleşmeleri," 363). Kurumsal tahkimde, tahkim kurumu, statüsündeki esaslar içinde uyumsuzluğu çözecektir (H. Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973), 2).

¹¹ Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları," 141.

¹² Pekcanitez ve Yeşilirmak, "Tahkim," 2612.

¹³ Tanrıver, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri," 137; Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları," 141.

¹⁴ Pekcanitez ve Yeşilirmak, "Tahkim," 2612.

rinin taraflarca değil kurum tarafından ödenmesi daha güvenlidir.¹⁵ Kurumsal tahkimde kurumun saygınlığı nedeniyle hakem kararın icrasında olumlu etki görülmesi de bir başka avantajdır.¹⁶

Kurumsal tahkimin taraflar açısından sorun oluşturan yönü pahalı bir yol olmasıdır. Zira kurumsal tahkimde idari hizmetlere çok fazla harcama yapılabilmektedir. Bunun yanında kurumun içerisindeki bürokrasi bazı durumlarda tahkimin yavaş işlemesine de neden olabilmektedir.¹⁷ Bununla birlikte bu iki dezavantaj tahkim kurumları arasında ve uyumsuzluğun niteliğine göre de farklılık gösterebilmektedir.¹⁸

Ülkemizde (iç) kurumsal tahkime ilişkin merkezlere şu kurumlar örnek olarak verilebilir:

- İstanbul Ticaret Odası (İTO) nezdinde kurulan tahkim merkezi (İTOTAM),
- İzmir Ticaret Odası (İzmir TO) Tahkim Merkezi,
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) nezdindeki TOBB Tahkim Divanı,
- Türkiye Barolar Birliği (TBB) Tahkimi,
- 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile kurulan tahkim merkezi ISTAC,
- 5684 sayılı Sigortacılık Kanununda öngörülen ve Sigorta Tahkim Komisyonu tarafından yürütülen tahkim,
- Türkiye Seyahat Acentaları Birliği (TÜRSAB) Tahkim Kurulu¹⁹

Milletlerarası ticaret uygulamasında da, uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözümlenmesi için organize edilmiş bazı kurumlar²⁰ mevcuttur. Bu tahkim kurumları içerisinde; en çok bilinenleri²¹ şunlardır:

¹⁵ Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları," 142.

¹⁶ Pekcanıtez ve Yeşilırmak, "Tahkim," 2612.

¹⁷ Pekcanıtez ve Yeşilırmak, "Tahkim," 2612; Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları," 143.

¹⁸ Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları," 143.

¹⁹ Bkz. Şaziye Tuba Ulukuş Bulut, *MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali* (Ankara: Yetkin, 2018), 29, dn. 77.

- Milletlerarası Ticaret Odası (International Commercial of Commerce; kısaca MTO veya ICC) Tahkim Divanı,²²
- Rusya Modern Tahkim Kurumu (Russian Institute of Modern Arbitration; kısaca RIMA),²³
- Amerikan Tahkim Birliği/ Kurumu/ Odası (American Arbitration Association; kısaca AAA),²⁴
- Londra Uluslararası Tahkim Divanı/ Tahkim Mahkemesi (London Court of International Arbitration; kısaca LCIA),²⁵

²⁰ Bu kurumların, *oda, merkez, divan, enstitü, birlik* veya *kurum* gibi farklı şekillerde ifade edildiği görülmektedir.

²¹ Bu merkezlerin yüzlercesinin bulunduğu ifade edilmektedir (Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, 243).

²² Bkz. Igor M. Borba, *International Arbitration: A comparative study of the AAA and ICC rules* (Milwaukee, WI: Marquette University, 2009), 75ff.; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, 24-250.

²³ Bkz. Russian Arbitration Center, Arbitration Rules, Russian Arbitration Center at the Autonomous Non-Profit Organisation "Russian Institute of Modern Arbitration," Moscow-2019, www.centerarbitr.ru.

²⁴ Amerikan Tahkim Birliği/Kurumu (American Arbitration Association; AAA) hakkında geniş bilgi için bkz. Yaşar Karayalçın, "Amerika Birleşik Devletlerinde ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliğinde Tahkim" iç. *Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler- Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965* (Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü), 655; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (İstanbul: Beta, 2002), 258-260. "AAA Milletlerarası Tahkim Kuralları (American Arbitration Association International Arbitration Rules)" hakkında bkz. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard ve Bertthold Goldman, *On International Commercial Arbitration* (The Hague- London-Boston: Kluwer Law International, 1999), 1068-1080; Robert E. Meade, "Arbitration Overview: The AAA's Role in Domestic and International Arbitration," *Journal of International Arbitration* (1984): 263-271; Borba, *International Arbitration*, 46ff.; Keser Berber, *Uluslararası Ekonomik Tahkimde*, 181.

²⁵ LCIA hakkında geniş bilgi için bkz. Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, 250-252; Leyla Keser Berber, *Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu* (İstanbul: Alfa, 1999), 182ff.; Rémy Gerbay, "Chapter 4" iç. *The London Court of International Arbitration, Arbitration in England with chapters on Scotland and Ireland* ed. Julian D.M. Lew, QC et. al. (The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2013), 51-74.

- Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkez (The International Centre for the Settlement of Investment Disputes; kısaca ICSID);²⁶
- Hollanda Tahkim Enstitüsü (Netherlands Arbitration Institute, kısaca NAI),²⁷
- Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumu (The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce).²⁸
- Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi (Dubai International Arbitration Center; kısaca DIAC),
- İsviçre Ticaret Odaları Tahkim Kurumu (Chamber of Commerce in Switzerland),²⁹
- Avusturya Federal Ekonomi Odası Uluslararası Tahkim Merkezi (International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber- Vienna International Centre; kısaca VIAC),³⁰
- Singapur Milletlerarası Tahkim Merkezi (The Singapore International Arbitration Center; kısaca SIAC),

²⁶ ICSID, yabancı yatırımcıların ev sahibi devlet ile aralarındaki yatırım uyuşmazlıklarının giderilmesi için devletler arasında akdedilmiş bir konvansiyon ile kurulmuş bir tahkim merkezidir (Bkz. İnci Ataman Fıganmeşe, "Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları," iç. *Türkiye'de MTO Tahkimi, Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı* (İstanbul: ÜHF, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 24 Mayıs 2012), 18ff.; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, 244-245.

²⁷ Bkz. Netherlands Arbitration Institute, *Mediation Rules in force as from 1 March 2009*, (Rotterdam: 2009).

²⁸ Bkz. Eva Müller, "How Do International Institutions Select Arbitrators? Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC Institute)," *Journal of International Arbitration* 17, no. 3 (2000): 157-161; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, 256-258. Tüm bu tahkim kurumları dışında, milletlerarası ticari uygulamada, bitkisel yağ sektörünün (FOSFA), pamuk sektörünün (Liverpool Cotton Rules) ve hububat sektörünün (The Grain and Feed Trade Association Arbitration Tribunal; kısaca GAFTA) kendine özgü tahkim kurumlarının bulunduğu bilinmektedir (Bkz. Akıncı, "Türkiye'de MTO Tahkimi," 40).

²⁹ Bkz. Ulukuş Bulut, *MTK ile Karşılaştırmalı Olarak*, 29.

³⁰ Bkz. Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, 255-256.

- Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center; kısaca WIPO),
- Resmi Alman- Fransız Sanayi ve Ticaret Odası Tahkim Merkezi (kısaca; COFACI).³¹
- İberoamerican Tahkim Merkezi (İberoamerican Arbitration Center; kısaca CIAR).³²
- Türkiye Cumhuriyeti ile İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası Arasında imzalanan ve makale konumuz olan İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi" (İİT Tahkim Merkezi).

II. İSLAM İŞBİRLİĞİ TEŞKİLATI TAHKİM MERKEZİ (İİT TAHKİM MERKEZİ)

A. Genel Olarak

Son günlerde yaşadığımız tahkime ilişkin bazı gelişmeler, kurumsal tahkim merkezlerinin ve tahkime ilişkin yapılan milletlerarası antlaşmaların ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Türkiye, İslam İşbirliği Teşkilatına (eski ismiyle İslam Konferansı Örgütüne) kuruluşundan (1969) beri üye olan bir ülkedir. Bu anlamda İİT Tahkim Merkezi ülkemiz bakımından oldukça önem taşımaktadır.

B. İslam Ülkelerinde Kurumsal Tahkime Olan İhtiyaç

İslam dininde, dava sürecini basitleştirmek için tahkim yönteminin meşru kabul edildiği, İslam Hukukunda tahkim konusuna azami özen gösterildiği bilinmektedir. Ayrıca tahkimin meşruiyetinin Kur'an-ı Kerim ve Sünnet tarafından ortaya konulduğu³³ ve birçok

³¹ Bkz. Keser Berber, *Uluslararası Ekonomik Tahkimde*, 183.

³² Bkz. İbrahim Özbay ve Murat Erdem, "Bir Kurumsal Tahkim Merkezi Örneği: İberoamerikan Tahkim Merkezi," *TAAD* 11, no. 42, (2020): 449-469.

³³ Mustafa Yıldırım, "Tahkim," iç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, erişim tarihi: Mart 10, 2020. <https://islamansiklopedisi.org.tr/tahkim--fikih>; aynı yönde bkz. Mohammed R. Al Suwaid, "The Legitimacy of Arbitration as a Means of Dispute Resolution," *Managing Partner at Al Suwaidi & Company*, erişim tarihi: Mart 10, 2020, <https://www.alsuwaidi.ae/our-team>; Yeğengil, *Tahkim (L'arbitrage)*, 72-74.

mali ve sosyal alanlarda tahkimin kapsamının genişletildiği belirtilmektedir.³⁴ Fıkıh literatüründe de tahkimin değişik hukuk dallarındaki işlevi, hakemde aranacak nitelikler gibi hususlar üzerinde geniş biçimde durulduğu görülmektedir.³⁵ Osmanlı döneminin ilk Medeni Kanunu olan Mecelle’de ise ayrı bir başlık altında (Kitab-ül Kaza; 16. Bölüm; m. 1841-1851) tahkime yer verildiği görülmektedir.³⁶

Diğer taraftan çeşitli bilimsel yayınlarda, İslam’da kolektif çıkarlara hizmet eden barışçıl çözüm yöntemlerinin daha faydalı olduğu belirtilmiş, kaldı ki İslam tarihinde Hz. Peygamber (s.a.v)’in adil, güvenilir (el-emin) ve tarafsız olmasının, hatta birçok ihtilafta hakem olarak hareket etmesinin tahkimin gelişmesinde önemli bir etken olduğuna değinilmiş ve İslam ülkeleri arasında kurumsal tahkim ihtiyacının bulunduğu vurgu yapılmıştır.³⁷ İşte İİT Tahkim Merkezi’nin bu ihtiyacı karşılama amacıyla kurulduğunu söylemek mümkündür.

³⁴ Al Suwaid, “The Legitimacy of Arbitration as a Means of Dispute Resolution.” Buna karşılık İslam Hukukunda, hakem kararlarının bu kararları tasdik edecek hâkimin mezhebine de uygun olması zorunluluğu, tahkim yolunun kadıya rağbeti azaltacağı endişesi ve fıkıh kitaplarında tahkim konusunun genişletilmesini sağlayacak fetvaların verilmemesinin tavsiye edilmesi gibi nedenlerle, tahkimin gelişmediğine ilişkin bir görüş de söz konusudur. Bkz. Yeğengil, *Tahkim (L’arbitrage)*, 81.

³⁵ Yıldırım, “Tahkim.” İslam Hukukunda tahkim ile ilgili geniş bilgi için bkz. Charles P. Trumbull, “Islamic Arbitration: A New Path for Interpreting Islamic Legal Contracts,” *Vanderbilt Law Review* 59 (2006): 609-647. Milletlerarası ticari tahkime ilişkin İslami yaklaşımlar için bkz. S. H. Amin, “An Islamic Approach International Commercial Arbitration,” *Journal of Islamic Law* 1, no. 1 (1996): 203-236.

³⁶ Ensari Yücel, “İslam Hukukunda Tahkim ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü,” *Journal of Islamic Economics and Finance (İslam Ekonomisi ve Finansı Dergisi)* 3, no. 2 (2017): 157; Yeğengil, *Tahkim (L’arbitrage)*, 89; Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Tahkimin*, 15. Ayrıca Mecelle’de hakemlerin hâkim olarak mütalaa edildiği hakkında bkz. Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Tahkimin*, 15.

³⁷ Örnek olarak bkz. George Khoukaz, “Sharia Law and International Commercial Arbitration: The Need for an Intra-Islamic Arbitral Institution,” *Journal Of Dispute Resolution (J. Disp. Resol.)*, no: 1 (2017): 186-187. İslam ve İslam öncesi toplumlarda tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gelişimi ve batı ülkeleri ile farklılıkları hakkında bkz. Khoukaz, “Sharia Law and International Commercial,” 186ff. Milletlerarası ticari tahkime İslami yönden yaklaşım ile ilgili bir çalışma için bkz. S. H. Amin, “An Islamic Approach International Commercial Arbitration,” *Journal of Islamic Law* 1, no. 2 (1996): 203-236.

C. Ülkemizdeki Konuya İlişkin Yasal Süreç

Öncelikle, “Türkiye Cumhuriyeti ile İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası Arasında İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi’nin (kısaca İİT Tahkim Merkezi) Türkiye’de Kurulması Hakkında Milletlerarası Antlaşmanın Uygun Bulunduğuna İlişkin Kanun” 16. 01. 2020 tarihinde kabul edilmiş; ardından 18.01. 2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.³⁸ İİT Tahkim Merkezi Tüzüğü’nün, bu Milletlerarası Anlaşmanın (kısaca; İİT Tahkim Anlaşması) eki olduğu görülmektedir.

Ardından, söz konusu İİT Tahkim Anlaşması,³⁹ 24 Ocak 2020 tarihinde Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmış ve bir gün sonra 25 Ocak 2020 tarihinde “Türkiye Cumhuriyeti ile İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası Arasında İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi’nin Türkiye’de Kurulması Hakkında Antlaşmanın Onaylanması Hakkında Karar” (Karar sayısı: 2064)” Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.⁴⁰

Anayasa’nın 90 ıncı maddesinin 1. fıkrasında, “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak anlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır” hükmü yer almaktadır. Şu halde, bir milletlerarası anlaşma, kural olarak TBMM’ce onaylamayı uygun bulma kanunu ile kabul edildikten sonra, Cumhurbaşkanı’nın onaylanmasıyla yürürlüğe girmektedir. Şu halde buradaki milletlerarası anlaşmanın, uygun bulma kanunu gerektiren milletlerarası anlaşma olduğu görülmektedir.⁴¹

³⁸ 7217 sayılı Kanun (RG. 18.01.2020, S. 31012).

³⁹ Bu anlaşmanın kısaca “Ev Sahibi Ülke Anlaşması” olarak anıldığı belirtilmektedir (Ekşi, “İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim,” 267). Ancak çalışmamızda bu milletlerarası anlaşma “İİT Tahkim Anlaşması” şeklinde kısaltılmıştır.

⁴⁰ Bkz. RG. 25.01.2010, S. 31019.

⁴¹ Devletler hukukunda onaylamayı uygun bulma kanunu gerektiren ve gerektirmeyen anlaşmalar hakkında geniş bilgi için bkz. Enver Bozkurt, Yasin Poyraz ve Selcen Erdal, *Devletler Hukuku* (Ankara: Legem, 2018), 56-59.

D. İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT)

1. Genel Olarak

Eski adı İslam Konferansı Örgütü olan ve 2011 yılında ismi İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT) olarak değiştirilen İİT, 1967 yılında yaşanan Arap-İsrail Savaşı ile 1969 yılında gerçekleşen Mescid-i Aksa'nın kundaklanması sonrasında Fas Kralı Hasan ile Suud Kralı Faysal'ın ortak çağrısıyla Rabat'ta toplanan ilk İslam Zirvesi sonrasında başlayan bir sürecin sonucunda kurulmuştur. 1967 tarihli Arap-İsrail Savaşı sonrasında Müslümanlarca kutsal sayılan Kudüs şehri ile üç Arap ülkesinin topraklarının İsrail tarafından işgal edilmesi, Müslüman ülkelerin birbirleriyle yakınlaşmasına vesile olmuş; bu savaştan iki yıl sonra da İslam'ın en kutsal üç mabedinden biri olan Kudüs'teki Mescid-i Aksa'nın 22 Ağustos 1969 tarihinde bir Yahudi tarafından kundaklanması tüm İslam âleminde tepkiyle karşılanmıştır.⁴²

İslam ülkelerinin bağımsızlıklarını kazanmasıyla Müslümanların uluslararası siyasetteki etkilerinin artması sonucunda kurulan İİT'nin, tüm İslam dünyasını kapsayan ve din, kültür ve siyasal unsurlar temelinde kurulmuş ilk ve tek bütünleşme hareketi ve teşkilatı olarak ortaya çıktığı belirtilmektedir.⁴³

25 Eylül 1969 tarihinde eski adıyla İslam Konferansı Örgütü, yeni adıyla İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT)⁴⁴ isminde din vurgusu bu-

⁴² Muhittin Ataman ve Ayşe Nur Gökşen, *Sembolizm ve Aktivizm Arasında İslam İşbirliği Teşkilatı*, SETA Analiz no. 76 (2014), 9, erişim tarihi: Mart 10, 2020, www.setav.org; Mehmet Özkan, *İslam Konferansı Örgütü (İKÖ) Sorular ve Sorunlar, IGMG Perspektif*, Kasım 2007, http://www.igmg.org/fileadmin/pdf/perspektif/perspektif_2007-11.pdf. Ayrıca bkz. Muzaffer Şahin, Zakir Avşar ve İsmail Safi, "İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT) ve Medya Yapılanmaları," *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi The Journal of International Social Sciences* 28, no. 1 (2018): 237; Mehmet Dağ, "İslam İşbirliği Teşkilatının Ekonomik ve Mali Faaliyetleri Üzerine Bir Değerlendirme," iç. *Conference: Bitlis Uluslararası Sosyo-Ekonomik Araştırmaları ve Kalkınma Kongresi (USEAK-2018)* (Bitlis: 2018), 237.

⁴³ Ataman ve Gökşen, "Sembolizm ve Aktivizm Arasında," 9.

⁴⁴ İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT)'nin 57 üyesi ve 5 gözlemci üyesi bulunmaktadır. Bu ülkeler şunlardır: Türkiye, Afganistan, Arnavutluk, Azerbaycan, Bahreyn, Bangladeş, Benin, Birleşik Arap Emirlikleri, Bruni, Burkina Faso, Cezayir, Cibuti, Çad, Endonezya, Fas, Fildişi Sahilleri, Filistin, Gabon, Gambiya, Gine, Gine Bissau, Guyana, Irak, İran, Kamerun, Katar, Kazakistan, Kırgızistan, Komorlar, Kuveyt, Libya, Lübnan, Malezya,

lunan tek uluslararası örgüttür. Siyasal bir örgüt olarak Birleşmiş Milletler'in (BM) konumunu ve işlevselliğini bölge düzeyinde hayata geçirmeyi amaçlayan İİT, gerek teşkilatlanma biçimi ve gerekse üye sayısının çokluğu bakımından BM'ye benzerliği ile dikkat çekmektedir. İİT'nin kuruluş sözleşmesinde BM sözleşmesine olan bağlılığın vurgulanması, örgüte evrensel bir görünüm kazandırırken, örgütün İslam dünyasının sorunlarını çözmek için kurulmuş olması İİT'yi özel bir konuma yerleştirmektedir.⁴⁵

Bu çerçevede, İslam dünyasında yaşanan krizlerin çözümü ve uluslararası arena taşınması konusunda en aktif olması beklenen uluslararası örgütlerin başında İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT) gelmektedir. Neredeyse 50 yıllık geçmişi bulunan İslam İşbirliği Teşkilatı, kuruluşundan bu yana üye sayısı ve kapsadığı coğrafi alan bakımından BM'den sonra dünyanın en büyük uluslararası kuruluşudur.⁴⁶

Maldivler, Mali, Mısır, Moritanya, Mozambik, Nijer, Nijerya, Özbekistan, Pakistan, Senegal, Sierra Leone, Somali, Sudan, Surinam, Suriye, Suudi Arabistan, Yemen (Buna karşılık Suriye'nin üyeliği 14-15 Ağustos 2012 tarihlerinde Mekke'de düzenlenen 4. Olağanüstü İİT Zirvesi'nde askıya alınmıştır). Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (Kıbrıs Türk Devleti adıyla), Bosna-Hersek, Orta Afrika Cumhuriyeti, Rusya, Tayland ise gözlemci üyelerdir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, İİT içerisinde beş ülke arasında (Ürdün, Malezya, Pakistan, Türkiye ve Birleşik Arap Emirlikleri) TPS, dokuz ülke (Bangladeş, Endonezya, İran, Malezya, Fas, Pakistan, Tunus, Türkiye, Sudan) arasında ise aralarında Gümrük Birliği Anlaşması bulunmaktadır. 2004 yılında Tercihli Ticaret Sistemi (TPS) imzalanmıştır. TPS, İİT ülkeleri arasındaki ticaretin ülkeler arasında eşitlikçi ve ayrımcılık olmadan tercihte bulunulması yoluyla daha ileri bir noktaya taşınmasını amaçlamaktadır. Bkz. erişim tarihi: Mart 28, 2020, <http://www.mfa.gov.tr/islam-isbirligi-teskilati.tr.mfa>; M. Büşra Engin Öztürk, "Türkiye ve Dünya Ticareti İçerisinde İslam İşbirliği Teşkilatının Yeri ve Önemi," *Sakarya İktisat Dergisi* 7, no. 3 (2018): 42.

⁴⁵ Bkz. Fikret Bildişli ve Matituoheti Atawula, "İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT)'nin Önemi ve Bölgesel Güvenlik Sorunlarının Çözümünde İşlevsizliğinin Nedenleri," *Türk & İslam Dünyası Sosyal Araştırmalar Dergisi (TİDSAD)/The Journal of Turk & Islam World Social Studies* 6, no. 20 (2019): 78. İİT'nin yapısal organizasyonu hakkında geniş bilgi için bkz. Oktay Kaymak, "İslam İşbirliği Teşkilatının Yapısal Organizasyonu," [ilmvemedenyet.com](http://www.ilmvemedenyet.com), erişim tarihi: Mart 10, 2020, <https://www.ilmvemedenyet.com/islam-isbirligi-teskilatinin-yapisal-organizasyonu.html>. İslam İşbirliği Teşkilatının kurumsal yapısı hakkında bkz. Soner Doğan, "Türkiye'nin Dönem Başkanlığı ve İslam Birliği Teşkilatı," *İNSAMER*, Kasım (2016): 5-7.

⁴⁶ Hüseyin Ağır ve Mehmet Metin, "İslam İşbirliği Teşkilatı Ülkelerinin Kendi İçindeki Yeri," *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İİBF Dergisi* 7, no. 2 (2017): 126; Kaymak, "İslam İşbirliği Teşkilatının Yapısal Organizasyonu." Türkiye, İslam İş-

1969 yılında Örgüte üye olan Türkiye, 1972 yılında ise İslam Konferansı Örgütü Şartını kabul etmiş; daha sonra bu Şartın yerini 2008 yılında kabul edilen yeni Şart almıştır. Türkiye reform niteliğinde değişiklikler getiren yeni Şartı 2012 tarihinde onaylamıştır.⁴⁷ Daha önce de belirtildiği üzere Örgütün adı 28-30 Haziran 2011 tarihinde Astana’da yapılan 38. Dışişleri Bakanları Konseyi Toplantısında “İslam Birliği Teşkilatı” olarak değiştirilmiştir.⁴⁸

2. İslam İşbirliği Teşkilatının Amaçları ve İşlevi

Kurucu sözleşmesinde belirtildiği üzere İTT’nin amacı, Müslüman ülkeler arasında işbirliğini geliştirmektir. İslam kimliğinin korunmasına çalışmak örgütün başlıca hedefleri arasında yer aldığından, alınan kararların İslam dinine uygun olması özen gösterilen bir konudur. Nitekim bu öncelik örgüt içindeki bağlı organ ve kuruluşlara da yansımıştır. Örneğin, örgütteki önemli kuruluşlardan biri olan Kudüs Komitesi, İslam Kalkınma Bankası ve Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi gibi organlar klasik uluslararası örgütlenmelerde rastlanmayan yapılardır. Kudüs komitesi siyasi yönden, İslam Kalkınma Bankası ekonomik yönden, Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi ise eğitim ve kültürel yönden İslam birliğini temsil etmektedir.⁴⁹ Teşkilatın temel amacının, üye devletler arasında işbirliği ve dayanışmayı güçlendirmenin yanısıra, İslam Dünyasının hak ve çıkarlarını korumak, üye devletlerin kaynaklarını bir araya getirmek, bilim ve teknolojiyi yükseltmek ve kalkındırmak, tüm Müslü-

birliği Teşkilatı içinde oldukça aktif bir rol oynamıştır. Türkiye’nin İslam ülkeleriyle çok taraflı ekonomik ve ticari faaliyetleri, Türkiye’nin başkanlığını yaptığı İslam Konferansı Teşkilatı Ekonomik ve Ticari İşbirliği Daimi Komitesi (İSEDAK) çerçevesinde yürütülür (Engin Öztürk, “Türkiye ve Dünya Ticareti,” 46).

⁴⁷ Bkz. İslam Konferansı Örgütü Şartının Onaylanmasını Uygun Bulduğuna Dair Kanun, No. 6280, Kabul Tarihi: 23.2.2012 (RG. 29.2.2012, S. 28219). Ayrıca bkz. Ekşi, “İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim,” 274.

⁴⁸ Şahin, Avşar ve Safi, 237; Ekşi, “İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim,” 274.

⁴⁹ Burcu Öztürk, *The Role of Religion in International Relations: The Case of The Relations Between Turkey and Organisation of Islamic Cooperation (OİC)* (Ankara: Middle East Technical University, 2013), 17; Bildişli ve Atawula “İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT)’nin,” 92-93.

man ülkelerin mutluluğunu ve gelişimini güvence altına almak ve bu ülkelerin haklarını savunmak olduğu da vurgulanmaktadır.⁵⁰

İİT gibi bir örgütün varlığı büyük önem taşımakla birlikte, İİT'nin kendinden beklenileni yerine getiremediği, uluslararası politikada etkili bir aktör olamadığı söylenebilir.⁵¹ İİT'nin üyeleri arasında nüfuslarının büyük çoğunluğunun Müslüman olması dışında çok fazla bir ortak noktanın bulunmaması, İİT üye ülkelerinin çoğunun bölgesel çatışma sonucu ortaya çıkmış olması ve İslam dünyasındaki teşkilat ve örgüt sayısının çokluğu gibi nedenler, bu Teşkilatın beklenileni yerine getirememesinin nedenleri arasında sayılmaktadır.⁵² Özellikle böyle bir yapılanmaya daha fazla işlevsellik kazandırmak için, siyasi ve ekonomik konularda üye ülkelerin üzerinde uzlaşmaya varacağı ya da birbirlerine eklenilebileceği bir modelin geliştirilmesi ya da var olan modeller üzerinde çalışmalar yapılması gerektiği ileri sürülmektedir.⁵³ Kanaatimizce, tahkim merkezine ilişkin bu yaklaşım söz konusu bu model arayışının bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır.

E. İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası (İTSTO)

1. Genel Olarak

Merkezi Pakistan'ın Karaçi şehrinde bulunan İslam, Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası (İTSTO),⁵⁴ 22 Mayıs 1976'da İstanbul'da düzenlenen Yedinci İslam Dışişleri Bakanları Konferansında, İslam ülkelerinin ticari ve endüstriyel işbirliğini ilerletme ve geliştirme amaçlı bir kuruluştur.⁵⁵

⁵⁰ Dağ, "İslam İşbirliği Teşkilatının Ekonomik," 239.

⁵¹ Ataman ve Gökşen, "Sembolizm ve Aktivizm Arasında," 7; Doğan, "Türkiye'nin Dönem Başkanlığı," 13.

⁵² Bildişli ve Atawula "İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT)'nin," 99.

⁵³ Bildişli ve Atawula "İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT)'nin," 99. İİT'nin kurumsal yapısı hakkında geniş bilgi için bkz. Ataman ve Gökşen, "Sembolizm ve Aktivizm Arasında," 12ff.

⁵⁴ Islamic Chamber of Commerce, Industry and Agriculture (kısaca; ICCIA).

⁵⁵ Bkz. erişim tarihi: Şubat 28, 2020, <https://www.iccia.com/?q=node/16>.

İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası (İTSTO), İslam İşbirliği Teşkilatı'na (İİT) bağlı bir kuruluş olup; Teşkilata üye 57 İslam Ülkesindeki özel sektörü temsil etmektedir. Üye ülkelerdeki ticaret, bilgi teknolojisi, sigorta/reasürans, nakliye, bankacılık, yatırımların teşvik edilmesi ve ortak girişimler (joint venture) alanında daha yakın işbirliğini güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu Oda'nın (İTSTO) üyeliği, üye ülkelerin Ulusal Odalar/ Birlikler/ Ticaret ve Sanayi Odaları Federasyonlarından oluşmaktadır.⁵⁶

İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odasının (İTSTO) konumuz bakımından önemi ise, İİT Tahkim Anlaşması'nın taraflarından birini teşkil etmesidir. Zira 11 maddelik bu milletlerarası anlaşma ülkemiz (Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti)⁵⁷ ile İTSTO arasında imzalanmıştır.⁵⁸

2. İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odasının (İTSTO) Hedefleri⁵⁹

İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası aşağıdaki etik, pratik ve genel hedeflere ulaşmaya çalışacaktır:

aa) Ekonomik entegrasyon ve ekonomik ve sosyal kalkınmayı sağlamak amacıyla kendi aralarındaki ticari ürünleri çeşitlendirerek İTSTO'ya bağlı ülkelerdeki iş sektörü arasındaki işbirliğini desteklemek.

bb) İslam dünyası ülkelerinde endüstriyel ve tarımsal ürünlerin geliştirilmesi ve işletmelerin yönetim yöntemleri ile ürünlerin kalite ve özellikleri ile ilgili standart ve kriterlere göre kalite sertifikalarının düzenlenmesi yoluyla kalite ve rekabet kavramının geliştirilmesi.

⁵⁶ Bkz. erişim tarihi: Şubat 28, 2020, https://www.iccia.com/?q=node/18_

⁵⁷ İİT Tahkim Anlaşmasını Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti adına Ticaret Bakanı Ruhsar Pekcan; İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası (İTSTO) adına ise İTSTO Başkan Yardımcısı M. Rifat Hisarcıkloğlu imzalamıştır.

⁵⁸ İslam, Ticaret, Sanayi ve Tarım Odasının başkanı Şeyh Saleh Kamel; Genel Sekreteri Şeyh Yousef Khalawidir, <https://www.facebook.com/RHisarcikloglu/posts/2440796249310604/>. İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası Başkan Yardımcısı ise, 2009 yılından beri Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Başkanı M. Rifat Hisarcıkloğlu'dur, <https://www.deik.org.tr/m-rifat-hisarcikloglu>.

⁵⁹ Buradaki bilgiler, İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası'nın (The Islamic Chamber of Commerce, Industry and Agriculture; kısaca ICCIA) resmi web sitesindeki İngilizce metninden Türkçeye çevrilmiştir. Bkz. <https://www.iccia.com/?q=node/18>.

cc) İslam fıkhına (helal) uygun besleyici ürünlerin belirlenmesi ve rehberlik için standartların hazırlanması, besleyici ürünün İslam fıkhının (helal) hükümlerine uygunluk sertifikalarının verilmesi için standartlar ve ticari marka dahil onaylanması, İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası (İTSTO) tarafından verilen helal sertifikasını ayırt etmek ve bu sertifikaları veren kurumları akredite etmek ve söz konusu ticari markanın kullanımını lisanslamak, ticari markayı ayırt eden ürünlerin devletlerarası ticaret hacmini arttırmak helal sertifikasyonu ve söz konusu sertifikanın standartlarına uygun olarak İslam fıkhı ile uyumlu yeni üretim hatları ve entegre mezbahalar kurmak.

dd) İTSTO'ya üye ülkeler ile üye olmayan ülkelerdeki Müslüman ve diğer dini inanç sahiplerinin kullanımına yönelik olan yerleşim yerlerine helal gıda ve ürünlerin sağlanmasına katkıda bulunmak.

ee) Müslümanların karşı karşıya olduğu ekonomik zorlukları tespit ve dayanışmayı sağlamak amacıyla İTSTO ve bağlı kuruluşlarıyla koordinasyon ve işbirliği yapmak.

ff) Üye Devletler arasında mal ve hizmet alışverişlerinde karşılaşılan engellerin kaldırılması ve "İslam Ortak Pazarı" oluşturulması hedef ve amacıyla ticaret hacminin ve aralarındaki ekonomik işbirliğinin artırılması için gerekli önlemlerin tespit edilmesi ve önerilmesi.

gg) İslam ülkelerindeki altyapının iyileştirilmesine katkıda bulunmak, geliştirme ve işletme projelerine katılmak.

hh) İslam ülkeleri arasında emek (iş) ve uzmanlık hareketinin desteklenmesi ve kalifiye elemanların istihdamına odaklanması.

ıı) İslam ülkeleri arasında bankacılık, sigorta, reasürans, yatırım, denizcilik ve diğer ulaşım araçları alanlarında işbirliğinin geliştirilmesi.

ii) Turizm faaliyetlerinin desteklenmesi, geliştirilmesi ve İslam ülkeleri arasında ulaşımın kolaylaştırılması.

jj) İslami odaların uluslararası konferans ve seminerlerdeki konularının koordine edilmesine ve katılımlarının güçlendirilmesine katkıda bulunmak.

kk) Bilim ve teknolojiyi azami şekilde kullanmak suretiyle artan üretimin teşvik edilmesi.

3. İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odasına (İTSTO) Diplomatik Statü Tanınmış Olması

İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odasına (İTSTO) bir meslek birliği (odası) olmasına rağmen, adeta bir uluslararası kuruluş gibi diplomatik statü verilmiştir. Bir başka deyişle, İTSTO'nun diplomatik statüsü dolayısıyla yapmış olduğu bir milletlerarası anlaşma söz konusudur.⁶⁰ Zira, İİT Tahkim Anlaşması, İİT ile değil, bu teşkilat tarafından ihdas edilen İTSTO ile yapılmıştır.⁶¹ Bu çerçevede Türkiye'nin, İTSTO ile yaptığı bu anlaşma ile İİT Tahkim Merkezi'ne ev sahipliği yapmayı üstlendiği ve mali açıdan da yük altına girmek suretiyle elinden gelen fedakârlığı gösterdiğini de unutmamak gerekir.⁶²

Kanaatimizce İİT Tahkim Anlaşmasını imzalayan İTSTO, adeta İİT'nin (örgütün) görevlerini yerine getirirken yetki verdiği bir milletlerarası memur⁶³ gibi düşünülmüştür.

F. İİT Tahkim Merkezinin Kurulması Öncesinde İslam Ülkelerinin Yatırım Uyuşmazlıkların Çözümlemesine İlişkin Yaptığı Milletlerarası Anlaşmalar ve Bu Anlaşmalardaki Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Yollar

İİT Tahkim Merkezinin kurulması öncesinde de İslam ülkelerinin özellikle yatırım uyuşmazlıkların çözümü için amacıyla bazı anlaşmalar imzaladığı görülmektedir.⁶⁴ Şöyle ki:

a) Eski adıyla İslam Konferansı Örgütü'ne, yeni adıyla İİT'na üye ülkeler arasında yatırımların teşviki ve korunması konusunda bir milletlerarası anlaşma yapılmıştır. Bu anlaşma, Ortadoğu ve Kuzey Afrika (*Middle East and North Afrika*; kısaca *MENA*) bölgesinde 1980'li yıllarda petrol endüstrisindeki düşüş nedeniyle ekonomik iklimin değişmesi üzerine bu bölgeye daha fazla yabancı yatırımcı

⁶⁰ Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 267.

⁶¹ Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 292.

⁶² Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 267.

⁶³ Milletlerarası memur kavramı için bkz. Bozkurt, Poyraz ve Erdal, *Devletler Hukuku*, 136.

⁶⁴ Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 276ff.

çekmek amacını taşımaktadır. Yatırım uyuşmazlığına taraf olan ülkelerce yapılan iki taraflı anlaşmaların bir kısmında, 1965 yılında Washington'da kabul edilen ve daha sonra ise 1988 yılında Türkiye tarafından onaylanan ICSID tahkimi kabul edilmiştir.⁶⁵

b) Bu anlaşma dışında Arap Ligi ülkeleri arasında "Arap Sermayesinin Arap Devletlerinde Yatırımları Hakkında Birleşik Anlaşma (kısaca; Arap Yatırım Anlaşması)" Ürdün'ün Amman şehrinde yapılmıştır. Bu anlaşmada, yatırım uyuşmazlıklarının taraflarının başvuracağı iki yol belirtilmiş olup; bunlar arızı (ad hoc) tahkim ve arabuluculuk ile Arap Yatırım Mahkemesi'ne başvurulmasıdır.⁶⁶

c) Arap Yatırım Anlaşması'nı müteakiben İİT, "İslam Konferansı Teşkilatına Üye Ülkeler Arasında Yatırımların Teşviki Korunması ve Garanti Edilmesi Anlaşması" (kısaca İİT Yatırım Anlaşması; OIC Investment Agreement) Haziran 1981 tarihinde Bağdat'ta 57 ülkenin dışişleri bakanları tarafından, çok taraflı bir yatırım anlaşması olarak imzalanmıştır. Bu anlaşmada ise (İİT Yatırım Anlaşması, m. 16), yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bakımından üç yol öngörülmüştür. Bunlar, özetle; yatırıma ev sahipliği yapan devletin mahkemelerine başvurulması; ikincisi arabuluculuk; üçüncüsü de tahkimdir. Bu yollardan tahkim yoluna ise ancak İİT Yatırım Uyuşmazlığı Çözüm Organı'nın (OIC Investment Dispute Settlement Organ) kurulması ve faaliyete başlayıncaya kadar başvurabilecektir. Şu an itibariyle ise bu Organ'ın kurulmadığı belirtilmektedir.⁶⁷ Buna karşılık bu Organ'ın kurulması için hazırlanan Taslak Protokolde, uyuşmazlıkların üye devletlerin mahkemelerinde çözümlenmesi, iç hukuk yolları tüketildikten sonra arabuluculuğa ve ardından ise tahkime başvurulması öngörülmüştür.⁶⁸ Şu an itibariyle Yatırım Uyuşmazlığı Çözüm Organı'nın ihdası maalesef hala söz konusu olmamıştır.

⁶⁵ Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 276.

⁶⁶ Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 276.

⁶⁷ Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 280. Bu anlaşmaların ayrıntılı olarak incelenmesi çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır. Geniş bilgi için bkz. Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 280-283.

⁶⁸ Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 289.

Kurulması düşünülen bu Organ'ın merkezinin yeri henüz belli değildir. Ancak bu yerin Suudi Arabistan'ın Cidde şehri olabileceği bazı makalelerde belirtilmiş,⁶⁹ böylece ICSID Tahkim Merkezi'ne benzer bir yapılanma olacağı ifade edilmiştir. Bu durumda ise doktrinde isabetli bir şekilde Türkiye'nin diplomatik bir adım ile İİT Yatırım Uyuşmazlığı Çözüm Organı'nın da İstanbul'da kurulmasının sağlanmasının şart olduğu belirtilmektedir.⁷⁰ Biz de İİT Yatırım Uyuşmazlığı Çözüm Organı'nın İstanbul'da kurulmasının özellikle diğer tahkim merkezleri ile rekabetine olumlu katkı sağlayacağı kanaatindeyiz.

III. İİT TAHKİM MERKEZİNİN “TÜZÜK” ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

İİT Tahkim Merkezi (kısaca; *İİT-TM veya Merkez*), öncelikle Anlaşma'da İİT Tahkim Anlaşmasında (m. 1-11) ikinci olarak ise geniş bir şekilde İİT Tahkim Merkezi Tüzüğünde (kısaca; *Tüzük*) düzenlenmiştir. Aşağıda bu Tüzük çerçevesinde İİT Tahkim Merkezi hakkında ayrıntılı bilgi verilecektir.

A. Genel Olarak

İstanbul'da düzenlenen İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT) Ekonomik ve Ticari İşbirliği Daimi Komitesinin (İSEDAK)⁷¹ 35. Toplantısında

⁶⁹ Ekşi, “İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim,” 290, dn. 72'de belirtilen yazar (Kumtepe ve Loschi'den naklen).

⁷⁰ Ekşi, “İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim,” 290.

⁷¹ İSEDAK, İİT'nin dört daimi komitesinden biridir. 1981 yılında düzenlenen 3. İslam Zirvesi Konferansı'nda kurulması kararlaştırılan İSEDAK, 1984 yılında Kazablanka'da yapılan 4. İslam Zirvesi'nde faaliyetlerine başlamıştır. İSEDAK, İİT'nin ekonomik ve ticari iş birliği alanındaki uygulamalarını izlemek, üye ülkeler arasında iş birliğini güçlendirmek, kapasitelerini artırmaya yönelik programlar hazırlamak ve öneriler sunmaktan sorumludur. İSEDAK'ın etki alanı, geniş bir coğrafyaya uzanmaktadır. Daimi başkanlığını Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nın yaptığı İSEDAK'ta Türkiye önemli bir rol oynamaktadır. İSEDAK, her sene ekim veya kasım aylarında, bakanlar düzeyinde İstanbul'da toplanmakta ve söz konusu toplantıların çalışma oturumlarına Türkiye'den bir bakan başkanlık etmektedir. Bkz. Doğan, “Türkiye'nin Dönem Başkanlığı,” 7; Kaymak, “İslam İşbirliği Teşkilatının Yapısal Organizasyonu.” Ayrıca bkz. Kalkınma Bakanlığı, *Kalkınma için Uluslararası İşbirliği, Metotlar ve Yaklaşımlar Özel İhtisas Komisyonu Raporu* (Ankara: 2015), 90.

tarihi bir atım atılmış ve hedef olarak gündemde olan İİT Tahkim Merkezi kurulmuştur. İİT üyesi ülkeler arasındaki ticari ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde önemli bir rol üstlenmesi beklenen Tahkim Merkezi için kıtalararası ve denizyolları üzerinde bulunan İstanbul şehrinin tercih edilmesi, kurumun işlevselliği ve etki alanı açısından isabetlidir. Ayrıca İSEDAK' ın, 57 üye, 5 gözlemci ülke ve 1,7 milyarlık nüfusuyla, Birleşmiş Milletlerden sonra en fazla üye ve temsil kapasitesine sahip uluslararası kuruluş olması da bu konuda vurgulanması gereken bir diğer husustur.⁷² İİT Tahkim Merkezinin, İslam ülkeleri arasındaki ticareti ve yatırımları daha da artıracığı kuşkusuzdur. Ayrıca uyuşmazlık durumlarında tarafsız, objektif, saygın ve kuralları önceden belirlenmiş böyle bir başvuru merkezinin bulunmasının uyuşmazlık tarafı devlet ile gerçek ve tüzel kişilerde oluşturacağı güven faktörü, yatırımın sayısı ve yönü konusunda olumlu katkı sağlayacaktır.⁷³

⁷² Bkz. erişim tarihi: Ocak 20, 2020, <http://www.mfa.gov.tr/islam-isbirligi-teskilati.tr.mfa>. Ayrıca İslam İşbirliği Teşkilatı (Organisation of Islamic Cooperation; kısaca OIC) bünyesinde yatırımcı devlet uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik "ICSID" niteliğinde bir merkezin kurulmasına yönelik çalışmaların da ayrıca devam ettiği belirtilmektedir (Bkz. Yusuf Kumtepe ve Riccardo Loschi, *Investment Dispute Settlement Body of the Organisation of Islamic Cooperation: A Dead End for Claims under the OIC Investment Agreement?* (2019), 1-2).

⁷³ Bkz. Rifat Hisarcıklıoğlu'nun konuşması, erişim tarihi: Ocak 20, 2020, <http://www.mfa.gov.tr/islam-isbirligi-teskilati.tr.mfa>. **Merkezin kuruluş amacı** ile ilgili olarak ise şu hususlar belirtilmektedir: "TBMM'ye sunulan genel gerekçe metninde, İİT Üyesi ülkelerdeki firmaların kendi aralarındaki uyuşmazlıkları çözmek için Teşkilata üye olmayan ülkelerdeki tahkim merkezlerine başvurularının, Teşkilat içinde kalabilecek büyük bir kaynağın bu ülkelere aktarılmasına neden olduğu aktarılmaktadır. Merkez öncelikle bu kaynağın üye ülkelerde kalması amacıyla kurulduğu ortaya konulmaktadır. Türkiye açısından ise merkezin İstanbul'da kurulmasının İİT üyesi ülkeler ile ilişkilerimizin gelişmesine katkı sağlayacağı ve uzun vadede Türkiye ekonomisine olum etkilerinin olacağı belirtilmektedir. Türkiye'nin tahkim alanında lider bir konuma gelmesinin hedeflendiği belirtilen gerekçe belgesinde, İİT Tahkim Merkezi'nin tahkim alanında ülkemizin konumunu daha ileriye taşıyacağı değerlendirilmiştir. Merkezin hedefleri ise Tüzüğünde şu şekilde aktarılmaktadır: 1. İİT Üyesi Devletlerin veya İİT Üyesi olmayan devletlerin tabiiyetine sahip gerçek veya tüzel kişilere ilişkin Merkeze yönlendirilmiş ticaret ve yatırımcı uyuşmazlıklarının çözümünün kolaylaştırılması, 2. İİT Üyesi Devletlerde tahkim ve diğer uyuşmazlık çö-

Ancak şu hususu belirtmek gerekir ki, İslam ülkelerinde tahkimin geçmişi eskilere dayanmakla birlikte, son yıllara kadar İslam ülkelerinin tanınmış tahkim merkezleri konusunda ümit edilen seviyeye ulaştığını söylemek zordur. İslam ülkelerinde ticari uyuşmazlıklarda İngiliz mahkemelerine yetki veren ve İngiliz hukukunun uygulanmasını sağlayan anlaşmalara tepki olarak tahkim merkezleri kurulmuş; ticari uyuşmazlıkların İslam ülkelerindeki bu tahkim merkezlerinde çözülmesi için önemli adımlar atılmış, ayrıca bölgesel nitelikteki yatırım anlaşmalarında yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için kurumsal tahkimle ilgili düzenlemeler de yapılmıştır. Ancak bu düzenlemeler de tam olarak hayata geçirilememiştir.⁷⁴

B. İİT Tahkim Merkezinin Hedefleri (Tüzük m. 4)

İİT Tahkim Merkezi, aşağıdaki hedeflere ulaşmayı amaçlamaktadır (Tüzük, m. 4):

- İİT üyesi veya üyesi olmayan devletlerin tabiiyetine sahip gerçek veya tüzel kişilere ilişkin Merkeze yönlendirilmiş ticaret ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünün kolaylaştırılması,
- İİT üyesi devletlerde tahkim ve *diğer* alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin⁷⁵ teşvik edilmesi,
- Tahkim ve alternatif çözümü alanlarında bilgi düzeyinin artırılması ve becerilerin ve uzmanlığın geliştirilmesi,
- İİT üyesi devletlerde uyuşmazlık çözüm mevzuatı ve uygulamalarının reformuna yönelik tavsiyelerde bulunulması.

Burada, Tüzüğün 4 üncü maddesinin (b) ve (c) fıkralarında yer alan ifadelerin nasıl yorumlanacağı önemli bir husustur. Zira Tüzüğün 4' üncü maddesinin (b) bendinde "*İİT üyesi devletlerde tahkim ve*

zümü yöntemlerinin teşvik edilmesi, 3. Tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözümü alanlarında bilgi düzeyinin artırılması ve becerilerin ve uzmanlığın geliştirilmesi, 4. İİT Üyesi Devletlerde uyuşmazlık çözüm mevzuatı ve uygulamalarının reformuna yönelik tavsiyelerde bulunulması" (Bkz. erişim tarihi: Ocak 31, 2020, <http://www.ista.org.tr/tr/blog/islam-isbirligi-teskilati-tahkim-merkezi>).

⁷⁴ Bkz. Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 275.

⁷⁵ Örneğin, arabuluculuk, müzakere, hakem- bilirkişilik gibi (bkz. ve karşı. Yeşilirmak, *ICC Tahkim Kuralları*, 30-32).

diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri” tabiri, tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaması nedeniyle kanaatimizce isabetli değildir.⁷⁶ Zira burada, “tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri” denilmekle, sanki alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tahkim ve diğer yöntemler şeklinde ikiye ayrıldığı gibi bir anlam çıkmakta; bu ise kavram karışıklığına neden olmaktadır. Bu nedenle kanımızca daha doğru ifade “tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri” olmalıydı. Kaldı ki Tüzüğün (c) bendinde daha isabetli şekilde “tahkim ve alternatif çözüm alanlarında” ifadesi kullanılmıştır.

C. İİT Tahkim Merkezinin Genel Merkezi ve Tüzel Kişiliği

1. İİT Tahkim Merkezinin Genel Merkezi (Tüzük m. 5)

Tüzükte İİT Tahkim Merkezinin daimi genel merkezinin İstanbul olacağı belirtilmiştir (Tüzük, m. 5, I). Teşkilat üyesi ülkeler arasındaki ticari uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol üstleneceği ümit edilen İİT Tahkim Merkezinin İstanbul merkezli olmasını, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin İİT nezdinde oluşturmuş olduğu güven ve İİT’nin tercihi bakımından kayda değer olumlu gelişmelerin bir sonucu olarak görmekteyiz.

Merkez, yukarıda belirttiğimiz ve Tüzüğün 4 üncü maddesindeki hedeflerine ulaşmak ve Merkeze erişimi kolaylaştırmak amacıyla, farklı İİT üyesi olan ve olmayan devletlerde doğrudan Merkezin himayesi altında faaliyet gösterecek *ofisler* açabilir (Tüzük, m. 5, II). Ayrıca Merkezin İstanbul dışında açılmış ofislerinin görev, yetki ve masraflarının kapsamı Yönetim Kurulu tarafından belirlenir ve onaylanır (Tüzük, m. 5, III).

Burada bir hususu belirtmek gerekir ki, Tüzüğün “Değişiklikler” başlıklı 22 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, Tüzüğün ancak Mütevelli Heyetinin (yani toplam 11 üyenin) en az 9 üyesinin onayıyla değiştirilebileceği hükme bağlanmış;⁷⁷ 2 inci fıkrasında ise Tü-

⁷⁶ Tahkim ile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri (ADR) arasında bazı farklar için bkz. yuk. A- dn. 4.

⁷⁷ Benzer şekilde ICC Model Tahkim Şartında da tarafların model şartta bazı değişiklikleri yapabileceği belirtilmiştir (Bkz. Yeşilirmak, *ICC Tahkim Kuralları*, 33-34).

züğün 5 inci maddesinin değiştirilemeyeceği belirtilmiştir. Tüzüğün İİT Tahkim Merkezinin Genel merkezinin İstanbul olması ile ilgili 5 inci maddenin değiştirilememesine ilişkin düzenleme, Merkezin İstanbul'da kurulmasının İİT üyesi ülkelerle ilişkilerimizin gelişmesine katkı sağlayacağı, uzun vadede ülkemiz ekonomisine olumlu etkilerinin olacağı ve ayrıca tahkim alanında Türkiye'nin konumunu daha ileri taşıyacağı gibi nedenlerle,⁷⁸ isabetli olmuştur.

2. İİT Tahkim Merkezinin Tüzel Kişiliği (Tüzük m. 6)

İslam, Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası (İTSTO)'nun iştiraki olan Merkezin tüzel kişiliği, ayrı malvarlığı ve hak elde etme ve yükümlülük altına girmeye yönelik genel yetkisi ve *yasal kapasitesi* mevcuttur ve sözleşme akdetmek, şirketler kurmak veya bunlara katılmak ve taşınmaz, hisse, ticaret unvanı ve *fikri, ticari ve sınai mülk hakları* dâhil taşınır ve taşınmaz mülk sahibi olma yetkisi⁷⁹ ve mahkeme ve *hakem heyetleri nezdinde dava açma* ve *yasal yollara başvurma* ve işbu Tüzük hükümleriyle uyum içerisinde tüm kanuni işlemlere girişme hakkı vardır.

Tüzüğün 6 ncı maddesiyle ilgili olarak aşağıdaki hususları belirtmek mümkündür:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İİT Tahkim Merkezi, İTSTO'nun bir iştirakidir.⁸⁰

⁷⁸ Bkz. 7217 Sayılı Kanun'un Genel Gereğesi; ayrıca bkz. Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 293-294.

⁷⁹ Bkz. ve karş. İİT Tahkim Anlaşması m. 2/1.

⁸⁰ İktisadi devlet teşekkülü ve bağlı ortaklıklarla ilgili olarak 233 Sayılı Kamu İktisadî Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile bazı düzenlemeler getirilmiştir. Bunlardan biri de konumuzla ilgili olarak *iştirak* kavramıdır. KHK'nın tanımlar başlıklı 2/6 maddesine göre, *iştirak*, iktisadî devlet teşekküllerinin veya kamu İktisadî kuruluşlarının veya bağlı ortaklıklarının sermayelerinin en az %15 ine, en çok %50 sine sahip buldukları Anonim Ortaklıklardır (KHK/233, m. 2.6). 233 Sayılı KHK'da iştirak kavramı dışında, bazı tanımlara da yer verilmiştir. Şöyle ki: *Kamu İktisadî teşebbüsü* (teşebbüs), *İktisadî devlet teşekkülü* ile *kamu İktisadî kuruluşunun* ortak adıdır (KHK/233, m. 2.1). *İktisadî devlet teşekkülü* (teşekkül), sermayesinin tamamı devlete ait, İktisadî alanda ticarî esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu İktisadî teşebbüsüdür (KHK/233, m. 2. 2). Kamu İktisadî kuruluşu (Kuruluş), sermayesinin tamamı

İİT Tahkim Merkezinin tüzel kişiliğinden söz edilmiştir. Merkezin tüzel kişiliğinden maksat, özel hukuk tüzel kişiliğidir. Zira İİT Tahkim Anlaşması'nın 2 inci maddesinin 2 inci fıkrasında, Merkezin ev sahibi ülkede özel hukuka tabi tüzel kişiliği haiz olduğu açıkça belirtilmiştir.⁸¹ Buna karşılık, Merkezin bir dernek mi yoksa vakıf olarak mı kurulacağı konusunda gerek Tüzükte gerekse İİT Tahkim Anlaşmasında hüküm bulunmaması eleştirilebilir.⁸²

Burada “*yasal kapasite*” teriminin neyi ifade ettiği anlaşılmamaktadır. Kanaatimizce, burada kastedilen fiil ehliyetidir.⁸³

Maddede, “*fikri, ticari ve sınai mülk hakları*” ifadesinin de hukuk terminolojisi bakımından değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki; hukukumuzda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda (m. 13, m. 38, m. 57) “fikri hak” terimi kullanılmıştır. Ayrıca hukukumuzda “sınai mülk hakkı” değil, “sınai mülkiyet hakkı” terimi kullanılmaktadır. Zira Sınai Mülkiyet Kanununun 2/1 maddesinde, “sınai mülkiyet hakkının” “Markayı, coğrafi işareti, tasarımı, patent ve faydalı modeli” ifade edeceği, belirtilmiştir. Ayrıca “ticari” hak diye bir kavram da çok yaygın değildir. Bu nedenle Tüzükteki ifadede bir kavram karışıklığının bulunduğu söylenebilir. Ayrıca hukukumuzda “fikri mülkiyet” kavramı da kullanılmakta ve bu kavram hem fikri hakları hem de sınai mülkiyet haklarını kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak kabul edilmektedir. Ancak herhangi bir tereddüde yol açmamak için Tüzükte “fikri ve sınai mülkiyet hakları ile devredilebi-

Devlete ait olan ve tekel niteliğindeki mallar ile, temel mal ve hizmet üretmek ve pazarlamak üzere kurulan, kamu hizmeti niteliği ağır basan, kamu İktisadî teşebbüsüdür (KHK/233, m. 2. 3). Müessese, sermayesinin tamamı bir İktisadî devlet teşekkülüne veya kamu İktisadî kuruluşuna ait olan işletme veya işletmeler topluluğundan oluşan AO'lardır (KHK/233, m. 2. 5). *İşletme*, müesseselerin ve bağlı ortaklıkların mal ve hizmet üreten fabrika ve diğer birimleridir (KHK/233, m. 2. 7). Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (İstanbul: Vedat, 2019), 18.

⁸¹ Bkz. İİT Tahkim Anlaşmasının 2 inci maddesinin 2 inci fıkrası “Merkez, ev sahibi ülkede özel hukuka tabi tüzel kişiliği haiz olarak; sözleşme yapma, bağış alma, taşınır ve taşınmaz mallar edinme, kullanma ve elden çıkarma ile ev sahibi ülke kanunlarına uygun olarak mahkemelerde dava açma ehliyetine sahip olacaktır”.

⁸² Benzer şekilde bkz. Ekşi, “İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim,” 294.

⁸³ Bunu teyit eden bir ifade için bkz. İİT Tahkim Anlaşması, m. 2/2.

lir nitelikteki diğer ticari haklar” (örneğin işletme adı gibi) şeklinde bir ifade kullanılması isabetli olurdu.

Tüzüğün bu hükmündeki, “*hakem heyetleri nezdinde dava açma*” ile tahkim yoluna gitme ve tahkim davası açmak kastedilmiştir.

Burada “*yasal yollara başvurma*” terimi, hukukumuzda sadece “kanun (yasa) yolları”nı ifade etmemektedir. “Yasal yol” ifadesi, kanaatimizce, dava açma, davaya cevap verme, tüm usuli işlemleri yapma ve şikâyet yoluna başvurma gibi işlemler olduğu gibi, istinaf ve temyiz gibi kanun (yasa) yollarına başvurmayı da içeren bir üst kavram olarak düşünülmelidir.

D. İİT Tahkim Merkezinin Faaliyet ve İşlevleri (Tüzük m. 7)

Merkez, kendisine yönlendirilen uyuşmazlıkların çözümünün gerçekleştirilmesine ek olarak, Tüzük m. 4’deki hedeflerine ulaşmak için gerekli veya bunlara yardımcı aşağıdaki faaliyet ve işlevleri de yerine getirebilir:

Konferans ve seminerlerin düzenlenmesi ve eğitim programlarının yürütülmesi,

Uygun ulusal ve uluslararası devlet ve sivil toplum kurumlarına uyuşmazlık çözümü ile tavsiyelerde bulunulması,

Diğer ulusal veya uluslararası tahkim kurumlarıyla işbirliği ile işbirliği yapılması,

Bülten dâhil tanıtıcı veya akademik materyallerin yayımlanması,

Diğer uyuşmazlık çözüm merkezleriyle beraber kapasite geliştirme faaliyetlerinin düzenlenmesi,

Öğrenciler için eğitim amaçlı farazi dava yarışması gibi faaliyetlerin düzenlenmesi.

E. İİT Tahkim Merkezinin Gelir Kaynakları (Tüzük m. 8)

Merkezin masraf ve harcamaları, gerektiği şekilde ev sahibi ülke olarak Türkiye Cumhuriyeti tarafından karşılanır (Tüzük m. 8, I).

Merkezin diğer gelir kaynakları ise şunlardır (Tüzük m. 8, II):

- Merkeze uyuşmazlık çözümü için başvuran tarafların ödediği idari masraflar
- Danışmanlık hizmetleri, yayınlar, seminerler, araştırma projeleri ve Merkezin diğer hizmetlerinden elde edilen gelirler.
- İİT, İTSTO gibi diğer kurumlardan gelen mali veya diğer türlü bağış ve yardımlar.

Merkezin gelir kaynakları ve bu kaynaklarla ilgili meblağlar, Merkezin yıllık raporunda yayımlanır. (Tüzük m. 8, III).

Burada bir hususu belirtmek gerekir ki, Tüzüğün "Değişiklikler" başlıklı 22 inci maddesinin 2 inci fıkrasında Tüzüğün 8 inci maddesinin (ve Tüzüğün 5 inci maddesinin) değiştirilemeyeceği belirtilmiştir. Kanaatimizce "Merkezin Gelir Kaynaklarına" ilişkin bu hükümde (m. 8) öngörülen gelir kaynakları, zamana göre değişebileceğinden, değiştiremeyecek hüküm olarak düzenlenmesi isabetli olmamıştır.

F. İİT Tahkim Merkezinin Organları (Tüzük m. 9- 20)

İİT Tahkim Merkezinin organları Tüzüğün 9 uncu maddesinde dört (4) başlık altında sayılmıştır. Buna göre, İİT Merkezi'nin organları şunlardır:

- Mütevelli Heyeti
- Yönetim Kurulu
- Sekreteryaya
- Uluslararası Tahkim Divanı

Şimdi bu organlar Tüzük çerçevesinde incelenecektir.

1. Mütevelli Heyeti ve Mütevelli Heyetinin Görevleri

a. Mütevelli Heyeti (Tüzük m. 10)

Merkezin Mütevelli Heyeti, 11 üyeden oluşur. İTSTO Başkanı, Mütevelli Heyetinin doğal üyesi ve başkanıdır. Geri kalan üyelere 7'si İTSTO tarafından atanırken, 3'ü TOBB tarafından *ev sahibi ülkeden*⁸⁴ dört (4) senelik bir görev süresi için atanır. İTSTO'nun yaptığı atamalar İİT'nin farklı coğrafi alanlarını temsil edici nitelikte olacaktır (Tüzük m. 10, I).

Mütevelli Heyeti Başkan Yardımcısı, ev sahibi ülkeden atanan üyeler arasından olacaktır (Tüzük m. 10, II).

Üyeliğin herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda, görev süresinin geri kalanını tamamlaması için aynı yöntemle bir halef atanır (Tüzük m. 10, III).

Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere; Mütevelli Heyeti üyelerinin ev sahibi ülke olan Türkiye Cumhuriyeti'nden olması aranmıştır. Burada Türk vatandaşı olmaları mı yoksa Türkiye'de ikamet etmeleri mi gerektiği açık değildir. Doktrinde isabetli olarak belirtildiği gibi, Mütevelli Heyeti üyelerinin Türk vatandaşı olması veya Türk vatandaşı olmasalar da Türkiye'de ikamet etmelerinin üyelik için yeterli olduğu sonucuna varmak isabetli olacaktır.⁸⁵

b. Mütevelli Heyetinin Görevleri (Tüzük m. 11)

Mütevelli Heyetinin görevleri şunlardır:

- Merkezin amacı ve *siyasetinin*⁸⁶ belirlenmesi,

⁸⁴ İİT Tahkim Anlaşmasının "Tanımlar" başlıklı 1 inci maddesinin (a) bendi ile İİT Tahkim Tüzüğü'nün "Tanımlar" başlıklı 3 üncü maddesinin (d) bendinde "*Ev sahibi ülke*" ifadesinin, "*Türkiye Cumhuriyeti*" anlamını taşıdığı belirtilmiştir.

⁸⁵ Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 299.

⁸⁶ Metinde yer alan "*siyaset*" kelimesi, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde "*politika*" olarak belirtilmiştir (Bkz. <https://sozluk.gov.tr>). Kanaatimizce madde metninde "*politika*" kelimesinin kullanılması ve ifadenin "*Merkezin amacı ve politikasının belirlenmesi*" olarak düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

- Yönetim Kurulu Başkanı, Başkan Yardımcısı ve diğer üyelerin atanması,
- Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan faaliyet raporu ve bütçenin incelenmesi ve onaylanması ve Yönetim Kurulu'nun ibrası,
- Tüzük'teki değişikliklerin onaylanması,

İşbu Tüzük tarafından kendisine verilen diğer görevlerin ifası.

2. Yönetim Kurulu (Tüzük m. 12-14)

a. Yönetim Kurulu (Tüzük m. 12)

Yönetim Kurulu, Başkan ve bir Başkan Yardımcısı dâhil olmak üzere, 7 üyeden oluşur. Mütevelli Heyeti, üyelerin 3'ünü ev sahibi ülkeden ve geri kalan üyeleri İİT'nin coğrafi alanlarına göre atar. (Tüzük m. 12, I).⁸⁷

Yönetim Kurulu Başkanı, her zaman ev sahibi ülkeden atanan 3 üye arasından atanır (Tüzük m. 12, II).

Üyelerin en az 2'sinin *yüksek nitelikli hukukçu ve mümtaz tahkim uzmanları olması* gerekir. Bunlardan birinin ev sahibi ülkeden (yani Türkiye), diğeri ise İİT üyesi ülkelere atananlar arasından olacaktır (Tüzük m. 12, III).⁸⁸ Kanaatimizce metinde yer alan "*yüksek nitelikli hukukçu ve mümtaz tahkim uzmanları*" ifadesi belirsizdir. Bunun yerine objektif kriterler konulması; örneğin "tahkim alanında yüksek lisans veya doktora yapmış olmak gibi akademik kriterlerin yanısıra 5 veya 10 yıllık deneyime sahip kişilerin hakemlik yapması" gibi somut kriterler getirilmesi daha isabetli olurdu.⁸⁹

⁸⁷ Benzer bir düzenleme ICSID m. 13'de yer almaktadır.

⁸⁸ Benzer bir düzenleme ICSID m. 89'da mevcuttur. Maddede "yüksek ahlaki nitelikte ve hukuk alanlarında tanınmış yetkinliğe sahip kişiler" ifadeleri kullanılmıştır.

⁸⁹ Nitekim İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları'nın 8 inci maddesinin 1- b hükmünde; "*hakem olabilmek için: aa) üniversitelerin hukuk, ekonomi, işletme ve siyasal bilimler fakültelerinin birinden mezun olmak ve en az beş yıllık hakemlik veya avukatlık uygulaması yapmış bulunmak şarttır. İstisna olarak, en az on yıllık meslek deneyimi bulunan veya ulusal ya da uluslararası tahkim uygulamalarında çalışmış olanların da hakem olabilmeleri mümkündür*" hükmü ge-

Üyeliğin herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda, görev süresinin geri kalanını tamamlaması için aynı yöntemle bir halef atanır (Tüzük m. 12, IV).

Başkan, Merkezin yasal temsilcisidir. Başkan, yetkilerinin bir kısmını Başkan Yardımcısı ve/veya Genel Sekretere devredebilir (Tüzük m. 12, V). Bu hükümdeki “Başkanın Merkezin *yasal temsilcisi* olduğuna ilişkin” ifadeyi teyit eden bir ifade, İİT Tahkim Anlaşmasında yer almaktadır. Nitekim İİT Tahkim Anlaşmasının 2 inci maddesinin 2 inci fıkrasında; “Bu Anlaşma ve Tüzük çerçevesinde İstanbul’da yerleşik olarak faaliyette bulunacak Merkez Yönetim Kurulu Başkanı tarafından *temsil edilir*” denilmiştir.

Yönetim Kurulu, gerektiğinde kendi bünyesi içinde alt komiteler kurabilir (Tüzük m. 12, VI).

b. Yönetim Kurulu Toplantıları (Tüzük m. 13)

Yönetim Kurulu Toplantıları, 3 ayda bir gerçekleştirilir ve gerektiğinde Yönetim Kurulu, olağanüstü toplantılar gerçekleştirilebilir. Genel Sekreter, üyelerin davet edilmesi için gerekli ayarlamaları yapar ve Yönetim Kurulu üyelerine gerektiği şekilde bildirim sağlar (Tüzük m. 13, I).

Yönetim Kurulu Toplantıları, Genel Merkezde yapılır, ama aynı zamanda video- konferans, tele-konferans yöntemleriyle veya istisnai durumlarda başka bir İİT üyesi Devlette yapılabilir (Tüzük m. 13, II).

Yönetim Kurulu Toplantıları, en az 5 üyenin katılımı ile yapılır. Kararlar, Yönetim Kurulu üyelerinin sayısının *mutlak çoğunluğu*⁹⁰ ile alınır (Tüzük m. 13, III).

tirilmiştir. Buna karşılık 2017 tarihli ICC (MTO) Tahkim ve Arabuluculuk Kurallarında bu şekilde hakemlerde özel şart arayan bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak tahkimin kalitesinin, hakemin veya hakem kurulunun kalitesi ile ölçüldüğü, bu nedenle, hakem kurulunun, konusunun uzmanı, tahkim yargılaması konusunda deneyimli ve dosyaya zaman ayırabilecek meşguliyette olması gerektiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır (Yeşilırmak, *ICC Tahkim Kuralları*, 61).

⁹⁰ Mutlak (salt) çoğunluk, oylamaya katılanların yarısından fazlasıyla elde edilen çoğunluk demektir. Bir başka deyişle mutlak (salt) çoğunluk, yarıdan bir fazla demek değildir. Şu halde Merkez’de yönetim kurulu üye sayısı 7 (yedi) olduğu-

c. Yönetim Kurulu'nun Görev ve Yetkileri (Tüzük m. 14)

Yönetim Kurulu'nun görev ve yetkileri⁹¹ aşağıdaki gibidir:

- İdari masraflar ve hakem ücretlerinin belirlenmesi dâhil olmak üzere, İİT Tahkim Kurallarının hazırlanması, kabul edilmesi ve değiştirilmesi,
- Mütevelli Heyetinin onayına sunulmak üzere Tüzük'te değişiklik yapılması,
- Diğer tüm uyuşmazlık çözüm kurallarının hazırlanması, kabul edilmesi ve değiştirilmesi,
- Mütevelli Heyeti'nin onayına sunulmak üzere Merkezin yıllık bütçesinin hazırlanması,
- Genel Sekreter, Genel Sekreter Yardımcısı ve Merkezin diğer çalışanlarının atanması ve görevden alınması,
- Uluslararası Tahkim Divanının Başkanı, Başkan Yardımcısı ve üyelerinin atanması ve görevden alınması,
- Genel Sekreterin teklifi üzerine, nitelikli hakem listesinin belirlenmesi ve ayrıca bu listenin gözden geçirilmesi ve değiştirilmesi,
- Bağlayıcı belge ve sözleşmelerin imzalanması için (Genel Sekreterinkine ek olarak) imza yetkililerinin belirlenmesi,
- Genel Sekreter, Genel Sekreter Yardımcısı ve diğer çalışanların maaş ve ödeneklerinin belirlenmesi,
- Mütevelli Heyetinin toplantı gündeminin hazırlanması,
- Merkezin daha iyi yönetimi için gerekli olan veya işbu Tüzük ve Mütevelli Heyeti tarafından kendisine yönlendirilen başka herhangi bir konu hakkında kararların alınması,

na göre, 4 kişi ile karar alması söz konusudur. Tüzüğe göre, toplantı yeter sayısı ise 5 (beş) olarak (kanaatimizce bu sayı, yarıdan bir fazlayı ifade eder) düzenlenmiştir. Sonuçta kanaatimizce İİT Tahkim Tüzüğüne göre 7 üyeden 5'i ile toplanılacak, 7 üyenin 4 tanesi ile karar verilebilecektir. Ayrıca TBB Tahkim Merkezi Yönergesi, m. 7, II- c' de, "Tahkim Yürütme Kurulu'nun oyçokluğu ile karar verebileceği" belirtilmiştir.

⁹¹ Bkz. ve karşı. TBB Tahkim Merkezi Yönergesi, m. 7.

- Genel Sekreterin tavsiyeleri üzerine Sekretarya teşkilat yapısının belirlenmesi,
- Genel Sekreterin tavsiyeleri üzerine Merkezin mali ve yönetsel politika ve usullerinin onaylanması,
- Genel Sekreterin tavsiyeleri üzerine Merkezin yetki matrisinin onaylanması,
- İşbu Tüzük tarafından kendisine verilen diğer görevlerin ifası.

3. Sekretarya ve Sekretaryanın Görevleri (Tüzük m. 15-16)

a. Sekretarya (Tüzük m. 15)

Sekretarya, daimi olarak Merkez Genel Merkezinde bulunur ve Genel Sekreter, Genel Sekreter Yardımcısı ve yeterli sayıda çalışandan oluşur. Genel Sekreter ve Yardımcısı, Yönetim Kurulu tarafından uluslararası tahkim alanında *10 yıllık deneyim ve bilgi sahibi yüksek nitelikli hukukçular* arasından atanır. Burada belirtilen *“10 yıllık deneyim ve bilgi sahibi yüksek nitelikli hukukçular”* terimi objektif bir kriter getirmemektedir. Bunun yerine *“hukuk fakültesi mezunu olmak”* ve *“tahkim alanında yüksek lisans veya doktora yapmış olmak”* ve *“10 yıl süreyle hakemlik yapmak”* gibi bir şart getirilmesi daha isabetli olurdu.⁹²

b. Sekretaryanın Görevleri (Tüzük m. 16)

Sekretarya, görevlerini Yönetim Kurulu kararlarına, Tüzüğe ve Kurallara uygun şekilde ifa eder. Genel Sekreter, Merkezin günlük işleyişinden sorumludur. Tüzük, Kurallar ve Yönetim Kurulu tarafından kendisine verilen görevler uyarınca, Sekretaryanın işlev ve görevlerini yürütür. Genel Sekreter, aynı zamanda Merkezin etkili şekilde çalışmasına yönelik sorumluluğu da üstlenir.

⁹² Bkz. İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları'nın 2 inci maddesinde sekreterlik, *“İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi ve tahkim divanının sekreterlik hizmetlerinin yürütüldüğü birim”* olarak tanımlanmıştır. Aynı tanım için bkz. İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Tahkim Divanı ve Sekreterliğinin Yapısı ve Çalışma Usulleri Hakkında İç Yönetmelik (kısaca İTOTAM İç Yönetmeliği), m. 2- e.

4. Uluslararası Tahkim Divanı (Tüzük m. 17-20)

a. Uluslararası Tahkim Divanı (Tüzük m. 17)

Uluslararası Tahkim Divanı,⁹³ ticaret ve yatırım uyuşmazlıklarının Kurullarda belirlendiği şekilde çözüme kavuşturulmasını sağlar. Uluslararası Tahkim Divanının kendisi uyuşmazlığı çözmez;⁹⁴ Kurulların uygulanmasının idaresinden ve uyuşmazlıkların çözümünün yönetiminden sorumludur.

Görüldüğü gibi, Tüzüğün 17 inci maddesinde “*ticaret ve yatırım uyuşmazlıklarının*” çözümlenmesinden söz edilmiş, böylece Uluslararası Tahkim Divanının görevinin kapsamı geniş tutulmuştur.⁹⁵ Ayrıca her ne kadar İİT Tahkim Merkezi’nin adında “İşbirliği Teşkilatı” ibaresi var ise de, uyuşmazlığın taraflarının veya işin yapıldığı ya da hizmetin verildiği yerin İİT’na üye olan ülkelerde gerçekleşmesi aranmamıştır. Bir başka ifadeyle İİT üyesi olmayan devletlerin vandaşları olan gerçek veya tüzel kişiler de Tahkim Merkezine başvurabileceklerdir (Tüzük, m. 4-a).

b. Uluslararası Tahkim Divanının Oluşumu (Tüzük m. 18)

Uluslararası Tahkim Divanı, 4 (dört) yıllık görev süresi⁹⁶ için, *uluslararası tahkim alanında en az 10 yıllık deneyim ve bilgi sahibi olan yüksek nitelikli hukukçular* arasından Genel Sekreterin teklifi üzerine Yönetim Kurulu tarafından atanan 21 (yirmi bir) üyeden oluşur (Tüzük m. 18, I).

⁹³ Bkz. İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları’nın 2 inci maddesinde Tahkim Divanı, “Statüsü ve çalışma usulü yönetmelikle belirlenen (EK I) İTOTAM tahkim kurallarının uygulanmasını ve uyuşmazlıkların kurallar uyarınca hakem veya hakem kurulu tarafından çözüme bağlanmasını sağlamakla görevli bağımsız kurul” olarak tanımlanmıştır. Benzer kısa bir tanım için bkz. İTOTAM İç Yönetmeliği, m. 2- a.

⁹⁴ İTOTAM İç Yönetmeliği m. 3’de de, Divanın, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir yetkisinin mevcut olmadığı belirtilmiştir. Böylece Divan’ın bağımsız bir kurul olduğu vurgulanmıştır.

⁹⁵ Nitekim İTOTAM İç Yönetmeliği m. 3’de ise, Divan’ın, sadece ticari uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmakla görevli olduğu belirtilmiştir.

⁹⁶ İTOTAM İç Yönetmeliği m. 4/5’de de “*Üyelik süresi dört yıldır*” denilmiştir.

Tüzüğün 18 inci maddesinde yer alan Divan üyelerinin niteliklerine ilişkin olarak daha önce yaptığımız eleştiriler burada da söz konusudur.⁹⁷

Uluslararası Tahkim Divanının toplantıları, Uluslararası Tahkim Divanı Başkanının talep ve daveti üzerine gerçekleştirilir. Toplantı yeter sayısı en az 7 (yedi) üyedir ve toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile kararlar alınır. Uluslararası Tahkim Divanı, elektronik iletişim vasıtasıyla oturum gerçekleştirebilir ve karar alabilir (Tüzük m. 18, II).

Üyeliğin *herhangi bir sebeple* sona ermesi durumunda, görev süresinin geri kalanını tamamlaması için aynı yöntemle bir halef atanır (Tüzük m. 18, III).⁹⁸ Burada "*herhangi bir sebep*" kavramına, ölüm; ayırt etme gücünü yitirme; yüz kızartıcı suçlardan biriyle hüküm giyme; görevini yapmaya engel olacak fiziksel veya ruhsal hastalık veya çekilme (istifa) gibi sebepler örnek olarak gösterilebilir.⁹⁹

⁹⁷ İTOTAM İç Yönetmeliği m. 4/2'de ise, bu Tüzüğe göre daha objektif kriter getirilmiştir. Bu hükme göre; "Divan üyeleri, İstanbul Ticaret Odası Yönetim Kurulu tarafından belirlenerek Oda Meclisinin onayına sunulur. Asıl ve yedek üye olarak önerilecek kişilerin Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku, Milletlerarası Özel Hukuk, Usul Hukuku, Milli ve Milletlerarası Tahkim Hukuku alanlarında veya uygulamalarında bilgi ve deneyim sahibi olmaları gerekir". Ancak kanaatimizce İTOTAM İç Yönetmeliği m. 4/2'deki ifadede "bilgi ve deneyim sahibi olma" kriteri de çok açık değildir.

⁹⁸ İTOTAM İç Yönetmeliği m. 4/5'de ise bu durumda, yedek üyenin göreve çağrılacağı belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre; "... Üyeliğin, ölüm; ayırt etme gücünü yitirme; yüz kızartıcı suçlardan biriyle hüküm giyme; geçerli bir özür nedeni olmaksızın art arda üç toplantıya katılmama; hakemlik görevini yapmaya engel olacak fiziksel veya ruhsal hastalık veya çekilme gibi nedenlerle boşalması halinde, divan başkanı yedek üyelerden birini göreve çağırır. Yedek üye, kalan süre için göreve devam eder. Divan başkanı durumu gecikmeksizin İTO Yönetim Kurulu'na bildirir".

⁹⁹ Benzer bir düzenleme için bkz. İTOTAM İç Yönetmeliği m. 4/5.

c. Atama (Tüzük m. 19)

Uluslararası Tahkim Divanı Başkanı ve Başkan Yardımcısı, Uluslararası Tahkim Divanı üyeleri arasından Yönetim Kurulu tarafından atanır.

d. Çıkar Çatışması (Tüzük m. 20)

Uluslararası Tahkim Divanı üyelerinin Merkeze yönlendirilen dosyalarda hakem, danışman, müşavir veya uzman olarak atanması durumunda, söz konusu dosya üzerinde çalışmaya devam ederken Uluslararası Tahkim Divanı oturumlarına ve karar alma sürecine katılamaz (Tüzük m. 20).

Burada Divan üyelerinin aynı zamanda Merkez nezdinde özellikle hakemlik yapması tarafsızlığını zedeleyebilir. Bu nedenle söz konusu hüküm eleştirilebilir.

G. İİT Tahkim Merkezinde Hakem Listesi (Tüzük m. 21)

Uluslararası ticaret ve tahkim kanunları ve teamüllerine yeterince aşına olan hukukçu, iş insanı ve diğer tanınmış ve bilgili kişiler arasından, Yönetim Kurulunun onayına sunulmak üzere, Genel Sekreter tarafından bir nitelikli hakem listesi hazırlanabilir (Tüzük m. 21, I).

Genel Sekreter, herhangi bir zamanda, Yönetim Kurulundan nitelikli hakem listesini gözden geçirmesini talep edebilir (Tüzük m. 21, II).

Yönetim Kurulu, isimlerinin Hakem Listesinde yer alması için adayların sahip olması gereken kriterleri İç Yönetmelik'te belirler (Tüzük m. 21, III).¹⁰⁰

Uyuşmazlık Tarafları, Kurallar uyarınca, ismi hakem listesinde olmayan bir hakemi, yine de hakem olarak atayabilir (Tüzük m. 21, IV).

Tüzüğün 21 inci maddesi bakımından özellikle bir hususa dikkat çekmek gerekir ki, Tüzüğün 21 inci maddesinin 4 üncü fıkrası gereğince, hakem listesi dışından da hakem atanması mümkündür. Böylece listede yer alan kişiler arasından hakem seçilmesini zorunlu kılan "kapalı liste usulü" (*closed list*) İİT Tahkim Merkezi bakımın-

¹⁰⁰ İTOTAM İç Yönetmeliği m. 8'de ise, hakem olabilmek için gerekli şartlar, tacir sıfatı bulunan ve bulunmayan hakemler bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir.

dan kabul edilmemiş; böylece listede adı bulunmayan bir hakemin de seçilme yetkisi tanınmıştır.¹⁰¹

H. Tüzükteki Nihai Hükümler (Tüzük m. 22-26)

1. Değişiklikler (Tüzük m. 22)

Tüzük; ancak Mütevelli Heyetinin en az 9 üyesinin onayıyla değiştirilebilir (Tüzük m. 22, I).

İşbu Tüzüğün 5 inci ve 8 inci maddeleri değiştirilemez (Tüzük m. 22, II).¹⁰²

Yukarıda da belirtildiği üzere, Tüzüğün “Değişiklikler” başlıklı 22 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki “İİT Tahkim Merkezinin Genel merkeziyle” ile ilgili 5 inci maddenin değiştirilememesine ilişkin düzenleme, ev sahibi ülkenin Türkiye olması nedeniyle, isabetli olmuştur. Buna karşılık, “Merkezin Gelir Kaynaklarını” düzenleyen m. 8’de öngörülen gelir kaynakları, zamana göre değişebileceğinden, bu hükmün değiştirilemeyeceğine ilişkin düzenleme isabetli olmamıştır. Bu nedenle, m. 8’deki “Merkezin Gelir Kaynakları” kısmına, merkezin amacına uygun “diğer gelirler” ifadesinin ilave edilmesinin mali açıdan hareket kolaylığı sağlayacağı kanaatindeyiz.

2. Muafiyet (Tüzük m. 23)

Yönetim Kurulu ve Uluslararası Tahkim Divanı Üyeleri, Genel Sekreter ve Sekretarya çalışanları görev ve yetkileri kapsamında aldıkları kararlardan sorumlu değildir (Tüzük, m. 23).

Bu hüküm çerçevesinde Divan’ın tahkim yargılamasına ilişkin görevleri idari nitelikte olduğu için, sorumluluğun sınırlandırılması genel olarak kabul görmektedir.¹⁰³ Buna karşılık, Yönetim Kurulu ve Uluslararası Tahkim Divanı Üyeleri, Genel Sekreter ve Sekretarya çalışanlarının sorumsuzluğu için bu görevlilerin işlerinin “görev ve yetkileri kapsamında olmaları gerekecektir. Zira Tüzüğün 23 üncü maddesinde “görev ve yetkileri kapsamında” yapılan işlerden söz

¹⁰¹ Ekşi, “İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim,” 303.

¹⁰² Bkz. yuk. C-3, a; C-6 başlıklarında yer alan açıklamalar.

¹⁰³ ICC (MTO) Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları bakımından aynı yönde bkz. Yeşilirmak, *ICC Tahkim Kuralları*, 20.

edilmiştir. Böylece, mesela trafik kazası yapan veya ev kirasını ödemeyen personelin özel hukuktan kaynaklanan kanuni sorumluluğunun devam edeceği kuşkusuzdur.¹⁰⁴ Ayrıca kanaatimizce söz konusu görevlilerin sorumluluğunun tespitinde, bu kişilerin eylemleri ya da kusurlarından dolayı kasten veya ağır ihmalle zarar verme durumlarında özel hukuktan kaynaklanan sorumluluklarının bulunduğunu kabul etmek, hakkaniyete daha uygun görülmektedir.¹⁰⁵

Son olarak şu hususu belirtmek gerekir ki, söz konusu sorumsuzluk, ceza hukuku bakımından sorumsuzluk sonucunu doğurmayacaktır. Mesela, bir çalışanın aldığı rüşvet karşılığında dosyada yer alan bir belgeyi veya delili yok etmesi durumunda, bu eylemin TCK ve ilgili mevzuat çerçevesindeki suç ya da kabahat tipine girmesi şartıyla sorumlulukları söz konusu olabilecektir.¹⁰⁶

3. Çalışma Dilleri (Tüzük m. 24)

Merkez ile ilgili belgeler için referans dili ile Merkezin çalışma dili İngilizce'dir.¹⁰⁷ İngilizce'nin yanında, Arapça ve Fransızcanın kullanımı her zaman tercih edilebilir. Ancak ev sahibi devlet (Türkiye Cumhuriyeti Devleti), gerektiğinde herhangi başka bir dil/diller için eşzamanlı çeviri sağlayabilir. Bu kapsamda tahkim merkezinin

¹⁰⁴ Benzer şekilde bkz. Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 302.

¹⁰⁵ Benzer bir düzenleme, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları'nın 46 ıncı maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre; "*Hakemler, divan ve üyeleri, sekreterlik çalışanları tahkim yargılamasındaki eylemleri ya da kusurlarından dolayı -kasten veya ağır ihmalle zarar verme hali hariç- sorumlu tutulamazlar*". Aynı şekilde 2017 tarihli ICC (MTO) Tahkim ve Arabuluculuk Kurallarının 41 inci maddesinde; "*Sorumluluk sınırlamasının uygulanacak hukukta yasaklanmış olması dışında, hakemler, hakem kurulu tarafından görevlendirilen herhangi bir kişi, acil durum hakemi, Divan üyeleri, MTO ve çalışanları, MTO Milli Komiteleri ve Grupları ve onların çalışanları ile temsilcileri, tahkim ile ilgili herhangi bir eylem veya ihmalleri sebebiyle herhangi bir kişiye karşı sorumlu olmazlar*" hükmü yer almaktadır.

¹⁰⁶ Ekşi, "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim," 302.

¹⁰⁷ İİT Tahkim Tüzüğündeki (m. 24) "*çalışma dili*" kavramı, Merkez'de kullanılacak çalışma dilidir. Yoksa tahkim dili değildir. Zira tahkim dili, tahkim yargılamasının hangi dilde yapılacağını belirten bir kavramdır. Ayrıca tahkim dili, hakemlerin seçiminde de önem taşımaktadır. Örneğin İngilizce veya Arapça yazışmaların olduğu bir tahkimde Arapça ve İngilizce bilen bir hakem atanması gerekli olacaktır Ayrıca tahkim dili, yargılamayı yürütecek avukatların seçiminde de etkili olacaktır (Yeşilirmak, *ICC Tahkim Kuralları*, 28).

İstanbul'da olması nedeniyle ev sahibi ülkenin resmi dilinin (Türkçe) çalışma dilleri arasında sayılmasının ev sahibi ülkenin diğer kurumları ile tahkim merkezi arasındaki işlemlerde maliyet ve zaman tasarrufu sağlayacağı kanaatindeyiz.

4. Saklayıcı (Tüzük m. 25)

Sekretaryanın kuruluşuna kadar işbu Tüzüğün, *saklayıcılığı* TOBB tarafından üstlenilecektir (Tüzük m. 25).

Bu hükümdeki "Tüzüğün saklayıcılığından" maksat, kanaati-mizce Merkeze tevdi edilen her çeşit belgenin saklanması ve gerektiğinde arşiv tutulmasıdır. Bu nedenle, hükümde yer alan "*saklayıcılığı*" ifadesi yerine "saklanması" veya "korunması" terimleri daha isabetli olurdu.¹⁰⁸

5. Yürürlüğe Giriş (Tüzük m. 26)

İşbu Tüzük, İTSTO Genel Kurulu'nun onayıyla yürürlüğe girer (Tüzük m. 26, I).

İşbu Tüzük, İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası Genel Kurulu tarafından 2018'e tekabül eden Hicri 14 tarihinde onaylanmıştır (Tüzük m. 26, II).

IV. İİT TAHKİM ANLAŞMASINDA MERKEZ ÇALIŞANLARINA TANINAN MUAFİYET VE İMTİYAZLARLA İLGİLİ HÜKÜMLER

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İİT Tahkim Anlaşması'nın 3 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasına göre; "*Merkez görevlileri uluslararası görevli olarak kabul edilecektir*". Buradaki merkez görevlileri ise İİT Tahkim Anlaşması'nın "*Tanımlar*" kenar başlıklı 1 inci maddesinin (f) bendinde belirtilmiştir. Bunlar; Merkez Yönetim Kurulu üyeleri, Uluslararası Tahkim Divanı üyeleri ve Sekretarya personelidir. Bu hüküm, merkez görevlilerinin kendilerine verilen görevleri serbestçe ifa edebilmelerini sağlamak amacıyla kabul edilmiştir.¹⁰⁹ Şu halde,

¹⁰⁸ Karş HMK m. 300 (... maddenin kenar başlığı "Hükümün korunması" olup, maddede "... hüküm arşivde korunur" denilmektedir); ayrıca idari yargıda hükümün saklanması için bkz. İYUK m. 25 (maddenin kenar başlığı, kararların saklanması ve tebliği").

¹⁰⁹ Bkz. İİT Tahkim Anlaşması, m. 5/1: "Merkez görevlilerine tanınan muafiyet ve imtiyazlar şahsi ve bireysel nitelik taşımayıp, Merkez tarafından kendilerine ve-

Merkez görevlileri dışında, İİT bünyesinde yapılacak tahkim yargılamalarında görev yapan hakemlerin yanısıra, avukatlar, bilirkişiler ve uzmanlar uluslararası statüye sahip değildirlir.¹¹⁰

İİT Tahkim Anlaşması'nın 4 üncü maddesi ise, muafiyetler ve imtiyazlara ilişkin genel hükümlere ilişkindir. Bu hükme (İİT Tahkim Anlaşması, m. 4) göre;

“(1) Bu Anlaşma uyarınca, ev sahibi ülke vatandaşı olmayan veya ev sahibi ülkede daimi mukim olmayan Merkez görevlileri ile ilgili olarak;

a) Merkez tarafından ödenen maaşlar, ücretler, huzur hakları ve ikramiyeler vergiden muaftır.

b) Ev sahibi ülkede ilk kez göreve başladıktan sonra 6 ay içinde ithal edilen ev eşyaları ve kişisel eşyalar; ev sahibi ülkede göreve başladıktan sonra aile başına ithal edilen ya da satın alınan bir adet taşıt araç gümrük vergileri ile doğrudan ve dolaylı tüm vergilerden muaftır.¹¹¹

(2) Ev sahibi ülkenin yetkili makamları, ev sahibi ülke vatandaşı olmayan veya ev sahibi ülkede daimi mukim olmayan Merkez görevlilerinin;

rilen görevlerin serbestçe ifasını güvence altına almak amacını taşımaktadır”. “ Ayrıca bkz. “Anlaşma’yla Merkez’in ve Merkez görevlilerinin ülkemizdeki statülerinin düzenlendiği, Merkez’in özel hukuka tabi tüzel kişiliği haiz olacağı, Merkez görevlilerinin uluslararası görevli olarak kabul edileceği ve kendilerine verilen görevleri serbestçe ifa edebilmelerini teminen ikamet izni, vergi gibi alanlarda bazı imtiyaz ve muafiyetlerden yararlanabilecekleri ...” (TBMM, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 160; Tekirdağ Milletvekili Mustafa Şentop’un Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası Arasında İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi’nin Türkiye’de Kurulması Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna İlişkin Kanun Teklifi (2/2503) ve Dışişleri Komisyonu Raporu; bkz. erişim tarihi: Mart 5, 2020, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic.

¹¹⁰ Bkz. Ekşi, “İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim,” 295. Bu hususta doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, her ne kadar diplomatik statü tanınması tahkimin ruhuna aykırı olsa da, yatırımcılarla İİT üyesi ülkeler arasındaki uyumsuzluklara ilişkin tahkim tecrübesinin, diplomatik statünün tanınmasını zorunlu kılmış olabilir (Ekşi, “İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim,” 295).

¹¹¹ Bu hüküm, İİT Tahkim Merkezi çalışanlarının uluslararası görevli kabul edilmesinin bir sonucudur. Bu hususun da Tahkim Merkezi’nin İİT üyesi devletlerin tahkümü altında bir merkez olduğu yönünde eleştirilerin yapılmasına sebep olacak nitelikte olduğu belirtilmektedir (Ekşi, “İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim,” 296).

- (a) ev sahibi ülke kanunları çerçevesindeki eşleri,
- (b) reşit olmayan çocukları,
- (c) 25 yaşın altında, ev sahibi ülke tarafından tanınan bir üniversite veya yüksek öğrenim kurumuna kayıtlı evli olmayan çocukları,
- (d) bakmakla yükümlü olunan ebeveynleri ile
- (e) bakmakla yükümlü olunan, zihinsel veya bedensel engelli diğer aile üyeleri

için ikamet izni kolaylığı sağlayacaktır. Merkez görevlilerinin aile bireyleri, ev sahibi ülkede istihdam edilmeleri veya gelir getirici faaliyette bulunmaları halinde muafiyet ve imtiyazlardan faydalanamayacaktır.

(3) Merkezin ve onun varlıklarının, Tüzükte düzenlenen Merkezin amaçlarını gerçekleştirmesi kapsamında sağlayacağı mal ve hizmetlerden elde edeceği gelirleri, malları, faaliyetleri ve işlemleri, motorlu taşıtlar vergisi, damga vergisi, harçlar, katma değer vergisi, özel tüketim vergisi dâhil dolaylı ve doğrudan tüm vergilerden muaftır.

(4) Merkez, resmi kullanımı için ithal veya ihraç edeceği mal ve hizmetlere ilişkin olarak gümrük vergisi, diğer vergiler veya harçlar ile benzeri mali yükümlülüklerden muaftır.

(5) Bu muafiyet kapsamında ithal edilen veya satın alınan mallar ev sahibi ülkede ilgili vergi ve harçlar ödenmeksizin satılamaz, devredilemez, kiralanamaz veya başka bir şekilde elden çıkarılamaz. Bu muafiyet kapsamında ithal edilen veya satın alınan malların elden çıkarılması ancak ev sahibi ülkenin izniyle mümkündür.

(6) Taşınır ve taşınmazların satış işlemleriyle ilgili olarak, Merkeze herhangi bir vergi muafiyeti uygulanmaz.

(7) Merkez, görevlileri ile yapacağı sözleşmelerde ve amaçlarını gerçekleştirmesi kapsamında temin edeceği veya sunacağı mal ve hizmetler ile ilgili iş ve işlemlerde dövizle sözleşme yapılmasına ilişkin kısıtlamalara tabi değildir.

(8) Merkez, ev sahibi ülke yasalarına ve Merkezin amaçlarına uygun olmak kaydıyla, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın, fonlara, nakde veya her türlü ticari senede sahip olarak bunları kullanabilir ve

her türlü para biriminde hesap bulundurup işletebilir ve sahip olduğu herhangi bir para birimini dilediği başka para birimine çevirebilir.

(9) Merkez, amaçlarının gerçekleştirilmesi çerçevesinde; ev sahibi ülkeden ve/veya bir başka ülkeden hizmet aldığı şahıslara /şahıslardan fon veya döviz göndermekte/almakta serbesttir.

(10) Merkezde görevli ev sahibi ülke vatandaşları veya ev sahibi ülke vatandaşı olmamakla birlikte, ev sahibi ülkede daimi mukim olan yerel personel iş ve sosyal güvenlik mevzuatı bakımından ev sahibi ülke hukukuna tabidir. Bu hususlarda bir anlaşmazlık çıkması durumunda, ev sahibi ülke mahkemeleri yetkili olacaktır”.

Bu madde çerçevesinde aşağıdaki hususlara değinmek mümkündür:

► Öncelikle İİT Tahkim Anlaşması'nın 4-1 (a) maddesi gereğince, ev sahibi ülke vatandaşı olmayan veya ev sahibi ülkede daimi mukim olmayan Merkez görevlilerine Merkez tarafından ödenen maaşlar, ücretler, huzur hakları ve ikramiyelerin vergiden muaf olması, Merkez çalışanları arasında ayrımcılığa yol açacak nitelikte olduğu için eleştirilmekte; ancak muafiyete ilişkin bu hükmün Merkeze tanınan diplomatik statünün bir sonucu olduğu da belirtilmektedir.¹¹²

► İİT Tahkim Merkezi'nin görevlilerine tanınan İİT Tahkim Anlaşması, m. 4-1 (b)'de düzenlenen imtiyazların, görevlilerin ailelerini de kapsaması da eleştirilmekte, Merkez'de istihdam edilecek kişilerin aile bireylerine ikamet ve çalışma izinleri konularında kolaylık sağlanmasının yerinde olmasına karşılık; vergi muafiyetinin sağlanmasının yerinde olmadığı bir yazar tarafından ifade edilmektedir. Çünkü yazara göre, elçilik veya konsolosluk mensupları ile uluslararası kuruluşlarda çalışanlara milletlerarası anlaşmalarla tanınan vergi muafiyeti karşılıklılık (mütekabiliyet) esasına dayanmaktadır.¹¹³

¹¹² Ekşi, “İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim,” 295. Benzer bir düzenleme ise ICSID m. 24'de mevcuttur.

¹¹³ Ayrıca bu düzenlemenin Türkiye'nin verdiği tek taraflı bir taviz olduğuna ilişkin görüş için bkz. Ekşi, “İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim,” 297.

Kanaatimizce Merkez’de istihdam edilecek kişiler ve aile bireylerine birlikte vergi muafiyetinin tanınmasının, Merkezin diğer ülkelerde mevzuat gereği şube açması durumunda şube çalışanları ile aileleri için de vergi muafiyetinin geçerli olacağı göz önünde bulundurulursa, karşılıklılık (mütekabiliyet) ilkesinin ihlal edilmeyeceği sonucuna varılabilecektir.

V. İİT TAHKİM ANLAŞMASINDA MERKEZİN GELİR KAYNAKLARINA İLİŞKİN DÜZENLEME

İİT Tahkim Anlaşması’nın 6 ncı maddesine göre; “(1) Bu Anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Merkez organlarının faaliyete geçmesine kadar geçecek süre içindeki kuruluş işlemleri ve Sekretarya hizmetleri Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) tarafından yürütülür. (2) Merkezin kuruluş masrafları TOBB tarafından, faaliyete geçmesinin ardından Merkezin gelirlerinin giderlerini karşılayamadığı hallerde oluşacak fark ise azami 10 yıl süreyle ev sahibi ülke tarafından karşılanır”.

Bir görüşe göre, Türkiye’nin ekonomik krizden geçtiği bir ortamda, Türkiye’de planlanan İİT Tahkim Merkezi’nin giderlerinin 10 yıl süreyle ev sahibi ülke (Türkiye) tarafından karşılanacak olması isabetli olmayıp, bu masrafların İTSTO ve üyelerince karşılanması gerekir.¹¹⁴ Ancak biz bu aşamada, ülkemizde tahkim alanındaki uluslararası kuruluşların sayısının artırılması ve Türkiye’nin tahkim konusunda cazibe merkezi haline getirilmesi amaçlandığından, uzun vadede, ülkemiz ekonomisi bakımından olumlu katkı sağlayacağı kanaatindeyiz.

¹¹⁴ Ekşi, “İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim,” 301-302.

VI. İİT TAHKİM MERKEZİ TÜZÜĞÜNE İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER VE ÖNERİLER

1- Öncelikle şu hususu vurgulamak gerekir ki, İİT Tahkim Merkezi Tüzüğüne ana hatlarıyla bakıldığında, İİT Tahkim Merkezi'nin adeta idari hizmet sunan bir Merkez olarak öngörüldüğü, Tüzükte, Merkezin faaliyetlerinin, gelir kaynaklarının yanısıra, Merkezin organlarının ve hakem listesinin düzenlendiği ve ayrıca Uluslararası Tahkim Divanı'na (Tüzük m. 17- 20) yer verildiği görülmektedir. Şu halde Tüzükte tahkim yargılamasına ilişkin olarak ilke ve kuralların belirlenmesi, rekabet halinde olacağı diğer tahkim merkezleri ile mevzuat eşdeğerliği açısından oldukça önemlidir.

2- İİT Tahkim Tüzüğünde "on line" tahkim konusuna¹¹⁵ doğrudan değinilmemiş olmakla birlikte, Tüzüğün 18 inci maddesinin 2 inci fıkrasında; "*Uluslararası Tahkim Divanının toplantıları, Uluslararası Tahkim Divanı Başkanının talep ve daveti üzerine gerçekleştirilir. Toplantı yeter sayısı en az 7 (yedi) üyedir ve toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile kararlar alınır. Uluslararası Tahkim Divanı, elektronik iletişim vasıtasıyla oturum gerçekleştirebilir ve karar alabilir* (Tüzük m. 18, II)" şeklinde bir hüküm öngörülmüştür.

Bununla birlikte böyle bir hüküm öngörülmemiş olmasaydı bile, tahkimde irade serbestisi gereği, tarafların, aralarında görülecek olan uyuşmazlığın on-line tahkim usulü ile görülmesine bir engel olmadığı söylenebilir.¹¹⁶ Ayrıca Tüzük'te tarafların, İİT Tahkim Merkezine başvuruyu "on line" yapabileceğine ilişkin bir düzenlemenin tahkim yoluna başvuru ve sürecin tamamlanmasında usul ekonomisi ilkesine (az masraf ve makul süre) hizmet edeceği kanaatinde-

¹¹⁵ Bkz. Sami Kallel, "Online Arbitration," *Journal of International Arbitration* 25, no. 3 (2008): 345-353. Uyuşmazlıkların genel olarak on-line çözümü için ayrıca bkz. M. Scott Donahey, "Current Developments in Online Dispute Resolution," *Journal of International Arbitration* 6, no. 4 (1999): 15-1, 30; M. Scott Dohaney, "Dispute Resolution in Cyberspace," *Journal of International Arbitration* 15, no. 4 (1998): 127-168.

¹¹⁶ Benzer şekilde bkz. Görkem Çakır ve Erdiç Dalar, "İnternet Ortamında Gerçekleştirilen Hakem Yargılaması "Online Tahkim"" *Articleletter* 223-236, erişim tarihi: Mart 26, 2020, https://www.goksusafiisik.av.tr/Articleletter/2018_Summer/GSI_Articleletter_2018_Summer_Article13.pdf.

yiz.¹¹⁷ Bu anlamda özellikle ülkemizde İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının¹¹⁸ kabul edilmesi, önemli bir gelişme olarak kabul edilebilir.

3- İTT Tahkim Tüzüğünde hakemlerce geçici hukuki korumalar konusunda karar verebilmesine ilişkin bir düzenleme olmaması da eksiklik olarak değerlendirilebilir ve bu durum eleştiri konusu yapılabilir. Bu konuda gerek iç hukukumuzda HMK m. 414, gerekse MTK m. 6'da yer alan düzenlemeler, hakem/hakem kurulunun geçici hukuki koruma (ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz) yetkisi¹¹⁹ bakımından hüküm getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu konuda İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Tahkim Kurallarının 31 inci maddesinde "Geçici Hukuki Koruma Önlemleri" açıkça düzenlenmiştir. Bu hükme göre (ISTAC Tahkim Kuralları m. 31);

"1. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, Tek Hakem veya Hakem Kurulu'nun göreve başlamasının beklenemeyeceği ölçüde acil bir durumun varlığı halinde, geçici hukuki korumaya ihtiyaç duyan taraf, İstanbul Tahkim Merkezi Acil Durum Hakemi Kuralları uyarınca Sekreteryaya başvurabilir.

¹¹⁷ Buna karşılık taraflar, İber yarımadası ve Amerika kıtasında Latin kimliği bulunan devletleri (Arjantin, Bolivya, Brezilya, Şili, Kolombiya, Kosta Rika, Küba, Ekvator, El Salvador, İspanya, Guetemala, Porto Riko, Honduras, Meksika, Nikaragua, Panama, Paraguay, Peru, Portekiz, Dominik Cumhuriyeti, Uruguay, Venezuela) bünyesinde bulunan bir tahkim merkezi niteliğinde olan İberoamerikan Tahkim Merkezi'ne (kısaça CIAR) başvurunun "on line" yapabileceği belirtilmiştir (İberoamerikan Tahkim Merkezi Yönetmeliği, m. 44; Yönetmelik için bkz. http://centroiberoamericanodearbitraje.org/wp-content/uploads/2015/09/REGLAMENTO_DE_ARBITRAJE_CIAR_es.pdf) erişim tarihi: Mart 26, 2020. Ayrıca Dubai Tahkim merkezi İTT'na üye olan devletler içerisinde en fazla tercih edilen merkezlerden birisi olmasına rağmen, on line iletişime ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. (Bkz. erişim tarihi: Mart 26, 2020, <http://www.diac.ae/idiyas/resource/StatuteRules2019ENG.pdf>). Bkz. diac dubai international arbitration center (Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi'nin Statüsü Kuralları-Tüzük). Konuya ilişkin Yönetmelik için bkz. erişim tarihi: Mart 26, 2020, <http://www.diac.ae/idiyas/rules/>).

¹¹⁸ Bkz. erişim tarihi: Mart 26, 2020, <https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/istac-cevrimici-durusma-usul-ve-esaslari/>.

¹¹⁹ Bkz. İlyas Aslan, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi," *TAAD* 7, no. 27 (2016), 713-722.

2. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça Tek Hakem veya Hakem Kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine uygun gördüğü geçici hukuki koruma önlemine karar verebilir.

3. Tek Hakem veya Hakem Kurulu, geçici hukuki koruma kararı verilmesini uygun bir teminat verilmesine bağlı kılabilir.

4. Dosyanın Tek Hakem veya Hakem Kurulu'na havalesinden önce veya sonra taraflar, mahkemeden de geçici hukuki koruma talebinde bulunabilir. Bu durum, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez; tahkim anlaşmasından feragat anlamı taşımaz ve Tek Hakem veya Hakem Kurulu'nun sahip olduğu yetkileri etkilemez".

Görüldüğü gibi, İİT Tahkim Tüzüğünde bu konuda bir hüküm bulunmadığı gibi, Tüzükte acil durum hakemi kuralları da mevcut değildir.¹²⁰ Şu halde bu hususta nasıl hareket edileceği konusu belirsizlik arz etmektedir. Bu durumda uyuşmazlığın taraflarının geçici hukuki koruma kararı verme konusunda hakem veya hakem kuruluna yetki verebilmelerine yönelik anlaşma yapmalarına imkân tanımak gerekecektir. Ayrıca, İİT Tahkim Tüzüğü'nün 21 inci maddesinin 3 üncü fıkrası gereğince, Merkez ile ilgili hazırlanacak olan İç Yönetmeliğin bir an önce hazırlanması ve hiç olmazsa burada Tüzükte bulunmayan hükümlerin yer alması mümkün olabilecektir. Zira iç yönetmelikte düzenleme olmasının Tüzüğün tamamlayıcı işlevi yerine getirme özelliği ile örtüşeceği kanaatindeyiz.

4- İTT Tahkim Tüzüğünde tahkim yargılamasına ilişkin olarak ilkeler ve kuralların belirlenmediğini daha önce belirtmiştik. Tüzükte de HMK m. 423' de öngörülen eşitlik¹²¹ ve hukuki dinlenilme gibi ilke-

¹²⁰ 2017 tarihli ICC (MTO) Tahkim ve Arabuluculuk Kurallarındaki geçici hukuki korumalar hakkında bkz. Yeşilırmak, *ICC Tahkim Kuralları*, 146-148. Ayrıca bkz. ve karşı. İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları, m. 30; TBB Tahkim Merkezi Yönergesi (YK/12.07.2019/2019-875 K), m. 29; İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Tahkim Kuralları m. 31.

¹²¹ Eşitliği bozan kanun hükümleri ve taraf iradeleri asimetric tahkim sözleşmesine yol açacaktır. Bu konuda bkz. Ayşegül Polat, "Asimetric Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği," *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2019): 8, 36ff., <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/765205>. Asimetric tahkim sözleşmesine karşı gidilebilecek çözüm için bkz. Mustafa Serdar Özbek, "Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim

lerin düzenlenmesi oldukça önemlidir. Bir kurumsal tahkim merkezi olarak İİT Tahkim Merkezinin tüzüğünde, hakem veya hakemlerin uyuşmazlıkları hangi usule göre çözecekleri konusunun düzenlenmemiş olması, birçok sorunu beraberinde getirecektir. Bu ise Merkezin kurumsal tahkim niteliğini zedelemektedir. Zira kurumsal tahkimde, tahkim yoluna başvuracak tarafların tahkimin işleyişine ilişkin usul ve kuralları belirlemesine gerek bulunmamakta; tahkim kurumunun önceden hazırlanmış usul kuralları söz konusu olmaktadır. Tahkimde uygulanacak kuralların önceden öngörülebilir olması, kurumsal tahkimin tercih edilme sebeplerinden belki de en önemlisidir.¹²² İşte bu eksiklik, ileride İİT Tahkim Merkezinin tercih edilebilir olmasının önünde bir engel olarak görülebilecektir.

5- Hakem Listesinde yer alacak adayların (hakemlerin) sahip olması gereken kriterlere iç yönetmelikte yer verilmesi, yatırım uyuşmazlıklarının taraflarının merkezi (İİT Tahkim Merkezini) tercih etmelerine olumlu katkı sağlayacaktır. Ayrıca bu kriterlerin belirlenmesi konusunda İç Yönetmeliğin hazırlanmasının, Merkezin faaliyetlerinin etkinliği ve verimliliği açısından olumlu katkı sağlayacağı söylenebilir. Bu düşüncemizin dayanağı olarak İİT Tahkim Tüzüğü'nün 21 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında "Yönetim Kurulu, isimlerinin Hakem Listesinde yer alması için adayların sahip olması gereken kriterleri İç Yönetmelik'te belirler" hükmünü gösterebiliriz.

6- İİT Tahkim Merkezinin aynı zamanda üye devletler bünyesinde bulunan uluslararası tahkim merkezleri ile de rekabet edeceği düşünüldüğünde iç yönetmelikle Çin/Pekin merkezli (CIETAC) modelinden¹²³ hareketle, "İTT bünyesindeki iştirak ve komisyonla-

Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi," *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2019): 241, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/909218>.

¹²² Bkz. yuk. B.

¹²³ Çin/Pekin merkezli (CIETAC) (Hong-Kong, Shanghai) tahkim merkezleri, şubeler şeklinde yapılandırılmıştır. Pilot serbest bölge, bölge ve özel idari bölge kapsamında bulunan iştirak ve işletmelerle yapılan sözleşmelerden kaynaklı uluslararası veya yabancı ile ilgili uyuşmazlıklarda tahkime başvuruda aksi belirtilmedikçe CIETAC yetkilidir (m. 2/3, 3/1,2). Bkz. January 1, 2015 tarihli China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Arbitration Rules, erişim tarihi: Mart 26, 2020, <http://www.cietac.org/Uploads/201904/5cc129286b1c3.pdf>;

rın taraf olduğu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından taraflarca aksi belirtilmedikçe tahkime başvuruda yetkili merkez olarak İTT Tahkim Merkezi/İstanbul kabul edilmiş sayılır” hükmü getirilebilir.

7- İTT Tahkim Merkezinde görev yapacak hakem veya hakem heyetlerinin tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusunda eğitilmesi ve diğer tahkim merkezleri ile rekabet edecek şekilde donanımına sahip olmalarını temin etmek amacıyla Merkez bünyesinde “Tahkim Akademisi” kurulmasını önermekteyiz.¹²⁴

8- Tüzükte öngörülme-yen Merkezin mali denetim şekli ve denetim organlarının yapısı¹²⁵ konusunda iç yönetmeliğe hüküm getirilebilir.

9- İTT Tahkim Merkezi bünyesinde yürütülen tahkim yargılamalarında verilen kararların üye devletler tarafından tanınması ve tenfizi konusunda¹²⁶ “Revision au fond” yasağı (hakem kararının esasının incelenemeyeceği) ve ihtilaf konusunda üye devlete uygulanacak yaptırım konusu tüzükte düzenlenmediğinden; iç yönetmelikte bu hususlarda hüküm konulmasının, söz konusu hakem kararlarının icra edilebilirliğine güveni ve Merkeze başvuru konusunda eğilimi artıracak kanaatindeyiz.

(Shanghai International Arbitration Center) The China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone Arbitration Rules(2015), m. 2/3, erişim tarihi: Mart 26, 2020, http://www.shiac.org/upload_files/file/2016/20160228221941_9298.pdf.

¹²⁴ Bu konuda model kanun için bkz. The New Delhi International Arbitration Centre Act, 2019, Bölüm V, m. 29, erişim tarihi: Mart 26, 2020, <http://legalaffairs.gov.in/sites/default/files/The%20New%20Delhi%20International%20Arbitration%20Centre%20Act%2C%202019.pdf>.

¹²⁵ Bu konuda model kanun için bkz, The New Delhi International Arbitration Centre Act 2019, Bölüm IV, m. 26, erişim tarihi: Mart 26, 2020, <http://legalaffairs.gov.in/sites/default/files/The%20New%20Delhi%20International%20Arbitration%20Centre%20Act%2C%202019.pdf>.

¹²⁶ Bu konuda bkz. Adnan Deynekli, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan 16, no. Özel Sayı (2014): 122; Musa Aygül, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri,” *MHB* 31, no. 2 (2011): 103.

SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti ile İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası Arasında İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi'nin (kısaca İİT Tahkim Merkezi) Türkiye'de Kurulması Hakkında Milletlerarası Antlaşmanın Uygun Bulunduğuna İlişkin Kanun" (7217 sayılı Kanun) 16.01.2020 tarihinde kabul edilmiş; ardından 18.01. 2020 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Bu Milletlerarası Anlaşma, 24 Ocak 2020 tarihinde Cumhurbaşkanlığı tarafından onaylanmış ve 25 Ocak 2020 tarihinde Antlaşmanın Onaylanması Hakkındaki Karar, Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. İİT Tahkim Merkezi Tüzüğü'nün ise, bu Milletlerarası Anlaşma'nın eki niteliğinde olduğu görülmektedir.

Tüzükte, İİT Tahkim Merkezinin hedefleri, Merkezin genel merkezi ve tüzel kişiliği, Merkezin faaliyet ve işlevleri, gelir kaynakları, Merkezin organları, Merkezdeki hakem listesinin yanısıra Tüzükte yer alan nihai hükümler düzenlenmiştir. Bu anlamda İİT Tahkim Merkezi Tüzüğü'nde genel itibariyle, Merkezin idari hizmet sunan bir Merkez olarak öngörüldüğü, Tüzüğü'nün tahkim yargılamasına ilişkin olarak ilkeler ve kuralları belirlediği görülmektedir.

Ayrıca İİT Tahkim Tüzüğü'nde, taraflarca Merkeze "on-line" başvuru yapılabileceğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması; hakemlerin geçici hukuki koruma kararı verebileceklerine ilişkin bir hüküm içermemesi, hakemlerin sahip olması gereken şartlara ilişkin gerekli kriterlerin belirlenmemesi ve tahkim yargılamasına ilişkin ilkelerin belirlenmemiş olması da Tüzükteki eksiklikler olarak belirtilebilir.

Bunların dışında Merkez bünyesinde "Tahkim Akademisi" kurulması, Tüzükte öngörülmeyen Merkezin mali denetim şekli ve denetim organlarının yapısı konusunda iç yönetmeliğe hüküm getirilmesi; İİT Tahkim Merkezi bünyesinde yürütülen tahkim yargılamalarında verilen kararların üye devletler tarafından tanınması ve tenfizi konusundaki yukarıda belirtilen önerimiz de bu anlamda önem arz etmektedir.

Sonuç olarak, tüm bu eksikliklerine rağmen, İİT Tahkim Merkezinin, içinde Türkiye'nin de bulunduğu İslam ülkeleri arasındaki tica-

reti ve yatırımları artıracığı, herhangi bir uyuşmazlık durumunda, tarafsız, objektif, saygın bir Merkezin bulunmasının uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü için başvuracak taraflara güven vermenin yanısıra, yatırımların artışına olumlu etki oluşturacağı ifade edilebilir. İİT Tahkim Tüzüğü'nün 21 inci maddesinin 3 üncü fıkrası gereğince, Merkez ile ilgili hazırlanacak İç Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinin ise, Merkezin işlerliği ve işlevselliğine katkı sağlayacağı kuşkusuzdur.

Hakem Değerlendirmesi	: Çift kör hakem.
Finansal Destek	: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.
Çıkar Çatışması	: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Etik Kurul Onayı	: Yazarlar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.
Yazar Katkı Oranı	: Eşit
Peer Review	: Double peer-reviewed.
Financial Support	: The authors declared that this study has received no financial support.
Conflict of Interest	: The authors have no conflict of interest to declare.
Ethics Committee Approval	: The authors stated that ethics committee approval is not required.
Contribution Rate	: Equal.

KAYNAKÇA

- Ağır, Hüseyin ve Mehmet Metin. "İslam İşbirliği Teşkilatı Ülkelerinin Kendi İçindeki Yeri." *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İİBF Dergisi* 7, no. 2 (2017): 125-137.
- Akıncı, Ziya. "Türkiye'de MTO Tahkimi." iç. *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı*: 40-52, İstanbul: İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 24 Mayıs 2012.
- Al Suwaid, Mohammed R. "The Legitimacy of Arbitration as a Means of Dispute Resolution." *Managing Partner at Al Suwaidi & Company*. Erişim Tarihi: Mart 10, 2020. <https://www.alsuwaidi.ae/our-team>.
- Alangoya, H. Yavuz, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, Nevhis. *Medenî Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta, 2011.
- Alangoya, H. Yavuz. *Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973.
- Amin, S. H. "An Islamic Approach International Commercial Arbitration." *Journal of Islamic Law* 1, no. 2 (1996): 203-236.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin, 2019.
- Aslan, İlyas. "Milletlerarası Ticari Tahkimde Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi." *TAAD* 7, no. 27 (2016): 713-722.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Ataman Fıganmeşe, İnci. "Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları, Türkiye'de MTO Tahkimi." iç. *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı*: 18-35, İstanbul: İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 24 Mayıs 2012.
- Ataman, Muhittin ve Ayşe Nur Gökşen. "Sembolizm ve Aktivizm Arasında İslam İşbirliği Teşkilatı." *SETA Analiz*, no. 76 (2014).
- Aydemir, Fatih. *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Aygül, Musa. "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri." *MHB* 31, no. 2 (2011): 83-121.

- Balcı, Muharrem. *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*. İstanbul: Danışman, 1999.
- Bildişli, Fikret ve Marıttuoheti Atawula. "İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT)'nin Önemi ve Bölgesel Güvenlik Sorunlarının Çözümünde İşlevsizliğinin Nedenleri." *Türk & İslam Dünyası Sosyal Araştırmalar Dergisi (TİDSAD) / The Journal of Turk & Islam World Social Studies* 6, no. 20 (2019): 77-101.
- Birsel, M. Tevfik. "Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye." *Ege Üni. Hukuk Fak. Dergisi* 1, no. 1 (1980).
- Borba, Igor M. *Internaional Arbitration: A comparative study of the AAA and ICC rules*. Milwaukee, WI: Marquette University, 2009.
- Bozkurt, Enver, Yasin Poyraz ve Selcen Erdal. *Devletler Hukuku*. Ankara: Legem, 2018.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Adalet, 2019.
- Çakır, Görkem ve Erdinç Dalar. "İnternet Ortamında Gerçekleştirilen Hakem Yargılaması "Online Tahkim"" *Articletter* PART 13 (2018): 223-236. Erişim Tarihi: Mart 26, 2020. https://www.goksusafuisik.av.tr/Articletter/2018_Summer/GSI_Articletter_2018_Summer_Article13.pdf.
- Dağ, Mehmet. "İslam İşbirliği Teşkilatının Ekonomik ve Mali Faaliyetleri Üzerine Bir Değerlendirme." iç. *Conference: Bitlis Uluslararası Sosyo-Ekonomik Araştırmaları ve Kalkınma Kongresi (USEAK-2018)*: 237- 249, Bitlis, 2018.
- Dayınlarlı, Kemal. "Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri." iç. *Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hâtırasına Armağan (1902-1985)*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.
- Dayınlarlı, Kemal. *Uncitral Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*. Ankara: Dayınlarlı, 2012.
- Deynekli, Adnan. "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan* 16, no. Özel Sayı (2014): 105-122. (Basım Yılı: 2015).
- Deren Yıldırım, Nevhis. "Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri." *ABD*. 4, no. 60 (2002): 37-44.

- Doğan, Soner. "Türkiye'nin Dönem Başkanlığı ve İslam Birliği Teşkilatı." *İNSAMER*: Kasım 2016.
- Donahey, M. Scott. "Current Developments in Online Dispute Resolution." *Journal of International Arbitration* 6, no: 4 (1999): 15-30.
- Ekşi, Nuray. "İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi." *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi (UTTDER)* 9, no. 2 (2020): 267-312.
- Engin Öztürk, M. Büşra. "Türkiye ve Dünya Ticareti İçerisinde İslam İşbirliği Teşkilatının Yeri ve Önemi." *Sakarya İktisat Dergisi* 7, no. 3 (2018): 40-53.
- Erdoğan, Celâl. *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Her Konu Hakkında Geniş Açıklama ve 2188 Yargıtay Emsal Kararı*. Ankara, 1982.
- Ertabak, Ünal. *Tahkim Sözleşmesi ile İlgili İhtilaflar*. İstanbul: Legal, 2009.
- Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Bertthold, Goldman. *On International Commercial Arbitration*. The Hague- London- Boston: Kluwer Law International, 1999.
- Garner, Bran A. *Black's Law Dictionary*. St. Paul, Minn.: Thomson/ West, 1999.
- Gençcan, Ömer Uğur. *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Gerbay, Rémy. *The London Court of International Arbitration, Arbitration in England with chapters on Scotland and Ireland*. Edited by Lulian D.M. Lew, Harris Bor, Gregory Fullelove, Joanne Greenaway. Chapter 4. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2013: 51-74.
- Görgün, Şanal, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2019.
- Huysal, Burak. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*. İstanbul: Vedat, 2010.
- Kalkınma Bakanlığı. *Kalkınma için Uluslararası İşbirliği, Metotlar ve Yaklaşımlar Özel İhtisas Komisyonu Raporu*. Ankara: 2015.
- Kallel, Sami. "Online Arbitration." *Journal of International Arbitration* 25, no. 3 (2008): 345-353.
- Kalpsüz, Turgut. "İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları." iç. *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, Ankara, 18- 29 Mart 1996: 339-379, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2011.
- Kalpsüz, Turgut. *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*. Ankara: Yetkin, 2010.

- Karadaş, İzzet. *Ulusal (İç) Tahkim*. Ankara: Legal, 2013.
- Karayalçın, Yaşar. "Amerika Birleşik Devletlerinde ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliğinde Tahkim." *İç Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler- Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965.
- Kaymak, Oktay. "İslam İşbirliği Teşkilatının Yapısal Organizasyonu." ilimvemedeniye.com. Erişim Tarihi: Mart 10, 2020. <https://www.ilimvemedeniye.com/islam-isbirligi-teskilatinin-yapisal-organizasyonu.html>.
- Keser Berber, Leyla. *Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu*. İstanbul: Alfa, 1999.
- Khoukaz, George. "Sharia Law and International Commercial Arbitration: The Need for an Intra-Islamic Arbitral Institution." *Journal Of Dispute Resolution (J. Disp. Resol.)*, no. 1 (2017): 181-196.
- Konuralp, Cengiz Serhat. *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim. Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul: İÜSBE, 2011.
- Koral, Rabi. "İç Hukukumuzda Tahkim." *İÜHFM XIII*, no. 3 (1947): 1038-1081.
- Kumtepe, Yusuf ve Riccardo, Loschi. "Investment Dispute Settlement Body of the Organisation of Islamic Cooperation: A Dead End for Claims under the OIC Investment Agreement?" December 29, 2019.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI*. İstanbul: Demir, 2001.
- Küçükgüngör, Erkan. "Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)." *BATİDER XIX*, no. 3, (1988): 137-150.
- Lew, Julian D. M. *Applicable Law in International Commercial Arbitration, A Study in Commercial Arbitration Awards*. New York: Oceana Publications, 1978.
- Meade, Robert E. "Arbitration Overview: The AAA's Role in Domestic and International Arbitration." *Journal of International Arbitration* (1984): 263-271.
- Müller, Eva. "How Do International Institutions Select Arbitrators? Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC Institute)." *Journal of International Arbitration* 17, no. 3 (2000): 157-161.
- Netherlands Arbitration Institute. *Mediation Rules in force as from 1 March 2009*. Rotterdam, 2009.

- Nomer, Ergin, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin Gelgel. *Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I*. İstanbul: Beta, 2013.
- Özbay, İbrahim. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri." *EÜHFD* X, no. 3-4 (2006): 459-475.
- Özbay, İbrahim ve Erdem Murat. "Bir Kurumsal Tahkim Merkezi Örneği: İberoamerikan Tahkim Merkezi." *TAAD* 11, no. 42, (2020): 449-469.
- Özbay, İbrahim ve Yavuz Korucu. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444)*. Ankara: Adalet, 2016.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 1*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Özbek, Mustafa Serdar. "Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2019): 179- 253.
- Özcan, Erkan. *Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Tahkim Uygulaması*. Ankara: Seçkin, 2014.
- Özdemir Kocasakal, Hatice. *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*. İstanbul: Vedat, 2003.
- Özkan, Mehmet. *İslam Konferansı Örgütü (İKÖ) Sorular ve sorunlar, IGMG Perspektive*, Kasım 2007. http://www.igmg.org/fileadmin/pdf/perspektif/perspektif_2007-11.pdf.
- Öztürk, Burcu. *The Role of Religion in International Relations: The Case of The Relations Between Turkey and Organisation of Islamic Cooperation (OİC)*. Ankara: Middle East Technical University, 2013.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Pekcanitez, Hakan, ve Ali Yeşilırmak. "Tahkim." İç. *Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, C. III*, ed. Pekcanitez, Hakan, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, 2593-2802. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Polat, Ayşegül. "Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no.1 (2019): 3-65.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat, 2019.

- Russian Arbitration Center, Arbitration Rules, Russian Arbitration Center at the Autonomous Non-Profit Organisation. "Russian Institute of Modern Arbitration." Moscow- 2019. www.centerarbitr.ru.
- Sarısözen, M. Serhat. *Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması*. İstanbul: Kazancı Hukuk, 2005.
- Selçuk, Seyhan. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Söğüt, İpek Sevdâ. *Roma Hukukunda Tahkim*. İstanbul: On İki Levha, 2011.
- Şahin, Muzaffer, Zakir Avşar ve İsmail Safi. "İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT) ve Medya Yapılanmaları." *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi / The Journal of International Social Sciences* 28, no. 1 (2018): 231-243.
- Şanlı, Cemal. *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.
- Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. İstanbul: Beta, 2002.
- Tanrıver, Süha. "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim." iç. *Makalelerim I (1985-2005)*: 125-150, Ankara: Asil, 2005.
- Treacy, Thomas, B. "Use of Alternative Dispute Resolution in The Construction Industry." *Journal of Mangement in Engineering*. January- February 1995.
- Trumbull, Charles P. "Islamic Arbitration: A New Path for Interpreting Islamic Legal Contracts" *Vanderbilt Law Review* 59, (2006): 609-647.
- Ulukuş Bulut, Şaziye Tuba. *MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Yeğengil, Rasih. *Tahkim (L'arbitrage)*. İstanbul, 1974.
- Yeşilirmak, Ali. *Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Bilirkişilik ve Tahkim*. İstanbul: On İki Levha, 2011.
- Yeşilirmak, Ali. *ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması*. İstanbul: On İki Levha, 2018.
- Yeşilova, Bilgehan. "Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/I)." iç. *Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan I, DEÜHFD* 11, no. Özel Sayı (2009): 739-818. Basım Yılı: 2010).

Yıldırım, Mustafa. "Tahkim." İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. Erişim Tarihi: Mart 10, 2020. <https://islamansiklopedisi.org.tr/tahkim--fikih>.

Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin, 2012.

Yücel, Ensari. "İslam Hukukunda Tahkim ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü." *Journal of Islamic Economics and Finance (İslam Ekonomisi ve Finansı Dergisi)* 3, no. 2 (2017): 137-160.

İnternet Kaynakları

<https://www.alsuwaidi.ae>

www.centerarbitr.ru

<http://centroiberoamericanodearbitraje.org>

<http://www.diac.ae>

<https://www.goksusafiisik.av.tr>

<https://www.ilimvemedenyet.com>

<http://www.ista.org.tr>

<https://islamansiklopedisi.org.tr>

<http://www.mfa.gov.tr>

www.setav.org

<http://www.cietac.org>

<http://www.shiac.org>

<http://legalaffairs.gov>

<https://hukuk.deu.edu.tr>

<https://dergipark.org.tr>

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
B	: Bası
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz	: Bakınız
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EÜHFD	: Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
İİBF	: İktisadi İdari Bilimler Fakültesi
İNSAMER	: İHH İnsani ve Sosyal Araştırmalar Merkezi
İİT Tahkim Tüzüğü	: İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Tüzüğü
İİT	: İslam İşbirliği Teşkilatı
İTOTAM İç Yönetmeliği	: İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi Tahkim Divanı ve Sekreterliğinin Yapısı ve Çalışma Usulleri Hakkında İç Yönetmelik
İTOTAM	: İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi (İTOTAM)
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBE	: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
İzmir BD	: İzmir Barosu Dergisi
M	: Madde
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
SETA	: Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi

3 SAYILI CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNE GÖRE ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİSİ KİMDİR?

*According to the Turkish Presidential Decree
No: 3 Who is the Senior Executive Officer?*

Yasin SÖYLER*

Öz

Son Anayasa değişiklikleri hukuk sistemimize üst kademe kamu yöneticileri ile ilgili bazı yeni düzenlemeler kazandırmıştır. Anayasa değişiklikleri ile üst kademe kamu yöneticilerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanıp görevlerine son verilebileceği ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceği öngörülmüştür. Bu ilkenin uygulamaya geçirilmesi amacıyla ise Cumhurbaşkanı tarafından bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürürlüğe konulmuştur (3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi-CBK). Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile esas olarak üst kademe kamu yöneticilerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanma usul ve esasları belirlenmiştir.

Anılan Kararnamede üst kademe kamu yöneticilerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanma ve görevden alınma usul ve esaslarına yer verilirken, üst kademe kamu yöneticilerini sayma yöntemi ile belirleme yaklaşımı izlenilmiştir. Fakat Kararnamede sayılan üst kademe kamu

* Doçent Doktor, Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, ya.soyler@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-8833-9230.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 20.04.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 18.06.2020.

Atıf/Citation: Söyler, Yasin. "3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Göre Üst Kademe Kamu Yöneticisi Kimdir?." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 1 (2020): 59-110.

yöneticilerinden bir kısmının, hangi kamu görevlilerini ifade ettiği tam olarak ortaya konulamamıştır. Öte yandan üst kademe kamu yöneticilerine ilişkin kanunlarda da bazı hükümlere yer verilmiş, ancak kanun-Cumhurbaşkanlığı karnamesi ilişkisi henüz hukuk sistemimizde tam olarak açıklığa kavuşturulamadığı için üst kademe kamu yöneticilerinin belirlenmesinde bu husus da bazı belirsizliklerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Makalede, bu sorunların tespiti ve üst kademe kamu yöneticilerinin hangi kamu görevlilerinden oluştuğu hususu, 3 sayılı CBK kapsamında ortaya konulmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Üst kademe kamu yöneticisi, kamu yöneticisi, 3 sayılı CBK, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanının atama yetkisi.

Abstract

The recent Constitutional amendments have brought some new norms to our legal system in respect to senior executive officers. By these constitutional amendments, it is predicted that senior executive officers can be appointed and removed by the President and the procedures and principles concerned their appointment can be regulated by the Presidential decree. In order to enforce these norms, a Presidential Decree (No:3) was introduced by the Turkish President. With this Presidential Decree, in fact, the appointment procedures and principles of senior executive officers by the President were specified.

While the appointment procedures and principles of senior executive officers by the President are given a place within the mentioned Decree, a method to list senior executive officers is followed. However it is not possible to understand precisely some officers listed in the Decree whether they are senior level. At the same time, some provisions are given a place in the laws relevant to senior executive officers, however due to the law and the presidential decree connection has not been completely revealed in our legal system just now, this point likewise originates some questions in the specification of senior executive officers. In this article, the issue of disclosure of these challenges and which public officers are referred to the senior level are tried to be clarified within the scope of the Presidential Decree No: 3.

Keywords: Senior executive officer, executive officer, Presidential Decree No: 3, President, President's appointment authority.

GİRİŞ

Üst kademe kamu yöneticisi kavramı idare hukuku açısından özellikle son Anayasa değişiklikleri ile birlikte oldukça önemli bir konu haline gelmiştir. Anayasada Cumhurbaşkanına, üst kademe kamu yöneticilerini atama, görevlerine son verme ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yetkisinin verilmesi, *üst kademe kamu yöneticisi* deyimini, söz konusu atama, göreve son verme ve bu kapsamda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılacak düzenlemeler açısından tabiri caizse kilit bir konu haline getirmiştir.

Üst kademe kamu yöneticilerinin atanma ve görevden alınma usul ve esasları, genel olarak 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (3 sayılı CBK) ile düzenlenmiştir. Bu Kararnamede, üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine ilişkin oldukça geniş çaplı belirlemeler yapılmıştır. Fakat anılan Kararnamede yer alan bazı üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerinin kapsam alanlarında ciddi belirsizlikler bulunmaktadır. Bu belirsizlikler, 3 sayılı CBK kapsamında üst kademe kamu yöneticilerinin hangi kamu görevlilerinden oluştuğu konusunda derinlemesine bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Konu, doktrinde henüz yeterince ele alınmamıştır. Uygulama ise tabiri caizse kendine özgü bir yol çizmiştir.

Makalemizin temel konusunu, 3 sayılı CBK'ya göre üst kademe kamu yöneticilerinin hangi kamu görevlilerinden oluştuğunun ortaya konulmasına yönelik böyle bir çaba oluşturmaktadır. Üst kademe kamu yöneticilerinin yetiştirilmeleri, nitelikleri, atanma ve görevden alınma usul ve esasları, bu kapsamda inceleme konumuzu oluşturmamaktadır. Bu son konuların aslında her biri, ayrı bir inceleme konusu olabilecek derinliktedir ve bu nedenle konuyu dağıtmamak adına, bu konulara ilişkin inceleme yapılmamıştır.

Üst kademe kamu yöneticilerinin hangi kamu görevlilerinden oluştuğunun hukuki açıdan açıklığa kavuşturulması; bu yöneticilerin yetiştirilmeleri, niteliklerinin belirlenmesi, atanmaları ve görevden alınmalarına ilişkin hususların tamamı açısından temel bir konu niteliğindedir. Örneğin Anayasada üst kademe kamu yöneticilerini atama yetkisi Cumhurbaşkanına tanındığından, bu hüküm kapsamında Cumhurbaşkanının doğrudan hakkında atama işlemi tesis edebileceği kadrolar, üst kademe kamu yöneticisi kadroları olmak zorundadır.¹ Üst kademe kamu yöneticisi niteliğinde olmayan kadrolara atama işleminin yapılmasının ise *kanunlarla* Cumhurbaşkanına verilmesi veya başka makamlara bırakılması elbette mümkündür. Kamu görevlileri hakkında tesis edilecek atama işlemlerinde yetkinin kime ait olduğunun belirlenmesi, bu örnekte üst kademe kamu yöneticilerinin hangi kamu görevlilerinden oluştuğunun belirlenmesi ile doğrudan ilintili hale gelmektedir.

Öte yandan 3 sayılı CBK kapsamında üst kademe kamu yöneticilerinin hangi kamu görevlilerinden oluştuğunun açıklığa kavuşturulması, kanunlarda *üst kademe kamu yöneticilerine* yapılan atıfları anlamlandırmak bakımından da oldukça önem taşımaktadır. Bu açıdan özellikle 375 sayılı KHK kapsamında üst kademe kamu yöneticilerine yapılan atıfların, hangi üst kademe kamu yöneticilerini ifade ettiği hususunun belirlenmesi gerekmektedir.

Son olarak üst kademe kamu yöneticilerinin tanımlanmasına yönelik kamu yönetimi biliminin ortaya koymuş olduğu değerlendirmelerin, makalemizin inceleme alanı dışında tutulduğu özellikle belirtilmelidir. Çünkü üst kademe kamu yöneticilerinin tanımlanması konusunda kamu yönetimi bilimi ciddi bir çaba içerisinde; fakat üst kademe kamu yöneticilerinin hukuki açıdan tanımlanması, pozitif hukuk kurallarına dayandığı için kamu yönetim biliminin yaklaşımından oldukça farklıdır.

¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya'ya göre, "Atama yetkisi bir idarenin kurulmasıyla üstün kendiliğinden/otomatikman sahip olacağı bir yetki değildir. Atama yetkisi de disiplin yetkisi gibi kanuna dayanması gereken bir hiyerarşik yetkidir." Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, Ekim 2019), 174.

I. 3 SAYILI CBK'YA GÖRE ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİSİ

3 sayılı CBK, 10 Temmuz 2018 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmış ve yayımı ile birlikte yürürlük kazanmıştır. Anılan Kararnamenin amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesinde Kararnamenin amacının, üst kademe kamu yöneticileri ile ilgili usûl ve esaslar ile kamu kurum ve kuruluşlarında atama usûl ve esaslarının belirlenmesi olduğu belirtilmiştir. Şu halde söz konusu Kararname, Anayasanın 104/9. fıkrasında yer verilen, Cumhurbaşkanının üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleyeceğine ilişkin hükmün uygulanması niteliğinde bir düzenlemedir.

Bu arada Cumhurbaşkanı tarafından atanıp görevden alınabilecek üst kademe kamu yöneticilerine sadece 3 sayılı CBK'da yer verilmediğini, diğer bazı CBK'larda da bu yönde hükümlere yer verilmiş olduğunu belirtmemiz gerekir. Örneğin 1 sayılı CBK'da, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Cumhurbaşkanlığı Özel Kalem Müdürü, başdanışmanlar, danışmanlar² ve genel müdürlerin Cumhurbaşkanı tarafından atanacağına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Cumhurbaşkanlığı Özel Kalem Müdürü, başdanışmanlar ve danışmanlara 3 sayılı CBK'nın ekli cetvellerinde yer verilmemiş olmasına rağmen, 1 sayılı CBK'da anılan kadrolara yapılacak atamaların Cumhurbaşkanınca yapılacağı belirtilerek, bu kadroların da üst kademe kamu yöneticisi kadroları olduğu ortaya konulmuş olmaktadır.

Bazı üst kademe kamu yöneticilerine 3 sayılı CBK dışındaki diğer CBK'larda yer verilmiş olmasının, ne tür hukuki sonuçlar doğurabileceğini ilerleyen bölümlerde belirtmeye çalışacağız.

Cumhurbaşkanınca atanıp görevden alınabilecek üst kademe kamu yöneticilerine bazen bizzat Anayasa ya da kanunlarda da yer verilebilmektedir. Anayasaya göre Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanlar (md. 104/8), Devlet Denetleme Kurulu'nun Başkan ve üyeleri (md. 108/3), Genelkurmay Başkanı (md. 117/3), rektörler (md. 130/6) ve Yük-

² Danışmanlığın, yöneticilik niteliği taşımadığı hususuna aşağıdaki bölümlerde ayrıca değinilecektir.

seköğretim Kurulu üyeleri (md. 131/2) Cumhurbaşkanı tarafından atanır veya seçilir. Bunlardan Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanlar haricindekilere, 3 sayılı CBK'da yer verilmiştir. Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanların atanma ve görevden alınma usulü 3 sayılı CBK'ya tabi kılınmak istenmediğinden, bu konuda söz konusu CBK bünyesinde herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Kanaatimizce bu durum Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların üst kademe kamu yöneticisi olma konumlarını etkilememektedir. Elbette Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar, TBMM önünde and içme ve görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla yargılanmalarında meclis soruşturması usulüne tabi olma gibi hususlar açısından diğer üst kademe kamu yöneticilerinden farklıdır. Ayrıca Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı'na vekâlet etme gibi bir görevi de vardır. Fakat Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanlar, yeni sistemde artık TBMM'ye karşı bireysel sorumluluğa sahip olmadıkları gibi, yine TBMM'ye karşı müşterek sorumluluk içerisinde buldukları bir kurulun, yani önceki sistemdeki karşılığıyla Bakanlar Kurulu'nun üyesi konumunda da değildirler. Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların sorumluluğu, Cumhurbaşkanı'na karşıdır. Bunlar Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınırlar. Bu açılarından bakıldığında Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanları, diğer üst kademe kamu yöneticilerinden ayırt eden bir farklılıkları yoktur.³ Bu nedenle yeni sistemde Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanlar, üst kademe kamu yöneticisi kabul edilmelidir.⁴ Bu açıdan tek

³ Burada belirtilmiş olan nedenlerden dolayı yeni sistemde Cumhurbaşkanı ile bakan arasında hiyerarşik bir ilişki bulunduğu hakkında bkz. Oğuz Sancakdar et. al., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 126-127. Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 182. Melikşah Yasin, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri," *Anayasa Yargısı* 36, no. 1 (2019): 326-327. Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt-I* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 165, 175. Hüseyin Melih Çakır, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı-Bakan İlişkisi," *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı*, Marmara Üniversitesi Yayınları No. 861, (2018): 47-48. Aslında doktrinde ileri sürülen bu görüşler, Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların üst kademe kamu yöneticisi olarak kabul edildiklerinin de dolaylı bir ifade biçimidir.

⁴ Aynı minvalde bkz. Ulusoy, *Yeni Türk İdare*, 182. Ozan Zengin, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve İdari Yapıya Etkisi," *Emek Araştırma Dergisi (GEAD)* 10, no. 15 (Haziran 2019): 12.

fark bunların atanma ve görevden alınmalarının, 3 sayılı CBK hükümlerine tabi kılınmamış olmasıdır.

Benzer hükümlere kanunlarda da yer verilebilmektedir. Örneğin Kişisel Verileri Koruma Kanunu'na göre Kurulun dört üyesi Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Üst kademe kamu yöneticilerine ilişkin kanunlarda yer alan bu tür hükümlerin anlamlandırılması ve üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarının belirlenmesinde kanun-CBK çatışması, makalemizin inceleme alanına girmemektedir.

A. 3 Sayılı CBK Kapsamında Yer Alan Kadroların Tamamı Üst Kademe Kamu Yöneticisi Kadroları mıdır?

1. 3 Sayılı CBK'nın 1 ve 2 sayılı Cetvellerinde Sayılmayan Kadrolar

3 sayılı CBK, Anayasanın 104/9. fıkrasında yer verilmiş olan düzenlemenin uygulanması niteliğinde bir düzenleme olmakla birlikte, Kararnamenin adı ile *Amaç ve kapsam* başlıklı birinci maddesinde de belirtildiği üzere, bu Kararnameyle aynı zamanda kamu kurum ve kuruluşlarında atama usulleri de düzenlenmiştir.⁵ Yani aslında 3 sayılı

⁵ 3 sayılı CBK'nın adı "*Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*" olarak belirlenmiş, Kararnamenin "*Amaç ve kapsam*" başlıklı 1. maddesinin birinci fıkrasında ise "*Bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin amacı üst kademe kamu yöneticileri ile ilgili usûl ve esaslar ile kamu kurum ve kuruluşlarında atama usûl ve esaslarını belirlemektir.*" şeklinde bir hüküm yer almıştır. Söz konusu hükümlerden de anlaşılacağı üzere Kararnamenin adında, üst kademe kamu yöneticisi atama usulü ile kamu kurum ve kuruluşlarında atama usulüne ilişkin iki farklı alana yer verilmişken, amaç ve kapsam maddesinde, *üst kademe kamu yöneticileri ile ilgili usûl ve esaslar ve kamu kurum ve kuruluşlarında atama usûl ve esasları* şeklinde iki farklı alana yer verilmiştir. "*Amaç ve kapsam*" maddesine göre üst kademe kamu yöneticileri ile ilgili usûl ve esasların tamamı 3 sayılı CBK kapsamında yer aldığı için, üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları dışında kalan, örneğin yetiştirilme usul ve esasları ile mali-sosyal hakları ve diğer özlük hakları da 3 sayılı CBK ile düzenlenmiştir! (Anayasaya göre üst kademe kamu yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları özel olarak kanunla düzenlenmek zorunda olduğu gibi (md. 128/3), atanma ve görevden alınma usul ve esasları dışında kalan mali-sosyal hakları ve diğer özlük haklarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur

lı CBK, iki farklı ana konuyu düzenlemektedir. Bu ana konulardan biri üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları, diğeri ise kamu kurum ve kuruluşlarında atanma usul ve esaslarıdır.⁶

3 sayılı CBK'da böyle bir yöntemin izlenmesi, Kararname kapsamında ataması yapılabilecek *kadro, pozisyon ve görevlerin*⁷ tamamı-

(md. 128/1). Anayasanın 104/9. fıkrasında Cumhurbaşkanına, sadece üst kademe kamu yöneticilerinin *atanma ve görevden alınma* usul ve esaslarını Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yetkisi verilmiştir. Aynı yönde bkz. Nur Kaman, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Kamu Personel Hukukuna Etkileri," *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı*, Marmara Üniversitesi Yayınları No. 861, (2018): 90. M. Artuk Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2017): 44. Mehmet Rauf Karşlı, "Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28 no. 1 (2020): 190. Hâlbuki 3 sayılı CBK'nun içeriğine bakıldığında, bu CBK'da genel olarak üst kademe kamu yöneticilerinin atanma ve görevden alınma usul ve esaslarına ilişkin hususlara yer verilmiş olduğu görülmektedir. Bu haliyle anılan CBK'nın "Amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesi, hem Kararnamenin adı hem de içeriği ile uyumlu değildir. Ayrıca 3 sayılı CBK'nın adı ile 1. maddesi arasındaki bir diğer uyumsuzluk, Kararname adında sadece "*Atama Usûlleri*"nden bahsedilmiş olmasına rağmen, 1. maddede "*atama usûl ve esasları*"ndan bahsedilmiş olmasıdır. Söz konusu Kararname ile sadece üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usulü değil, atanma şartları gibi esasa yönelik konulara da yer verilmiş olduğundan Kararname adında *atama usul ve esasını* belirten ibareye yer verilmesi gerekirdi. Nihayet aynı konu bağlamında bu noktada, Kararnamenin birinci bölümünün başlığında yer verilmiş olan "*Amaç, Kapsam, Atama Usûl ve Şartları*" deyimini de değerlendirmeye almak gerektiğini belirtmemiz gerekir. Dikkat edilirse burada kullanılan deyim ise "*Atama Usûl ve Şartları*"dır. Birinci bölümün içeriğine bakıldığında, bu bölümde sadece atama usul ve şartlarının değil görev süresi, sözleşmeyle istihdam şekli, görevin sona ermesi, görevden alınma usulü ve süreli görevlere ilişkin hususların düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla birinci bölüm başlığı, Kararnamenin adı ve "Amaç ve kapsam" başlıklı birinci maddesi ile uyumlu olmadığı gibi kendi içeriğiyle de uyumlu değildir.

⁶ Kaman, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," 90.

⁷ 3 sayılı CBK'da üst kademe kamu yöneticiliği; *kadro, pozisyon ve görev* olarak belirlenmiştir. Kadro ve pozisyon ayırımına ilişkin düzenlemeler ise 2 sayılı CBK ile yapılmıştır. Bu CBK'nın 4. maddesine göre, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olanlar, hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlar ile bu mesleklerden sayılan görevleri yürütenler, öğretim elemanları ve işçilerin *kadroları*; sözleşmeli personelin ise *pozisyonları* bulunur. Aynı CBK'nın 14. maddesinde ise Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutan-

nın üst kademe kamu yöneticisi konumunda kabul edilmediği sonucunu doğurur.⁸ Bir diğer deyişle atanma usul ve esasları 3 sayılı CBK ile düzenlenen kamu görevlilerinin tamamını, Cumhurbaşkanı tarafından ataması yapılacak üst kademe kamu yöneticileri olarak kabul etmenin imkânı yoktur. Şöyle ki söz konusu Kararnamenin 2. maddesinde, 1 ve 2 sayılı cetvellerde sayılmayan kadrolara, ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı, bakan veya atamaya yetkili amirler tarafından atama yapılacağı, Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanın bu yetkisini alt kademede ki yöneticilere devredebileceği belirtilmiştir. O halde 1 ve 2 sayılı cetvellerde sayılmayan kadrolar, kural olarak üst kademe kamu yöneticisi kadroları olarak kabul edilmemiştir.

Fakat burada bir hususa daha değinmek gerekir. 3 sayılı CBK ile, 1 ve 2 sayılı cetvellerde yer almayan kadroların üst kademe kamu yöneticisi olarak kabul edilmemesi Cumhurbaşkanının takdinde olan bir husus olmakla birlikte, 1 ve 2 sayılı cetvellerde yer almayan kadrolara kim tarafından atama yapılabileceği konusu, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek bir konu değildir. Anayasanın 128/2. fıkrasına göre memurların ve diğer kamu görevlilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar, kanunla düzenlenmek zorundadır. 3 sayılı CBK ile, 1 ve 2 sayılı cetvellerde yer al-

lığı ile Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi'nde görev yapan personelin *kadro* ve *pozisyon*larının bulunacağından bahsedilmiştir. İşte 3 sayılı CBK'da üst kademe kamu yöneticilerinin kadro ve pozisyonlara bağlı olarak istihdamlarında, bu ayrım esas alınmıştır. Bazı kurul üyeliklerinde olduğu gibi herhangi bir kadro veya pozisyona bağlı olarak çalışmayanların durumunu ifade etmek için ise *görev* tabiri kullanılmıştır. Makalemizde, gereksiz tekrarlara yer vermemek adına 3 sayılı CBK'nın ekli cetvellerinde sayılanları; kadro, pozisyon veya görev olarak belirtmek yerine sadece *kadro* tabiri ile nitelendirmeyi daha uygun gördük. Fakat bizim kadro olarak ifade ettiklerimizin, yerine göre kadro, pozisyon veya görev olabileceği ayrıntısını ise unutmamak gerekir.

⁸ Üst kademe kamu yöneticilerinin *işçi* statüsünde istihdam edilmeleri hususunun, Anayasanın 128/1. fıkrasında yer alan "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" hükmüne aykırılık oluşturup oluşturmadığı ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bu konu, ayrı bir inceleme gerektirdiğinden makale kapsamında tartışılmamıştır.

mayan kadrolar üst kademe kamu yöneticisi olarak kabul edildikten sonra bu kadrolara atanma usul ve esaslarının kanunla düzenlenmesi gerekirdi. Bu nedenle 3 sayılı CBK'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Bu cetvellerde sayılmayan kadro, pozisyon ve görevlere, ilgili Cumhurbaşkanlığı yardımcısı, bakan veya atamaya yetkili amirler tarafından atama yapılır. Cumhurbaşkanlığı yardımcısı ve bakan bu yetkisini alt kademedeki yöneticilere devredebilir."* hükmünün Anayasa'ya uygun olmadığı kanaatindeyiz.⁹

⁹ Anayasanın 104/9. fıkrasında, Cumhurbaşkanlığına üst kademe kamu yöneticilerini atama, görevlerine son verme ve *"bunların"*, yani Cumhurbaşkanlığı'nın atayıp görevlerine son verebileceği üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ve görevlerine son verilmelerine ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnameyle düzenlenebilmesi yetkisi verilmiştir. Bu düzenlemenin mefhumu muhalifinden, Cumhurbaşkanlığına atanmayan kamu görevlilerinin atanma usul ve esaslarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceği anlamı ortaya çıkar. Cumhurbaşkanlığı yürürlüğe koyacağı Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, kendisine atama yetkisi tanıyacağı üst kademe kamu yöneticilerinin kapsam alanını, anayasal sınırlar çerçevesinde oldukça geniş belirleyebilir ve belirlediği bu üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarını Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleyebilir. Fakat Cumhurbaşkanlığı, atayıp görevlerine son verebileceği üst kademe kamu yöneticisi olarak belirlemediği kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarını, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleyemez. Çünkü Anayasanın 128/2. fıkrasına göre, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin atanmalarına ilişkin hususlar kanunla düzenlenmek zorundadır. Aynı yönde bkz. Kaman, *"Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri,"* 90. Uygulamada maalesef bu esas gözetilmeden yürürlüğe konulmuş CBK hükümlerinin bulunduğunu belirtmek gerekir. Örneğin 4 sayılı CBK'da, PTT Yönetim Kurulu'nun beş üyeden oluşacağı ve bu üyelerin Genel Kurul tarafından atanacağı belirtilmiştir. Bu hüküm aslında CBK'ya konu olamayacak nitelikte, kanunda yer alması gereken bir hükümdür. Çünkü PTT Yönetim Kurulu üyeleri, 3 sayılı CBK, 4 sayılı CBK veya diğer CBK'lar kapsamında Cumhurbaşkanlığına ataması yapılacak bir üst kademe kamu yöneticiliği olarak öngörülmemiştir. Cumhurbaşkanlığına ataması yapılmayacak PTT Yönetim Kurulu üyelerinin atanma usul ve esaslarının, dolayısıyla bunların hangi idari merci tarafından atanmalarının yapılacağı hususunun da Anayasanın 128/2. fıkrası gereğince kanunla düzenlenmesi gerekirdi.

2. 3 Sayılı CBK'nın 2 Sayılı Cetvelinde Sayılan Kadrolar

3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetvelinde sayılan kadroların üst kademe kamu yöneticisi kadroları olarak kabul edilip edilemeyeceği, ayrıca değerlendirilmelidir. Bu konu tartışmaya açık bir görünüm arz etmektedir. Doktrinde bir görüş,

"Bu kararnamenin (3 sayılı CBK kastediliyor) ekinde üç cetvel bulunmaktadır: I Sayılı Cetvel'de yer alanların görev süresi, -III Sayılı Cetvel'de bulunanlar hariç- Cumhurbaşkanının süresi ile sınırlıdır. Bu listede yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı doğrudan atama yapmaktadır. Bu iki özellik dolayısıyla 'üst kademe kamu yöneticisi' sıfatının asıl olarak bu cetvelde yer alanlar için kullanılabilmesi söylenebilir."

düşünceyle, 2 sayılı cetvel kapsamında yer alan kadroların üst kademe kamu yöneticisi kadroları olmadığını ileri sürmektedir.¹⁰ Yine bir başka görüşe göre Anayasanın 104/9. fıkrasında, Cumhurbaşkanının üst kademe kamu yöneticilerini atayacağı, görevlerine son vereceği ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleyeceği belirtildiği için, bu hüküm kapsamında Cumhurbaşkanının sadece kendisinin atayıp görevden alabileceği üst kademe kamu yöneticilerinin atanma ve görevden alınma usul ve esaslarını bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlemesi gerekir. Hâlbuki 3 sayılı CBK'da, 1 sayılı cetvelde yer alan kadrolara Cumhurbaşkanı kararıyla atama yapılacağı belirtilmiş olmasına rağmen, 2 sayılı cetvelde yer alan kadrolara Cumhurbaşkanının onayı ile atama yapılacağı öngörülmüştür. Cumhurbaşkanının onayı ile atama yapılması, öncesinden bu onay işlemine ilişkin bir atama teklifinin bulunmasını zorunlu kılar. Yani Cumhurbaşkanının onayı ile yapılacak atamalarda, ilgili bakan veya yetkili merciin bir atama teklifinde bulunması ve bu teklif üzerine Cumhurbaşkanının onay işleminin tesis edilmesi gerekir. 3 sayılı CBK'nın anılan hükmünde böyle bir düzenlemeye yer verilmesi,

¹⁰ Zengin, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet," 9. Ayrıca benzer şekilde 3 sayılı CBK'nın 2. maddesini gerekçe göstererek sadece 1 sayılı cetvel kapsamında yer alan kadroların üst kademe kamu yöneticisi kadroları olduğu hakkında bkz. Hasan Tunç, *Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı)* (Ankara: Gazi Kitabevi, Temmuz 2018), 217.

Anayasanın 104/9. hükmünde Cumhurbaşkanına sadece bizzat kendisi tarafından yapılacak üst kademe kamu yöneticilerini atama yetkisi verildiğinden, Cumhurbaşkanının onayı ile yapılan atamaların üst kademe kamu yöneticisi atamaları olarak kabul edilip edilemeyeceğini tartışmalı hale getirmektedir.¹¹

Öte yandan 3 sayılı CBK'nın lafzı, bu tartışmayı biraz daha derinleştirmektedir. Anılan CBK'nın 6. maddesinde öyle bir ayırım yapılmıştır ki sanki bu CBK kapsamında sadece 1 sayılı cetvelde yer alan kadrolar üst kademe kamu yöneticisi kadroları olarak kabul edilmiş, 2 sayılı cetveldekiler kabul edilmemiştir. Maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında, üst kademe kamu yöneticisi kadrolarında bulunmakta iken görevleri sona eren veya görevden alınanlar hakkında ne tür işlemler yapılacağı belirtilirken, birden maddenin dördüncü fıkrasında *üst kademe kamu yöneticisi* deyimini kullanılmaksızın 2 sayılı cetvelde yer alan kadrolarda bulunmakta iken görevden alınanlar hakkında ne tür işlemler tesis edileceği belirtilmeye başlanmıştır. Maddenin ilk üç fıkrası üst kademe kamu yöneticileri, dördüncü fıkrası ise 2 sayılı cetvelde yer verilen kadrolarla ilişkili kılınmıştır. Maddenin bu şekilde ifade edilmiş olan lafzından hareket edildiği zaman, 2 sayılı cetvelde yer alan kadroların üst kademe kamu yöneticisi kadroları olarak kabul edilmediği yönünde kuvvetli bir tereddüt ortaya çıkmaktadır.

¹¹ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, Haziran 2019), 140-141. Hatta bu son görüş, Anayasanın 104/9. fıkrasında Cumhurbaşkanına sadece kendisi tarafından yapılacak üst kademe kamu yöneticisi atamalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yetkisi verildiği düşüncesiyle 3 sayılı CBK'da bazı atamaların Cumhurbaşkanının onayına tabi kılınmasının, söz konusu Anayasa hükmüne aykırılık oluşturduğunu ileri sürmektedir. Aynı yerde bkz. 140-141. Bu konuda bizim düşüncemiz farklı yöndedir. Anayasanın 104/9. fıkrasında, Cumhurbaşkanına üst kademe kamu yöneticilerini atama ve görevden alma yetkisi ile bu hususlara ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yetkisi verilmiş olmakla birlikte, Cumhurbaşkanının yapacağı atamaların hemen öncesinde bu işleme esas teşkil etmek üzere ilgili bakan veya yetkili merci tarafından atama teklifinde bulunmayı engelleyecek tarzda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Nihayetinde atama teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca gerçekleştirilen onay işlemi, bu atama işleminin tesisini ilgili bakan veya merci ile birlikte Cumhurbaşkanının gerçekleştirmiş olduğu anlamına gelmektedir. Cumhurbaşkanının onaylamadığı bir atama teklifinin hukuken geçerlilik kazanması mümkün değildir.

375 sayılı KHK'nın ek 35. maddesi ile getirilen düzenlemeler ise bundan daha farklı bir sonuç ortaya koymaktadır. Ek 35. maddenin beşinci fıkrasında şu şekilde bir hükme yer verilmiştir: *"Bakanlıklar ile bağı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının taşra teşkilatının il ve bölge müdürü kadro veya pozisyonları hariç, üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine Cumhurbaşkanı onayı ile atananlar hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yer alan şartlar dışında üçüncü fıkra hükümleri uygulanmaz."* Söz konusu madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, TBMM'nin buradaki iradesi ise Cumhurbaşkanının onayı ile gerçekleştirilen atamaların üst kademe kamu yöneticisi atamaları olduğu yönünde gerçekleşmiştir.

Görüldüğü üzere üst kademe kamu yöneticisi kadrolarının belirlenmesi bakımından bir kanun-CBK çatışma alanı karşımıza çıkmaktadır. 375 sayılı KHK'nın ek 35. maddesine göre, 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetvelinde yer verilen kadrolar üst kademe kamu yöneticisi kadrolarıdır; 3 sayılı CBK'nın 6. maddesinde ise lafzen 2 sayılı cetvelde yer verilenler, üst kademe kamu yöneticisi kadroları olarak kabul edilmemiştir. Kanun-CBK çatışmasının olduğu her durumda *kanunun üstünlüğü ilkesinin* esas alınması gerektiği düşüncesiyle, bu örnek bağlamında da kanunun, yani 375 sayılı KHK'nın ek 35. maddesinin esas alınması ve bu çerçevede 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetvelinde yer verilen yönetici kadrolarının, üst kademe kamu yöneticisi kadroları olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.¹²

¹² 3 sayılı CBK'nın 12. maddesinde, üst kademe kamu yöneticileri hakkında bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın –kanunların da mevzuat kapsamında bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır- bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiş olsa bile, kanunla çatıştığı noktada 3 sayılı CBK hükümleri hükümsüz hale gelir. Çünkü 3 sayılı CBK'nın 12. maddesinin bizzat kendisi bir Anayasa hükmü değil CBK hükmü olması hasebiyle, anayasal olarak kendisiyle çatışan kanun hükümleri karşısında hükümsüz hale gelir ve uygulanma kabiliyetini yitirir. Öte yandan doktrinde 3 sayılı CBK'nın 12. maddesinde yer alan söz konusu hükmü, uygulamada üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları bakımından Cumhurbaşkanına münhasır düzenleme yetkisi verildiğinin kabulü şeklinde yorumlayan yazarlar da vardır. Bu yöndeki bir görüş için bkz. Abdurrahman Eren, "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin

Buraya kadar yapmış olduğumuz pozitif hukuka dayalı değerlendirmelerin ötesinde, 3 sayılı CBK'da yer verilmiş olan bazı kadroların nitelikleri gereği *üst kademe* kadroları olamayacağına yönelik bir tartışma yapılabileceğini de belirtmeliyiz. Nitekim doktrinde bu yönde görüşler ileri sürülmektedir.¹³ Bu konuda biz kamu kurumlarının müstakil hizmet birimlerinin başında bulunan yöneticiler ile bunların hiyerarşik olarak daha üst düzeyinde bulunan yöneticilerin, üst kademe kamu yöneticisi olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz. 3 sayılı CBK'nın ekli cetvellerine bakıldığında, aşağıda belirtilen istisnai durumlar dışında genellikle bu kritere uyulduğu görülmektedir.

Nihayet 3 sayılı CBK'nın ekli cetvellerinde yer alan kadrolardan bazılarının yine nitelikleri gereği *yönetici* kadroları olmamalarından dolayı *üst kademe kamu yöneticisi* kadroları olarak kabul edilemeyeceği hususu ise aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

Değerlendirilmesi," *Anayasa Yargısı*, 36, no. 1 (2019): 45. Biz bu yöndeki görüşlere katılmamaktayız. Çünkü 3 sayılı CBK'nın 12. maddesinde yer alan mezkûr hüküm, Cumhurbaşkanına münhasır bir düzenleme yetkisi vermemekte, tam aksine üst kademe kamu yöneticileri hakkında bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen hususlara ilişkin diğer mevzuatın bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümlerinin uygulanmayacağını belirterek, bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı olmayan kanun hükümlerinin uygulanacağını da teyit etmiş olmaktadır. Yani üst kademe kamu yöneticilerinin atanması konusunda 3 sayılı CBK ile çatışmayan kanun hükümleri, bu hükme göre uygulanabilir niteliktedir. Hâlbuki münhasırlık iddiası, bu alanın, yani üst kademe kamu yöneticilerinin atanma ve görevden alınma usul ve esaslarının hiçbir şekilde kanun konusu olamayacağını ortaya koymaktadır. Nitekim uygulamada, üst kademe kamu yöneticilerinin atanma ve görevden alınma usul ve esaslarına ilişkin onlarca kanun hükmü yürürlüğünü devam ettirmektedir.

¹³ Örneğin bir görüş, 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetvelinde sayılan çoğu kadronun üst kademe değil *orta kademe* kamu yöneticisi kadrosu olduğunu belirtmektedir. Bkz. Namık Kemal Öztürk, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Üst Düzey Memurların Atanması," *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 33, no. 4 (Ekim 2019): 1283-1284. Doktrinde genellikle kamu-özel kesim fark etmeksizin yönetim kademeleri alt, orta ve üst kademe yönetim kademeleri olarak tasnife tabi tutulmaktadır. Bkz. Orhan Gökçe ve Ali Şahin, "Yönetimde Rol Kavramı ve Yönetimsel Roller," *SÜİİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi* 3, no. 6 (2003): 138.

B. 3 Sayılı CBK Cetvellerinin Belirlenmesinde Esas Alınan İlkeler

3 sayılı CBK cetvellerinin belirlenmesinde herhangi bir ilkenin esas alınıp alınmamış olduğu, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Bir taraftan bazı yönetici kadroları 3 sayılı CBK'nın her iki cetveline alınmadığı gibi diğer taraftan cetvellere alınan üst kademe kamu yöneticisi kadroları 1 ve 2 sayılı cetvellere göre sınıflandırılmıştır. Bu ayrım ve sınıflandırmanın dayandığı bir temel bulunmakta mıdır?

3 sayılı CBK kapsamına alınmayan yönetici kadroları açısından kendi idari hiyerarşisi içerisinde bakanlıkların merkez teşkilatında, kural olarak bakan yardımcıları, birim amirleri ile bunların yardımcıları ve kurul başkan ya da üyeleri; diğer kamu kurumlarında ise kurum başkanları, bunların yardımcıları ve yönetim kurulu üyeleri dışında kalan kadroların üst kademe kamu yöneticisi kadroları olarak belirlenmediği görülmektedir. Taşra teşkilatında ise valiler, vali yardımcısı, kaymakamlar, bölge ve il müdürleri dışında kalan diğer yönetici kadroları, üst kademe kamu yöneticisi kadroları olarak belirlenmemiştir. Aslında bu genel çerçeve içerisinde, 3 sayılı CBK'nın 1 ve 2 sayılı cetvellerinde oldukça uzun listeler halinde sıralanan üst kademe kamu yöneticilerini, daha belirgin bir çerçeveye oturtmak mümkündür.

3 sayılı CBK'nın kapsamına alınan üst kademe kamu yöneticisi kadrolarının 1 ve 2 sayılı cetvellerde yer almış olmaları açısından ise 1 sayılı cetvelde yer alanların, 2 sayılı cetvelde yer alanlara göre hiyerarşik olarak daha üst düzeyde bulunan kadrolar olduğu göze çarpmaktadır. 1 sayılı cetvelde yer alanlar hiyerarşik olarak daha üst düzeydeki üst kademe kamu yöneticisi kadroları olduğu için bunların atamalarının doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararıyla, 2 sayılı cetvelde yer alanların ise ilgili bakan ya da mercein teklifi üzerine Cumhurbaşkanlığı onayı ile yapılması öngörülmüştür.

Üst kademe kamu yöneticisi kadroları 3 sayılı CBK'da *sayma yöntemi (numerus clausus)*'yle belirlenmiştir.¹⁴ Bu konuda, 3 sayılı

¹⁴ Kamu yönetim biliminde de üst kademe kamu yöneticilerinin tanımlanmasında genellikle sayma yönteminin tercih edildiği hakkında bkz. Öztürk, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde," 1282. Yine örneğin Karasu, üst kademe kamu yöneticilerini "müsteşarlık, genel müdürlük, daire başkanlığı, valilik, elçilik" şeklinde sayarak, üst kademe kamu yöneticiliğine bir belirlilik kazandırmaya çalışmaktadır.

CBK'nın kendisinden esinlenilerek kaleme alındığı mülga 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun'da izlenen yöntemin aynısı izlenmiştir. Anılan Kanunda da benzer şekilde iki cetvele yer verilmiş, 1 sayılı cetvelde sayılan kadrolara *Bakanlar Kurulu kararıyla*, 2 sayılı cetvelde sayılanlara ise *müşterek kararnameyle* atama yapılması öngörülmüştür. 3 sayılı CBK, bu Kanunun öngördüğü sistemi yeni sistemin yapısına göre tamamen değiştirmiş, fakat üst kademe kamu yöneticilerinin belirlenmesinde izlenen sayma yöntemini terk etmemiştir. 3 sayılı CBK'ya ekli cetvelerin, 2451 sayılı Kanuna ekli cetvellere göre daha kapsamlı olduğu ayrıca not edilmelidir. Nihayetinde hem 2451 sayılı Kanun hem de 3 sayılı CBK'nın izlediği sayma yöntemi, üst kademe kamu yöneticilerinin genel bir tanımlamayla belirlenmesi yöntemine göre *hukuki belirlilik ilkesi* açısından daha doğru bir yöntem olmuştur.

C. 1 ve 2 Sayılı Cetvel Kapsamındaki Üst Kademe Kamu Yöneticileri

Bu başlık altında 3 sayılı CBK'nın 1 ve 2 sayılı cetvellerinde yer verilen üst kademe kamu yöneticisi kadrolarının tamamı üzerinde ayrı ayrı değerlendirmeler yapılmamıştır. Söz konusu cetvellerde yer alan bazı kadroların neyi ifade ettiği oldukça açık düzenlenmişken, bazı üst kademe kamu yöneticisi kadroları açısından aynı şeyi söyleyememekteyiz. Neden böyle bir sonuca ulaştığımızı aşağıdaki başlıklarda ifade etmeye çalışacağız. Bu nedenle bu bölümde daha çok, belirsizlik oluşturan ve açıklığa kavuşturulması gereken kadrolara ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

1. Kurum ya da Kurul Başkanları ile Başkan Yardımcıları

Üst kademe kamu yöneticiliği açısından kamu kurumlarının başkanları¹⁵ ile başkan yardımcıları, hiyerarşik olarak oldukça üst

Bkz. Koray Karasu, *Profesyonelleşme Olgusu ve Kamu Yönetimi* (Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Tezler Dizisi: 11, Kasım 2001), 215.

¹⁵ Kamu kurumlarının başkanlarını, ayrı bir kamu kurumu olmayan bakanlıklar bünyesindeki kurul ya da merkez başkanları ile karıştırmamak gerekir. Örneğin Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanı, Mushafları İnceleme ve Kıraat Kurulu Başkanı, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Araştırmaları Merkezi Başkanı, Adli Tıp Kurumu

düze yde yer alır. Bu nedenle 3 sayılı CBK'nın 1 ve 2 sayılı cetvelle-
rinde birçok kamu kurumunun başkanı ile başkan yardımcısına yer
verilmiş ve böylece bu kadrolara atanmada Cumhurbaşkanının kararı ya da onayı gerekli hale getirilmiştir. Kurum başkanları ağırlıklı olarak 1 sayılı cetvelde, başkan yardımcılarını ise 2 sayılı cetvelde yer almıştır.¹⁶ Fakat 2 sayılı cetvelde bazı kurumların başkalarına yer verildiği gibi, 1 sayılı cetvelde bazı kurumların başkan yardımcılarını da yer verilmiştir. Kurum başkanlarından 2 sayılı cetvelde yer alanların sayısı oldukça azdır. Bu kapsamda sadece Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumuna bağlı kurum başkanları, Polis Akademisi Başkanı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Başkanı ve Spor Toto Teşkilat Başkanı 2 sayılı cetvelde sayılmıştır. Kurum başkan yardımcılarında 1 sayılı cetvelde yer alanların sayısı ise daha fazladır. Bu kapsamda Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kurul başkan yardımcılarını, Merkez Bankası başkan yardımcılarını, Gelir İdaresi başkan yardımcılarını, Sosyal Güvenlik Kurumu başkan yardımcılarını, Özelleştirme İdaresi başkan yardımcılarını ve Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar başkan yardımcılarını 1 sayılı cetvelde yer verilmiştir.

1 ve 2 sayılı cetvelde kurum başkanları ile başkan yardımcılarını tahdidi olarak sayıldığı için, anılan cetvelde sayılmayan kurumların başkanları ile başkan yardımcılarını, Cumhurbaşkanının atama ve görevden alma yetkisi bakımından üst kademe kamu yöneticisi sayılamaz. Örneğin Mesleki Yeterlilik Kurumu Başkanı ve başkan yardımcılarını ile Kapadokya Alan Başkanı ve başkan yardımcılarını 3 sayılı CBK'nın 1 ve 2 sayılı cetvellelerinde yer verilmemiştir. Yine düzenleyici ve denetleyici kurumların başkan yardımcılarını –bu kurumların başkanları 1 sayılı cetvelde sayılmıştır-, 1 ve 2 sayılı cetvelde sayılmamıştır. Bu nedenle söz konusu kadrolara getirilecek başkan

ih tisas kurullarının başkanları ve Ulaşım Emniyeti İnceleme Merkezi Başkanı, bakanlıklardan ayrıştırılmış kamu kurumlarının başkanları değil, bakanlıklar bünyesinde yer alan kurul ya da merkezlerin başkanlarıdır. Fakat bununla birlikte söz konusu başkan kadroları da 1 ve 2 sayılı cetvelde sayılmıştır.

¹⁶ 1 ve 2 sayılı cetvelde hangi kurum başkanı ile başkan yardımcılarının sayıldığı hakkında daha geniş bilgi için anılan cetvellere bakılabilir. Bunları burada tek tek saymak anlamlı olmayacaktır.

ya da başkan yardımcılarının ataması, Cumhurbaşkanı kararı ya da onayıyla gerçekleştirilemez.

Öte yandan kurum başkanlarına 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde yer verilirken bazı mükerrerliklere sebebiyet verilmiş olduğunu belirtmek gerekir. 1 sayılı cetvelde "Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kurul başkanları" deyimine yer verildikten sonra ayrıca, Diyanet İşleri Başkanı, Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanı, Devlet Denetleme Kurulu Başkanı, Savunma Sanayii Başkanı ve Cumhurbaşkanlığı ofis başkanlarına da yer verilmiş olması mükerrerlik oluşturmuştur. 1 sayılı CBK'da söz konusu kurumların Cumhurbaşkanlığına bağlı olduğu zaten açık bir şekilde belirtilmiş olduğundan (md. 37 ve 525), söz konusu kadroların 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde bir kez daha sayılmasına gerek yoktu. Öte yandan 1 sayılı cetvelde bir taraftan Cumhurbaşkanlığına bağlı olan bir kısım kurum başkanının kadro unvanının ismi sayılırken, yine Cumhurbaşkanlığına bağlı olan diğer bir kısım kurum başkanının kadro ismi ise sayılmamıştır. Bu çerçevede Strateji ve Bütçe Başkanı, Milli Saraylar Başkanı, İletişim Başkanı ve Devlet Arşivleri Başkanı, 1 ve 2 sayılı cetvellerde sayılmamıştır. Aslında doğru olan da budur. Fakat tezatlığı belirtmek açısından, bu hususa da dikkat etmek gerektiği açıktır.

Aslında bir kamu kurumunun "Cumhurbaşkanlığına" bağlı olması ile "Cumhurbaşkanına" bağlı olması arasında ince bir nüans vardır. Kural olarak Cumhurbaşkanına bağlı olan kurumlar yazışmalarını doğrudan Cumhurbaşkanı ile gerçekleştirir ve doğrudan Cumhurbaşkanından talimat alırlar. Cumhurbaşkanlığına bağlı olan kurumlar ise yazışmalarını, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı üzerinden gerçekleştirmek zorundadırlar.¹⁷ Bu esastan hareketle kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde bazı kurumların Cumhurbaşkanlığına, bazılarının ise Cumhurbaşkanına bağlı olmasından bahsedilmiştir. Bu çerçevede 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 3. maddesinde

¹⁷ Bu hukuki durum, uygulamada farklı yönlerde seyredebilir. Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığına bağlı olan bir kurum ile doğrudan yazışma ve bu kuruma doğrudan talimat verme şeklinde bir uygulamaya gidebilir. Bu husus, Cumhurbaşkanının takdirindedir.

MİT'in, 7 sayılı Savunma Sanayii Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesinde ise Savunma Sanayii Başkanlığının "Cumhurbaşkanına" bağlı olarak kurulduğu belirtilmiştir (md. 3/1).¹⁸ Devlet Arşivleri Başkanlığı, Devlet Denetleme Kurulu, Diyanet İşleri Başkanlığı, İletişim Başkanlığı, Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı, Strateji ve Bütçe Başkanlığı ve Cumhurbaşkanlığı ofislerinin teşkilat kanun ya da kararnamelerinde ise bu kurumların Cumhurbaşkanlığına bağlı olduğu yönünde düzenlemelere yer verilmiştir. Bu noktada söz konusu kamu kurumlarının başkan kadroları 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde sayılırken, bu kurumların Cumhurbaşkanlığı ya da Cumhurbaşkanına bağlı olmalarına ilişkin farklılıktan mı hareket edilmiş olduğu yönünde bir soru ortaya konulabilir. Fakat ne var ki 1 sayılı cetvelde başkan kadrolarına yer verilen Diyanet İşleri Başkanlığı, Devlet Denetleme Kurulu ve Cumhurbaşkanlığı ofisleri, Cumhurbaşkanına değil Cumhurbaşkanlığına bağlı kurumlardır. O nedenle bu kurumlar açısından aynı cetvelde bir kez daha "Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kurul başkanları" deyiminin kullanılması, mükerrerlik oluşturmuştur.¹⁹

¹⁸ 1 sayılı CBK'nın 37. maddesinde ise Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı ile Savunma Sanayii Başkanlığı "Cumhurbaşkanlığına" bağlı kurumlar olarak düzenlenmiştir. Burada, Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı'nın bağlılığı açısından 2937 sayılı Kanun ile 1 sayılı CBK arasında; Savunma Sanayii Başkanlığı'nın bağlılığı açısından ise 1 sayılı CBK ile 7 sayılı CBK hükümleri arasında çatışma vardır. 2937 sayılı Kanun ile 1 sayılı CBK arasındaki norm çatışmasının çözümünde, Anayasanın 104/17. hükmünde yer alan "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır." düzenlemesinin gereği olarak 2937 sayılı Kanun hükmüne üstünlük tanınması, yani Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı'nın "Cumhurbaşkanına" bağlı bir kurum olduğunun kabul edilmesi; 1 sayılı CBK ile 7 sayılı CBK hükümleri arasındaki norm çatışmasının çözümünde ise özel normun genel norma göre önceliği ilkesinden hareketle 7 sayılı CBK hükümlerine üstünlük tanınması, yani Savunma Sanayii Başkanlığı'nın "Cumhurbaşkanına" bağlı bir kurum olduğunun kabul edilmesi gerekir.

¹⁹ Bu noktada 3046 sayılı Bakan Yardımcılarının Mali Hakları ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanununun 19/A maddesinde, "Bağlılık, ilgililik ve ilişkililik değişikliği"ne ilişkin yer verilmiş olan hükmü de değerlendirmeye almak gerekir. Bu hükmünde; bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil), Cumhurbaşkanınca, Cumhurbaşkanlığı veya bakanlıklarla ilgilendirilebi-

2. Rektörler

Milli Savunma ve Türk-Japon Bilim ve Teknoloji Üniversitesi rektörleri dâhil rektör kadrolarına 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde yer verilmiş, anılan Kararnamenin 2. maddesinde rektörlük kadrolarının boşalması halinde Yükseköğretim Kurulu Başkanı tarafından görevlendirme yapılabileceği, 3. maddesinde ise rektörlerin, profesörlük yapanlar arasından atanacağı belirtilmiştir. Böylece 3 sayılı CBK'nın düzenleniş şekline, bu CBK kapsamında rektörlerin üst kademe kamu yöneticisi olarak kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Fakat Anayasaya göre rektörler, *kanunun belirlediği usul ve esaslara göre* Cumhurbaşkanınca seçilip atanabilirler (md. 130/6). Anayasanın bu düzenlemesi, rektörlerin Cumhurbaşkanınca seçilip atacaklarını öngörmekte ve fakat Cumhurbaşkanınca yapılacak bu seçme ve atama işlemlerinin usul ve esaslarının kanunla düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Anayasanın 104/17. fıkrasında, Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı belirtildiği için²⁰,

leceği belirtilmiştir. Yani kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde bir bakanlık ya da Cumhurbaşkanlığının bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşu olarak düzenlenmiş olan kurumların, söz konusu bağlılık, ilgililik veya ilişkililik durumları, Cumhurbaşkanınca değiştirilebilir ve bu kurumlar Cumhurbaşkanlığı veya bakanlıklarla ilgilendirilebilir. Dikkat edilirse bu hükümde bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde yer alan bağlılık, ilgililik veya ilişkililik durumlarının "Cumhurbaşkanı" olarak değil, Cumhurbaşkanlığı veya bakanlık olarak değiştirilebileceği belirtilmektedir.

²⁰ Doktrinde, Anayasanın 104/17. fıkrasında yer verilmiş olunan "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmaz.*" hükmünün kapsam alanı tartışmalıdır. Bir görüş, bu hükmün gereği olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacak konuların sadece Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları kapsadığını savunmaktadır. Doktrindeki hâkim görüş ise Anayasada münhasıran ibaresi kullanılmasa dahi kanunla düzenleneceği belirtilen her konu hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılmayacağı yönündedir. Bkz. Yasin Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2018), 94-95. Eren, "Anayasa Mahkemesinin," 34-40. Yavuz Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi," *Anayasa Yargısı* 36, no. 1 (2019): 248-249. Özen Ülgen Adadağ, "Kanun-

rektör atama usul ve esaslarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenememesi gerekir. Rektörlerin seçilme ve atanma usul ve esasları, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek bir konu değildir. Bu nedenle rektörlerin 3 sayılı CBK kapsamına alınması, Anayasanın söz konusu hükmü ile uyumlu olmamıştır.²¹

Öte yandan rektör atamalarına ilişkin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda özel hükümlere yer verilmiştir. Anılan Kanuna göre, Devlet ve vakıf üniversitelerine rektör, Cumhurbaşkanınca atanır. Vakıflarca kurulan üniversitelerde rektör ataması, mütevelli heyetinin teklifi üzerine yapılır. Rektörlerin yaş haddi 67 yaştır. Ancak rektör olarak atanmış olanlarda görev süreleri bitinceye kadar yaş haddi aranmaz. Görüldüğü üzere 2547 sayılı Kanun'un rektör atamalarına ilişkin getirmiş olduğu düzenlemeler, 3 sayılı CBK hükümlerinden bazı açılardan da farklılık göstermektedir.

Son olarak 3 sayılı CBK'da rektör yardımcıları, üniversite veya fakülte yönetim kurulu üyeleri, dekanlar, enstitü ya da yüksekokul müdürleri, üniversite ve fakülte genel sekreterleri, genel sekreter yardımcıları ve daire başkanları gibi kadrolara yer verilmediği için, bunların 3 sayılı CBK kapsamında üst kademe kamu yöneticisi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmemiz gerekir. Söz konusu kadrolara ne şekilde atama yapılacağı hususu, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda belirlenmiştir.

3. Genel Müdürler

Genel müdür kadrolarına 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde yer verilmiş ve böylece genel müdürler, Cumhurbaşkanı tarafından üst kademe kamu yöneticisi olarak kabul edilmiştir. Fakat bununla

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar," *Anayasa Yargısı* 36, no. 1 (2019): 264-265. Ahmet Yayla, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Perde-Yasa Kuramı Bakımından Değerlendirilmesi" *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı*, Marmara Üniversitesi Yayınları No. 861, (2018): 57-58. Ömer Faruk Erol, "Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi," *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı*, Marmara Üniversitesi Yayınları No. 861, (2018): 79. Ulusoy, *Yeni Türk İdare*, 296-298. Kaman, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," 88.

²¹ Aynı yönde bkz. Ülgen Adadağ, "Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi," 275.

birlikte sırf 1 sayılı cetvelde *genel müdürler* şeklinde bir belirleme yapılması, bu kapsama hangi genel müdürlerin dâhil olacağı konusundaki belirsizliği ortadan kaldırmamıştır. Çünkü 1 sayılı cetvelde genel müdürler şeklinde yapılan belirlemeden sonra, ayrıca yine aynı cetvelde Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Genel Müdürü, İller Bankası Genel Müdürü, Basın İlan Kurumu Genel Müdürü ve Türkiye Varlık Fonu Genel Müdürü de sayılmıştır. Söz konusu genel müdürlerin başında bulunduğu genel müdürlüklerin tamamının devlet tüzel kişiliğinden ayrı kamu tüzel kişilikleri bulunduğu göz önüne alınırsa, bu düzenlemenin mefhumu muhalifinden, diğer kamu tüzel kişiliğini haiz kurumların başında bulunan genel müdürlerin 1 sayılı cetvel kapsamında yer almadığı, bakanlıklar bünyesinde yer alanlar ile kamu tüzel kişiliğini haiz olmayan genel müdürlüklerin başında bulunan genel müdürlerin ise 1 sayılı cetvel kapsamında değerlendirilebileceği sonucu karşımıza çıkmaktadır. Eğer 1 sayılı cetvelde belirtilmiş olan *genel müdürler* deyiminin kapsam alanına, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Genel Müdürü, İller Bankası Genel Müdürü, Basın İlan Kurumu Genel Müdürü ve Türkiye Varlık Fonu Genel Müdürü'nün de girdiği kabul edilmiş olsaydı, bu durumda bu unvanlı genel müdürlerin bir kez daha cetvel kapsamında sayılmasına gerek kalmazdı.

Bu noktada 3 sayılı CBK'nın "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinde, bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bakanlıklar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarını kapsadığı yönünde bir hükme yer verilmiş olmasının, sorunu daha da içinden çıkılmaz hale getirdiğini belirtmek gerekir. Amaç ve kapsam maddesine göre 3 sayılı CBK; bakanlık bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarını da kapsıyorsa²², bu kuruluşlardan tüzel kişiliği haiz olanların başında bulu-

²² 3 sayılı CBK'nın kapsamını düzenleyen 1. maddesinin ikinci fıkrasının lafzı, hatalı bir dille kaleme alınmıştır. Anılan fıkra metni şu şekildedir: "Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, ekli cetvellerdeki kadro, pozisyon ve görevler, bakanlıklar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarını kapsar." Bu hükümle ifade edilmek istenen hususun ne olduğu oldukça belirsizdir. Fıkra metni lafzen düz bir mantıkla okunduğu zaman bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, ekli cetvellerdeki kadro, pozisyon ve görevleri ve ayrıca bakanlıklar, bağlı, ilgili ve

nan genel müdürlerin de bu CBK kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Oysa bir üst paragrafta da belirtildiği üzere, 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinden karşımıza çıkan sonuç ise bambaşka olmaktadır.

Konuyla bağlantılı diğer önemli bir husus, 2 sayılı cetvelde “*genel müdür yardımcıları (bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşlar dâhil)*” şeklinde bir düzenlemeye yer verildikten sonra, ayrıca İller Bankası genel müdür yardımcılarının da bu cetvel kapsamında bulunduğu belirtilmiş olmasıdır. İller Bankası, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın kamu tüzel kişiliğini haiz ilgili bir kuruluştur. 2 sayılı cetvelde, bir taraftan ilgili kuruluşların genel müdür yardımcılarının bu cetvel kapsamında bulunduğu belirtilirken -ki bu düzenlemenin kapsamına İller Bankası genel müdür yardımcıları da girmektedir- diğer taraftan İller Bankası genel müdür yardımcılarının bu cetvel kapsamında bulunduğu ayrıca belirtilmekte ve aynı cetvel içerisinde bir-biri ile çelişen iki düzenlemeye yer verilmiş olmaktadır. Bu çeliş-

ilişkili kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarını kapsadığı yönünde bir anlam ortaya çıkmaktadır. Yani bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, ekli cetvellerdeki kadro, pozisyon ve görevleri kapsıyor, ayrıca bakanlıklar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarını da kapsıyor! Bu hüküm, 3 sayılı CBK'nın kapsamına; bakanlıklar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının tüm kadro, pozisyon ve görevlerinin alınmış olduğu mu, yoksa bakanlıklar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının sadece ekli cetvellerdeki kadro, pozisyon ve görevlerinin alınmış olduğunu mu ifade etmektedir? Kanaatimizce anılan fıkra hükmünde bir mantık hatası vardır ve bu hüküm mevzuat yazım tekniğine uygun yazılmamıştır. Dikkat edilirse fıkranın yazımında, Kararnamenin kapsamında bulunan birbirinden farklı iki unsura yer verilmiştir. Bu unsurlar “*ekli cetvellerdeki kadro, pozisyon ve görevler*” ile “*bakanlıklar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları*”dır. Bu iki unsur doğrudan birbiriyle ilgili olmadığı için bir bütünün parçalarıymış gibi virgülle ayrıştırılarak tek bir cümle içerisinde bir araya getirilemez. Bu hükmün, içeriğine ilişkin değerlendirmelerimiz saklı kalmak kaydıyla lafzen örneğin, “*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, bakanlıklar ve bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının ekli cetvellerde yer alan kadro, pozisyon ve görevlerini kapsar.*” şeklinde yazılması gerekirdi. Fıkra ile anlatılmak istenen de aslında budur. Aksi yönde bir değerlendirme yapmak mantiken mümkün değildir. Fıkra metninin içerik yönünden değerlendirilmesine ilişkin açıklamalarımıza aşağıdaki bölümlerde ayrıca yer verilmiştir.

kili düzenlemeden yorum yöntemiyle sağlıklı bir çözüme ulaşmak çok zor olmakla birlikte, bu örnek bağlamında İller Bankası genel müdür yardımcılarının 2 sayılı cetvel kapsamında bulunduğu ayrıca belirtilmiş olmasını, hatalı bir düzenleme olarak kabul etmek dışında başka bir sonuca ulaşmamaktayız. İşte buradan hareketle sanki aynı hatalı düzenleme, 1 sayılı cetvelde genel müdürlere yer verilirken de kendisini göstermiş gibidir.

Bu kanaatimizi destekleyici nitelikte bazı kanun hükümleri ile 3 sayılı CBK hükümleri de bulunmaktadır. Örneğin kamu tüzel kişiliğini haiz olan kamu iktisadi teşebbüslerinin yönetim kurulu üyelerine 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetvelinde yer verilmiş olmasına rağmen genel müdürleri, *kamu iktisadi teşebbüslerinin genel müdürleri* şeklinde unvanlı olarak 1 sayılı cetvelde ayrıca belirtilmemiştir. Cumhurbaşkanınca, kamu iktisadi teşebbüslerinin yönetim kurulu üyelerine 2 sayılı cetvelde yer verilirken, genel müdürlerinin 1 sayılı cetvel kapsamında yer alan *genel müdürler* deyiminin kapsamına girmiş olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılmış olması oldukça olasıdır. Çünkü kamu iktisadi teşebbüslerinin yönetim kurulu üyelerinin atanması Cumhurbaşkanının onayına tabi kılındıktan sonra, genel müdürlerinin en azından bu kapsamda veya doğrudan Cumhurbaşkanı kararıyla ataması yapılabilecek kadrolar kapsamında - yani 1 sayılı cetvel kapsamında- değerlendirilmemiş olduğunu kabul etmek mantıken olanaklı görünmemektedir. Öte yandan kamu iktisadi teşebbüslerinin kuruluş ve görevlerini düzenleyen 233 sayılı KHK'da, teşebbüs genel müdürlerinin hangi merci tarafından atanacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Hatta yeni sisteme uyum amacıyla yürürlüğe konulan 703 sayılı KHK'yla, teşebbüs bağlı ortaklıklarının genel müdürlerinin, ilgili bakanın teklifi üzerine ortak karar ile atanacağına ilişkin hüküm de yürürlükten kaldırılmıştır. Şuan mevzuatımızda kamu iktisadi teşebbüsleri ile bağlı ortaklıklarının genel müdürlerinin hangi idari merci tarafından atanacağına ilişkin *yasal bir düzenleme* bulunmamaktadır. Bu durumda kamu iktisadi teşebbüsleri ile bağlı ortaklık genel müdürlerinin, 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde yer verilmiş olan *genel müdürler* deyiminin kapsamında değerlendirilmesi kaçınılmaz bir hal almaktadır.

Uygulamada kamu iktisadi teşebbüsleri ile bağılı ortaklıklarının genel müdürleri, Cumhurbaşkanı kararıyla atanmaktadır.²³

Bu arada şunu da belirtmek gerekir ki kamu iktisadi teşebbüslerinin genel müdürleri, aynı zamanda bu kuruluşların yönetim kurulu üyesidirler. (233 sayılı KHK'nın 6. maddesine göre, teşebbüslerin yönetim kurulu bir başkan ve beş üyeden oluşur. Genel müdür yönetim kurulunun da başkanıdır). Bu durumda aslında 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetveline göre, kamu iktisadi teşebbüslerinin yönetim kurulu üyeleri bu cetvelde sayıldığı için, aynı zamanda teşebbüslerin yönetim kurulu üyesi olan teşebbüs genel müdürlerinin de 2 sayılı cetvel kapsamında değerlendirilmesi gerekir! Ne var ki 3 sayılı CBK'nın cetvellerinde yer verilen her kadro açısından aynı esas gözetilmemiştir. Örneğin *Sosyal Güvenlik Kurumu Yönetim Kurulu üyeleri* 2 sayılı cetvelde yer alırken, *Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanının* 1 sayılı cetvel kapsamında bulunduğu ayrıca belirtilmiştir. Yani burada ise aynı zamanda bir yönetim kurulu üyesi olan Kurum Başkanının, diğer yönetim kurulu üyelerinden ayrıştırılarak 1 sayılı cetvel kapsamında bulunduğu özel olarak belirtilmesi şeklinde bir yaklaşım izlenmiştir. Kanaatimizce 3 sayılı CBK'nın 1 ve 2 sayılı cetvellerinin değerlendirilmesinde, yönetim kurulu üyeleri ile aynı zamanda bir yönetim kurulu üyesi olan genel müdürlerin birbirinden ayrıştırılması gerekir. Bu son örnekte de buna benzer bir yöntem izlenmiştir. Bu nedenle kamu iktisadi teşebbüsleri açısından da bu teşebbüslerin genel müdürlerini 1 sayılı cetvel kapsamında yer alan *genel müdürler* deyiminin kapsamı içerisinde, yönetim kurulu üyelerini ise 2 sayılı cetvel kapsamında değerlendirmek gerekir.

Aynı durum 3 sayılı CBK'nın ekli cetvellerinde yer alan diğer bazı kadrolar açısından da geçerlidir. Örneğin 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetvelinde *Türkiye İş Kurumu Yönetim Kurulu üyelerine* yer verilmiş olmasına rağmen, aynı cetvelde veya 1 sayılı cetvelde *Türkiye İş Kurumu Genel Müdürüne* ayrıca yer verilmemiştir. 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu İle İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanunda da

²³ Milli Savunma Bakanlığıyla ilgili bir kamu iktisadi teşebbüsü olan Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürünün atanması hakkında bkz. RG. 22.09.2019, S. 30896.

Türkiye İş Kurumu Genel Müdürü'nün hangi merci tarafından atanacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bunun nedeni, yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi *Türkiye İş Kurumu Genel Müdürü*'nün 1 sayılı cetvel kapsamında yer alan *Genel Müdürler* deyiminin kapsam alanında düşünülmüş olmasıdır.

Öte yandan burada varmış olduğumuz sonuca istisna teşkil edecek nitelikte kanun hükümlerinin bulunabileceğini ayrıca belirtelim. Örneğin 7183 sayılı Türkiye Turizm Tanıtım ve Geliştirme Ajansı Hakkında Kanun'da, Ajans yöneticisinin atanmasının bu Ajans tarafından yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle belirlenmesi öngörülmüştür (md. 3/6). Bu kapsamda yürürlüğe konulan yönetmelikte ise Ajans yöneticisinin genel müdür olduğu (md. 3/1, e) ve genel müdürün Ajans Yönetim Kurulu tarafından atanacağı düzenlenmiştir (md. 7/1, c).²⁴ Yine 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nda, ilişkili bir kuruluş²⁵ olarak öngörülen Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın personelinin, bu kanun ile Banka Meclisi'nce düzenlenecek statü hükümlerine tabi olduğu belirtilerek (md. 32/4), banka genel müdürlerinin atanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi Banka Meclisi'nce düzenlenecek statü hükümlerinin kapsam alanına alınmıştır.²⁶ Benzer şekilde 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da, İSKİ Genel Müdürü'nün İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı'nın teklifi üzerine Çevre ve Şehircilik Bakanı tarafından atanacağı düzenlenmiştir (md. 11/1). Diğer birçok mahalli hizmet yerinden yönetim kuruluşları açısından da kanunlarda benzer hükümler yer almaktadır. Kanunlarda yer alan bu tür hükümlerin 3 sayılı CBK karşısında üstünlüğünün kabul edilmemesi halinde, 3 sayılı CBK'nın Amaç ve Kapsam başlıklı 1. maddesinde

²⁴ Bkz. Türkiye Turizm Tanıtım ve Geliştirme Ajansının Teşkilatı ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik, RG. 26.10.2019, S. 30930.

²⁵ 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nda, Bankanın Hükümetle *ilişkisinin* Cumhurbaşkanlığı veya görevlendireceği bir bakan aracılığıyla da sağlanabileceği belirtilmiştir (md. 4/3, III, a).

²⁶ 1211 sayılı Kanun'a uygun olarak uygulamada, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası genel müdürlerinin atanması, Cumhurbaşkanlığı kararı ile gerçekleştirilmemektedir.

bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına da yer verilmiş olduğundan, genel müdürlük şeklinde teşkilatlandırılan mahalli nitelikteki yerel yönetim kuruluşlarının genel müdürleri dahi 3 sayılı CBK kapsamında değerlendirilmek zorunda kalınacaktır. Biz 3 sayılı CBK'nın bu şekilde yorumlanmasına imkân bulunmadığı kanaatindeyiz.

Özet olarak yukarıda belirtilen nedenlerle 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde yer alan genel müdürlerin, kanunlarda özel hükümler bulunmaması kaydıyla unvanlı veya unvansız olsun fark etmeksizin genel müdür kadrolarının tamamını kapsadığı düşüncesindeyiz. Yani 1 sayılı cetvelde sayılan unvanlı genel müdürler haricinde kalan kamu tüzel kişiliğini haiz diğer genel müdürlüklerin başında bulunan genel müdürlerin de bu cetvel kapsamında kabul edilmesi gerekir. Bunun tek istisnası, kanunlarda aksi yönde hükümlere yer verilmiş olmasıdır. Görüldüğü üzere aslında burada da genel müdürler özelinde bir kanun-CBK çatışma alanı söz konusudur. Yukarıda belirttiğimiz üzere bu tür çatışma alanlarından sağlıklı bir yorumla çözüme kavuşmanın tek yolu, kanuna her koşulda CBK karşısında üstünlük tanımaktan geçmektedir. Aksi halde yukarıdaki Türkiye Turizm Tanıtım Ajansı Genel Müdürü, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası genel müdürleri ya da mahalli nitelikteki hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının genel müdürlerinin atanması örneklerinde olduğu gibi, daha birçok genel müdür kadrosuna Cumhurbaşkanlığı kararıyla atama yapılması gibi bir sonuçla karşılaşırız. Uygulamanın bu yönde seyretmediğini de ayrıca belirtmek gerekir.

4. Genel Sekreter ve Genel Sekreter Yardımcıları

Genel sekreter ve genel sekreter yardımcılarında bazılarına 1 ve 2 sayılı cetvellerde yer verilmiştir. MGK Genel Sekreteri ve genel sekreter yardımcısı, Türk Akreditasyon Kurumu Genel Sekreteri ve Helal Akreditasyon Kurumu Genel Sekreteri 1 sayılı cetvelde, Türk Akreditasyon Kurumu genel sekreter yardımcısı ise 2 sayılı cetvelde sayılmıştır. Görüldüğü üzere söz konusu kurumların genel sekreterleri ile sadece MGK genel sekreter yardımcısı 1 sayılı cetvelde, genel sekreter yardımcısından ise sadece Türk Akreditasyon Kurumu genel sekreter yardımcısı 2 sayılı cetvelde yer almış-

tır. Şu halde 1 ve 2 sayılı cetvellerde sayılmayan diğer kamu kurum ve kuruluşlarının genel sekreterleri ile genel sekreter yardımcıları, 3 sayılı CBK kapsamında üst kademe kamu yöneticisi kadroları olarak kabul edilemez.

Kamu personel mevzuatımıza bakıldığı zaman diğer birçok kamu kurum ve kuruluşu bünyesinde genel sekreter ve genel sekreter yardımcısı kadrolarına yer verildiği görülmektedir. Bu çerçevede Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Genel Sekreteri, Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı Genel Sekreteri, Türk Standartları Enstitüsü Genel Sekreteri ve yardımcıları, kalkınma ajansları genel sekreterleri, üniversite genel sekreterleri ve yardımcıları, büyükşehir belediyeleri genel sekreterleri ve yardımcıları, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay gibi yüksek mahkemelerin genel sekreterleri ve yardımcıları, TBMM Genel Sekreteri ve yardımcıları, Yükseköğretim Kurulu Genel Sekreteri ve yardımcıları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreteri ve yardımcıları, il özel idareleri genel sekreterleri ve yardımcıları ile Kamu Denetçiliği Kurumu Genel Sekreteri, 3 sayılı CBK kapsamında üst kademe kamu yöneticisi değildirler.²⁷ Bu nedenle anılan kadrolara Cumhurbaşkanı kararı ya da onayıyla atama yapılması mümkün değildir. Söz konusu kadrolara hangi merciler tarafından atama yapılacağı ve atamaya ilişkin usul ve esaslar, özel kanunlar ya da diğer CBK'lar²⁸ ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bir üst paragrafta sayılan kadrolardan aslında bazıları 3 sayılı CBK kapsamına alınabilecek, dolayısıyla Cumhurbaşkanı kararı ya da onayıyla ataması yapılabilecek nitelikte kadrolardır. Örneğin kalkınma ajansları genel sekreterlerinin, 3 sayılı CBK kapsamına alınmasının önünde anayasal bir engel bulunmamaktadır. Fakat Cumhurbaşkanının iradesi, kalkınma ajansları genel sekreterlerinin

²⁷ Aslında anılan kadrolar, nitelikleri gereği üst kademe kamu yöneticisi kadrolardır. Fakat bu kadrolar, 3 sayılı CBK kapsamında üst kademe kamu yöneticisi kadroları olarak kabul edilmemiştir. Bu ayrıntıya dikkat etmek gerekir.

²⁸ Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi aslında CBK'lar ile Cumhurbaşkanına atama yetkisinin verilmediği kadrolara, diğer idari merciler tarafından yapılacak atama konusu CBK'lar ile düzenlenemez. Fakat uygulamada CBK'larda bu yönde hükümlere yer verildiği görülmektedir.

3 sayılı CBK kapsamına alınmaması yönünde olmuştur. Söz konusu kadrolardan bir kısmının ise 3 sayılı CBK kapsamına alınmasına anayasal açıdan olanak yoktur. Örneğin Anayasada, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreteri'nin, birinci sınıf hâkim ve savcılardan Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı tarafından atanması öngörülmüştür (md. 159/11). Yine doğrudan Anayasada açık bir hüküm bulunmama ile birlikte, yüksek mahkemelerin genel sekreter ve genel sekreter yardımcılıklarının 3 sayılı CBK kapsamına alınması, yargı bağımsızlığı ilkesi açısından sorunlu olurdu. TBMM Genel Sekreteri ile genel sekreter yardımcılarının 3 sayılı CBK kapsamına alınması ise, Cumhurbaşkanı sadece *yürütme yetkisine ilişkin konularda* CBK çıkarabileceği için mümkün değildir.

5. Strateji Geliştirme Başkanları

Strateji geliştirme başkanları, 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde sayılmıştır. Dolayısıyla anılan CBK'nın 2. maddesine göre, strateji geliştirme başkanı kadrolarına yapılacak atamaların doğrudan Cumhurbaşkanı kararıyla yapılması söz konusu olacaktır.

Türk idare teşkilatlanmasında *strateji geliştirme başkanlıkları*, Milli Savunma Bakanlığı hariç olmak üzere²⁹ diğer 15 bakanlık ile diğer kamu kurum ve kuruluşları içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu gibi bazı kurumlar bünyesinde kurulmuş hizmet birimleridir. Bu birimlerin yürütmekle yükümlü olduğu hizmetlerin aynılarını ya da benzerlerini yürütmekle görevli olmak üzere, diğer kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde oluşturulan hizmet birimleri ise *strateji geliştirme daire başkanlıkları*dır. Yani 15 bakanlık ile Sosyal Güvenlik Kurumu gibi bazı kurumlarda strateji geliştirme başkanlıkları, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında ise strateji geliştirme daire başkanlıkları kurulmuştur. İşte 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde, Türk idare teşkilatlanmasındaki bu ayırım gözetilmiş ve anılan cetvelde, strateji geliştirme başkanı unvanına yer verilerek, sadece 15 bakanlık ile Sosyal Güvenlik Kurumu gibi bazı kurumların strateji geliştirme

²⁹ Diğer bakanlıklardaki strateji geliştirme başkanlıklarının yürütmekte olduğu görevleri de yürütmek amacıyla Milli Savunma Bakanlığı bünyesinde, Bütçe ve Mali Hizmetler Genel Müdürlüğü kurulmuştur.

başkanlıklarına yapılacak atamaların Cumhurbaşkanı kararıyla yapılması öngörülmüştür. Diğer kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde yer alan strateji geliştirme daire başkanı kadrolarına ise 3 sayılı CBK'nın 1 ve 2 sayılı cetvellerinde yer verilmediği için, bu kadrolara yapılacak atamaların Cumhurbaşkanı kararı ya da onayıyla gerçekleştirilmesi söz konusu olamaz.

Devlet Memurları Kanunu ve 375 sayılı KHK sisteminde strateji geliştirme başkanları ile strateji geliştirme daire başkanları -daire başkanı unvanı kapsamında- birbirinden farklı hukuki statülerde düzenlenmiş ve özlük hakları açısından birbirinden farklılaştırılmıştır. Örneğin Devlet Memurları Kanunu'nun sisteminde, strateji geliştirme başkanlarının ek göstergesi 6.400 iken, strateji geliştirme daire başkanlarının ek göstergesi kural olarak 3.600'dür.

6. Teftiş, Rehberlik ya da Denetim Birimi Başkanları, Başkan Yardımcıları, Üyeleri ve Müfettişler

Kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapmakta olan teftiş, rehberlik ya da denetim birimi başkanları, başkan yardımcıları, üyeleri ve müfettişlerden bir kısmının kadrolarına, 3 sayılı CBK'nın ekli cetvellerinde yer verilmiştir. Bu çerçevede hangi kadroların 3 sayılı CBK'nın ekli cetvellerinin kapsamına girdiğinin belirlenmesi, önemli bir konu haline gelmektedir.

1 sayılı CBK'da bakanlıkların denetim birimleri teşkilatlandırılırken, esas olarak *teftiş kurulu başkanlığı* şeklinde bir teşkilatlanma modeli izlenmiştir. Bu çerçevede Adalet Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, İçişleri Başkanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı'nın denetim birimleri, teftiş kurulu başkanlığı şeklinde teşkilatlandırılmıştır. Denetim birimlerinin teşkilatlandırılmasında ikinci modeli ise *rehberlik ve teftiş başkanlığı* şeklinde kurulan birimler oluşturmaktadır. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Tarım ve Orman Bakanlığı ve Ticaret Bakanlığı'nın denetim birimleri, rehberlik ve teftiş başkanlığı şeklindedir. Bu iki model dışında Gençlik ve Spor Bakanlığı'nın denetim birimi, *Rehberlik ve*

Denetim Başkanlığı; Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın denetim birimi ise *Denetim Hizmetleri Başkanlığı* şeklindedir.³⁰ Bütün bu birimler dışında denetim birimlerinin teşkilatlandırılması bakımından Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın durumu ise kendine has bir özellik göstermektedir. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nda *Teftiş Başkanlığı*, *Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı* ve *Hazine Kontrolörleri Kurulu Başkanlığı* şeklinde üç farklı denetim birimi kurulmuştur.

3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde, "*Bakanlıkların, teftiş kurulu, teftiş, rehberlik ve teftiş, rehberlik ve denetim, denetim hizmetleri başkanları ile diğer kurul başkanları*" şeklinde bir belirleme yapılarak, bakanlıklarda yer alan ve bir üst paragrafta belirtilen denetim birimlerinin tamamının başkanlarının Cumhurbaşkanlığı kararıyla atanması öngörülmüştür.³¹ Söz konusu hükümde, bakanlıklardaki "*diğer kurul başkanları*"na da yer verilmiş olmasından dolayı Hazine ve Maliye Bakanlığı bünyesindeki Hazine Kontrolörleri Kurulu Başkanı da 1 sayılı cetvel kapsamına alınmış olmaktadır.³²

³⁰ Bakanlıklarda denetim birimlerinin teşkilatlandırılmasında birimler arasında teftiş kurulu başkanlığı, rehberlik ve teftiş başkanlığı, rehberlik ve denetim başkanlığı ya da denetim hizmetleri başkanlığı şeklinde oluşturulan farklılığın hukuki açıdan bir anlam taşıyıp taşımadığı gerçekten sorgulanmaya değerdir.

³¹ Burada sadece Vergi Denetim Kurulu Başkanı açısından ayrıksı bir durum söz konusudur. Vergi Denetim Kurulu Başkanı, 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde ayrıca sayılmıştır.

³² 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde bakanlıkların teftiş kurulu, teftiş, rehberlik ve teftiş, rehberlik ve denetim ve denetim hizmetleri başkanları sayıldıktan sonra ayrıca, "*diğer kurul başkanları*"na da yer verilmiş olması, büyük ihtimalle Hazine Kontrolörleri Kurulu Başkanı'nı da 1 sayılı cetvel kapsamına alma düşüncesinden kaynaklanmıştır. Fakat bu hükümdeki diğer kurul başkanlarından kastedilenin, bakanlıklarda yer alan her türlü kurul başkanı mı, yoksa sadece denetim birimlerinin başında bulunan kurul başkanları mı olduğu belirsizlik oluşturmaktadır. Mezkûr hükmün lafzı, bakanlıklardaki her türlü kurul başkanını kapsayıcı niteliktedir. Fakat anılan hüküm içerisinde diğer kurul başkanları ibaresine yer verilirken, bu ibarenin bakanlıkların teftiş kurulu, teftiş, rehberlik ve teftiş, rehberlik ve denetim ve denetim hizmetleri başkanları ile birlikte sayılması, sanki bu hükmle bakanlıklardaki her türlü kurul başkanının değil de, sadece kurul şeklindeki diğer denetim birimlerinin başında bulunan başkanların kastedilmiş olduğu izlenimini vermektedir.

Bakanlıkların denetim birimlerinin görevlileri açısından 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde ayrıca İç Denetim Koordinasyon Kurulu üyeleri ve Vergi Denetim Kurulu Başkanına; 2 sayılı cetvelinde ise Dışişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu üyeleri, bakanlık müfettişleri (adalet, mülkiye, vergi ve iş müfettişleri dâhil)³³, hazine kontrolörleri, Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu başkan yardımcıları ve Vergi Denetim Kurulu başkan yardımcılarında yer verilmiştir. 2 sayılı cetvelde "bakanlıklardaki kurul üyeleri"³⁴ ibaresine yer verildiğinden, bakanlıklarda kurul şeklinde teşkilatlandırılmış denetim birimlerinin üyeleri de 2 sayılı cetvel kapsamına alınmış olmaktadır.

Bakanlıkların denetim birimlerinin görevlileri açısından 3 sayılı CBK'nın 1 ve 2 sayılı cetvellerinde yer verilen bu hükümler, üç açıdan ciddi sorun oluşturmaktadır. Bu sorunlardan ilki, söz konusu hüküm-

³³ Bakanlıkların dışında kalan diğer kamu kurum ve kuruluşlarının müfettişleri, 3 sayılı CBK kapsamında değildir. Bu nedenle söz konusu kurum ve kuruluşlarda görevli müfettişlerin ataması, bunları atamaya yetkili amirlerce gerçekleştirilebilir. Örneğin 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'na göre, Kurul başmüfettişleri ile müfettişlerini Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu atar (md. 7/2, h).

³⁴ 3 sayılı CBK'nın ekli cetvellerinde bazı kamu kurumlarının görevlileri açısından "kurum üyeleri" şeklinde nitelendirmeler yapılmıştır. Örneğin 1 sayılı cetvelde, "düzenleyici ve denetleyici kurumlar başkan ve üyeleri" ve "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkan ve üyeleri" deyimleri kullanılmıştır. Bu tür kullanımlar, hukuki açıdan hatalıdır. Çünkü idari teşkilatlanma teorisi açısından, *kurum üyeliği* şeklinde bir yapının oluşturulması mümkün değildir. Üyelik, mutlaka bir kurula ilişkin olmak zorundadır. Yönetim kurulu, yürütme kurulu, icra kurulu ve denetleme kurulu üyeliği gibi. Nitekim bu esastan hareketle düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun teşkilat kanunlarında, üyeliğin, bu kurumların bünyelerinde yer alan kurullara ilişkin olduğu açıkça belirtilmiştir. Örneğin 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda, "*Kurul; biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere Cumhurbaşkanlığı tarafından atanan on bir üyeden oluşur.*" şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Yani bu hükme göre üyelik, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na değil, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'na ilişkin bir husustur. (Bu noktada Sermaye Piyasası Kurulu'na ilişkin istisnai durumu ayrıca belirtmek gerekir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda bu kurumun ismi "Sermaye Piyasası Kurulu" olarak belirlenmiştir. Fakat Kanununun 118. maddesinde, bir "Kurul Karar Organı"na yer verilmiş ve üyelik bu organın bir unsuru olarak düzenlenmiştir).

lerin mükerrerlikler oluşturmasıdır. 2 sayılı cetvelde yer verilen “Bakanlıklardaki kurul üyeleri” ibaresinden sonra anılan cetvelde ayrıca “Dışişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu üyeleri”, “Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu başkan yardımcıları”, “Vergi Denetim Kurulu başkan yardımcıları” ve “Bakanlık müfettişleri (Adalet, Mülkiye, Vergi ve İş Müfettişleri Dâhil)”ne de yer verilmiş olması, mükerrer bir düzenleme olmuştur. 2 sayılı cetvelde bakanlıklardaki kurul üyelerine yer verdikten sonra ayrıca mezkûr unvanların aynı cetvelde sayılmasına gerek yoktu. Çünkü Dışişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu üyeleri, Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu başkan yardımcıları, Vergi Denetim Kurulu başkan yardımcıları ve Bakanlık müfettişlerinden kurul şeklinde teşkilatlandırılmış olan birimlerde görev yapmakta olanlar da aslında bakanlıklarda yer alan kurulların üyeleridir. Örneğin Kültür ve Turizm Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğine göre Kurul, bir Başkan ile başmüfettiş, müfettiş ve müfettiş yardımcılardan oluşur (md. 4/1).³⁵ Yani bu Yönetmeliğe göre Kültür ve Turizm Bakanlığı Teftiş Kurulu üyeleri; Kurul Başkanı ile başmüfettiş, müfettiş ve müfettiş yardımcılardır. Teftiş kurulu başkan yardımcısının bulunduğu bakanlıklarda da teftiş kurulu yönetmeliklerinde benzer hükümlere yer verilmektedir. Bu açıdan aslında bakanlıklardaki kurulların üyeleri olan Dışişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu üyeleri, Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu başkan yardımcıları, Vergi Denetim Kurulu başkan yardımcıları ve Bakanlık müfettişlerinden kurul şeklinde teşkilatlandırılmış olan birimlerde görev yapmakta olanların 2 sayılı cetvel kapsamında bir kez daha sayılması, gereksiz bir mükerrerlik oluşturmuştur.

İkinci sorun üst kademe kamu yöneticiliği niteliğini taşıyamamasına rağmen bir kısım kurul üyesi ile müfettiş kadrolarının, 3 sayılı CBK kapsamına alınmasıdır. Bu konu ayrıntılı bir şekilde aşağıda incelenmiştir.

Üçüncü sorun ise 2 sayılı cetvelde yer verilen “bakanlıklardaki kurul üyeleri” ibaresinin, bakanlıklarda kurul şeklinde teşkilatlandırılmış denetim birimlerinde görev yapmakta olan başmüfettişler ile müfettiş yardımcılarını da kapsıyor olmasıdır. Bakanlıkların teftiş kurulu yönetmeliklerinde teftiş kurullarının; kurul başkanları, baş-

³⁵ RG. 17.04.2019, S. 30748.

kan yardımcıları, başmüfettişler ve müfettiş yardımcılarından oluştuğuna ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu durumda “bakanlıklardaki kurul üyeleri” ibaresinden, bakanlık teftiş kurullarında görevli başmüfettişler ile müfettiş yardımcılarının da 2 sayılı cetvel kapsamına alındığı şeklinde bir sonuç karşımıza çıkmaktadır! Uygulamada kural olarak bakanlık teftiş kurullarında görevli başmüfettişler ile müfettiş yardımcılarının atamaları, 2 sayılı cetvel kapsamında değerlendirilmemekte ve Cumhurbaşkanının onayına tabi tutulmaktadır. Fakat 2 sayılı cetvelde yer alan “bakanlıklardaki kurul üyeleri” ibaresi lafzi açıdan, bakanlık teftiş kurullarında görevli başmüfettişler ile müfettiş yardımcılarının da 2 sayılı cetvel kapsamında değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bakanlıklar dışında kalan diğer kamu kurum ve kuruluşlarının denetim birimlerinde görevli olanların 3 sayılı CBK'nın ekli cetvelinde yer alması, bakanlıklarda görevli denetim elamanlarına göre daha sınırlı sayıda olmuş ve tahdidi olarak belirlenmiştir. Buna göre 1 sayılı cetvelde, Diyanet İşleri Başkanlığı Rehberlik ve Teftiş Başkanı, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Rehberlik ve Teftiş Başkanı, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar gereği kurulan üniversitelerin denetim kurulu başkan ve üyelerine³⁶; 2 sayılı cetvelde ise Vakıflar Genel Müdürlüğü Rehberlik ve Teftiş Başkanına yer verilmiştir. Şu halde bakanlıklar dışında kalan diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, her ne şekilde ya da isimle teşkilatlandırılmış olursa olsun denetim birimlerinde görev yapmakta olan ve burada sayılan denetim birimi başkan ya da üyeleri arasında yer almayan görevlileri, 3 sayılı CBK kapsamında değerlendirilemez ve Cumhurbaşkanının atama yetkisi bakımından üst kademe kamu yöneticisi sayılamaz. Örneğin Hâkimler ve Savcılar Kurulu Teftiş Kurulu Başkanı ve başkan yardımcıları, 3 sayılı CBK kapsamında olmadığından bu kadrolara atama, Cumhurbaşkanının kararı ya da onayıyla gerçekleştirilemez. Nitekim 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'nda, Teftiş Kurulu Başkanı ve başkan yardımcılarının Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu'nca atanacağı düzenlenmiştir (md. 7/2, h).

³⁶ Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar gereği kurulan üniversitelerin denetim kurulu üyelikleri – başkanlıkları değil- kamu yöneticiliği niteliği taşımamaktadır.

Son olarak bu başlık altında, Devlet Denetleme Kurulu Başkan ve üyelerinin durumuna bakmak faydalı olacaktır. “Devlet Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri”ne, 3 sayılı CBK’nın 1 sayılı cetvelinde, diğer denetim görevlilerinden ayrı olarak yer verilmiştir. Fakat bu düzenlemede de bir mükerrerlik vardır. 3 sayılı CBK’nın 1 sayılı cetvelinde “Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kurul başkanları” şeklinde bir ibareye yer verildikten sonra, Devlet Denetleme Kurulu Başkanı açısından aynı cetvelde ayrıca bir belirleme yapmaya gerek yoktu. İkinci bir konu olarak Devlet Denetleme Kurulu üyeliklerinin -başkanın değil-, niteliği gereği üst kademe kamu yöneticilikleri olarak değerlendirilemeyeceğine dikkat çekmek gerekir. Bu nedenle Anayasanın 104/9. hükmünde yer alan, Cumhurbaşkanının üst kademe kamu yöneticilerini atayıp görevlerine son verebileceğine ilişkin hükmün verdiği yetkiden hareketle, Cumhurbaşkanının Devlet Denetleme Kurulu *üyelerini* ataması mümkün değildir. Fakat Anayasanın bir başka hükmünde, bu konuya ilişkin Cumhurbaşkanına açık bir yetki verilmiştir. Anayasaya göre, Devlet Denetleme Kurulu’nun Başkan ve üyeleri, Cumhurbaşkanınca atanır (md. 108/3). Anayasanın bu hükmünde yer alan yetkiden hareketle Cumhurbaşkanı, Devlet Denetleme Kurulu üyelerini atama yetkisine sahip olmaktadır.

7. Daire Başkanları

3 sayılı CBK’da, kamuda görev yapmakta olan daire başkanlarından sadece bir kısmına yer verilmiştir. Anılan CBK’nın 2 sayılı cetvelinde, bakanlık daire başkanları, gelir idaresi daire başkanları, vergi dairesi başkanları ve Türkiye İstatistik Kurumu daire başkanları sayılmış, 1 sayılı cetvelde ise hiçbir daire başkanı unvanına yer verilmemiştir. Şu halde kamuda görev yapmakta olan daire başkanlarından sadece 3 sayılı CBK’nın 2 sayılı cetvelinde sayılanlar üst kademe kamu yöneticisidirler ve bunların atanmaları Cumhurbaşkanının onayına tabidir.

2 sayılı cetvelde sayılan *bakanlık daire başkanlarına* ilişkin değerlendirmelerimizi bir alt paragrafa bırakarak, anılan cetvelde bakanlıklar dışında sadece gelir idaresi, vergi daireleri ve Türkiye İstatis-

tik Kurumu daire başkanlarına yer verildiği için, bunlar haricinde bakanlıklar dışındaki diğer kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde bulunan daire başkanlarının hiçbirinin 2 sayılı cetvel kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmemiz gerekir. Dolayısıyla kanun ya da diğer CBK'lardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurum ve kuruluşların daire başkanlıklarına yapılacak atamalar Cumhurbaşkanının onayına tabi değildir. Örneğin düzenleyici ve denetleyici kurumların daire başkanları 2 sayılı cetvelde sayılmadığı için, bu kurumların daire başkanı kadrolarına yapılacak atamalar, Cumhurbaşkanının onayına tabi kılınmaz. Düzenleyici ve denetleyici kurumların daire başkanlarının, özlük hakları bakımından bakanlık müstakil daire başkanlarına denk kılınması da bu sonucu değiştirmez. Bir kadronun bir başka kadroya özlük hakları bakımından denk kılınması farklı bir konu, 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetvelinde yer almak ise ayrı bir konudur. Düzenleyici ve denetleyici kurumların daire başkanları, 2 sayılı cetvelde yer almamıştır ve bu nedenle bu kadrolara yapılacak atamalar açısından 3 sayılı CBK hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Bakanlık daire başkanları açısından ise bu deyimın kapsam alanını belirlemeye yönelik bir çabaya girilmesi zorunluluk arz etmektedir. Çünkü bakanlık daire başkanları deyimının ifade ettiği anlam belirgin değildir. Bilindiği üzere bakanlıklarda iki tür daire başkanlığı bulunmaktadır. Bunlar, *müstakil daire başkanlıkları* ile *diğer daire başkanlıkları*dır. Müstakil daire başkanlıkları, diğer hizmet birimlerinden ayrı olarak teşkilatlandırılmışken, diğer daire başkanlıkları ise hizmet birimlerinin bünyesinde yer alan daha alt düzeyde hiyerarşik kademeler olarak öngörülmüştür. Yine müstakil daire başkanlarının maaşları, diğer daire başkanlarına göre daha yüksek belirlenmiş bulunmaktadır. Örneğin 375 sayılı KHK'nın (II) sayılı cetvelinde, müstakil daire başkanının (Başbakanlık, bakanlık ve müsteşarlıklarda teşkilat kanunlarında hizmet birimi olarak tanımlanmış birimlerde) ücret ve tazminat göstergeleri, diğer daire başkanlarına göre daha yüksek belirlenmiştir. Benzer yöndeki hükümler 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda da bulunmaktadır. Yani 375 sayılı KHK ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, daire başkanları arasında müstakil daire başkanları ile diğer daire başkanları arasın-

da bir ayırım yapılmış ve getirilen birçok hüküm, bu ayırım üzerine oturtulmuştur. Bu durumda 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetvelinde sayılan bakanlık daire başkanları, 375 sayılı KHK ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmiş olan daire başkanlarından hangilerini ifade etmektedir?

Kanaatimizce 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetvelinde sayılmış bulunan *bakanlık daire başkanı* deyimini, lafzi olarak bakanlıklarda yer alan daire başkanı kadrolarının tamamını ifade eden bir deyimdir. Dikkat edilirse 2 sayılı cetvelde, *müstakil daire başkanı* deyimine ya da 375 sayılı KHK'nın (II) sayılı cetvelinde belirtilmiş olduğu gibi "*(Başbakanlık, bakanlık ve müsteşarlıklarda teşkilat kanunlarında hizmet birimi olarak tanımlanmış birimlerde)*"ki daire başkanını ifade edecek bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu durumda bakanlık daire başkanının, müstakil daire başkanını ifade ettiğini ileri sürmek hukuken olanaklı görünmemektedir. Bakanlık daire başkanı deyimini, bakanlıklardaki müstakil daire başkanlarını kapsadığı gibi diğer daire başkanlarını da kapsamaktadır.

Böyle bir sonuca ulaşmamız, 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetveli kapsamında, bakanlıklarda bulunan hem müstakil hem de diğer daire başkanı kadrolarına yapılacak atamaların Cumhurbaşkanının onayına tabi kılınması zorunluluğunu beraberinde getirir. Uygulamada bakanlık müstakil daire başkanları Cumhurbaşkanının onayıyla atanırken, diğer daire başkanlarının atanmasında Cumhurbaşkanının onayı alınmamaktadır. Bir üst paragrafta ulaştığımız sonuçtan hareketle, bakanlıklardaki müstakil daire başkanı haricinde kalan diğer daire başkanlarının atanmasında Cumhurbaşkanının onayının alınmamasının, 3 sayılı CBK hükümlerine uygun olmadığını söyleyebiliriz.

Bu noktada 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetvelinde yer verilen *bakanlık daire başkanları* deyiminin kapsam alanının belirlenmesinin, sadece bu kadrolara yapılacak atamalar konusunda yetkili makamı belirlemek açısından önem taşımadığını belirtmemiz gerekir. Şöyle ki aynı deyim, 375 sayılı KHK'nın ek 34. maddesinde de kullanılmıştır. Bu maddeye göre, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı daire başkanlarına; bakanlık daire başkanlarına mülga

mevzuat hükümlerinde kadrolarına bağlı olarak öngörülmüş mali ve sosyal hak ve yardımlar kapsamındaki ödemeler aynı usul ve esaslar çerçevesinde yapılır. Şu halde bu madde kapsamında Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı daire başkanlarının mali ve sosyal haklarının belirlenmesinde ölçüt alınacak bakanlık daire başkanları, bakanlıklardaki hangi daire başkanlarıdır: Müstakil daire başkanları mıdır, yoksa diğer daire başkanları mıdır? Bu sorunun çözümünde varılacak sonucu, bizim burada atama yetkisi bakımından açıklamaya çalıştığımız sorundan bağımsız düşünmek mümkün değildir.

Son olarak 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetvelinde yer alan *bakanlık daire başkanları* unvanının kapsam alanının belirlenmesinin ötesinde, konu ile bağlantılı olması hasebiyle Devlet Memurları Kanunu'nun 68. maddesinde yer alan bir başka hükme işaret etmekte fayda var. Anılan maddede, Cumhurbaşkanı onayıyla yapılan atamalarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde öngörülen hizmet süresi şartlarının aranacağı, üst kademe kamu yöneticisi sayılmayan daire başkanı ve bu kadrolara denk³⁷ yönetici kadrolarına yapılacak atamalarda bu bentte öngörülen hizmet süresinin yükseköğrenim gördükten sonra beş yıl olarak uygulanacağı, ancak bu beş yıllık sürenin hesabında Devlet memurlarının kazanılmış hak aylık derece ve kademesinde değerlendirilen hizmet sürelerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Bu hüküm, üst kademe kamu yöneticisi sayılmayan daire başkanı ve bu kadrolara denk yönetici kadrolarına yapılacak atama-

³⁷ Devlet Memurları Kanunu'nun bu hükmünde yer alan *denk kadroların* hangileri olduğu belirgin değildir. Düzenleyici idari işlemlerle bu konuda açıklayıcı hükümlerin getirilmesi mümkündür. Fakat Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan denklige ilişkin bu hükmün, üst kademe kamu yöneticisi sayılmamasına rağmen daire başkanı kadrolarının üst düzeyinde yer alan kadroları kapsayacağı da belirtilmelidir. Örneğin üniversitelerde genel sekreter yardımcılarını üst kademe kamu yöneticisi olarak sayılmamış olmakla birlikte, bu kadrolar daire başkanı kadrolarına denk kadrolar değil, bu kadroların üst düzeyinde bulunan kadrolardır. Şu halde üniversitelerin genel sekreter yardımcısı kadrolarına atama yapılırken Devlet Memurları Kanunu'nun atamalarda hizmet süresi şartlarını belirleyen 68. maddesindeki genel hükmün; üniversitelerin daire başkanı kadrolarına atama yapılırken ise hizmet süresi şartının, yükseköğrenim gördükten sonra beş yıl olarak uygulanması söz konusu olacaktır.

lara ilişkin hizmet süresini belirlemek amacıyla özel olarak yürürlüğe konulmuştur. Yani üst kademe kamu yöneticisi sayılan daire başkanları ile üst kademe kamu yöneticisi sayılmayan daire başkanı ve bu kadrolara denk yönetici kadrolarına yapılacak atamalarda hizmet süresi şartı açısından bir denkleştirme söz konusudur. Bu örnekte, 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetvelinde sayılmayan ve dolayısıyla üst kademe kamu yöneticisi olmayan daire başkanları, atanma ve görevden alınmaları açısından Cumhurbaşkanının onayına tabi kılınmalarına rağmen, hizmet süresi şartı açısından üst kademe kamu yöneticisi olan daire başkanları gibi bir değerlendirmeye tabi tutulmuşlardır.

8. Valiler, Vali Yardımcıları ve Kaymakamlar

Valiler 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı cetvelinde, vali yardımcılığı ile kaymakamlar ise 2 sayılı cetvelinde sayılmıştır. Bu durumda vali atamaları doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararıyla, vali yardımcılığı ile kaymakam atamaları ise Cumhurbaşkanlığı onayıyla gerçekleştirilebilir.

Bu başlık altında, kaymakam atamaları bakımından önem arz eden bir hususa işaret etmek gerekir. Kaymakamların 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı cetvelinde sayılması, bu kadrolara yapılacak atamalarda anılan CBK hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. 3 sayılı CBK'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasında, Kararnameye ekli 2 sayılı cetvelde yer alan kadrolara atanacaklarda aranacak şartlar olarak ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde sayılan genel şartları taşımak, en az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olmak ve kamuda en az 5 yıllık hizmeti bulunmak şartlarına yer verilmiş; aynı maddenin altıncı fıkrasında, mesleğe özel yarışma sınavı ile girilen kadrolarda bu son şartın aranmayacağı belirtilmiştir. Kaymakamlık mesleğine atanmak özel yarışma sınavına tabi olduğundan, 3 sayılı CBK'ya göre kaymakam olarak atanabilmek için kişilerin, sadece Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde sayılan genel şartları taşımaları ve en az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olmaları gerekmektedir. Öte yandan 3 sayılı CBK'nın anılan hükümlerine rağmen, kaymakam atamalarında mezuniyet şartına ilişkin 1 sayılı CBK'nın 274/A maddesinde ayrı, özel bir hükme daha

yer verilmiştir.³⁸ 1 sayılı CBK'da yer alan bu hüküm, 3 sayılı CBK'da yer alan hükme göre özel hüküm niteliği taşıdığından, kaymakam atamalarında mezuniyet şartı açısından 1 sayılı CBK'nın 274/A maddesinde yer alan hükmün öncelikle uygulanması gerekecektir.

Diğer taraftan kaymakam olarak atanma şartlarına ilişkin bazı hükümlere, 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nda da yer verilmiştir (md. 2/A). Anılan Kanuna göre kaymakam olarak atanabilmek için, kaymakam adaylığı yazılı sınavı ve mülakatında başarılı olmak gerekir. Dahiliye Memurları Kanunu'nda yer alan bu hükmün, 3 sayılı CBK hükümleri ile çatışıp çatışmadığının belirlenmesi bu noktada önem taşımaktadır.

Bir görüş olarak kaymakam adaylığına atanma şartları bakımından 3 sayılı CBK ile Dahiliye Memurları Kanunu arasında çatışma bulunduğu ileri sürülebilir. Bu görüşün savunulması halinde, 3 sayılı CBK'da kaymakam adaylığına atanma şartları arasında yazılı sınav ve mülakat şartına yer verilmediği, Dahiliye Memurları Kanunu'nda ise sadece yazılı sınav ve mülakat şartına yer verildiği, bu durumda her iki mevzuat arasında bir çatışma bulunduğu belirtilebilir. Yani kanunda öngörülmeleyen bir şartın CBK'da yer alması veya CBK'da öngörülmeleyen bir şartın kanunda yer almasının, kanun ile CBK arasında çatışma ortaya çıkardığı görüşü ileri sürülebilir. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, kanun ile CBK arasında ortaya çıkan çatışmanın çözümünde, ya kanunun üstünlüğü ilkesinden hareketle kanunun uygulanmasına öncelik tanımak ya da üst kademe

³⁸ 1 sayılı CBK'da kaymakam adayı olarak atanabilmek için mezun olunması gereken bölümlere ilişkin özel hüküm şu şekildedir:

"Kaymakam adaylarının 9/6/1930 tarihli ve 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanununda belirtilen şartlar yanında, yurt içindeki üniversitelerin veya diploma denkliği Yükseköğretim Kurulu tarafından onaylanmış olmak kaydıyla yabancı üniversitelerin en az dört yıllık lisans eğitimi veren fakültelerinin uluslararası ilişkiler, siyaset bilimi, kamu yönetimi, iktisat, işletme, maliye ve finans, sosyoloji, halkla ilişkiler ve tanıtım, psikoloji bölümlerinden veya bu bölümlerden herhangi birinin müfredatında yer alan derslerin en az yüzde seksenine sahip olan diğer bölümlerden ya da hukuk fakültelerinden mezun olmaları veya üniversitelerin sosyal bilimler, mühendislik fakülteleri ile tarih bölümlerinde en az dört yıllık lisans eğitimi yapmış ve uluslararası ilişkiler, siyaset bilimi, kamu yönetimi, hukuk ve iktisat alanlarında lisansüstü eğitim yapmış olmaları gerekir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından yönetmelikle düzenlenir." (md. 274/A).

kamu yöneticilerinin atanması konusunda Anayasa ile Cumhurbaşkanına verilen yetkinin münhasır (mahfuz) bir düzenleme yetkisi oluşturduğu görüşünden hareketle CBK'ya üstünlük tanımak gerekecektir. Bu durumda söz konusu iki farklı görüşten hangisi benimsenirse benimsensin nihayetinde, ya 3 sayılı CBK ya da 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nun konuya ilişkin mezkûr hükümlerinin uygulanamaması gibi bir durum söz konusu olacaktır.

Bizim görüşümüz bu yönde değildir. Yani kaymakam adaylığına atanma şartları bakımından Dahiliye Memurları Kanunu ile 3 sayılı CBK hükümlerinin çatışmadığı, her iki mevzuatın birbirinden ayrı şartlar benimsediği ve kaymakam adaylığına atanma şartları bakımından bu hükümlerin birlikte uygulanabileceği kanaatini taşımaktayız. Kaymakam adaylığına atanmak için bazı şartların Dahiliye Memurları Kanunu'nda öngörülmesi, bu Kanunda öngörülen şartlarla çatışmayan yeni şartların CBK hükümleri ile getirilmesine engel değildir. Aynı durum bunun tersi açısından da geçerlidir.³⁹ Kaymakam adaylığına atanmak için Dahiliye Memurları Kanunu'nda sınav şartına yer verilmiş, 1 ve 3 sayılı CBK'da ise kaymakam adaylığına atanmada sınav şartının aranmayacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Benzer şekilde 1 ve 3 sayılı CBK'da kaymakam adaylığına atanabilmek için gerekli olan mezuniyet şartı gibi bazı şartlara yer verilmiş, Dahiliye Memurları Kanunu'nda ise bu şartlarla çatışan hükümlere yer verilmemiştir. Şu halde kaymakam adaylığına atanma şartları bakımından bir kanun-CBK çatışma alanının bulunduğundan bahsedilemez.

Fakat görüldüğü üzere kaymakamlar özelinde burada, üst kademe kamu yöneticisi atama usul ve esaslarının CBK ve kanunlar ile birlikte düzenlenmesi hadisesi söz konusu olmaktadır. Bir diğer

³⁹ Nitekim 1 sayılı CBK'nun 274/A maddesinde kaymakam adayı olarak atanabilmek için mezun olunması gereken bölümler belirlenirken "*Kaymakam adaylarınınin 9/6/1930 tarihli ve 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanununda belirtilen şartlar yanında,...*" bu CBK ile belirlenen mezuniyet şartlarını taşımaları öngörülmüştür. Yani 1 sayılı CBK'nun 274/A maddesinde, kaymakam adayı olarak atanabilme şartları açısından, 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nda öngörülen şartların uygulanacağı da kabul edilmiştir.

deyişle kaymakamlar özelinde üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları, Dahiliye Memurları Kanunu ile 1 ve 3 sayılı CBK'nın ortak düzenleme alanlarını teşkil etmiştir. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarının düzenlenmesi konusunda Cumhurbaşkanına münhasır düzenleme yetkisi verildiğini savunan görüşlerin, bu noktada kaymakam atamaları açısından Dahiliye Memurları Kanunu'nda yer alan mezkur hükmün nasıl bir uygulama alanı bulacağını da izah etmeleri gerekecektir?

9. Diğer Üst Kademe Kamu Yöneticileri

3 sayılı CBK'nın ekli cetvellerinde, yukarıdaki başlıklarda yer alan kadrolar haricinde başka kadrolara da yer verilmiştir. Bunları, ana başlıklar halinde bakan yardımcılarını, kurul üyeleri (çeşitli kurumların yönetim, koordinasyon, mütevelli heyeti, yürütme vb. kurulları), büyükelçiler, daimi temsilciler/delegeler, bakanlık bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının 1. hukuk müşavirleri, genel müdür yardımcılarını, daimi temsilci yardımcılarını, Cumhurbaşkanlığı ile bakanlık ve bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının yurt dışı sürekli görevlerine atanacaklar, spor müşavirleri, bölge müdürleri (bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar dâhil), bakanlık il müdürleri, defterdarlar, il emniyet müdürleri ve il müftüleri şeklinde sınıflandırabiliriz.

Ç. Kamu Yöneticisi Konumunda Olmayan Personelin Atanma Usul ve Esaslarının 3 Sayılı CBK ile Düzenlenmesi

Anayasanın 104/9. fıkrasında, Cumhurbaşkanının üst kademe kamu yöneticilerini atayacağı, görevlerine son vereceği ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleyeceğine ilişkin bir hükme yer verilmiş olduğundan, Cumhurbaşkanının atama ve görevden alma usul ve esaslarını düzenleyebileceği kamu görevlilerinin üst kademe *kamu yöneticileri* olması gerekir. Bir diğer deyişle söz konusu Anayasa hükmü kapsamında Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek husus, *kamu yöneticilerinin* –tabi üst kademe olmak kaydıyla- atama ve görevden alma usul ve esaslarıdır. Şu halde bu Anayasa hükmü çerçevesinde *yönetici* niteliği taşımayan kadrolara atama usul ve

esalarının, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenememesi gerekir.⁴⁰

Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde *yönetici* terimi “*Yönetme gücünü elinde bulunduran kişi*” olarak tanımlanmaktadır.⁴¹ Yönetmek ise bir ülkenin, topluluğunun, kurumun veya birimin işleyişini sağlamak, idare etmek anlamına gelir.⁴² Yönetmenin söz konusu olabilmesi için mutlaka en az bir kişinin, yönetici olan kişinin idaresinde olması gerekir. Bir kişinin, bir başka kişinin idaresinde bulunmadığı durumlarda yönetim ilişkisinin ortaya çıkması olanaksızdır.⁴³ Aynı durum, kamu kurumlarının yönetimi açısından da geçerlidir. Bir yönetim ilişkisinin ortaya çıkabilmesi için, bir kamu görevlisinin idaresine verilmiş kamu görevlilerinin bulunması şarttır. Böyle bir durumun söz konusu olmaması halinde, bir yönetici de ortaya çıkmayacaktır.

Bu esastan hareket edildiğinde, 3 sayılı CBK'nın 1 ve 2 sayılı cetvellerinde yer verilen bazı kadroların yöneticilik niteliği taşımadıkları görülmektedir. Örneğin anılan cetvellerde yer alan Sayıştay savcıları, bakanlık müfettişleri (adalet, mülkiye, vergi ve iş müfettişleri dâhil), hazine kontrolörleri, Cumhurbaşkanlığı ile bakanlık ve bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşlarının yönetici niteliği taşımayan yurtdışı sürekli görevlerine atanacaklar, spor müşavirleri, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar gereği kurulan üniversitelerin denetim kurulu üyeleri, Mushafları İnceleme ve Kıraat Kurulu üyeleri, Adli Tıp Kurumu ihtisas kuralları üyeleri, bakanlıklardaki denetim ya da danışma kurullarının üyeleri yönetici kadroları olarak nitelendirilemez.⁴⁴ Bu görevler, yöneticilik görevleri değildir. Örneğin adından da anlaşıldığı üzere spor müşaviri yönetici değil müşavir-

⁴⁰ Söyler, *Yeni Başkanlık*, 125. Karşılı, “Üst Kademe,” 203.

⁴¹ Bkz. erişim tarihi: Kasım 21, 2019, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁴² Bu minvalde bkz. Gökçe ve Şahin, “Yönetimde Rol,” 136.

⁴³ Benzer yönde bkz. Karşılı, “Üst Kademe,” 203.

⁴⁴ Bazı yazarlar, Sosyal Güvenlik Kurumu Yönetim Kurulu ve Helal Akreditasyon Kurumu Yönetim Kurulu üyelikleri gibi kadroların üst kademe kamu yöneticisi kadroları olamayacağı görüşündedirler. Bkz. Öztürk, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde,” 1283-1284. Bu tür görüşlerin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü yönetim kurulu üyeleri, danışma kurulu üyelerinden farklı olarak yönetim faaliyetini yerine getiren üst kademe kamu yöneticileridir.

dir;⁴⁵ müfettiş, yönetici değil denetim elemanıdır. Spor müşavirleri de müfettişler de bir kurum, birim veya kişiyi idare etmemektedirler. Aynı durum bu paragrafta belirtmiş olduğumuz diğer görevliler açısından da geçerlidir.

Şu halde yönetici olarak nitelendirilemeyecek kamu görevlilerinin atama usul ve esasları, Anayasanın 104/9. fıkrasına göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Tam aksine bu konuya ilişkin bir hükme, Anayasanın bir başka maddesinde yer verilmiştir. Anayasanın 128/2. fıkrasına göre, memurların ve diğer kamu görevlilerinin atanmaları kanunla düzenlenir. Bu iki hüküm bir arada değerlendirildiği zaman, *kamu yöneticiliği* niteliği taşımayan kadrolara atama usul ve esaslarının kanunla düzenlenmesi gibi bir zorunluluk karşımıza çıkmaktadır.

D. Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında Görevli Üst Kademe Kamu Yöneticileri

3 sayılı CBK'nın 1 ve 2 sayılı cetvellerinde üst kademe kamu yöneticisi kadrolarına yer verilmesinin yanı sıra, aynı CBK'nın ikinci ve üçüncü bölümlerinde Türk Silahlı Kuvvetleri ile İçişleri Bakanlığı Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personelinin terfi zamanı, subaylığa nasıp, terfi ve atama hususlarına ilişkin hükümlere yer verilmiş ve bu hükümlerde, hangi düzey kadrolara *Cumhurbaşkanı kararı* ya da *onayıyla* atama yapılacağı da belirtilmiştir. Buna göre Türk Silahlı Kuvvetleri'nde albaylıktan tuğgeneral/tuğamiral rütbelerine terfiler ile general ve amirallikte bir üst rütbeye terfiler ve atamalar, Cumhurbaşkanı tarafından yapılır (md. 9). İçişleri Bakanlığı Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik

⁴⁵ Danışmanlar hakkında aynı yönde bkz. Öztürk, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde," 1281. Öte yandan bazı yazarlar, üst düzeyde danışmanlık yapan kişilerin de üst kademe kamu yöneticisi olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. Mehmet Zahid Sobacı ve Özer Köseoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Üst Kademe Yöneticiler* (SETA Yayınları 111, 2018), 11. Turgay Ergun, "Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmeleri Sorunu," *Amme İdaresi Dergisi* 16, no. 2 (1983): 24. Gökçe ve Şahin, "Yönetimde Rol," 144. Yukarıda belirtilen gerekçelerle bu görüşlere katılmanın imkânı yoktur.

Komutanlığı'nda ise Jandarma Genel Komutanı generaller, Sahil Güvenlik Komutanı amiraller arasından Cumhurbaşkanlığı tarafından atanır. Aynı komutanlıklarda albaylıktan tuğgeneral/tuğamiral rüt-belerine terfiler, general ve amirallikte bir üst rütbeye terfiler ve atamalar ile Jandarma Genel Komutanı yardımcıları, bölge jandarma komutanları ve il jandarma komutanları, Sahil Güvenlik komutan yardımcılığı ve Sahil Güvenlik bölge komutanlarının atamaları Cumhurbaşkanlığı'nın onayı ile yapılır (md. 11).

Görüldüğü üzere 3 sayılı CBK'da Cumhurbaşkanlığı kararı ya da onayıyla ataması yapılacak bir kısım askeri personele yer verilmiş olduğu için, Cumhurbaşkanlığı kararı ya da onayıyla ataması yapılacak askeri personeli üst kademe kamu yöneticisi olarak kabul etmek gerekir. Fakat 3 sayılı CBK'nın sistematığından anlaşılmaktadır ki Cumhurbaşkanlığı kararı ya da onayıyla ataması yapılacak askeri personel, anılan CBK'nın sadece ikinci ve üçüncü bölümlerinde yer alan hükümlerine tabidir. Çünkü 3 sayılı CBK'nın diğer bölümleri, 1 ve 2 sayılı cetvellerde yer alan kadrolara ilişkindir. Ayrıca askeri personelin atanma ve görevden alınmalarına ilişkin birçok hususa, bu personelin statüsünü düzenleyen kanunlarda yer verilmiştir. Örneğin Türk Silâhlı Kuvvetleri'ne mensup subaylar ve astsubayların yetiştirilmeleri, sınıflandırılmaları, görev ve yükümlülükleri, terfi ve taltifleri ile her türlü özlük hakları, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile düzenlenmiştir. Şu halde askeri üst kademe kamu yöneticileri, 3 sayılı CBK'nın ikinci ve üçüncü bölümlerinde yer alan hükümler haricinde anılan kanun hükümlerine tabi olacaktır. Kanunlarla CBK hükümlerinin çatışması halinde ise kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini defaten belirttik.

II. KANUNLARDA ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİLERİNE YAPILAN ATIFLARIN ANLAMI

Yukarıda (I) numaralı bölümde, Cumhurbaşkanlığı'nın atama ve görevde alma yetkisinin kullanımı bakımından 3 sayılı CBK'da üst kademe kamu yöneticilerinin ne şekilde belirlenmiş olduğunu ayrıntılı bir şekilde inceledik. Bu kapsamda 3 sayılı CBK'da yer alan belirlemeler ile kanunlarda yer alan hükümlerin çatışması halinde, kanun hükümlerine üstünlük tanınması gerektiğini ilişkin görüşümüzü defaten belirttik. Bu konu

haricinde, kanun ya da kanun hükmünde kararnamelerde bazen üst kademe kamu yöneticilerine atf yapılan hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu tür hükümlerin kapsamına hangi üst kademe kamu yöneticilerinin gireceği konusunda bir belirsizlik vardır.

Bu çerçevede değerlendirilmesi gereken en önemli hukuki düzenleme, 375 sayılı KHK'dır. Söz konusu KHK'nın üç maddesinde, *üst kademe kamu yöneticileri* ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümlerden ilki, ek 33. maddedir. Ek 33. maddeye göre, kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlarında gerçekleştirilen düzenlemelerin zorunlu kıldığı hallerde Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kadroları kaldırılan personelden; *üst kademe kamu yöneticisi* olanlar hakkında ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. 375 sayılı KHK'da yer alan ikinci hüküm, ek 35. maddedir. Ek 35. maddede, *üst kademe kamu yöneticisi* kadrolarına atanabilmek için Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde belirtilen şartları taşımak gerektiği belirtildikten sonra bu kadrolara atanma ve görevden alınmaya ilişkin bazı hükümlere yer verilmiştir. Bu kapsamda söz konusu kadrolara atanmada aranan hizmet süresi hesabı, 657 sayılı Kanun'un atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümlerinden muafiyet, bazı görevden alınma şartları, malî ve sosyal hak ve yardımlara ilişkin hükümler, sözleşmeli istihdam modeli, görevden alınanlar hakkında uygulanacak tazminat esasları ve kamu görevlisi olanların diğer kadrolara atanma usulü gibi hükümler, anılan maddenin konusunu oluşturmuştur.⁴⁶ 375 sayılı KHK'da yer alan üçüncü hüküm ise ek 36. mad-

⁴⁶ 375 sayılı KHK'da yer alan bu hüküm, aslında Anayasanın 104/9. hükmünde yer alan, Cumhurbaşkanının, üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleyeceğine ilişkin hükümle uyumlu değildir. Fakat bu hüküm kanaatimizce, yine Anayasanın bir başka hükmünde yer alan -104/19. hükmünde yer alan-, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağı ve TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceğine ilişkin hükümle uyumludur. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanma ve görevden alınma usul ve esaslarının münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği, bu konunun kanunla düzenlenemeyeceğini ileri süren görüşlerin, bu noktada 375 sayılı KHK'nın ek 35. maddesinin ne anlam ifade edeceğini de ortaya koymaları gerekir.

dedir. Bu maddede, kamu kurum ve kuruluşlarının merkez teşkilatındaki *üst kademe kamu yöneticisi* ve taşra teşkilatındaki il ve bölge müdürü kadroları ile bu kadroların dengi ve daha üstü kadrolara atanabilmek için, öğrenim durumu şartı dışında; belirli bir meslek mensubu, kariyer meslek mensubu ya da kurum personeli olmak, 657 sayılı Kanun'un 36 ncı maddesinde belirtilen hizmet sınıfları kapsamına dâhil kadrolarda bulunmuş veya bulunuyor olmak, hâkimlik ve savcılık mesleğinden olmak ve belirli kadro veya görevlerde belirli bir süre bulunmuş olmak gibi özel şartların aranmayacağı belirtilmiştir.

375 sayılı KHK'nın bu üç maddesinde belirtilmiş olan *üst kademe kamu yöneticilerinin*, hangi üst kademe kamu yöneticilerini ifade etmiş olduğu açıklığa kavuşturulması gereken bir konudur. Çünkü Cumhurbaşkanının atama ve görevden alma yetkisinin kullanımı bakımından üst kademe kamu yöneticilerinin hangi kamu görevlilerinden oluştuğuna ilişkin, kural olarak ne 375 sayılı KHK'da ne de diğer kanun ya da KHK'larda herhangi bir hükme yer verilmiştir. Cumhurbaşkanının atama ve görevden alma yetkisinin kullanımı bakımından üst kademe kamu yöneticilerinin hangi kamu görevlilerinden oluştuğu hususu, esasen 3 sayılı CBK'da düzenlenmiş, ayrıca yukarıda belirtildiği üzere diğer bazı CBK'larda da bu konuya ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca 3 sayılı CBK açısından, üst kademe kamu yöneticilerine bu CBK'nın sadece 1 sayılı cetvelinde mi, yoksa 1 ve 2 sayılı cetvelinde mi yer verildiği konusunda tartışma olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bu durumda 375 sayılı KHK'nın mezkûr üç hükmünde ifade edilmiş olan üst kademe kamu yöneticilerinin hangi üst kademe kamu yöneticilerinden oluştuğu hususuna göre, çok farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkacaktır. Örneğin düzenleyici ve denetleyici kurumların başkan yardımcıları, Kamu Denetçiliği Kurumu Genel Sekreteri ya da 3 sayılı CBK dışındaki diğer CBK'larda atamasının Cumhurbaşkanınca yapılacağı belirtilen üst kademe kamu yöneticileri gibi 3 sayılı CBK kapsamında yer almayan bir yöneticinin görevden alınması halinde, 375 sayılı KHK'nın ek 35. maddesi uygulanmayacak mıdır?

Kanaatimizce buradaki sorunun çözümü, yukarıda bahsedilen 375 sayılı KHK'nın ek 33. maddesinde yer verilmiş olan hükümdeki "ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" deyiminin anlamlandırılmasıyla bir sonuç bulabilir. Ek 33. maddede, kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlarında gerçekleştirilen düzenlemelerin zorunlu kıldığı halde Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kadroları kaldırılan personelden; üst kademe kamu yöneticisi olanlar hakkında ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Bu hükümden, "ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" olarak atıf yapılan kararnamenin, 3 sayılı CBK olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü görevden alınan üst kademe kamu yöneticileri hakkında nasıl bir işlem tesis edileceği hususu, üst kademe kamu yöneticisi deyimini de içerecek şekilde sadece 3 sayılı CBK'da düzenlenmiştir. Şu halde 375 sayılı KHK'nın ek 33. maddesinden anlaşılan üst kademe kamu yöneticisi, 3 sayılı CBK'nın 1 ve 2 sayılı cetvelleri kapsamında olan üst kademe kamu yöneticisidir. Kanunun kendi içerisinde bütünlük oluşturması ve tutarlı olması gerekliliğinden hareketle Ek 33. maddedeki amacın aynısının ek 35. ve ek 36. madde açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Sadece ek 36. madde açısından, "denk ve daha üst" kadrolara da madde içerisinde yer verildiğinden, 36. maddenin uygulanmasında 3 sayılı CBK'nın ekli cetvellerinde yer verilmiş olan üst kamu kamu yöneticilerinin dengi ve üstünde olan yönetici kadrolarını da 36. madde kapsamında değerlendirmek gerekir.

SONUÇ

Üst kademe kamu yöneticilerinin hangi kamu görevlilerinden oluştuğu hususu, özellikle son Anayasa değişiklikleri ile birlikte oldukça tartışmalı ve önemli bir konu haline gelmiştir. Değişik haliyle Anayasanın 104/9. hükmünde Cumhurbaşkanına, üst kademe kamu yöneticilerini atama, görevlerine son verme ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yetkisi verildiğinden, bu kapsamda yer alan üst kademe kamu yöneticilerinin hangi kamu görevlilerinden oluşacağına ilişkin hem teori hem de uygulamada ciddi çabalar içerisine girilmeye başlanmıştır. Üst kademe kamu yöneticilerinin hangi kamu görevlile-

rinden oluştuğu konusu, bu kadrolara yapılacak atamalara esas teşkil edeceğinden, atama kararlarının yargısal denetimi açısından da oldukça önemli bir konu haline gelmiştir.

Cumhurbaşkanınca atanıp görevden alınabilecek üst kademe kamu yöneticilerine ilişkin en esaslı belirlemeler, 3 sayılı CBK ile yapılmıştır. Anılan CBK'nın 1 ve 2 sayılı cetvellerinde, Cumhurbaşkanı kararı ya da onayıyla ataması yapılacak üst kademe kamu yöneticisi kadrolarına yer verilmiştir. 1 ve 2 sayılı cetvellerdeki kadrolardan bir kısmının ne anlam ifade ettiği oldukça açıktır. Bu kapsamda örneğin bakan yardımcıları, valiler, büyükelçiler, Savunma Sanayii Başkanı ya da Diyanet İşleri Başkanı'nun hangi kamu görevlilerini ifade ettiği konusunda bir belirsizlik yoktur. Öte yandan anılan cetvellerde sayılan kadrolardan bir kısmının ise neyi ifade ettiği konusunda, izahata ihtiyaç bulunmaktadır. Örneğin 1 sayılı cetvelde yer alan "genel müdürler" deyiminin anlamlandırılması gerekmektedir. Burada yer alan genel müdürler, bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarında yer alan genel müdürlerin tamamını mı kapsamına almaktadır, yoksa sadece bakanlıklardaki genel müdürleri mi kapsamaktadır? Bizim ulaştığımız sonuç, kanun ya da özel nitelikli CBK'larda aksi yönde bir hüküm bulunmaması kaydıyla, bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarında yer alan genel müdürlerin tamamının 1 sayılı CBK kapsamına girdiği yönündedir. Dolayısıyla bu kadroların tamamına yapılacak atamaların, doğrudan Cumhurbaşkanı kararı ile gerçekleştirilmesi gerekecektir. 3 sayılı CBK'da yer alan benzer nitelikteki belirsizliklere ve bu belirsizliklerin açıklığa kavuşturulmasına ilişkin değerlendirmelerimize, makalemiz boyunca yer verilmiştir. Bu noktada 3 sayılı CBK'da yer alan bu tür belirsizliklerin giderilmesine yönelik kararname değişikliklerinin yapılması gerekliliği, kendisini göstermektedir.

3 sayılı CBK ile yapılan düzenlemeler açısından dikkat çekici bir diğer husus, müfettişlik ya da müşavirlik gibi kamu yöneticiliği niteliği taşımayan bazı kadrolara anılan CBK'da yer verilmiş olmasıdır. Anayasada Cumhurbaşkanına, üst kademe kamu yöneticilerinin atanma ve görevden alınma usul ve esaslarını düzenleme yetkisi verildiğinden ve Anayasanın 128/2. hükmü gereğince, üst kademe

kamu yöneticisi olmayan kamu görevlilerinin atanma usul ve esasları kanunla düzenlenebileceğinden 3 sayılı CBK'da kamu yöneticiliği niteliği taşımayan bazı kadrolara yer verilmesi, Anayasa ile uyumlu olmamıştır. Yapılacak *yasal* bir düzenleme ile bu konudaki hukuki sorunun çözüme kavuşturulması mümkündür.

Son olarak özellikle 375 sayılı KHK'da yer verilmiş olan *üst kademe kamu yöneticisi* atıflarının, hangi üst kademe kamu yöneticilerini ifade ettiği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu konunun, 375 sayılı KHK'nın ek 33. maddesinde yer alan "*ilgili Cumhurbaşkanlığı kararname*" deyiminin anlamlandırılması ile çözümlenebileceğini yukarıda belirttik. Burada ifade edilmiş olan ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, 3 sayılı CBK'yı ifade ettiğini de tespit ettik.

Hakem Değerlendirmesi	: Çift kör hakem.
Finansal Destek	: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.
Çıkar Çatışması	: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Etik Kurul Onayı	: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.
Peer Review	: Double peer-reviewed.
Financial Support	: The author declared that this study has received no financial support.
Conflict of Interest	: The author has no conflict of interest to declare.
Ethics Committee Approval	: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, Ekim 2019.
- Ardıçoğlu, M. Artuk. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2017): 20-51.
- Atar, Yavuz. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi." *Anayasa Yargısı* 36, no. 1 (2019): 241-259.
- Çakır, Hüseyin Melih. "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanu - Bakan İlişkisi." *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı*, Marmara Üniversitesi Yayınları No. 861 (2018): 35-55.
- Eren, Abdurrahman. "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İctihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi." *Anayasa Yargısı* 36, no. 1 (2019): 1-72.
- Ergun, Turgay. "Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmeleri Sorunu." *Amme İdareesi Dergisi* 16, no. 2 (1983): 23-36.
- Erol, Ömer Faruk. "Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi." *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı*, Marmara Üniversitesi Yayınları No. 861 (2018): 65-87.
- Gökçe, Orhan ve Ali Şahin. "Yönetimde Rol Kavramı ve Yönetmel Roller." *SÜİİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi* 3, no. 6 (2003): 133-156.
- Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, Haziran 2019.
- Kalabalık, Halil. *İdare Hukuku Dersleri Cilt-I*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kaman, Nur. "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Kamu Personel Hukukuna Etkileri." *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı*, Marmara Üniversitesi Yayınları No. 861 (2018): 88-94.
- Karasu, Koray. *Profesyonelleşme Olgusu ve Kamu Yönetimi*. Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Tezler Dizisi: 11, Kasım 2001.
- Karslı, Mehmet Rauf. "Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 1 (2020): 187-208.
- Öztürk, Namık Kemal. "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Üst Düzey Memurların Atanması." *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 33, no. 4 (Ekim 2019): 1279-1297.

- Sancakdar, Oğuz, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan, Serkan Seyhan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Sobacı, Mehmet Zahid ve Özer Köseoğlu. *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Üst Kademe Yöneticiler*. SETA Yayınları 111, 2018.
- Söyler, Yasin. *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2018.
- Tunç, Hasan. *Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı)*. Ankara: Gazi Kitabevi, Temmuz 2018.
- Ülgen Adadağ, Özen. "Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar." *Anayasa Yargısı* 36, no. 1 (2019): 261-277.
- Ulusoy, Ali D. *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Yasin, Melikşah. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri." *Anayasa Yargısı* 36, no. 1 (2019): 315-333.
- Yayla, Ahmet. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Perde-Yasa Kuramı Bakımından Değerlendirilmesi." *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı*, Marmara Üniversitesi Yayınları No. 861 (2018): 56-64.
- Zengin, Ozan. "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve İdari Yapıya Etkisi." *Emek Araştırma Dergisi (GEAD)* 10, no. 15 (Haziran 2019): 1-23.

**ZİNA VEYA HAYATA KAST NEDENİYLE
ARTIK DEĞERDEKİ PAY ORANININ
AZALTI LMASI VEYA KALDIRILMASI
(TMK m. 236/II)***

*Reducing or Abolishing the Share Ratio of
Surplus because of Adultery and Attempt on Life
(Art. 236/II TCC)*

Fahri Erdem KAŞAK**

Öz

TMK m. 236/II hükmü, mehaz İsviçre Medenî Kanunu'ndan (ZGB) farklı olarak zina ve hayata kast hâllerinde hâkimin, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak azaltabileceğini veya kaldırabileceğini düzenlemiştir. Anılan düzenleme, öğretilerde çeşitli sebeplerle eleştirilmektedir. İlk olarak artık değerdeki pay oranı, doğrudan edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilgili ekonomik bir kavram olup zina ve hayata kast sebebiyle boşanmanın burada bir değişikliğe yol açması isabetli değildir. Üstelik zina

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi tarafından 13.12.2019 tarihinde düzenlenen Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumunda "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerin Azaltılması veya Kaldırılması (TMK m. 236/II)" başlığıyla sunulmuş olan bildirin genişletilmiş tam metin hâlidir.

** Araştırma Görevlisi Doktor, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, fahri.kasak@hbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5103-4866.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 11.02.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 26.02.2020.

Atıf/Citation: Kaşak, Fahri Erdem. "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılması veya Kaldırılması (TMK m. 236/II)." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 1 (2020): 111-130.

ve hayata kast, zaten kanun koyucu tarafından çeşitli yaptırımlara bağlanmış olup ayrıca artık değerdeki pay oranı üzerinde herhangi bir etki doğurmamalıdır. Anılan sebeplerle hâkimin ilgili hükmü uygularken ve takdir yetkisini kullanırken çekingen davranmasında fayda vardır.

Anahtar Sözcükler: Zina, Hayata Kast, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Artık Değer, Katılma Alacağı.

Abstract

Art. 236/II TCC, unlike its source, the Swiss Civil Code (SCC), regulated that in cases of adultery and attempt on life, the judge can reduce or abolish the defective spouse's share ratio of surplus. This article is criticised in doctrine for various reasons. First of all, the share ratio of surplus is an economic concept related to the regime of participation in acquired property and it is not correct that divorce due to adultery and attempt on life cause a change here. In addition, adultery and attempt on life have already been imposed by the lawmaker on various sanctions and should no longer have any effect on the share ratio of surplus. For the aforementioned reasons, it is beneficial for the judge to act timidly while applying the relevant provision and using his/her discretion.

Keywords: Adultery, Attempt on Life, Regime of Participation in Acquired Property, Surplus, Participation Claim.

GİRİŞ

Çalışmanın konusunu oluşturan TMK m. 236/II hükmü, zina veya hayata kast sebebiyle artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması imkânını düzenlemektedir. Bu sebeple anılan hükmün değerlendirilmesine geçmeden önce, artık değer kavramı üzerinde durmak gerekir. Artık değer (*Vorschlag*), yasal mal rejimi (TMK m. 202/I, Art. 181 ZGB) olan edinilmiş mallara katılma rejiminde (*Errungenschaftsbeteiligung*) söz konusu olur. Seçimlik mal rejimlerinde artık değer kavramı bulunmadığından artık değer azaltılmasından veya kaldırılmasından da bahsedilemez. Bununla birlikte paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde her ne kadar artık değer

söz konusu olmasa da TMK m. 252 hükmü, sonuç itibarıyla TMK m. 236/II hükmündekine benzer bir düzenleme içermekte ve zina veya hayata kast nedeniyle kusurlu eşin payının azaltılabileceğini veya kaldırılabileceğini öngörmektedir.¹

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. Artık Değer

Katılma alacağıın (*Beteiligungsforderung*) hesaplanabilmesi için öncelikle artık değerın bulunması gerekir. Artık değer, TMK m. 231/I (Art. 210/I ZGB) hükmü uyarınca bir eşin, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dâhil olmak üzere edinilmiş mallarının aktif değerleri ile pasif değerleri arasındaki farkı ifade eder. Burada TMK m. 231/II (Art. 210/II ZGB) hükmünün açık lafzı uyarınca değer eksilmeleri dikkate alınmaz.

Artık değeri bulabilmek için öncelikle eşin aktif değerleri hesaplanmalıdır.² Aktif değerlerin ilk kalemi, edinilmiş mallar olup TMK

¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma Alacağı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 136; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medenî Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 257; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 437; Emel Badur, "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değere Katılma Payı," *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2016): 41; Emel Badur, "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı," iç. *Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019*, ed. Şükran Şıpka (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 66; Şükran Şıpka ve Ayça Özdoğan, *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 407, dn. 244.

² Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), N 677ff.; Faruk Acar, "Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri," *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 149-150. Hesaplamanın aşamalarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Zeytin, N 677ff. Benzer hesaplama yöntemleri için bkz. Kılıçoğlu, *Aile*, 428-430; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), N 443-444, 454ff.; Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007), 190ff.; Murat Doğan ve Emre Köroğlu, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağıın Niteliği," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 288; Şahin Akıncı, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesabında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Çözüm

m. 235/I uyarınca bunların tasfiye sırasındaki değerleri esas alınır. İkinci kalem TMK m. 227 hükmünde düzenlenmiş değer artış payı (*Mehrwertanteil*) alacağıdır. TMK m. 229 hükmünde iki bent hâlinde düzenlenmiş olan karşılıksız kazandırmalar ve devirlerden müteşekkil eklenecek değerler üçüncü kalemi oluşturur.³ Dördüncü ve son kalem ise kişisel mallara giden edinilmiş malların karşılıklarından kaynaklanan denkleştirme alacağıdır (TMK m. 230). Pasif değerler ise TMK m. 227 hükmüne göre değer artış payı borcu, TMK m. 230 hükmü gereğince edinilmiş mala giden kişisel malların karşılıklarından kaynaklanan denkleştirme borcu ile TMK m. 231/I düzenlemesi uyarınca edinilmiş mallara ilişkin borçlardır. Yukarıda sayılan aktif değerler toplamından pasif değerler toplamının çıkarılmasıyla artık değer bulunmuş olur.⁴ Yargıtay da benzer bir hesaplamayı benimsemektedir.⁵

B. Katılma Alacağı

TMK m. 236/I (Art. 215/I ZGB) hükmü eşlerin, artık değer yarısı üzerinde katılma alacağına sahip olduğunu düzenlemektedir. Bu çerçevede katılma alacağı; eşlerden birinin, diğerinden mal rejiminin tasfiyesi aşamasında sahip olduğu artık değer üzerinden hesaplanan ve talep edilen alacak hakkı şeklinde tanımlanabilir⁶. Söz

Önerileri," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 194; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2017), 167ff.

³ TMK m. 229 hükmünde düzenlenmiş eklenecek değerlere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Şükran Şıpka, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde, Eklenecek Değerler (TMK.m.229)," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 129-147.

⁴ Zeytin, N 691.

⁵ Yar. 8. HD, E.2009/1609, K.2009/3325, 23.06.2009, (Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 265, dn. 269).

⁶ Doğan ve Köroğlu, 283ff.; Ahmet M. Kılıçoğlu, "Katlı Katılma Alacağı," iç. *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumunu 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku I. Cilt*, ed. Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Özçelik, Nesli Şen Özçelik (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 127-128; Mehmet Altunkaya, "Katılma Alacağının İfasi," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 392; Şıpka, *Edinilmiş*, 266.

konusu irtibat sebebiyle katılma alacağı, “artık değere katılma alacağı” şeklinde de anılmaktadır⁷. TMK m. 236/I düzenlemesinin emredici nitelikte olmadığı, TMK m. 237/I (Art. 216/I ZGB) hükmünün eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle farklı bir esas kararlaştırılabileceğini düzenlemiş olmasından anlaşılmaktadır.⁸ Fakat uygulamada eşlerin, TMK m. 236/I hükmündeki yarı yarıya paylaşım esasından ayrılmadığını tahmin etmek zor değildir.

II. TMK M. 236/II HÜKMÜNÜN KANUNA EKLENME SÜRECİ

Çalışmanın konusunu oluşturan TMK m. 236/II hükmü “Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.” şeklindedir. Bahis konusu hüküm, tarafların kararlaştırmış olduğu (TMK m. 237/I) veya tamamlayıcı kanun hükmünün kabul ettiği (TMK m. 236/I) artık değer pay oranı esasından ayrılan bir düzenlemedir. Bu yönüyle zina veya hayata kast sebebiyle boşanmanın, neden artık değer pay oranını, yani katılma alacağının miktarını etkileyebileceği sorgulanmalıdır.

Esasen mehaz İsviçre hukukunda Art. 215 ZGB hükmü, sadece TMK m. 236/I düzenlemesini karşılamaktadır⁹. Bir başka ifadeyle, TMK m. 236/II düzenlemesinde öngörülen zina veya hayata kast nedeniyle artık değer azaltılması veya kaldırılması imkânı İsviçre hukukunda öngörülmemiştir. Nitekim TMK m. 236 hükmünün madde gerekçesinde, hükmün ikinci fıkrasının Türkiye Büyük Mil-

⁷ Şıpka ve Özdoğan, 407; Şıpka, *Edinilmiş*, 265.

⁸ Aynı yönde bkz. Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, und Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2015), § 32 N 67; Şükran Şıpka, “Hakkaniyet Oranı, Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanmanın, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminden Doğan Katılma Alacağına Etkisi (TMK.m.236/f.2),” *Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan* (İstanbul: Der Yayınları, 2015), 853; Altunkaya, 394; Şıpka, *Edinilmiş*, 266. Hatta eşlerden birinin katılma alacağından tamamen feragat edebileceği yönünde bkz. Thomas Sutter-Somm, und Felix Kobel, *Familienrecht*, (Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2009), N 357.

⁹ Tuor, Schnyder, Schmid, und Jungo, § 24 N 19, dn. 31, § 32 N 65; Sutter-Somm, und Kobel, N 355-356.

let Meclisi Adalet Komisyonu tarafından metne ilave edildiği açıkça belirtilmiştir.¹⁰ Anılan ilave, 21.06.2001 tarihli Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu'nda "*Tasarının 236 ncı maddesi, boşanmanın zina veya hayata kast nedeniyle gerçekleşmesi halinde hâkimin, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak azaltmasına veya kaldırmasına karar verebilmesini sağlamak amacıyla başlığı ile birlikte yeniden düzenlenmiştir.*" şeklinde gerekçelendirilmiştir.¹¹

III. TMK M. 236/II HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Edinilmiş mallara katılma rejiminin temel düşüncesi, eşlerin evlilik süresince elde etmiş oldukları mallar üzerinde mal rejiminin sona ermesi hâlinde eşit hak sahibi olmasıdır.¹² Dolayısıyla zina veya hayata kast sebebiyle boşanma hâlinde kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması, anılan temel mantıkla bağdaşmaz.¹³ Zira artık değer, yukarıda da ifade olunduğu üzere, eşlerin sahip oldukları mallarla alakalı bir kavram olup eko-

¹⁰ Aynı yönde bkz. Sarı, 229-230; Saibe Oktay Özdemir, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı," *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 34; Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 134-135; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 256-257; Şıpka ve Özdoğan, 407; Acar, *Mal Rejimleri*, 146; Gülşah Sinem Aydın, "Türk Medenî Kanunu'nun 236. Maddesinin İkinci Fıkrasının Eşlerden Birinin Diğerini Kasten Öldürmesi Hâlinde Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 165-166 (2018): 10; Şıpka, *Hakkaniyet*, 859; Şıpka, *Edinilmiş*, 264, 270; Zeytin, N 697. TBMM tutanaklarında da TMK m. 236/II düzenlemesinin; hükûmetin teklif ettiği metinde yer almadığı; ancak Adalet Komisyonu'nun kabul ettiği metinde yer aldığı açıkça görülebilmektedir. Bu hususta bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu, E.1/611, 1/425, 2/361, 2/680, K.17, 21.06.2001, (s. 418), (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011ss0723.pdf>).

¹¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu, E.1/611, 1/425, 2/361, 2/680, K.17, 21.06.2001, (s. 313), (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011ss0723.pdf>).

¹² Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 534; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 257; Zeytin, N 697.

¹³ Öztan, 534; Zeytin, N 697; Kılıçoğlu, *Aile*, 436-437; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 257; Şıpka, *Edinilmiş*, 271; Şıpka, *Hakkaniyet*, 853; Şıpka ve Özdoğan, 407-408. Anılan hükmün bir tutarsızlık teşkil etmediği yönünde bkz. Badur, *Katılma Payı*, 60.

nomik bir müessesedir. Bu bakımdan eşlerden birinin kusurlu olması, artık değere katılma alacağı üzerinde olumsuz bir etki doğurmalıdır.¹⁴ Bir başka anlatımla, zina veya hayata kast eşin artık değerdeki pay oranını etkilememelidir.

Zina veya hayata kast, zaten kanun koyucu tarafından belirli yaptırımlara tâbi tutulmuştur. İlk olarak; zinanın TMK m. 161, hayata kastın ise TMK m. 162 hükmünde mutlak boşanma sebebi olarak öngörüldüğü söylenmelidir.¹⁵ Şu hâlde zinanın veya hayata kastın varlığının ispatlanması hâlinde hâkim, ayrıca evlilik birliğinin diğer eş için çekilmez hâle gelip gelmediğini araştırmaksızın boşanmaya hükmeder. Ayrıca anılan hâller TMK m. 174 düzenlemesi gereğince diğer eşin, maddî ve manevî tazminat talebine de yol açabilir.¹⁶ Hatta zina, TMK m. 510 b. 2 hükmü uyarınca mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edebilir.¹⁷ Keza hayata kast ise TMK m. 510 b. 1 hükmü kapsamında mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilebilir ve TMK m. 578/I b. 1 kapsamında mirastan yoksunluğa yol açabilir.¹⁸ Hayata kast ayrıca TCK m. 35 hükmü uyarınca cezaî yaptırıma bağlanmıştır.

Bahsedilen ciddi ve çeşitli yaptırımlara rağmen kanun koyucu, zina veya hayata kast fiillerini işleyen eş, artık değer pay oranı bakımından da ayrıca yaptırıma tâbi tutmayı tercih etmiştir¹⁹. Anılan sebeplerle zina veya hayata kast hâllerinin, ayrıca artık değerdeki pay oranını etkilemesine ilişkin hâkime takdir yetkisi veren TMK m. 236/II düzenlemesi, öğretici tarafından haklı bir şekilde eleştirilmektedir.²⁰ Bununla birlikte mevcut hukuk (*de lege lata*) açısından bahse

¹⁴ Öztan, 534; Şıpka, *Hakkaniyet*, 854; Şıpka, *Edinilmiş*, 271; Zeytin, N 697, dn. 782.

¹⁵ Sarı, 230; Kılıçoğlu, *Aile*, 437; Badur, *Katılma Payı*, 43; Şıpka, *Edinilmiş*, 271; Şıpka ve Özdoğan, 408.

¹⁶ Şıpka, *Hakkaniyet*, 854; Kılıçoğlu, *Aile*, 437; Şıpka ve Özdoğan, 408; Şıpka, *Edinilmiş*, 271-272.

¹⁷ Kılıçoğlu, *Aile*, 437.

¹⁸ Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 135; Şıpka, *Hakkaniyet*, 854; Şıpka, *Edinilmiş*, 272; Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 345; Aydın, 23; Şıpka ve Özdoğan, 408.

¹⁹ Ali İhsan Özüğür, *Mal Rejimleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 71.

²⁰ Sarı, 230; Zeytin, N 697; Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 134; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 257; Öztan, 534; Oktay Özdemir, 34-35; Şıpka, *Edinilmiş*, 271-272; Şıpka, *Hakkaniyet*,

konu hükmün dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.²¹ Ayrıca hâkimin, önüne gelen olaylarda söz konusu takdir yetkisini kullanırken çekingen davranması da önerilmektedir.²²

IV. TMK M. 236/II HÜKMÜNÜN UYGULANMA ŞARTLARI

Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkimin, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak azaltmasına veya kaldırmasına imkân sağlayan TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi belirli şartların varlığını gerektirir.

A. Eşlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Tâbi Olması

TMK m. 236/II hükmü, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümler arasında yer almaktadır. Bir başka ifadeyle, artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması imkânı sadece edinilmiş mallara katılma rejiminde söz konusu olabilir. Her ne kadar artık değer kavramı sadece edinilmiş mallara katılma rejiminde bulunsa da paylaşmalı mal ayrılığına ilişkin bir düzenleme olan TMK m. 252 hükmü, zina ve hayata kast hâllerinde kusurlu eşin payının hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak azaltılması veya kaldırılması imkânını düzenlemiştir.²³ Bu bakımdan TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi, öncelikle taraflar arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin mevcut olmasına bağlıdır. Ayrıca ayrılık (TMK m. 180), birlikte yaşamaya ara verme (TMK m. 197/II) ve olağanüstü mal rejimine geçme (TMK m. 206) gibi hâller nedeniyle edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasının sona ermemiş olması da gerekir.²⁴

853. Aksi yönde bkz. Badur, *Katılma Payı*, 43. Diğer boşanma sebepleri karşısında zina ve hayata kast için böyle bir ayrı düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı yönünde bkz. Oktay Özdemir, 34, dn. 13.

²¹ Sarı, 230.

²² Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), N 1240; Acar, *Aile Hukuku*, 344; Kılıçoğlu, *Aile*, 438-439; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 258; Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 136; Şıpka, *Hakkaniyet*, 860. krş. Aydın, 35.

²³ Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 136; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 257; Kılıçoğlu, *Aile*, 437; Badur, *Katılma Payı*, 41; Badur, *Artık Değerdeki Payı*, 66; Şıpka ve Özdoğan, 407, dn. 244.

²⁴ Badur, *Katılma Payı*, 42.

B. Zina veya Hayata Kast Sebeplerine Dayanan Boşanma Hükümü

TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle hâkimin, boşanma davasında “zina” veya “hayata kast” sebeplerinden birine dayanarak boşanmaya karar vermesi gerekir.²⁵ Örneğin; zina gerçekleşmiş olmasına rağmen boşanma davası, terk (TMK m. 164) veya evlilik birliğinin sarsılmasına dayandırılmışsa (TMK m. 166) artık TMK m. 236/II hükmü uygulanamaz.²⁶ Yargıtay kararlarında da bu husus tereddütsüz olarak belirtilmektedir.²⁷ Keza dava, zina

²⁵ Aynı yönde bkz. Doğan ve Köroğlu, 286; Fahri Akçin, “Eşler Arasındaki Mal Rejiminin Tasfiyesi Davalarında Uygulamalar,” iç. *Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku I. Cilt*, ed. Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Özçelik, Nesli Şen Özçelik (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 193; Şıpka, *Hakkaniyet*, 854-855; Altunkaya, 402; Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 136; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 258; Kılıçoğlu, *Aile*, 437-438; Şıpka, *Edinilmiş*, 270, 272; Şıpka ve Özdoğan, 407, 409; Badur, *Artık Değerdeki Payı*, 67. Bu bakımdan dava, zina veya hayata kast sebeplerinden birine dayanılarak açılmış olsa dahi hâkimin farklı bir boşanma sebebine dayanarak boşanmaya hükmetmesi hâlinde TMK m. 236/II düzenlemesi uygulama alanı bulamaz.

²⁶ Sarı, 230; Doğan ve Köroğlu, 286; Özüğür, 107; Şıpka, *Edinilmiş*, 270; Acar, *Aile Hukuku*, 343-344; Şıpka ve Özdoğan, 407, 409. Bu bakımdan krş. Acar, *Mal Rejimleri*, 154; Oktay Özdemir, 34-35.

²⁷ Yar. 8. HD, E.2019/552, K.2019/3464, 01.04.2019, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (“... TMK’nin 236/2 maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için, boşanma davasına bakan mahkeme tarafından, tarafların TMK’nin 161. maddesi gereğince zina nedeniyle veya TMK’nin 162 maddesi gereği hayata kast nedeniyle boşanmalarına karar verilmiş olması gerektiği, dikkate alındığında, somut olayda, tarafların evlilik birliğinin zina veya hayata kast boşanma sebebine göre sona ermemesi karşısında, TMK’nin 236/2 maddesinin uygulanamayacağı gözetilerek, ...”); Yar. 8. HD, E.2011/5257, K.2011/5888, 15.11.2011, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (“Taraflar arasındaki boşanma davası sadakatsizlikten kaynaklanan şiddetli geçimsizliğe dayalı (TMK’nin 163 ve 166. m.) olarak açılmış, boşanma ile sonuçlanmış ve kesinleşmiştir. Bu nedenle TMK’nin 236/2. maddesinin olayda uygulanma imkanı da yoktur.”); Yar. 2. HD, E.2010/11719, K.2011/12472, 18.07.2011, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) (“Eşin, artık değer üzerinde pay oranının (katılma alacağının) tümüyle kaldırılmasına ya da azaltılmasına karar verilebilmesi için; boşanmanın özel boşanma sebebi olarak zina (TMK. md. 161) veya hayata kast (TMK. md. 162) nedenine dayalı olarak gerçekleşmiş olması gereklidir.”); Yar. 8. HD, E.2010/3083, K.2011/516, 07.02.2011, (Şıpka, *Hakkaniyet*, 855, dn. 7) (“... taraflar arasındaki evlilik birliğinin TMK’nin 161. maddesinin

veya hayata kast sebeplerine dayanılarak açılmakla birlikte, boşanma hükmü farklı bir boşanma sebebine dayanarak verilmişse de TMK m. 236/II düzenlemesi uygulama alanı bulamaz.

Hükmün sadece zina veya hayata kast sebeplerine dayanan boşanma davalarında bu imkânı öngörmesi, açılan boşanma davalarında sırf hükümden yararlanabilmek için anılan sebeplere şeklen dayanılacağı ve gerek tarafları gerek çocuklarını rahatsız edebilecek hususların dava dosyasına gireceği gerekçesiyle eleştirilmektedir.²⁸

Ayrıca bu yönüyle hükmün uygulama alanı da ciddi ölçüde sınırlanmıştır. Zira TÜİK verilerine göre 2014 yılında Türkiye’de gerçekleşen toplam 130.913 boşanmanın sadece 107’si zina, 36’sı ise cana kast ve pek fena muamele sebeplerine dayanmaktadır.²⁹ Anılan veriler değerlendirildiğinde zina ve hayata kast sebeplerine dayanan boşanma davalarının sayısının, toplam boşanmaların kabaca %0,1’ini teşkil ettiği söylenebilir. Anılan rakamın ve oranın azlığında zina veya hayata kastın ispatının zor olması, bu sebeplerin ispatlanamaması hâlinde dahi açılan davanın evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanılarak hükme bağlanması göz önünde tutulmalıdır.³⁰

Hüküm açıkça hayata kasttan söz ettiği için eşin, diğer eş tarafından öldürülmesi hâlinde TMK m. 236/II hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı öğretide tartışmalıdır. Kanun koyucu, TMK m. 181/II hükmüyle mirasçılardan açılmış boşanma davasına devam ede-

de yazılı zina nedeni ile değil TMK’nun 166/1-2. maddelerinde yazılı şiddetli geçimsizlik sebebiyle sona erdiği ve kararın kesinleştiği anlaşıldığına göre mahkemece TMK’nun 236/2. maddesinin uygulanmamış olmasında da bir isabetsizlik yoktur.”); Yar. 8. HD, E.2013/5044, K.2013/16861, 18.11.2013, (Şıpka ve Özdoğan, 409); Yar. 8. HD, E.2013/4822, K.2013/16061, 07.11.2013, (Şıpka ve Özdoğan, 409).

²⁸ Oktay Özdemir, 34-35; Acar, *Mal Rejimleri*, 154; Şıpka, *Edinilmiş*, 272, dn. 289.

²⁹ Oktay Özdemir, 34, dn. 12. TÜİK verilerine göre 2018 yılı toplam boşanma sayısı ise 142.448’dir. Bu hususta bkz. erişim tarihi: Ekim 1, 2019, <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30698>. Her ne kadar 2018 yılı için boşanma sebeplerine göre ayrıntılı bir veriye ulaşılamamışsa da benzer bir oranın tekrar ettiği kabul edilebilir.

³⁰ Oktay Özdemir, 34, dn. 12.

bilmesi imkânını öngörmüş ve sağ kalan eşin kusuru ispatlanabilirse mirasçılık sıfatını kaybedeceğini düzenlemiştir. Anılan düzenleme ve bunun gerekçesi kanun koyucunun, boşanma sebebine yol açan eşe karşı tutumunu ortaya koymaktadır.³¹ Kanaatimizce, hayata kast için artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması imkânını düzenleyen kanun koyucunun, eşlerden birinin diğerini öldürmesi hâlinde de aynı sonucun uygulanmasını evleviyetle arzuladığı sonucuna varılmalıdır.³²

Şüphesiz bu hâlde, evlilik ölümle sona ermiş olacağı için boşanma davasından veya boşanma kararından bahsedilemez.³³ Burada dava, sadece eşin kusurlu olup olmadığının tespitine yöneliktir.³⁴ Söz konusu gerçek kanun boşluğu, TMK m. 1 hükmü uyarınca hâkim tarafından doldurulmalıdır.³⁵ Bu bakımdan öğretilerde de haklı olarak ifade edildiği üzere, TMK m. 181/II hükmünde öngörülmüş

³¹ TMK m. 181 hükmünün gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir: “*Bu durum özellikle zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davasında, davacının ölümü hâlinde, bu eylemlerde bulunan kusurlu davalı eşin buna rağmen mirasçı olabilmesi konusunda haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına da neden olabilecektir. İşte bu haksız durumların önlenmesi amacıyla maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır.*” Aynı yönde bkz. Acar, *Aile Hukuku*, 343; Kılıçoğlu, *Aile*, 438; Badur, *Katılma Payı*, 44-45.

³² Sarı, 230; Şeref Ertaş, “Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 930; Aydın, 24, 29ff.; Zeytin, N 698; Kılıçoğlu, *Katki – Katılma*, 136; Hatemi, N 447; Acar, *Aile Hukuku*, 343-345, 389, dn. 727. krş. Özüğür, 71-72; Emre Köroğlu, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK m. 225),” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2016): 234; Şıpka, *Hakkaniyet*, 856-859; Öztan, 534-535. Aksi takdirde eşin, yüklü katılma alacağı elde edebilmek amacıyla eşini öldürebileceği yönünde bkz. Acar, *Aile Hukuku*, 344, dn. 601. TMK m. 236/II hükmünün TBMM Adalet Komisyonu’nda eklenmiş olduğu da dikkate alındığında kanun koyucunun bilinçli susmasından kanaatimizce söz edilemez.

³³ Acar, *Aile Hukuku*, 343-344; Aydın, 29; Badur, *Katılma Payı*, 45.

³⁴ Badur, *Katılma Payı*, 45. Ancak boşanma davasının açılmasından sonra eş, diğer eşi öldürürse davanın akıbeti tartışılabilir. Zira boşanma davası bozucu yenilik doğuran bir dava iken eşin kusurlu olup olmadığına ilişkin dava tespit davası niteliğindedir.

³⁵ Zeytin, N 698; Şıpka ve Özdoğan, 461; Şıpka, *Edinilmiş*, 273; Aydın, 25ff. krş. Altunkaya, 402; Hatemi, N 447.

ölen eşin mirasçılarının boşanma davasına devam edebilmesi imkânı, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının azaltılabılmesinde veya kaldırılabilmesinde kıyasen kullanılabilir.³⁶

TMK m. 181/II hükmünün bahsedilen gerçek kanun boşluğunu doldurabilmek için kıyasen uygulanması, doğal olarak TMK m. 236/II hükmünün uygulama alanının genişlemesi sonucunu doğurur. Esasen kanaatimiz; TMK m. 236/II düzenlemesinin edinilmiş mallara katılma rejiminin temel mantığına aykırı olduğu ve hâkimin takdir yetkisini çekingен kullanarak anılan hükmü mümkün mertebe uygulamaması gerektiğidir. Ancak savunulan bu çekingен uygulama; eşin, diğer eşi öldürmesi hâlinde TMK m. 181/II hükmünün kıyasen uygulanmasına engel olmamalıdır. Eşin diğer eşi öldürmesi hâli de TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesine imkân vermemeli; ancak bu husus hâkimin takdir yetkisini kullanırken yine de çekingен hareket etmesine mâni olmamalıdır.

C. Zina veya Hayata Kast Fiilini İşleyen Eşin Kusurlu Olması

TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi için üçüncü şart, zina veya hayata kast fiilini işleyen eşin kusurlu olmasıdır. Örneğin; zina yapan eş, ayırt etme gücüne sahip değilse kusurundan söz edilemeyeceği için TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi de gündeme gelmez.³⁷ Hayata kast fiilinin işlenmesi ise hükümde düzenlendiği üzere sadece kasten söz konusu olabilir. Eğer kast yoksa anılan hüküm yine uygulanamaz.³⁸ Öğretide, her iki eşin eşit kusurlu olduğu hâller bakımından TMK m. 236/II hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır.³⁹

³⁶ Zeytin, N 698; Aydın, 29; Özüğür, 71. Sonuç olarak aynı doğrultuda bkz. Kılıçoğlu, *Aile*, 438; Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 136; Acar, *Aile Hukuku*, 343-345; Badur, *Artık Değerdeki Payı*, 69. Aksi yönde bkz. Şıpka, *Hakkaniyet*, 856ff.; Şıpka, *Edinilmiş*, 275.

³⁷ Benzer şekilde bkz. Aydın, 32.

³⁸ Aydın, 31.

³⁹ Eşit kusur hâlinde de TMK m. 236/II hükmünün uygulanabileceği yönünde bkz. Badur, *Katılma Payı*, 50. Bu ihtimalde anılan hükmün uygulanıp uygulanmayacağına müphem olduğu yönünde bkz. Özüğür, 71. Burada zina veya hayata kast sebebinin gerçekleşmesi bakımından eşlerin eşit kusura sahip olması kast

TMK m. 236/II hükmünün açık lafzı uyarınca artık değerdeki pay oranı, sadece kusurlu eş aleyhine olarak azaltılabilir veya kaldırılabilir. Bir başka ifadeyle, TMK m. 236/II hükmü, anılan boşanma sebeplerine dayalı olarak karara bağlanan davalarda sadece zina yapan veya hayata kast eden eş aleyhine uygulanabilir. Şüphesiz bu fiillerin mağduru durumundaki eşin artık değeri azaltılamaz veya kaldırılamaz.

D. Kusurlu Eşin Artık Değere Katılma Alacağı'nın Bulunması

TMK m. 236/II hükmü, artık değerdeki pay oranının azaltılmasından veya kaldırılmasından söz ettiği için kusurlu eşin artık değere katılma alacağı'nın bulunması elzemdir.⁴⁰ Zira artık değere katılma alacağı bulunmayan eşin, artık değere katılma alacağı'nın azaltılması veya kaldırılması da mümkün olamaz. Şu hâlde artık değere katılma alacağı'nın borçlusunu olan eşin, anılan fiilleri işlemesi sebebiyle verilen boşanma kararında TMK m. 236/II hükmü uygulanamaz.⁴¹ Bu çerçevede öğretilmektedir; anılan hükmün ekseriyetle kadınların aleyhine sonuç doğuracağı belirtilmektedir.⁴² Zira erkekler genellikle katılma alacağı'nın borçlusunu olduklarından anılan fiilleri işlemeleri, TMK m. 236/II hükmünün kapsamına girmemektedir.⁴³ Ayrıca hükmün artık değerden bahseden açık ifadesi sebebiyle kusurlu eşin, katkı alacağı'nda veya değer artış payında bir indirim yapılabilmesi de mümkün değildir.⁴⁴

edilmektedir. Örneğin; her iki eşin de zina yapması veya birbirlerinin hayatına kast etmeleri hâlinde eşler, dayanılan boşanma sebebi bakımından eşit kusurlu olabilirler.

⁴⁰ Şıpka, *Hakkaniyet*, 855; Badur, *Katılma Payı*, 53.

⁴¹ Özüğür, 71.

⁴² Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 135; Kılıçoğlu, *Aile*, 437.

⁴³ Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 135; Kılıçoğlu, *Aile*, 437. Nitekim TMK m. 236/II hükmünün uygulanması suretiyle katılma alacağı'nın azaltıldığı veya kaldırıldığı yayımlanmış hiçbir Yargıtay kararına tesadüf edilmemiştir.

⁴⁴ Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 257-258; Kılıçoğlu, *Katkı Katılma*, 154; Hatemi, N 448; Akçin, 193-194; Altunkaya, 403; Şıpka, *Hakkaniyet*, 856; Şıpka ve Özdoğan, 410; Şıpka, *Edinilmiş*, 276; Yar. 8. HD, E.2010/1096, K.2010/3434, 24.06.2010, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası) ("*Ayrıca, TMK.nun 236/2. maddesi hükmü hakkaniyet gereği kusurlu eşin artık değere katılma oranının azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılmasına*

E. Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılmasının veya Kaldırılmasının Hakkaniyete Uygun Olması

TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi için son şart ise artık değer azaltılmasının veya kaldırılmasının hakkaniyete uygun olmasıdır. Şüphesiz bu hususun hakkaniyete uygun olup olmadığı TMK m. 4 hükmü gereğince hâkim tarafından takdir edilir.⁴⁵ Hâkimin takdir yetkisini nasıl kullandığını ve artık değer azaltılmasına veya kaldırılmasına neden karar verdiğini gerekçelendirmesi gerekir.⁴⁶ Bu bakımdan hâkim, kusurun ağırlığına göre katılma alacağını azaltabilir veya kaldırabilir.⁴⁷ Ayrıca somut olayın şartları, zina veya hayata kast fiilinin işlenme şekli, kusurun ağırlığı, zinanın sürekliliği, alacaklı eşin malî durumu, evliliğin süresi gibi unsurlar da bu bakımdan dikkate alınabilir.⁴⁸ TMK m. 236/II hükmüne yöneltilen haklı eleştiriler sebebiyle hâkimin, takdir yetkisini çekingen kullanması ve hükmü, mümkün mertebe dar yorumlaması önerilmektedir.⁴⁹

ilişkin olup, katılma alacağına ilişkin bu düzenlemenin somut olayda katkı payı alacağı davasında uygulanmamış olmasında her hangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.”); Yar. 8. HD, E.2014/12512, K.2015/21469, 30.11.2015, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası) (“Bir başka anlatımla, mal ayrılığı rejimindeki katkı payı alacağı ve edinilmiş mallara katılma rejimindeki değer artış payı alacağı TMK m. 227 için, TMK m. 236/2. maddesi uygulama alanı bulmaz.”); Yar. 8. HD, E.2011/4037, K.2011/5209, 18.10.2011, (Şıpka ve Özdoğan, 411); Yar. 8. HD, E.2014/2487, K.2015/8489, 15.04.2015, (Şıpka ve Özdoğan, 411).

⁴⁵ Sarı, 231; Badur, *Katılma Payı*, 41-42; Şıpka ve Özdoğan, 412; Altunkaya, 402. Hâkimin hakkaniyete göre karar vermesine ilişkin açıklamalar için bkz. Esra Kaşak, “Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshinde Şahsi Sebeplerin Değerlendirmeye Alınup Alınamayacağı Hususunun Hâkimin Takdir Yetkisi Bakımından Değerlendirilmesi,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no. 3 (2019): 170ff.

⁴⁶ Sarı, 231; Kaşak, 174-175; Badur, *Katılma Payı*, 51; Şıpka ve Özdoğan, 412.

⁴⁷ Hâkimin takdir yetkisini kullanırken dikkate alabileceği diğer hususlara ilişkin öğretide ileri sürülen açıklamalar için bkz. Badur, *Katılma Payı*, 50-52; Badur, *Artık Değerdeki Payı*, 70.

⁴⁸ Şıpka ve Özdoğan, 412; Ertaş, 926; Badur, *Artık Değerdeki Payı*, 70.

⁴⁹ Sarı, 230; Dural, Ögüz ve Gümüş, N 1240; Acar, *Aile Hukuku*, 344; Kılıçoğlu, *Aile*, 438-439; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, 258; Kılıçoğlu, *Katkı – Katılma*, 136; Şıpka, *Hakkaniyet*, 860. krş. Aydın, 35.

F. Eşlerin Mal Rejimi Sözleşmesiyle Farklı Bir Artık Değer Pay Oranı Kararlaştırmamaları

Öğretide eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle artık değer paylaşımı için farklı bir oran kararlaştırmamış olmaları da hükmün uygulanabilmesinin şartları arasında sayılmaktadır.⁵⁰ Ancak kanaatimizce böyle bir unsur, TMK m. 236/II hükmünün uygulanabilmesi için bir şart olarak arayabilmek, tarafların zina veya hayata kast fiilinin işlenmesinden daha sonraki bir tarihte artık değer pay oranına dair anlaşma yapmalarını gerektirir. Aksi hâlde tarafların yaptıkları anlaşma neticesinde, ileride gerçekleşebilecek zina veya hayata kast hâllerine TMK m. 236/II hükmünün uygulanmasını istemedikleri sonucuna ulaşamaz. Kaldı ki bu ihtimalin gündeme gelebilmesi, öncelikle tarafların TMK m. 236/II hükmünün uygulanmasından feragat edebilmelerini gerektirir. Bir başka ifadeyle, TMK m. 236/II düzenlemesinin emredici nitelikte olup olmadığı da irdelenmelidir. Ayrıca hükmün emredici olmadığı kabul edilirse dahi aile hukukunda hâkime tanınan geniş takdir yetkisi çerçevesinde hâkimin TMK m. 236/II hükmünü re'sen uygulayabileceği de bir ihtimal olarak gündeme gelebilir.⁵¹

V. TMK M. 236/II HÜKMÜNÜN UYGULANMASINA DAİR ÇEŞİTLİ HUSUSLAR

A. TMK m. 236/II Hükmünün Uygulanmasının Talep Edilebileceği Dava

Yargıtay, TMK m. 236/II hükmüne dayanan talebin sadece mal rejiminin tasfiyesi davasında ileri sürülebileceği kanaatindedir.⁵² Bu

⁵⁰ Badur, *Katılma Payı*, 42, 52, 60-61; Badur, *Artık Değerdeki Payı*, 67.

⁵¹ Krş. Şıpka, *Hakkaniyet*, 855; Şıpka ve Özdoğan, 410; Şıpka, *Edinilmiş*, 272; Öztan, 534; Altunkaya, 403.

⁵² Yar. 2. HD, E.2012/10429, K.2013/7427, 05.03.2013, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): *“Davalı-karşı davacı kadın karşı dava dilekçesinde boşanma ve ferileri yanında, zina nedeniyle boşanmaya karar verildiği takdirde, davacı-karşı davalı kocanın Türk Medeni kanununun 236/2. maddesi gereğince edinilmiş mallara katılım payının ortadan kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Bu istek boşanmanın fer’isi niteliğinde olmayıp, ancak mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada taraflarca ileri sürülebilir ve*

görüş öğretide de taraftar bulmaktadır.⁵³ Diğer bir görüş ise TMK m. 236/II hükmünün uygulanmasının sadece boşanma davasında talep edilebileceğini belirtmektedir.⁵⁴ Kanaatimizce de, TMK m. 236/II hükmünün “zina veya hayata kast nedeniyle boşanma” hâlimden bahsetmesi nedeniyle hükmün uygulanması mal rejiminin tasfiyesi davalarında talep edilememelidir.

B. TMK m. 236/II Hükmünün Hâkim Tarafından Re’sen Uygulanıp Uygulanamayacağı Hususu

Öğretide, TMK m. 236/II hükmü kapsamında artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması mağdur eş tarafından talep edilmese bile hâkimin re’sen takdir yetkisini kullanabileceği isabetli bir şekilde savunulmaktadır.⁵⁵ Ayrıca mağdur eşin, davanın her aşamasında TMK m. 236/II hükmünün uygulanmasını, itiraz olarak öne sürebileceği belirtilmektedir.⁵⁶

SONUÇ

İsviçre hukukunda karşılığı bulunmayan ve TMK metnine TBMM Adalet Komisyonu tarafından eklenen TMK m. 236/II hükmü, edinilmiş mallara katılma rejiminin temel düşüncesine aykırıdır. Eşler arasındaki ekonomik ilişkileri düzenleyen edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerden birinin zina yapması veya diğer eşin hayatına kastetmesi mal rejimi bağlamında bir sonuç doğurmamalıdır. Nitekim anılan fiillere kanun koyucu zaten çeşitli yaptırımlar bağlamıştır.

mahkemece dinlenebilir. O halde taraflarca usulüne uygun biçimde açılmış mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir dava bulunmadığından davalı-karşı davacı kadının bu talebi yönünden karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.”

⁵³ Badur, *Katılma Payı*, 55; Şıpka ve Özdoğan, 408.

⁵⁴ Sarı, 230.

⁵⁵ Şıpka, *Hakkaniyet*, 855; Şıpka ve Özdoğan, 410; Şıpka, *Edinilmiş*, 272; Öztan, 534; Altunkaya, 403.

⁵⁶ Şıpka, *Hakkaniyet*, 855-856.

Zina veya hayata kast nedeniyle artık değerdeki pay oranının azaltılması veya kaldırılması belirli şartların varlığını gerektirir. Şayet söz konusu şartlardan biri dahi mevcut değilse artık değerdeki pay oranının azaltılabilmesi veya kaldırılabilmesi söz konusu olamaz. Yayımlanmış Yargıtay kararları kapsamında yapmış olduğumuz incelemelerde, söz konusu hükmün uygulanmış olduğu bir karara rastlanamamıştır. Ancak TMK m. 236/II hükmü, mal rejimlerinin temel mantığıyla bağdaşmadığı için hâkimin anılan hükmü uygularken ve takdir yetkisini kullanırken çekingen davranmasında fayda vardır.

Hakem Değerlendirmesi	: Çift kör hakem.
Finansal Destek	: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.
Çıkar Çatışması	: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Etik Kurul Onayı	: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.
Peer Review	: Double peer-reviewed.
Financial Support	: The author declared that this study has received no financial support.
Conflict of Interest	: The author has no conflict of interest to declare.
Ethics Committee Approval	: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. "Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri." *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 143-156.
- Acar, Faruk. *Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Akçın, Fahri. "Eşler Arasındaki Mal Rejiminin Tasfiyesi Davalarında Uygulamalar." iç. *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku I. Cilt*, ed. Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Özçelik, Nesli Şen Özçelik, 187-202. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Akıncı, Şahin. "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesabında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 193-210.
- Akıntürk, Turgut, ve Derya Ateş. *Türk Medenî Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2017.
- Altunkaya, Mehmet. "Katılma Alacağının İfası." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 391-406.
- Aydın, Gülşah Sinem. "Türk Medenî Kanunu'nun 236. Maddesinin İkinci Fıkrasının Eşlerden Birinin Diğerini Kasten Öldürmesi Hâlinde Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 165-166 (2018): 9-42.
- Badur, Emel. "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değere Katılma Payı." *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2016): 39-63.
- Badur, Emel. "Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı." iç. *Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019*, ed. Şükran Şıpka, 65-71. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Doğan, Murat ve Köroğlu, Emre. "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının Niteliği." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 281-298.
- Dural, Mustafa, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.

- Ertuş, Şeref. "Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 915-932.
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kaşak, Esra. "Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshinde Şahsi Sebeplerin Değerlendirmeye Alınıp Alınamayacağı Hususunun Hâkimin Takdir Yetkisi Bakımından Değerlendirilmesi." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no. 3 (2019): 161-193.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Katkı – Katılma Alacağı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Medenî Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. "Katkı Katılma Alacağı." İç. *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku I. Cilt*, ed. Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Özçelik, Nesli Şen Özçelik, 107-156. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Köroğlu, Emre. "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK m. 225)." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2016): 229-251.
- Oktay Özdemir, Saibe. "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı." *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 29-46.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Özüğür, Ali İhsan. *Mal Rejimleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Sarı, Suat. *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*. İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007.
- Sutter-Somm, Thomas, und Kobel, Felix. *Familienrecht*. Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2009.
- Şıpka, Şükran. *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Şıpka, Şükran. "Hakkaniyet Oranı, Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanmanın, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminden Doğan Katılma Alacağına Etkisi (TMK.m.236/f.2)." *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, 851-860. İstanbul: Der Yayınları, 2015.

- Şıpka, Şükran. "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde, Eklenenecek Değerler (TMK.m.229)." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi* 1, no. 1 (2019): 129-147.
- Şıpka, Şükran, ve Ayça Özdoğan. *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Tuor, Peter, Schnyder, Bernhard, Schmid, Jörg, und Jungo, Alexandra. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2015.
- Zeytin, Zafer. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA TERÖR ÖRGÜTÜ VE TERÖR ÖRGÜTÜNE ÜYE OLMA SUÇU

*Terrorist Organizations and the Crime of Being Member
of a Terrorist Organization in Turkish Criminal Law*

Burak BOZ*

Öz

Terör, tüm dünya toplumlarını ilgilendiren önemli bir sorundur. Ceza hukuku terörle mücadelede etkili bir enstrümandır. Türk ceza hukukunda, terör örgütüne üye olan kimse, başka bir suça karışmasa bile cezalandırılmaktadır. Çalışmada terör örgütüne üye olmak suçu, unsur ve yaptırımı yönüyle ele alınacaktır. Bu bağlamda öncelikle bu suçun normatif unsurunu oluşturan “terör örgütü” kavramı incelenecektir. Ardından terör örgütüne üye olmak suçunun maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları değerlendirilecek olup suçun özel görünüş biçimleri ve suç fiilini karşılanacağı cezai müeyyide de çalışmanın konusuna dâhildir. Suça ilişkin muhakeme ve infaz kuralları çalışmanın kapsamı dışındadır.

Anahtar Kelimeler: Terör, Örgüt, Üyelik, Terör Örgütüne Üye Olmak, Terörist.

* Araştırma Görevlisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, burak.boz@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8282-3523.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 03.10.2019.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 30.12.2019.

Atıf/Citation: Boz, Burak. “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 1 (2020): 131-186.

Abstract

Terrorism is an important problem that concerns all societies of the world. Criminal law is an effective instrument in the fight against terrorism. Under Turkish criminal law, anyone who is a member of a terrorist organization will be punished by even if he/or she is not involved in another crime. In the study, the crime of being member of a terrorist organization will be analyzed in terms of its elements and sanctions. In this context, the concept of "terrorist organization" which constitutes the normative element of the crime of being member of terrorist organization will be examined in the first instance. Subsequently, objective and subjective elements of the crime type and the element of unlawfulness will be reviewed and special appearance formats of the crime and the sanctions of the act are also included to study. The rules of execution and criminal procedure related to the crime type are not included to scope of the study.

Keywords: Terror, Organization, Membership, Being Member of a Terrorist Organization, Terrorist.

GİRİŞ

İlk örnekleri M.Ö. 73 yılına kadar götürülebilecek olan terör, yalnız Türkiye Cumhuriyeti'nin değil tüm dünyanın, kökleri uzun bir geçmişe dayanan, ortak sorunudur.¹ Üyelerinin eylemlerinde kullanmak üzere kıyafetlerinin içerisinde taşıdıkları kısa kılıçlar (*sica*) dolayısıyla *Sicarii* adıyla tanınan örgüt,² tarihte bilinen ilk terörist hareketlerdendir.³ Bu örgüt, Roma İmparatorluğu'na karşı ayrılıkçı, aşırı milliyetçi ve radikal dini amaçları doğrultusunda Kudüs'teki su kaynaklarına saldırma, tahıl ambarlarını kundaklama ve faili meçhul cinayetler işleme gibi eylemler gerçekleştirmiştir.⁴ 11. yüzyılda, *Hasan Sabbah* liderliğinde kuru-

¹ Hamide Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm* (İstanbul: Beta Basım Yayım, 1999), 4, 12.

² Solomon Zeitlin, "Zealots and Sicarii," *Journal of Biblical Literature* 81, no. 4 (1962): 395; Mustafa Avcı, "Örgütlü Suç Kavramı," *Kamu Hukuku Arşivi* 6, no. 1 (2003): 2.

³ Halis Ayhan, "Terör Kavramı, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul Özelinde Birleşmiş Milletler'in 2001 Sonrası Terör Yaklaşımı," *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, no. 11, (2015): 122.

⁴ Walter Laqueur, *A History of Terrorism* (New York: Routledge, 2017), 7ff.

lan ve *Haşîşiyye*⁵ olarak bilinen, *İsmaili* mezhebinin bir koluna mensup terörist yapı, 13. yüzyılda Moğollar tarafından bastırılmaya kadar gerçekleştirmiş oldukları hançerli suikastlar⁶ ile akıllarda iz bırakmıştır.

Terör faaliyetlerinin sistematikleşmesi, 19. yüzyılın ikinci yarısını bulmuştur.⁷ Türkiye ise bu sistematikleşme sürecini doğrudan yaşayan coğrafyalardan biridir ve uzun yıllar, örgütlü terörist faaliyetlerin hedefinde kalmış ve halen terörle mücadele eden bir devlettir. 1890'larda başlayan Ermeni terörü, 1896 yılındaki Osmanlı Bankası ve bazı kurumlar ile karakolların basılması, 1905 yılındaki II. Abdülhamit'e suikast girişimi ve muhtelif baskınlar ile isyanlar gibi çok sayıda insanın öldürüldüğü kanlı eylemler gerçekleştirmiştir.⁸ Ermeni terörü, 1915 tehciriyle bastırılmışsa da 1975 yılında alevlenerek ASALA örgütüne bürünmüştür. Bu örgüt tarafından Türk diplomatların öldürülmesi ve bombalı eylemler de dâhil olmak üzere on beşin üzerinde ülkede yüzden fazla eylem gerçekleştirilmiştir.⁹ ASALA gibi bir kısım terör örgütlerinin faaliyetleri sonlanma noktasına gelmişse de PKK/KCK, FETÖ, DEAŞ, DHKP-C, MLKP gibi pek çok örgüt¹⁰ bugün halen Türkiye ve Türk vatandaşları için tehdit oluşturma gayretindedir. Yalnızca FETÖ'nün 15 Temmuz 2016 gecesinde gerçekleştirdiği kalkışmada 35 uçak, 3 gemi, 37 helikopter, 74'ü tank olmak üzere top-

⁵ İsmi, kuru ot anlamına gelen *haşîşî* kelimesinden alan bu örgüt *Haşîşîn*, *Haşîşiyân*, *Haşîşiyîn*, *Haşşâşûn*, *Haşşâşîn* ve *Haşhaşîler* olarak da adlandırılmaktadır.: Mustafa Öz, "Haşîşiyye," iç. *TDV İslâm Ansiklopedisi*, erişim tarihi: Eylül 30, 2019, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hasisiyye>.

⁶ Laqueur, *A History of Terrorism*, 8ff.

⁷ Laqueur, *A History of Terrorism*, 11.

⁸ Paul Wilkinson, "Armenian Terrorism," *The World Today* 39, no. 9 (1983): 346, 347.

⁹ Ramazan Tosun, "Ermeni Meselesinin Ortaya Çıkışı ve Mahiyeti," *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, no. 14 (2013): 159-163.

¹⁰ Kurucuları ve üyeleri halen aranan örgütlere dair ilanlar için bkz. "Aranan Terörist," Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı, erişim tarihi: Kasım 23, 2018, <http://www.terorarananlar.pol.tr/>; Türkiye Cumhuriyeti'nin mücadele ettiği terör örgütlerinden bir kısmını içeren liste için bkz. İbrahim Çiçek, *5532 sayılı Kanunla Değişik Açıklamalı Terörle Mücadele Kanunu* (İstanbul: Kazancı Yayınları, 2006), 213; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. Cilt 6, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 8920.

lamda 246 zırhlı araç ve 4.000 civarında hafif silah kullanılmış,¹¹ binlerce insan yaralanmış ve yüzlerce şehit verilmiştir.¹²

Devletler, eşit silahlara sahip olmadıkları terörizm karşısında ceza hukukunu kullanmaya diğer suçlara nazaran daha isteklidir. Bu bağlamda pek çok devletin iç hukukunda ceza hukukunu terör suçlarına karşı daha etkin bir araç haline getirmeye yönelik düzenlemeler, ihdas edilmiştir. Terör eylemleri ile sıklıkla karşı karşıya kalan Türkiye'de kanun koyucunun konuyu görmezden gelmesi beklenemez. Türk ceza mevzuatında terör suçlarına ilişkin hükümler, genel ceza hukuku düzenlemeleri ile değil niteliği itibariyle hem terörü cezalandırmaya yönelik olması bakımından anti-terörist, hem de terörle mücadelede devletin elini güçlendirecek yetki ve tedbirleri içermesi bakımından ise kontr-terörist olan¹³ 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı TMK ile ortaya konmuş; ancak genel kanun olan 5237 sayılı TCK'ya sıklıkla atıfta bulunulmuştur.

Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alan anti-terörist düzenlemelerden birisi de başkaca hiçbir suça karışmasalar dahi terör örgütlerine üye olan kimselerin alelade suç örgütüne üye olanlara nazaran daha ağır biçimde cezalandırılmasını öngören terör örgütüne üye olma suçuna ilişkindir. Çalışma içerisinde terör örgütüne üye olma suçunun unsurları ve nitelik arz eden yönlerinin incelenmesi amaçlanmaktadır. Suça ilişkin muhakeme ve infaz kuralları, çalışmanın kapsamı dışındadır.

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Terör, insanların hayatlarının, vücut bütünlükleri ve şereflerinin ihlalinden başlayarak mal ve sair güvenliklerini tehdit etmekte ve

¹¹ "Türkiye'nin En Karanlık ve Kanlı Gecesinde Yaşananlar," Anadolu Ajansı, erişim tarihi: Ağustos 28, 2019, <https://www.aa.com.tr/tr/15-temmuz-darbe-girisimi/turkiyenin-en-karanlik-ve-kanli-gecesinde-yasananlar/1530628>.

¹² Şehitlerin tam listesi ve biyografileri için bkz. "Şehitlerimiz," Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı, erişim tarihi: Ağustos 28, 2019, <https://15temmuzsehitleri.com/tr/sehitlerimiz-111>.

¹³ Terörizmle mücadelede anti-terörizm savunmacı tedbirleri, kontr-terörizm ise önleyici, caydırıcı ve yanıt verme niteliği taşıyan tedbirleri ifade etmek için kullanılmaktadır: Fatma Taşdemir, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi* (Ankara: USAK Yayınları, 2006), 59.

önlenmesi gereken büyük bir tehlike olarak, insanlığı; kişisel düzeyde en başta yaşam ve insanca varlığını sürdürebilme haklarının, toplumsal düzeyde ise sosyal düzenin ve toplumsal hayatın ortadan kaldırılması tehdidi ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu bağlamda, terör örgütlerinin kurulması ve üye kazanarak güçlenmesi, devletin bütünlüğüne, toplumsal barışa, toplumda yaşayan bireylerin can ve mal güvenliğine, genel sağlığa tehdit teşkil eder.

Suçla korunan hukuki değeri toplumu oluşturan bireylerin bir arada, temel hak ve hürriyetlerin güvence altında olduğu, huzurlu bir yaşam sürme hakları oluşturmaktadır. Terörle Mücadele Kanunu'nun atıfta bulunduğu TCK m. 314 ve 220 hükümlerinin kanun içerisindeki konumlarından, terör örgütüne üye olma suçunun hukuki konusunun anayasal düzene ve düzenin işleyişine ve de toplumsal hayata karşı işlendiği sonucuna varılmaktadır.¹⁴

Anayasa'nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri, *"Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak..."* olarak sayılmıştır. Bu itibarla, terörist faaliyetlerle mücadele etmek devletin ödevidir.

Sahip olduğu baskı ve yıldırma araçları ile terör örgütleri, bilhassa insan haklarına saygılı modern devletin asla sahip olmayacağı ve sahip olmaması da gereken yöntemlere sahiptir. Bu nedenle de terör, esasen baskıcı ve gaddar rejimlerin değil, adil ve demokratik ya da bu vasıfların bir önemi olmaksızın egemenlik unsurunun, baskı aracına dönüşen bir güçle tezahür etmediği devletlerin sorunudur.¹⁵ Terör; devlete, modern devletin asla başvuramayacağı bir silahla, sınırsız şiddetle, saldırmaktadır. Devletin de bu silaha sarılması yani egemenin meşru güç kullanma tekeline orantısız biçimde kullanması düşünülemez. Bu nedenledir ki terör sorunu ile yüzleş-

¹⁴ Selami Turabi, *Terör Örgütleri ve Terör Suçları* (Ankara: Yazarın Kendi Yayını, 2018), 289.

¹⁵ Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, 2.

mek durumunda kalan devletler, terörle mücadeleyi, etkili ve hesap verebilir bir hukuk düzenine dayandırmalıdır. Ceza hukukunun bu noktada devreye alınması cezanın son çare olması (*ultima ratio*)¹⁶ ilkesine ve hatta terör suçlarının diğer suçlara göre daha ağır cezalarla karşılanması orantılılık ilkesine aykırılık teşkil etmez.

II. NORMATİF UNSUR: TERÖR VE ÖRGÜT

Terör örgütüne üye olma suçundan bahsedebilmek için bir terör örgütünün söz konusu olması gerekir. Kişi, var olan bir terör örgütüne sonradan üye olabileceği gibi kurulma aşamasında da örgüte üye konumunda katılabilir. Bir organizasyonun ne zaman suç örgütü niteliği kazanacağı ve bir suç örgütünün ne zaman terör örgütü olarak değerlendirileceği suçun varlığını tespitinde önem arz eden bir sorundur.

Terör ve örgüt kavramları, kanaatimizce, terör örgütüne üye olma suçu bakımından, normatif bir unsur olarak, maddi unsur içerisinde ele alınmalıdır. Ancak mevzuatımızda terör ve örgüte ilişkin düzenlemeler dağınıktır. Bu nedenle ifade kolaylığı sağlama açısından örgüt ve bir örgütün ne zaman terör örgütü olarak kabul edileceği ayrı bir başlık altında incelenecektir.

A. Terör Kavramı

Terör, sözlükte *yıldırı* yani yıldırma, cana kıymak ve malı yakıp yıkmak sureti ile korkutma, tedhiş olarak tanımlanmaktadır.¹⁷ Dili-mize Fransızcadan (*terreur*) geçen bu kelime M.Ö. 2 ve M.S. 6 yılları arasında egemen olan Klasik Latince korku, titreme anlamına gelen *terror* ve korkmak, titremek anlamına gelen *terrere* kelimele-rinden türetilmiştir.¹⁸ Terör sözcüğü, siyasal anlamda ilk kez, 1789 Fransız devriminde *Montagnardların* kurduğu korku rejimini betim-

¹⁶ Cezanın son çare olması (*ultima ratio*), ancak diğer müeyyidelerin yetersiz kalması halinde ceza hukukuna başvurulabileceği yönündeki ilkeyi ifade etmektedir. Bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hüükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 50.

¹⁷ TDK, Büyük Türkçe Sözlük, erişim tarihi: Ekim 22, 2018, http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts.

¹⁸ Nişanyan Etimolojik Sözlük, erişim tarihi: Ekim 22, 2018, <https://www.nisanyansozluk.com/?k=ter%C3%B6r>.

lemek için kullanılmışsa¹⁹ da Rus Bolşevik Partisi bağlamında muhalif siyasi eylemciler için kullanılarak bir rejimi ifade etmek yerine rejim karşıtlarını ifade eder bir hal almıştır.²⁰

Terörizm, bir ideoloji değil bir metodoloji, bir stratejidir, amaca ulaşmak için terörün yöntem olarak benimsenmesidir.²¹ Gelinek noktada terör, insanlığın ortak sorunlarından biridir. Ancak taşıdıkları siyasi ideoloji dolayısıyla bir devlet tarafından terörist olarak adlandırılan bir yapı, başka bir devlet tarafından kahraman addedilebilmektedir.²² Daha da vahimi devletler, bir başka coğrafyada faaliyet gösteren terörist yapıları desteklemekten çekinmeyebilmektedir.²³ Bu farklılıklar ve devletlerin farklı politik beklentileri, ortak bir terör tanımına ulaşılmasını güçleştirmektedir.

"11 Eylül Saldırıları" olarak bilinen, ABD'de gerçekleştirilen eş zamanlı eylemler, terörün tüm dünyada sorgulanmasını sağlamıştır.²⁴ "11 Eylül Saldırıları", uluslararası toplumda şok etkisi oluşturmuş ve ülkeler iç hukuklarında da anti-terörist düzenlemeler yaparak bu şoka tepki vermişlerdir. Örneğin Almanya'da 2005 yılında hava güvenliğini sağlamak amacıyla kapsamlı bir kanun çıkartılmış

¹⁹ Faruk Y. Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı," *TBB*, no. 116 (2015): 40 vd; Devrim Aydın, "Terör Eylemlerinin Siyasal Suç Açısından Değerlendirilmesi," *Uluslararası Hukuk ve Politika* 2, no. 7 (2006): 12; Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, 10ff.; Cihan Kavlak, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 195.

²⁰ Nişanyan Etimolojik Sözlük, erişim tarihi: Ekim 22, 2018, <https://www.nisanyansozluk.com/?k=ter%C3%B6r>.

²¹ Vahit Baltacı, *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007), 16ff.

²² Hamide Zafer, "Terörün Tanımı ve Yapısal Özellikleri," *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, no. 10 (2007): 30ff.; Ayhan, "Terör Kavramı, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul Özelinde Birleşmiş Milletler'in 2001 Sonrası Terör Yaklaşımı," 120; Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı," 3.

²³ Alex P. Schmid, "The Definition of Terrorism." *The Routledge Handbook of Terrorism Research*, ed. Alex P. Schmid, 39-98, (New York: Routledge, 2011), 48.

²⁴ Aydın, "Terör Eylemlerinin Siyasal Suç Açısından Değerlendirilmesi," 13, Büyük devletlerin terör eylemlerine maruz kalması halinde uluslararası toplum daha ciddi tepki vermektedir: Ayhan, "Terör Kavramı, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul Özelinde Birleşmiş Milletler'in 2001 Sonrası Terör Yaklaşımı," 139.

ve 11.09.2001 tarihinden sonra polisin yetkisi ile ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanlarında kontr-terörist ve anti-terörist nitelikte değişiklikler gerçekleştirilmiştir.²⁵ Diğer taraftan terör karşısında uluslararası toplumun tam bir birliktelik içerisinde mücadelesi henüz sağlanamamıştır.

1. Uluslararası Metinlerde Terör Tanımı

Kimlerin terörist olarak cezalandırılacağı noktasındaki görelilik, uluslararası metinlerde ortak bir terör tanımına ulaşılamamasına yol açmıştır. 1926 yılında Romanya'nın Milletler Cemiyeti'ne yönelttiği terörün evrensel olarak cezalandırılması talebi, uluslararası ceza hukukunun birleştirilmesi için gerçekleştirilen konferans dizilerinde yer alan ortak terör tanımı girişimleri,²⁶ yürürlük kazanmayan 1937 Milletler Cemiyeti Sözleşmesi, 1954 Uluslararası Hukuk Komisyonu Kodu Taslakları, 1972 ABD Sözleşmesi Taslağı, 1998 Roma Statüsü Taslağı, 1996 Nükleer Terörizm Sözleşme Taslağı ve 2000 Kapsamlı Sözleşme Taslağı başarısızlıkla sonuçlanmış;²⁷ bugüne kadar imzalanılan 1970 La Haye Sözleşmesi, 1971 Montreal Sözleşmesi, 1973 New York Sözleşmesi, 1977 Tedhişçiliğin Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve 2005 Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi gibi temel uluslararası metinlerde, terör kavramı tanımlanamamış ancak terör kapsamında cezalandırılmak istenen birtakım fiiller tespit edilmiştir.²⁸

²⁵ Söz konusu kanun ve değişiklikler için bkz. Christoph J.M. Safferling, "Terror and Law: German Responses to 9/11," *Journal of International Criminal Justice* 4, no. 5 (2006): 1153-1161.

²⁶ Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, 16-22.

²⁷ Ben Saul, "Uluslararası Hukukta Terörizm'i Tanımlama Girişimleri," *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, çev: İrem Çakırca, ed. Yener Ünver, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 22, 24, 29, 32, 34, 36, 39, 41.

²⁸ Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı," 41ff.; Saul, "Uluslararası Hukukta Terörizm'i Tanımlama Girişimleri," 21; Baltacı, *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması*, 320; 1936-1981 tarihleri arasındaki uluslararası metinlerde 109 farklı terör tanımı yer almaktadır.: Alex P. Schmid ve Albert J. Jongman, *Political Terrorism: A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories, and Literature* (New Jersey: Transaction Publishers, 1988), 5.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Terör Tanımı

Terörle mücadele amacıyla ortaya konan ceza normları, genel ceza kanunlarının içerisinde düzenlenebileceği gibi, bu hususta anti-terörist özel kanunlar da ihdas edilebilir. Bu yöntemlerden birincisi, genel olarak Kıta Avrupası ülkelerinin yasama alışkanlığı iken ikincisi, genellikle, *common law* sistemini benimseyen ülkelerde görülmektedir.²⁹

Devletlerin iç hukuklarında da terör kavramı üzerinde bir birlik söz konusu değildir. Örneğin Fransız Ceza Kanunu'nda örgütün benimsediği yöntem temelli bir terör tanımı söz konusu iken; Belçika Ceza Kanunu'nda terör, örgütün taşıdığı amaç unsuru odağında tanımlanmıştır.³⁰ 2000 tarihli Birleşik Krallık Terörizm Kanunu'nun 1. maddesinde ise bir fiilin terörist bir fiil olarak nitelendirilmesi; kanunda aranan amaç unsuru ile yine aynı maddede tarif edilen suç tipinin bir araya gelmesi şartına bağlanmış ancak suçun işlenmesinde kullanılan yöntemin ateşli silah ya da patlayıcı içermesi halinde amaç unsurunun karşılanmasına gerek bulunmadığı kabul edilmiştir.³¹

B. Türk Ceza Mevzuatında Terörün Unsurları

Türk mer'i mevzuatında, TMK'nın 1. maddesinin 4928 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile son halini alan³² 1. fıkrasında; "*Terör; cebir*

²⁹ Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı," 43.

³⁰ Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı," 43, 44.

³¹ Terrorism Act 2000 c. 11, erişim tarihi: Kasım 23, 2018, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/pdfs/ukpga_20000011_en.pdf.

³² 4928 sayılı Kanun ile yeniden yazılan Terörle Mücadele Kanunu m. 1/1 hükmü ile aynı hükmün ilk yayımlandığı hali arasındaki tek fark, "...suç teşkil eden..." eylemler olup bu değişiklik ile Terörle Mücadele Kanunu'nun, ceza hukukunda kanunilik ilkesine de işaret edilerek, suç teşkil etmeyen fiilleri gerçekleştiren kimselere karşı bir baskı aracı haline dönüşmesinin önüne geçilmiştir. Zira anılan hükmün ilk olarak yayımlandığı hal; tartışmalara konu olmuş, dönemin Ana Muhalefet Partisi TBMM Meclis Grubu tarafından, söz konusu hükmün Anayasa m. 38'de yer alan kanunilik ilkesine aykırı olarak, belirtilen saik ve yöntemdeki her türlü fiilin, suç teşkil etmese dahi, terör kapsamında değerlendirilmesinin ve cezalandırılmasının önünü açacağı ve terör tanımının yeterince açık olmadığı gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi önüne iptal istemi ile çıkartılmış ancak Anayasa Mahkemesi, iptal istemini oy çokluğuyla reddetmiştir: AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, 31.03.1992; Maddenin 4928 sayılı Kanun ile yapılan değişik-

ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyâsî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir." ifadelerine yer verilerek terör tanımı yöntem ve amaç esasına dayandırılmış ve bir terör suçunun kural olarak örgütlü biçimde işlenebileceği düzenlenmiştir.³³ Aynı kanunun 2. maddesinin 2. fıkrasında terör örgütü mensubu olmamakla birlikte terör örgütü adına suç işleyen kimselerin de terör suçlusu olarak kabul edileceği hükmü, terör kavramı bakımından kanun koyucunun örgütlülük esasını arıyor olmasını değiştirmemektedir. Zira böyle bir durumda fail, bir örgüte üye olmasa dahi işlediği suçu ancak bir örgüt adına gerçekleştirebilir.

Terör örgütüne üye olma suçunda alelade bir örgütten değil, "terör" niteliği taşıyan bir örgütten bahsedilmektedir. Öte yandan terör tanımına ilişkin mevzuat incelendiğinde örgüt, terörün bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Terör ve örgüt kavramları arasındaki bu karmaşık ilişkinin konunun ortaya konabilmesi açısından bu husustaki kanuni düzenlemelerin ele alınması bir gerekliliktir.

Terörle Mücadele Kanunu'ndan önceki dönemde 765 sayılı TCK'da terör kavramı ile ilişkilendirilebilecek hükümler bulunmaktaydı.³⁴ 765 sayılı TCK'nın, TMK ile ilga edilen ve mülga olmalarına kadar geçen sürede muhtelif değişikliklere uğrayan 141, 142 ve 163. maddeleri, günümüzde terör olarak nitelendirilen fiillerle benzer birtakım fiillerin cezalandırılmasını hüküm altına almıştı.

likten önceki halinin tek tek suç sayılmayan fiilleri örgüt kapsamında cezalandırılan bir torba hüküm olarak kabul edilmemesi gerektiği hakkında bkz. Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, 119ff.

³³ Aynı yönde değerlendirme için bkz. AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, 31.03.1992; Eylem unsurunu da nazara alan karşıt görüşte değerlendirme için bkz. Üye Hâşim KILIÇ'ın karşı oyu, AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, 31.03.1992.

³⁴ Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı," 57.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun; ilk yayımlandığı haliyle vatana ihanet suçunu bildirmeme fiilini suç sayan 141. maddesi, geçirdiği değişiklikler neticesinde, laikliği hedef alanlar hariç olmak üzere yıkıcı cemiyetleri düzenler bir hal kazanmıştı. 142. madde ise ilk yayımlandığı hali ile asker toplama fiilini suç saymakta iken, yapılan değişikliklerle, anılan maddede düzenlenen suç, propaganda yapma suçuna dönüşmüştü. 163. madde ise laikliğe aykırı olan yıkıcı cemiyetleri düzenlemekteydi. Görüleceği üzere bu hükümler, terör kavramına dâhil edilen suç fiillerinin bir kısmını kapsasa dahi bunlar ile birebir örtüşmemekteydi.³⁵ Uygulamada da günümüz anlamıyla terör örgütü olarak nitelendirilen örgütler, bu hükümler çerçevesinde değil, 765 sayılı TCK m. 168 kapsamında cezalandırılmaktaydı.³⁶

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesinin ilk yayımlanan hali,

"Her kim 128, 129, 146, 147, 149 ve 156 ncı maddelerde yazılı cürümleri işlemek için silahlı cemiyet ve çete teşkil eder yahut öyle bir cemiyet ve çetede amirliği ve kumandayı veya hususi bir vazifeyi haiz olursa on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur.

Cemiyet ve çetenin sair efradı beş seneden on seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır."

hükümlerini amirdi. Örgütlü suçluluğu ve örgüt üyesi olmayı cezalandırmaya yönelik bu maddede, örgüt tanımı yer almamak-

³⁵ Turinay'a göre 141. maddenin 1936 yılı değişikliğinden sonraki hali modern anlamda terör tanımına yakındır zira anılan hüküm; bu tarihten itibaren şiddet unsurunu da içermektedir: Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı," 59.

³⁶ "Somut olayda sanığın, Anayasal düzeni yıkıp yerine teokratik esaslara dayalı bir devlet kurmak amacıyla oluşturup yönettiği örgütün silahlılaşması ve amaca yönelik vahim eylemler planlaması suça hazırlık hareketi niteliğinde olup icra hareketine dönüşmediği, bu aşamada eylemin Anayasa'yı ihlal suçunu oluşturmayacağı ancak, sanığın tamam olan ve esasen suç oluşturan eyleminin silahlı terör örgütü kurmak ve yönetmek suçunu oluşturup hukuki durumunun suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı TCK'nın 168/1 ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 314/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve tayin olunacak cezanın teşdiden uygulanması suretiyle lehe yasanın belirlenmesi gerektiği gözetilmeden suç vafında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...": Yar.9. CD, E. 2009/11204, K. 2010/855, 25.01.2010.

taydı. 11.06.1936 tarih ve 3038 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile getirilen değişiklik ile örgütlü suçtan bahsedilebilmesi için gereken amaç suçlarda değişiklik yapılmış ve amaç suç olarak 765 sayılı TCK'nın 125, 131, 146, 147, 149 ve 156. maddeleri gösterilmişti. 21.01.1983 tarihli ve 2787 Sayılı Kanun'un 11. maddesi ile de 168. maddenin 1. fıkrasına giren suçların cezası on beş yıldan az olmamak üzere, 2. fıkrasına giren suçların ise cezası on yıldan on beş yıla kadar olmak üzere ağır hapis cezası olarak gösterilmiş ve bu suretle cezalar ağırlaştırılmıştı.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesinde örgüt tanımının yer almaması kanaatimizce bir eksiklik olup bu eksiklik 12/04/1991 tarihli ve 3713 sayılı TMK ile giderilmişti. TMK'nın yayımlandığı ilk halinde; 1. maddenin 1. fıkrasında örgüt, terörün bir unsuru olarak sayılmış, aynı maddenin 2 ve 3. fıkrasında da örgütün tanımı yapılmıştı. Anılan hükümlerde örgüt;

"Bu Kanunda yazılı olan örgüt, iki veya daha fazla kimsenin aynı amaç etrafında birleşmesiyle meydana gelmiş sayılır.

Örgüt terimi, TCK ile ceza hükümlerini içeren özel kanunlarda geçen teşekkül, cemiyet, silahlı cemiyet, çete veya silahlı çeteyi de kapsar."

ifadeleriyle tanımlanmıştı. TMK m. 1/2, 15.07.2003 tarihli ve 4928 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile değiştirilerek *"İki veya daha fazla kimsenin birinci fıkrada yazılı terör suçunu işlemek amacıyla birleşmesi halinde bu Kanunda yazılı olan örgüt meydana gelmiş sayılır."* halini almıştı. Söz konusu değişiklikte; bu kanun kapsamındaki örgütün meydana gelmesi bakımından her amaç üzerinde değil ve fakat 1. fıkrada belirtilen terör suçunu işlemek amacı üzerinde birleşmesi zorunluluğu vurgulanmıştı.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrasında ise *"...bu Kanunun 1 inci maddesinin kapsamına giren örgütleri her ne nam altında olursa olsun kuranlar veya bunların faaliyetlerini düzenleyenler veya yönetenler beş yıldan on yıla kadar ağır hapis ve ikiyüzmilyon liradan beşyüzmilyon liraya kadar ağır para cezası, bu örgütlere girenler üç yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve yüzmilyon liradan üçyüzmilyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar."* hükmüne yer verilerek 1. maddede tanımlanan örgütleri kuran, yöneten veya bunların faaliyetlerini dü-

zenleyenlerin cezalandırılmasının yanında bu örgütlere girenlerin yani örgüt üyelerinin de cezalandırılması öngörülmüştü. Devam eden fıkralarda yardım ve propaganda fiillerini düzenleyen hükümler de bulunan TMK m. 7 hükmü; 2002, 2003, 2006, 2013 ve 2015 yılları arasında değişikliğe uğramışsa da terör örgütüne üye olma suçunu düzenleyen 1. fıkra hükmü, yalnızca 2006 yılında söz konusu maddeyi yeniden yazan 09.06.2006 kabul tarihli, 18.07.2006 tarih ve 26232 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5532 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile değiştirilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın kabulünün getirdiği zorunlu bir değişiklik olan³⁷ bu düzenleme ile TMK m. 7/1 hükmü "*Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar TCK'nun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır.*" halini almıştır. Anılan değişiklikte örgüt tanımının, TCK'ya bırakılması da amaçlandığından yine 5532 sayılı Kanun ile TMK'nın 1. maddesinin terör örgütünü tanımlayan 2 ve 3. fıkraları ilga edilmiştir (5532 sayılı Kanun m. 17).

TMK m.7/1'in atıfta bulunduğu TCK m. 314'te de bir örgüt tanımını bulunmamakta olup örgütün ne olduğu sorunu, TCK m. 314/3'te yer alan atıf gereği, TCK'nın, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu düzenleyen 220. maddesi çerçevesinde ele alınmalıdır. TCK m. 220/1'de bulunan "*Kanununun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.*" ifadeleriyle örgüt tanımına da yer verilmiştir. Buna göre örgüt, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacını taşıyan, yapı ve araç gereç bakımından amaç suçları gerçekleştirmeye elverişli ve en az üç kişiden oluşan yapıdır.³⁸

³⁷ Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı," 62.

³⁸ "5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen "suç işlemek için örgüt kurmak" suçunun işlendiğinin ve örgütün varlığının kabul edilebilmesi için; üye sayısının en az üç kişi olması, üyeler arasında soyut bir birleşme değil gevşek de olsa hiyerarşik bir ilişkinin

Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alan terör tanımında örgüt, yöntem ve amaç unsurlarına açıkça değinilmiş ve terör suçları sayılmış olmakla birlikte, fiilin devlet tarafından işlenmemesi mevzuatın bütününe sirayet etmiştir. Bir organizasyonun ne zaman örgüt niteliği kazanacağı TCK'ya bırakılmıştır. TMK'nın, TCK m. 314'e yaptığı atıf çerçevesinde silahlı olmanın terör örgütü bakımından bir gereksinim olup olmadığı ve dolayısıyla terör örgütünün bir araç unsurunun bulunup bulunmadığı incelemeye değerdir.

1. Örgüt

Kanun koyucu, Türkiye'nin örgütlü yapılara karşı sürdürdüğü terörle mücadele tecrübesinden de hareketle terörün unsurları arasında örgütü de saymış ve TMK'nın 1. maddesinin 1. fıkrasında “...bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek...” ifadesine yer vermiştir. Belirtmek gerekir ki kanaatimizce bu düzenlemenin varlığı, güncel gelişmeler de ele alındığında gözden geçirilmeye muhtaçtır. Zira günümüzde terör kapsamında değerlendirilmesi gereken birtakım fiiller örgüt bağlantısı bulunmayan kişilerce de işlenebilmektedir. Örneğin Norveç vatandaşı, fanatik bir İslam karşıtı ve aşırı sağcı³⁹ Anders Behring BREIVIK'in 22.07.2011 tarihinde bomba ve ateşli silah kullanarak gerçekleştirdiği eylemlerde ekseriyeti gençlerden oluşan çok sayıda kişi hayatını kaybetmiş daha fazlası ise yaralanmış⁴⁰ ancak failin herhangi bir terör örgütü ile bağı

bulunması, suç işlenmese bile suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin olması, niteliği itibarıyla devamlılık göstermesi gereklidir. Örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması da aranmalıdır. Örgüt yapılanmasında, işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün, ancak zorunlu değildir. Soyut olarak sanık sayısının üç kişiden fazla olması örgütün varlığının kabulü için yeterli olmayıp, bu durumda iştirak ilişkisinden söz edilebilir.”: Yar. 10. CD, E.2011/26876, K. 2012/7126, 09.04.2012.

³⁹ Gunnar Thomassen, Jon Strype ve Marit Egge, "Trust no Matter What? Citizens' Perception of the Police 1 Year after the Terror Attacks in Norway," *Policing: A Journal of Policy and Practice* 8, no. 1 (2014): 79–87. 80.

⁴⁰ Thomassen, Strype ve Egge, "Trust no Matter What? Citizens' Perception of the Police 1 Year after the Terror Attacks in Norway," 80.

tespit edilememiştir.⁴¹ Doktrinde “yalnız kurt” olarak da nitelendirilen,⁴² herhangi bir örgüt bağlantısı bulunmayan kimselerin de terör olarak kabul edilmesi gereken fiilleri gerçekleştirebilmeleri karşısında Belçika ve Fransa gibi ülkelerde de benimsendiği⁴³ üzere bireylerin, herhangi bir örgütten bağımsız ve örgütle alakasız olarak terör suçu işleyebileceği yönündeki bir kanun değişikliği kanaatimizce isabetli olacaktır.

Türk ceza mevzuatı açısından bakıldığında ise örgüt, terörün bir unsurudur. Bu itibarla terör örgütüne üye olmak suçundan bahsedebilmek için her şeyden önce bir örgütün varlığı ve bu örgütün TMK’da gösterilen terör niteliğini taşıması gerekmektedir.⁴⁴ Kanunda örgüt tanımına yer verilmiş olmakla birlikte doktrin ve uygulamada örgütün unsurları şu şekilde belirtilmiştir:

Örgütün birinci unsuru kişidir. Bir örgütün kurulabilmesi için kanunun aradığı ilk şart en az üç kişinin bir araya gelmesidir.⁴⁵ Herkes örgüte üye olabilir, örgüt yönetebilir yani örgütün kişi unsuruna dâhil olabilir.⁴⁶ İsnat yeteneği bulunan üç kişinin varlığı, örgütten bahsedebilmek için şarttır.⁴⁷

⁴¹ Turinay, “Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı,” 42; Söz konusu olay, Norveç ceza mevzuatındaki benzer eksiklik dolayısı ile terör suçu olarak nitelendirilememiştir. Bkz. Turinay, “Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı,” 43.

⁴² Burak Tanğör ve Sevinç Sayın, “Avrupa Birliği’nin Terörizmle Mücadele Stratejisi: Yeni Bir Bütünleşme Alanı Mı?” AAÇD, no. 1, (2012): 85-118, 104; Turinay, “Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı,” 42.

⁴³ Turinay, “Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı,” 43, 44.

⁴⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 6, 8918.

⁴⁵ Baltacı, *Yeni TCK ve CMK’da Terör Suçları ve Yargılaması*, 321; İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 3, (Ankara: Yazarın Kendi Yayını, 2013), 3626; Üç kişi şartı, elverişlilik yönü ile yeterli olmayabilir: Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2007), 318; Ahmet Gündel, *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması* (Ankara: Yazarın Kendi Yayını, 2009), 4413.

⁴⁶ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. Cilt 5, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 6627.

⁴⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, 6628; Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 3, 3628.

Örgütün ikinci unsuru suç üzerinde birleşmedir.⁴⁸ Bir örgütten bahsedilebilmesi için; örgütün amaçladığı suçun da işlenmesine gerek bulunmamaktadır. Zira 5237 sayılı TCK'nın suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu düzenleyen 220. maddesinde yer alan örgüt kurma ve örgüte üye olma fiilleri ile esasen bir hazırlık hareketi cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla, bir örgüte üye olmak için bu örgütün ayrıca bir terör suçu işlemesine gerek yoktur, örgütün bu suçu işlemek amacını benimsemesi yeterlidir. Birleşilen suç, örgütün amacı doğrultusunda belirsiz sayıda olmalıdır. Bir örgütün terör örgütü olarak değerlendirilebilmesi için üzerinde anlaşılması gereken suçlar, mevzuatta sayılmış olup konuya aşağıda değinilecektir.

Örgütün varlığı bakımından üçüncü bir unsur sürekliliktir.⁴⁹ Buna göre bir yapının örgüt addedilebilmesi için süreklilik arz eden bir nitelik taşıması gerekmektedir. Yani üzerinde birleşilen suçun kapsamı çizilmiş olsa dahi bu suçları belirli bir amaç doğrultusunda sürekli işleme iradesi de örgütün varlığı tarafından gereklidir. Başka bir ifade ile belirli bir suçu bir kereye mahsus işlemek üzere bir araya gelen kimseler, örneğin belirli bir akşam, belirlenen adreste gerçekleştirilmesi planlanan hırsızlık suçunu işlemek üzerinde anlaşan üç kişi, örgüt kurmuş olmazlar.⁵⁰ Benzer şekilde 5237 sayılı TCK'nın 4 ve 5. bölümlerinde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere anlaşan kişiler; örgütlü suçtan değil, aynı kanunun 316. maddesinde düzenlenen suç için anlaşma suçundan cezalandırılacaktır.

⁴⁸ Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 3, 3628; Gündel, *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, 4413, 4414.

⁴⁹ Baltacı, *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması*, 320; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, 6631; Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 3, 3625, 3627; Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 318; Gündel, *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, 4413.

⁵⁰ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, 6631; İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 4 (Ankara: Yazarın Kendi Yayını, 2013), 4816.

Örgütün dördüncü unsuru hiyerarşidir.⁵¹ Örgütlü yapılar; hiyerarşik niteliktedir. Buna göre örgüt üyeleri, örgütün yöneticilerinin emir ve talimatlarına uyarlar. Hiyerarşinin mutlak olarak her emre itaat anlamı taşımadığı ancak örgütlü bir yapının niteliği gereği olan emir komuta zincirinin asgari düzeyde varlık göstermesinin yani gevşek bir hiyerarşinin yeterli olacağı kabul edilmektedir.⁵² Üyelerinin bir kısmı veya tamamının kamu görevlisi olması veya aralarında işçi-işveren ilişkisinin bulunması tek başına bir yapının hiyerarşi unsuru yönüyle örgüt niteliği taşıdığı anlamına gelmez. Ancak kamu görevliliği veya iş ilişkisi dolayısıyla elde edilen unvanların örgütün işleyişine sirayet ederek bir emir komuta zincirine dönüşmesi halinde hiyerarşi unsuru tamamlanmış olur. Yargıtay da örgüt hiyerarşisinin, bağımsız veya başka bir hiyerarşik zincire paralel olarak doğabileceğini kabul etmektedir.⁵³ Benzer durum, yasal bir yapının örgüte dönüşmesi halinde de söz konusudur.⁵⁴

Örgütün hiyerarşi unsuru, örgütün kişi unsurunun emir alacak ve verecek kimselerden oluşmasını gerektirir. Bu nedenle örgütün kuruluşundaki herkesin muhakkak örgüt yönetici olduğu söylenebilir. Örgütün kuruluşu aşamasında da örgüte üye olunabilir.

Belirtmek gerekir ki Türk ceza mevzuatında bir yapının örgüt niteliği taşıyıp taşımadığı ve terör kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, mahkemelerin yetkisine bırakılmıştır. Ancak

⁵¹ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, 6633; “Örgüt soyut bir birleşme olmayıp, bünyesinde hiyerarşik bir yapının, ast-üst ilişkisinin, emir-komuta zincirinin hakim olduğu yapılanmayı ifade eder. Böylece örgüt, mensupları üzerinde hakimiyet tesis eden bir güç kaynağı mahiyetini kazanmaktadır.”: Yar. 16. CD, E.2016/7162, K.2017/4786, 18.07.2017.

⁵² Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, 6633; Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 318.

⁵³ “...hiyerarşik ilişkinin merkezi, gevşek veya sıkı, menfaate, güce, korkuya veya başka bir sebebe dayalı, müstakil veya başka bir hiyerarşiyeye paralel olabileceği, ...”: Yar. 9. CD, E.2011/10473, K.2014/2696, 11.3.2014.

⁵⁴ “...bir suç örgütü baştan itibaren, suç işlemek üzere kurulmuş illegal bir yapı olabileceği gibi, legal olarak faaliyet göstermekte olan bir sivil toplum örgütünün sonradan bir suç örgütüne, hatta terör örgütüne dönüşmesi de mümkündür.”: Yar. 16. CD, E.2015/3, K.2017/3, 24.4.2017.

uygulamada mahkemelerce, terör örgütlerinin neler olduğu, emniyet teşkilatı gibi devletin ilgili birimlerine sorulmaktadır.⁵⁵

2. Yöntem

Terörle Mücadele Kanunu'nda terör faaliyetinin mutlaka cebir veya şiddet içermesi gerektiği öngörülmekle birlikte bu cebir ve şiddetin baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerini esas alması aranmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin yakın anlamlı sözcüklerin, mevzuatta yer edinmiş ve ceza hukuku anlamında bir terim değeri taşır hale gelmiş olmaları dolayısıyla bir arada kullanılmasında sakınca bulunmadığı yönündeki değerlendirmesi, kanaatimizce isabetlidir.⁵⁶ Ancak "tehdit edilmek" "cebir ve şiddet kul-

⁵⁵ Terör örgütlerinin neler olduğunun devletin ilgili birimlerine sorulması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 4, 4817.

⁵⁶ "a) Bu konuda aranacak ilk koşul, eyleme, "baskı", "cebir ve şiddet", "korkutma", "yıldırma", "sindirme" ya da "tehdit" yöntemlerinden biriyle girilmiş olunmasıdır. Bunlardan "cebir ve şiddet" ve "tehdit" ceza uygulamasının yerleşmiş kavramlarıdır. Ceza Yasası'nın pek çok maddesinde, suçun ögesi olarak ya da ağırlaştırıcı öge olarak cebir ve şiddet ve tehdit, ya tek, ya da üçü bir arada olmak üzere yer verilmektedir.

Öğretide "şiddet" sözcüğünün, kaynak yasada kimi yerde "cebir ve şiddet", kimi yerde "şiddet" olarak çevrildiği, kaynak Yasanın kullandığı sözcüğe "cebir" in daha uygun düşeceği, cebrin "Maddi" ya da "Manevi" olabileceği, "Manevi cebir" in ise "Tehdit" ten başka bir şey olmayacağı, bu nedenle maddede ayrıca "Tehdit" sözcüğünün kullanılmasının gereksiz olduğu ileri sürülmektedir. Türk Ceza Yasası'na göre, tehdit, aynı zamanda başlı başına bir suçtur. 188. maddede "Bir kimse bir şeyi işlemek veya işlenmesine müsaade etmek ya da o şeyi işlemeye mecbur etmek için diğer bir kimseye zor kullanır veya onu tehdit eder" se denilerek koşullu tehditin, 191. maddede, "Bir kimse kanunda yazılı hallerin haricinde başkasını ağır ve haksız bir zarara uğratacağını bildirerek tehdit eder" se denilerek basit tehdidin tanımı yapılmaktadır. Diğer suçların ögesi, ya da ağırlaştırıcı bir neden olarak cebir, şiddet ve tehdit eylemlerinin mutlaka tehdit suçunu oluşturacak nitelikte olmaları gerekmez. Öte yandan, kimi maddelerde bu kavramların "eşhas aleyhinde şiddet" (TCY md. 193/2), "eşya üzerinde kuvvet" (TCY md.308/1), "şahsen veya manen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit" (TCY md. 495-496) gibi özellikli olması aranmıştır.

İncelenen kuralda yer alan "cebir, şiddet, tehdit" kavramları Türk Ceza Yasası'nda sıkça karşılaşılan öğelerdir. Buna karşılık, "baskı, korkutma, yıldırma, sindirme" kavramlarına pek başvurulmamıştır. Türk Ceza Yasası'nın 498. maddesinde korkutmaktan söz edildiği görülmektedir. Ancak, bu madde 496. ve 497. maddelerle birlikte düşünülürse, bu sözcüğün tehditle eşanlamlı olarak kullanıldığı görülür. Sözlükte yıldırma, "Korkutma, sindirme, yıl-

lanmak" daha ziyade bir aksiyonu ifade ederken "baskı altına alınmak", "yıldırılmak" veya "sindirilmek" eylemin muhatabının durumunu da ortaya koymaktadır. Bu kelimelerinin sırası ve bir arada kullanılış biçimi anlam karışıklığına yol açmaktadır. Bu itibarla kanuni düzenleme, dilbilgisi açısından hatalıdır.⁵⁷ Diğer taraftan terörist eylemler neticesinde baskı altına alınan, yıldırlan veya sindirilenin kimler olduğu açıklık ilkesi gereği asgari olarak ifade edilmelidir. Bu gerekçelerle TMK m. 1 hükmünde yer alan, "...cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle..." ifadesinin, "...cebir, şiddet veya bu yönde ağır bir tehdit kullanmak suretiyle toplumun tamamını ya da bir kesimini baskı altına almak, korkutmak, yıldırma veya sindirmek yöntemiyle..." şeklinde değişmesi halinde kanun koyucunun iradesinin daha doğru bir ifade ile kanun metnine yansıtacağı kanaatindeyiz.

Kanunun hazırlık hareketini dahi suç sayan düzenlemesi⁵⁸ karşısında terörün varlığından söz edebilmek için bu yöntemlerden birinin icraya geçirilmiş olması gerekli değildir; benimsenmesi yeterlidir. Öte yandan cebir ve şiddetin belirli bir yoğunluğa erişmesi

gınlığa uğratmak, yılmasına neden olmak" biçiminde tanımlanmaktadır. Görülüyor ki, inceleme konusu kuralda yer alan tüm kavramlar ya eş anlamlı ya da birbirine çok yakın anlamlı sözcüklerden oluşmaktadır. Bir eylemin bu kavramlardan hangisinin kapsamına girdiğini saptamaya çoğu kez olanak bulunmayabilir. Sözlükte, "Baskı" sözcüğü, "Hak ve özgürlükleri kısıtlayarak zor altında bulundurma durumu", olarak tanımlanmaktadır.

Birbirine yakın olan bu kavramlardan "cebir ve şiddet" birlikte, diğerleri bağımsız olarak maddede yer almışlardır. Bunlardan herhangi birinin varlığı, diğer koşulların da gerçekleşmesiyle "terör"den söz edebilmek için yeterlidir.

Ceza uygulamasının bilinen kavramlarına, yakın anlamlara gelen yeni sözcükler eklenmesinden çok, baskı, cebir ve şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme, tehdit öğeleri, "yöntem" olarak nitelendirilmekle bu kavramlara yeni boyutlar kazandırılmıştır. "Yöntem" sözcüğünün kullanılması ile bu kavramlara "kitleleri hedef alan", "belli bir yoğunluk", "şiddet ve sistem içinde yapılma" ve "örgütsel bağ" gibi yeni anlamlar edindirilmiştir. Korkutma, yıldırma, sindirme bir saik olarak değil, etkili bir yöntem olarak anlaşılmalıdır.": AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, 31.03.1992.

⁵⁷ Aynı yönde bkz. Zafer, "Terörün Tanımı ve Yapısal Özellikleri," 28ff.

⁵⁸ Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt 4, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 4205; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, 6657.

ya da erişebileceğine yani elverişliliğine dair verilerin bulunması gereklidir.⁵⁹

Doktrinde şiddet ve cebrin, manevi şiddet olarak, örneğin ekonomiye müdahale edilmesi yolu ile gerçekleştirilmesinin de mümkün olduğu ileri sürülse de,⁶⁰ kanun hükümde yer alan şiddet ve cebir kavramları ekonomik gücün kötüye kullanılmasını da kapsayacak biçimde geniş anlaşılabilir. Yalnızca ekonomik araçların kullanılması, terörün yöntem unsurunu karşılamaya yeterli değildir.

3. Amaç

Terör örgütünü, diğer örgütlerden bilhassa diğer silahlı suç örgütlerinden ayıran önemli bir unsur da amaç unsurudur.⁶¹ Terörist faaliyetler, siyasi bir amaç uğruna gerçekleştirilir.

Terörle Mücadele Kanunu'nda "*...Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak...*" amaçları; terörden bahsedebilmek için bir unsur olarak gösterilmiştir. Diğer unsurları da taşıyan bir suç fiili, bu amaçlardan biri veya birkaçı çerçevesinde işlenmekle terör niteliği kazanacaktır.

4. Terör Suçları

Terörle Mücadele Kanunu'nda, terör kapsamında işlenebilecek suçlar sayma suretiyle belirtilmiş ve bu suçlar arasında mutlak ve nisbi terör suçu ayrımı yapılmıştır. TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddelerinde ve 310. maddesinin 1. fıkrasında yer alan suçlar mutlak terör suçlarıdır (TMK m. 3). Mutlak terör suç-

⁵⁹ Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, 121.

⁶⁰ Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, 121.

⁶¹ Avcı, "Örgütlü Suç Kavramı," 9; Önder Tozman, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 71.

larının, terör kapsamında değerlendirilebilmesi için TMK m. 1'de gösterilen amacın varlığı ayrıca aranmaz.⁶² Bu anlamda söz konusu fiillerin TMK m. 1'de gösterilen terör tanımını karşıladığı yönünde kanun koyucu kesin bir karine öngörmüştür.

Türk Ceza Kanunu'nun 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319. maddeleri ile 310. maddesinin 2. fıkrasında yer alan suçlar, 10.07.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan suçlar ve 31.08.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 110. maddesinin 4 ve 5. fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları, 10.07.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, Anayasa'nın 120. maddesi çerçevesinde olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar ile 21.07.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. maddesinde tanımlanan suçun da; TMK'nın 1. maddesinde belirlenen amaç çerçevesinde kurulan örgüt tarafından işlenmesi halinde terör suçu sayılacağı TMK'nın 4. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan "terör örgütü" hususunda TMK m. 7/1'in atıfta bulunduğu TCK m. 314 anlamında bir örgütten bahsedebilmek için TCK'nın ikinci kitap, dördüncü kısım, dördüncü ve beşinci bölümlerde yer alan suçlar üzerinde anlaşılması gerekmektedir. Bu itibarla, örneğin kadınların eğitim hakkını ortadan kaldırmak amacıyla okul basıp cinayet işleyerek insanları kız çocuklarını okula göndermemeleri yönünde korkutan bir örgütün, terör örgütü kabul edilip edilmeyeceği sorunu gündeme gelecektir. Zira böyle bir örgüt, TCK'nın ikinci kitap, dördüncü kısım, dördüncü ve beşinci bölümlerde yer alan suçları işlemek üzere kurulmamıştır. Hatta bu yapı araç veya kişi sayısı yönünden anayasal düzeni zorla değiştirmeye ya da iktidarı gasp etmeye elverişli de olmayabilir. Gerçek-

⁶² Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, 124.

ten kız çocuklarını gelişigüzel öldürmekle bir devleti ele geçirmek bakımından gerekli elverişlilik koşulları farklıdır. Yargıtay, terör örgütünden bahsedebilmek için örgütün mutlaka "...*Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap, dördüncü kısım, dördüncü ve beşinci bölümlerde yer alan suçları "amaç suç" olarak işlemek üzere kurulmuş...*"⁶³ olmasını aramaktadır. Kanaatimizce terör örgütünden söz edebilmek için üzerinde anlaşılması gereken suçlar listesi TMK'da sayılan terör suçları ve TCK m. 314'te belirtilen suçların bileşim kümesinden elde edilmelidir. Ancak üzerinde uzlaşılan suçlar mutlak terör suçlarından değilse, örgütün TMK m. 1 hükmünde yer alan amacı taşıması da aranmalıdır.

Esasen TMK m. 1 hükmünde belirtilen amaç doğrultusunda "*bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden eylem*" terör olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlı bir suç listesi ile daraltmakta kanaatimizce isabet bulunmaktadır. Açık bir biçimde ortaya konmaları kaydıyla amaç ve yöntem unsurlarına dayanan bir terör tanımının, iç hukukta, bir suç listesine gerek olmayacak biçimde yeterli olduğu inancındayız.

5. Araç (Silah)

5532 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce; terör örgütleri, silahlı ve silahsız olarak ikiye ayrılmakta ve silahsız terör örgütlerine üye olanlar TMK m. 7; silahlı terör örgütüne üye olanlar ise 5237 sayılı TCK m. 314 hükmü çerçevesinde cezalandırılmaktaydı.⁶⁴ Değişiklik sonrasında ise silahın, terör örgütünün bir unsuru olup olmadığı sorunu gündeme gelecektir.

Doktrinde bir görüşe göre silahsız olarak da cebir ve şiddete başvurarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit oluşturabilen örgütler terör örgütü olarak nitelendirilmelidir.⁶⁵ Diğer taraf-

⁶³ Yar. 16. CD, E.2015/3515, K.2015/2323, 15.7.2015.

⁶⁴ Baltacı, *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması*, 332ff.

⁶⁵ Aynı yöndeki görüş için bkz. Baltacı, *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması*, 333.

tan çoğu durumda silahsız olarak cebir veya şiddete dayalı korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit oluşturabilmek oldukça uzak bir ihtimal olduğundan örgüt, amacın gerçekleştirilebilmesi bakımından elverişsiz olarak kabul edilebilir.⁶⁶ Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre ise silah, TCK m. 314 gereğince, terör örgütünden bahsedebilmek için kanunun aradığı bir unsurdur.⁶⁷ 5532 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde TMK m. 7/1'in atıfta bulunduğu TCK m. 314 hükmünde yer alan silah unsuru da tipikliğe dâhil edilmiştir.⁶⁸ TMK m. 7/1 hükmünde yer alan "...Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır." ifadesinde yapılan atıf yalnızca TCK m. 314'te belirtilen ceza miktarına değil TCK m. 314'teki hükmün bütünüdür ve dolayısıyla TCK m. 314'te yer alan "silahlı örgüt" ifadesine de atıf söz konusudur.

Yargıtay, istikrar kazanan uygulamalarında, silahlı ve silahsız terör örgütü ayrımı yapmaktadır ve silahsız terör örgütlerine üyeliğin TMK m. 7/1 hükmünün yollamasıyla TCK m. 314/2 hükmü çerçevesinde cezalandırılacağı, silahlı terör örgütlerine üyelikte ise doğrudan TCK m. 314/2 hükmünün uygulanacağı yönünde karar vermektedir.⁶⁹ Bunun pratik sonucu olarak Yargıtay, silahın bu-

⁶⁶ İşlenmek istenen amaç suçlara elverişsiz yapılar örgüt niteliği taşımaz, bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, 6633; Çetin Arslan ve Bahattin Azizağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2004), 906; Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 3, 3626; Gündel, *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, 4414; "...örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması aranmalıdır. Bu bakımdan, örneğin sadece üç kişinin bir araya gelmesi, devletin ülke bütünlüğünü bozmaya yönelik suçları işleme açısından somut bir tehlike taşımayabilir; buna karşılık, ekonomik çıkar sağlamaya yönelik suçlar açısından elverişli olabilir.": Yar. CGK, E.2012/6-1490, K.2013/59, 19.02.2013.

⁶⁷ İzzet Özgenc, *Terörle Mücadele Kanunu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), 63; Mehmet Taştan, *Açıklamalı İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 85.

⁶⁸ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt 4, 4204; Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı," 75.

⁶⁹ "Silahlı terör örgütü niteliğinde olan ... örgütüne üye olma suçundan sanığın cezalandırılmasına karar verilirken doğrudan TCK'nın 314/2. maddesi uyarınca uygulama yapılması gerekirken silahsız terör örgütlerini tanımlayan 3713 sayılı Kanununun 7/1. maddesi yollamasıyla TCK'nın 314/2. maddesi uyarınca hüküm kurulması,": Yar. 9. CD,

lunduğu veya silaha kolayca erişim sağlayabildiği tespit edilemeyen örgütleri, diğer koşullar söz konusu ise terör örgütü kabul etmektedir. Bu yöndeki uygulamada kanaatimizce isabet bulunmamaktadır.

E.2013/13273, K.2014/4290, 10.4.2014; "...3713 sayılı Kanununun 7/1. maddesi uyarınca silahsız terör örgütü kabul edilen ... örgütüne üye olmak suçundan mahkumiyet kararı verilirken B başlıklı hükmün birinci maddelerinin "3713 Sayılı Kanun'un 7/1. Maddesi yollamasıyla TCK'nın 314/2. maddesi uyarınca" şeklinde olması gerekirken sadece "TCK'nın 314/2 Maddesi" şeklinde yazılması...": Yar. 16. CD, E.2015/1269, K.2017/5330, 14.11.2017; Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin aynı yönde vermiş olduğu kararda yer alan karşı oy gerekçesinde, "1)Terörle Mücadele Kanunu yürürlüğe girdiği günden bu yana pek çok kez değişikliğe uğramıştır. "Terör örgütü" kavramı açısından en önemli değişikliklerinden biri 2006 yılında kabul edilen 5532 sayılı Kanununun 17. ve 1. maddeleriyle, Terörle Mücadele Kanununun 1. maddesinin örgüt kavramını düzenleyen ikinci ve üçüncü fıkralarının ilga edilmesi ve maddenin başlığının, "terör ve örgüt tanımı" iken "terör tanımı" haline getirilmesiyle "örgüt tanımı"nın Terörle Mücadele Kanunundan çıkarılmasıdır.

İkinci önemli değişiklik ise 5532 sayılı Kanununun 6. maddesiyle Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinin Türk Ceza Kanununun 314. maddesindeki "silahlı örgüt" suçuna atıfta bulunacak şekilde değiştirilmesidir. Yapılan bu atfın sadece cezaya değil unsurlara da yapıldığı gerekçede açıkça belirtilmiştir. 7. maddedeki değişiklikten sonra silahsız "terör örgütü" diye bir düzenleme mevzuatımızda kalmamıştır. Zira 7. madde hem 1. maddeye hem de 5237 sayılı yasanın 314. maddesine atıfta bulunduğu ve bu değişiklikten önce 756 sayılı yasanın 141,142 ve 163. maddelerde düzenlenen suçların istisna tutulması gibi istisnalarında olmadığı dikkate alındığında 5237 sayılı yasanın 314. maddesine yapılan atfın hem unsura hem de cezaya ilişkin olduğunun kabulü zorunludur.

...

c) Araç-Gereç: Terör örgütü cebir ve şiddet kullanmak suretiyle Anayasal düzene ve ülke bütünlüğüne karşı işlenen suçları işlemeği hedeflediği için silahlı bir örgüt türüdür. (TMK m. 7, TCK 314) Anayasal düzeni değiştirme hedefini gerçekleştirilmesi için topluma ve devletin yetkili kurum ve organlarına karşı cebir ve şiddet uygulayabilmek için mutlaka silahlı olması gerekir. Ancak, bu silahların örgütün malı olması da gerekmez. Gerektiğinde kullanılabileceği silahlar olması yeterlidir.

...

3)Kanun koyucunun 5237 sayılı yasanın 220. ve 314 maddelerinde suç örgütü ve silahlı terör örgütünü düzenlemek ve 5532 sayılı yasa ile 3713 sayılı yasanın 1.ve 7. maddelerindeki değişiklik ile mevzuatı sadeleştirdiği, 5532 sayılı yasa ile 3713 sayılı yasa maddesini sadece atf maddesine dönüştürmüş olmasına rağmen Yargıtay 9.Ceza Dairesi ve Dairemizin bu değişikliğin amacına ve gerekçesine aykırı yorumla silahlı ve silahsız terör örgütlerinin varlığını 7. maddeye dayandırarak kabulü Anayasanın 38. maddesinde tanımlanan "suç ve cezaların kanuniliği" ilkesine aykırı düşmektedir.": Yar. 16.CD, E.2015/2084, K.2017/5026, 05.10.2017.

Yargıtay'ın, 16. Ceza Dairesi'nin 2017/4786 sayılı kararında olduğu gibi yakın tarihli kararlarında ise bu yerleşik içtihadını değiştirerek silahı, terör örgütünün zorunlu bir unsuru olarak kabul etmeye başladığı doktrin tarafından tespit edilmiştir.⁷⁰

Silah unsurunun tamamlanabilmesi için silahların mülkiyetinin mutlaka örgüt mensuplarına ait olması ya da silahların örgütün elinde olması gerekmez. Hatta silahlar devlete dahi ait olabilir. Silahların erişilebilir durumda olması, örgütün istediğinde rahatlıkla gerekli silahları elde edebilecek durumda olması, silah unsurunun karşılanması bakımından, yeterlidir.⁷¹

6. Devlet Olmama

Her ne kadar terör kavramı, bir dönemin siyasi rejimini ifade etmek için kullanılmışsa da ceza hukuku anlamında terör; bir suç örgütünün ve bu örgüt adına gerçekleştirilen suç fiillerinin niteliğini ifade eder. Cezalandırma yetkisinin mutlak sahibi olan devletin suç işleminin mümkün olmaması karşısında ceza hukuku anlamında terörizmden bahsedebilmek için failin devlet olmaması; terör suçunun, devlet tarafından işlenmemesi gerekir. Doktrinde “*devlet terörü*” olarak ifade edilen kavramın⁷² ceza hukuku açısından karşılığının bulunmadığı kanaatindeyiz. Diğer taraftan devlet görevlisi sıfatı taşıyan kişiler, devlet yapılanmasına paralel olarak veya bunun dışına birtakım hiyerarşik yapılar kurarak devletin kanunlarını ihlal edebilirler. Bu halde gerekli unsurların varlığı halinde terör örgütünden söz edilir. Ancak burada terör örgütü olan yapı devlet değil, devlete paralel olarak örgütlenen yapıdır; devletin bütünü veya dev-

⁷⁰ Nurullah Bodur ve Eshat Özkul, *Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 36.

⁷¹ “TCK'nın 314. maddesi bakımından; bir oluşumun, bir yapılanmanın silahlı terör örgütü sayılabilmesi için, TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen suç işlemek için örgüt kurma suçunda örgütün varlığı için gerekli koşullar yanında, Türk Ceza Kanununun ikinci kitap, dördüncü kısım, dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları “amaç suç” olarak işlemek üzere kurulmuş ve amaca matuf bir eylem gerçekleştirmeye yeterli derecede silahlı olması ya da bu silahları kullanabilme imkanına sahip bulunması gerekir.”: Yar. 16. CD, E.2016/7162, K.2017/4786, 18.7.2017.

⁷² Bkz. Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, 60-62.

let kurumlarından biri ya da bir kısmı, terör örgütü olarak nitelendirilemez. Diğer taraftan bir devletin, yabancı bir devleti hedef alan terörist faaliyete sponsor olması mümkündür.⁷³

III. MADDİ UNSURLAR

A. Fail

Terör örgütüne üye olabilmek için failin taşıması gereken özel bir nitelik yoktur. Örgütün kişi unsurunu oluşturacak kimselere ve örgüt üyelerine dair kanunda herhangi bir koşul bulunmadığından herkes örgüte üye olabilir.⁷⁴ Bir kimse, kendisine emir verecek yöneticilerin bir araya gelmesine ön ayak olarak örgüt kurma suçunu işlediği yani kurucusu olduğu örgüte üye olabilir. Bir kimsenin o örgütün kurucusu olması, o örgütün üyesi olmasına engel değildir.

Failin sadece kendi fiili ile gerçekleştirilebilen suçlar, bizzat işlenebilen suçlar olarak adlandırılmaktadır. Bu suçlara dolaylı fail veya müşterek fail olarak katılmak mümkün değildir.⁷⁵ Örgüte üye olmanın gerektirdiği sadakat, örgütün emrine adayacağı irade sadece kişinin kendisine aittir. Bu itibarla terör örgütüne üye olma suçu bizzat işlenebilen suçlardandır.

B. Mağdur

Terör toplumun her ferdinin sağlığına ve malına yöneliktir. Terör örgütüne üye olan fail toplumdaki her bir bireyin güvenliğini tehlikeye düşürür ve huzurunu bozar. Bu nedenle terör örgütüne üye olmak suçunun mağduru toplumdaki her bir bireydir.

Günümüzde terör örgütlerinin etki ve faaliyetleri ülke sınırlarını aşabilmekte, terör örgütleri uluslararası nitelik kazanabilmektedir.⁷⁶ Bu itibarla terör örgütlerini yalnızca ülkenin sınırları içerisinde düşünmemek, uluslararası toplumun ve hatta bütün insanlığın dahi bu suçun mağduru olabileceğini kabul etmek gerekir.

⁷³ Schmid, "The Definition of Terrorism," 48.

⁷⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, 6627.

⁷⁵ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 504.

⁷⁶ Kavlak, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, 202.

C. Maddi Konu

Örgüte üye olarak fail, kendi davranışlarını örgüt emrine sunmakta ve gelecekteki davranışlarını örgütün amaçları doğrultusunda gerçekleştireceği yönünde bir sadakat ortaya koymaktadır. Bu itibarla terör örgütüne üye olmak suçunun maddi konusu, kanaatimizce, failin bedensel varlığıdır.

D. Fiil

Gerek TMK m. 7 anlamında bir terör örgütüne, gerekse 5237 sayılı TCK'nun 314. maddesi çerçevesinde bir silahlı suç örgütüne üye olmak fiilinden bahsedebilmek için 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinde belirtilen örgüte üye olmak fiilinin işlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle örgüte üye olmak fiili, 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesi çerçevesinde ele alınmalıdır:

Örgüte üye olmak fiili, örgüt kurulurken veya örgüt kurulduktan sonra gerçekleşebilir.⁷⁷ Örgüte üye olmak; örgüte yardım sağlamanın ötesinde örgütün emir komuta zinciri içerisinde bir yer edinmek, örgütle bir organik bağ kurmaktır.⁷⁸ Örgüt üyesi, örgüte sadakatini sunarak örgütün hiyerarşik düzeninde kendisine verilen emirleri yerine getirmeye hazır hale gelir. Örgüte katılan fail, örgütün amaçları doğrultusunda hareket etmeyi, örgüt faaliyetlerine katılmayı kabul eder.⁷⁹ Bu nedenle örgüte üye olmak fiili, açısından belirleyici olacak olan hiyerarşi⁸⁰ ve sadakattir. Yargıtay da fiilin tespitinde hiyerarşi ve sadakat unsurlarını ön plana çıkartmaktadır: “Örgüt üyesi, örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan ve bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini örgüt iradesine terk eden kişidir. Örgüt üyeliği, örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hakim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir. Örgüt üyesi örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılmalıdır. Organik bağ, canlı, geçişken,

⁷⁷ Ahmet Caner Yenidünya ve Zafer İçer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu.” *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan MÜHFHAD* 19, no.2 (2013): 797-828, 807.

⁷⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, 6640; Yenidünya ve İçer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu,” 807.

⁷⁹ Yurtlu, 99.

⁸⁰ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt 4, 4204.

etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olup, üyeliğin en önemli unsurudur. Örgüte yardımda veya örgüt adına suç işlemede de, örgüt yöneticileri veya diğer mensuplarının emir ya da talimatları vardır. Ancak örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesidir⁸¹."

Örgüte üye olmak için, failin ayrıca bir suç işlemesi gerekmez. Örgüt yapısı içerisinde dâhil olmak, örgüt üyesi olmak için yeterlidir.⁸² Failin, örgüte amade olmasıyla suç meydana gelmiş olacağından teorik olarak suç teşkil etsin veya etmesin herhangi bir emri yerine getirmesine de gerek bulunmamaktadır. Diğer taraftan suçun ispatı bakımından bir örgüt üyesini, örgüt sempatanından ayırabilmek için failin örgüt hiyerarşisi içerisinde yer aldığı somut deliller ile ortaya koymak gerekmektedir. Zira örgüt ve örgütün emelleri uğruna ölümü bile göze alabileceğini söyleyen birinin kendisinden basit bir fedakârlık istendiğinde gerçekten bu emre itaat edip etmeyeceği konusunda şüphe devam etmektedir. Örgüt üyeliği ancak kişinin, örgütün birtakım emirlerini yerine getirdiğinin somut delillerle tespiti ile anlaşılır. Bu emirlerin tek başına suç teşkil etmesi gerekmez. Önemli olan örgüt üyesinin örgüte sadakatini, örgütle olan bağını, hiyerarşik konumunu ortaya koyabilecek ciddiyette olmasıdır. Örneğin evlenmek, hukuka uygun bir eylem dahi olsa evlilik tercihini örgütün talimatıyla gerçekleştiren kimsenin örgüt üyesi olmadığından söz etmek imkânsızdır. Terör örgütüne üye olan kimseler, diğer suç örgütlerinin aksine, rahat bir yaşam standardına sahip değillerdir,⁸³ hayatlarını küçük ya da büyük fedakârlıklarla örgütün amaç ve stratejilerini hayata geçirmeye adanlar. Failin göstereceği fedakârlık terör örgütüne üyeliğin ispatı bakımından, diğer suç örgütlerine göre daha belirgin bir rol üstlenecektir. Doktrinde Özgüç, örgüt üyeliğinin ispatı için, fedakârlıktan daha dar olarak, örgüt adına suç işleme ölçütünü savunmaktadır.⁸⁴

⁸¹ Yar. 16. CD, E.2017/3466, K.2018/767, 27.2.2018.

⁸² Arslan ve Azızağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 909.

⁸³ Tozman, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, 73.

⁸⁴ İzzet Özgüç, *Suç Örgütleri* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 25ff.

Terör örgütüne üye olma suçu bakımından failin üyeliğinin somut bir tehlike doğurması aranmaz ancak suç teşkil etsin veya etmesin failin eylemlerinin örgütün amaçlarına hizmet edecek biçimde yönelmesi, suç fiilinin ispatı bakımından önem taşır. Failin faaliyetlerinin örgütün amaçlarına hizmet edip etmediği hususunda değerlendirme yapılırken örgütün bütünü ve failin bu örgüt içerisindeki konumu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda yapılacak olan incelemede failin eylemlerinin örgütün amacını gerçekleştirmek bakımından meydana getirdiği tehlike, örgüt üyeliğini açıkça ortaya koyacaktır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda "...'ın üyesi bulunduğu silahlı terör örgütünün, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının cebir ve şiddet kullanarak değiştirme amacına yönelik olarak vahamet arz eden olayları gerçekleştirdiği, sanığın sübutu kabul olunan eylemlerinin amaç suçun işlenmesi doğrultusundaki örgütsel bağlılık ile ülke genelindeki organik bütünlüğüne göre, amacı gerçekleştirme tehlikesi yaratabilecek nitelikte olduğu belirlenip, kovuşturma sonuçlarına uygun şekilde suçun vasfı tayin edilmiş, sanık F. K. 'in anılan örgütün üyesi olduğu kabul edilmiş, cezaları azaltıcı sebebin niteliği takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosya kapsamına göre verilen hükümlerde bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan, ..."85 ifadeleriyle failin örgüte organik bağlılığının, örgütün yapısı gözetilerek araştırılması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu anlamda failin fedakârlıklarının sıklığı veya büyüklüğü, örgüt üyeliğinin ispatını sağlayabilir. Failin gösterdiği fedakârlık, büyük veya sürekli olmasa da örgütün bütünü açısından değerlendirildiğinde üyeliği ortaya koyacak kadar önemli olabilir.

Örgüte üye olmak fiili, kanaatimizce, belirli bir süre için işlenebilir yani fail, belirli bir süre sonra üyelikten ayrılmak üzere örgüte üye olabilir. Ancak bu durumda üyelikten söz edebilmek için belirsiz sayıda suç işleme birlikteliğinin, üye olunan süre zarfında söz konusu olması yani bu süre boyunca failin devamlı olarak belirsiz sayıda suç işlemek üzere örgüt emrinde olması gerekir. Sadece bir yıllığına Türkiye'de bulunacak bir kimsenin, bu sürenin sonunda

85 Yar. 9. CD, E.2011/1055, K.2011/1763, 17.03.2011.

ülkesine dönerek örgütten ayrılacağı bilincinde olması bir yıllık süre boyunca örgütün emrine girmesine engel değildir. Ancak faili belirli bir süre sonra örgütten ayrılacak olması, örgütün süreklilik veya kişi unsurları yönünden örgüt niteliğini kaybetmesine yol açacaksa bu durumda örgütten söz edilemez. Yani failin belirli bir süre için katılması örgütü belirsiz sayıda suç işleyecek dahi olsalar üç kişiden daha az kişiden oluşan veya kişi unsuru sağlansa bile belirli suçları işlemek üzere birleşmiş bir yapıya dönüştürecekse örgüt meydana gelmeyeceğinden örgüt üyeliği de oluşmaz.

Örgüt tarafından test edilmek için örgütten aldığı emirle suç işleyen kimse kanaatimizce örgütten emir almaya başlamıştır. Dene sürecinde ya da kendisini örgüte kanıtlamak için örgütten emir alarak suç işleyen ya da örgütün fedakârlık gerektiren emirlerini yerine getiren fail, örgüte üye olmuştur.⁸⁶ Diğer taraftan kendini örgüte kanıtlamak için örgütten emir almaksızın suç işleyen kimse örgüte üye olmamıştır.

Üyelik, kesintisiz bir fiili ifade eder.⁸⁷ Kesintisiz suçlarda suçun işlendiği tarih, fiilde kesintinin gerçekleştiği tarihtir.⁸⁸ Örgüt üyeliğinde kesinti, hiyerarşik bağlantının kopmasıyla gerçekleşir.⁸⁹

Örgüt üyeliği ve örgüt yöneticiliği fiilleri birbirinden ayrılmalıdır. Bu ayrım, örgüt üyesinin, örgütte bulunduğu hiyerarşik konum ve üstlendiği görevler gözetilerek tespit edilmelidir.⁹⁰ Bir kimsenin örgütü

⁸⁶ "Silahlı örgüte üyelik suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bağ kurulması ve kural olarak süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyetlerin bulunması aranmaktadır. Ancak niteliği, işleniş biçimi, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, örgütün amacı ve menfaatlerine katkısı itibarıyla süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk özelliği olmasa da ancak örgüt üyeleri tarafından işlenebilen suçların faillerinin de örgüt üyesi olduğunun kabulü gerekir.": Yar. 16. CD, E.2017/3466, K.2018/767, 27.2.2018.

⁸⁷ Özgenç, *Suç Örgütleri*, 24.

⁸⁸ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 6, 8928; Yenidünya ve İçer, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu," 821; "Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun temadi eden suçlardan olduğu ve temadının yakalanma ile kesildiği de nazara alındığında, karar başlığında suç tarihinin "12.08.2016" yerine "25.07.2016" olarak gösterilmesi...", Yar. 16. CD, E.2017/3404, K.2018/535, 28.2.2018.

⁸⁹ Özgenç, *Suç Örgütleri*, 24.

⁹⁰ "Failin örgüt yöneticisi olup olmadığı, örgütün organizasyon yapısı, hiyerarşisi ve kişilere verilen görevlerin önemi esas alınmak suretiyle belirlenecektir (Baltacı Vahit Terör Suçları ve

yönetmesi halinde üye olma değil yönetme fiilini işlemiş olacağı tartışmasızdır.⁹¹ Diğer taraftan örgütte alelade bir üye iken sonradan yönetici olan ya da yönetici iken alelade bir üyeye dönüşen kimseler de örgüt üyesi kabul edilmelidir. Örgüt üyeliği ile örgüt yöneticiliği suçlarının birbirinden farklı suç fiilleri olması ve her bir suç fiilinin kesintisiz suça vücut verdiği dikkate alındığında; bu kimselerin örgüt içerisindeki rollerinde meydana gelecek değişiklik, önceki rollerindeki suçu kesintiye uğratacak ve yeni bir suça vücut verecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus; örgüt içerisindeki roller, devlet memuriyetinde olduğu gibi resmi prosedürlerle değişmediğinden, kesintiye vücut verecek rol değişikliklerinin, kesintiye yol açması için mutlaka belirgin ve önemli olması gerektirir. Örgüt içerisinde zaman zaman önemli olmayan yöneticilik işlerini yerine getiren alelade bir üyenin bu sıralarda yönetici sıfatı kazandığından söz edilemez. Aynı şekilde örgütün eylem ve stratejileri çerçevesinde bir süre pasif kalan bir yöneticinin konumunun üyeliğe dönüştüğü kabul edilemez.

E. Üyeliğin Kabul Görmesi

Türk Ceza Kanunu m. 220'nin gerekçesinde "...Örgüte üye olmak fiili bir katılmadır. Örgüte üye olmak için örgüt yöneticilerinin rızasının varlığına gerek yoktur. Tek taraflı iradeyle de katılmak mümkündür." ifadelerine

Yargılaması sh.183). Bu tespitte belirleyici olan, failin örgüt hiyerarşisi içindeki sıfatı değil ve fakat yönetip yönlendirdiği faaliyetlerin, örgütün amaç ve etkinliği bakımından önemidir. Bu nedenle failin hiyerarşik konumu, üstlendiği görevler esas alındığında dahi belli bir hiyerarşik seviyenin üstünde bulunan kişilerin yönetici olarak kabulünde zaruret vardır. Zira gerek kanunun koyucunun aynı cezai yaptırımını öngörerek örgüt yöneticiliğini, örgüt kurma fiili ile aynı ağırlıkta bir ihlal olarak görmesi, gerek mülga 765 sayılı TCK'nın 168 maddesinde yer alan, "silahlı çetede amirliği ve kumandayı haiz olmak" ve 141. maddesindeki, "cemiyetlerin faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare etmek" kavramları ile mer'i 3713 sayılı Kanununun 7/1 maddesinde yer verilen "örgütün faaliyetlerini düzenleyenlerin de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılacağına" dair kavramlar gerekse örgütle kurulan "organik bağın" sonucu olarak her seviyede belli ölçüde talimat alma-verme, astları yönetme olgusunun, örgütlü suçların doğasında mündemiç bulunması birlikte değerlendirildiğinde, yöneticilikten maksadın hiyerarşik yapının belli seviyede üst katlarını ifade ettiğini kabul etmek gerekir. Bu görüş Yüksek Yargıtayın istikrar kazanmış uygulamalarında da benimsenmiştir. Nitekim silahlı terör örgütlerinin kırsalda faaliyet gösteren tim, manga, bölük sorumluları ile faaliyet yoğunluğu bulunmayan kimi il sorumluları örgüt yöneticisi olarak değil, örgüt üyesi olarak cezalandırılmaktadır.": Yar. 16. CD, E.2018/7060, K.2019/2731, 18.04.2019.

⁹¹ Taştan, Açıklamalı İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu, 81.

yer verilmiştir. Ancak emir komuta zincirine dâhil olmak; emri verecek olanın da kabulünü gerektireceğinden kanaatimizce, örgüt üyesi olmak fiilinin işlenebilmesi için yönetici sıfatına haiz olmasa dahi faile örgütün amaçları doğrultusunda emir verebilecek bir üyenin kabulüne bağlıdır.⁹² Doktrinde aksi görüşe göre ise; örgüte üye olabilmek için üyeliğin örgüt tarafından kabul görmesi şartı aranmaz.⁹³

Üyeliğin, faile emir vermeyi değil, failden emir almayı kabul eden yalnız bir örgüt üyesi tarafından kabul edilmesi halinde örgüt üyeliği gerçekleşmeyecek ancak birden fazla örgüt üyesinin bu kim-seden emir almayı kabul etmesi söz konusu ise diğer şartlar da varsa yeni bir örgüt kurulmuş sayılacaktır.

Belirtilmesi gerekir ki; kanunda örgüte üye olmaksızın örgüt adına suç işlemek fiilinin suç olarak tanımlanması dahi failin örgüte katılma yönündeki iradesinin onu tek başına örgüt üyesi yapmaya yeterli olmadığını açıkça göstermektedir. Benzer şekilde Yargıtay da örgüt yöneticisinin, örgüt faaliyeti içerisinde işlenen suçlar bakımından da sorumlu tutulmalarına ilişkin TCK m. 220/5 hükmünü dayanak göstererek örgüte üye olmak bakımından üyeliğin kabul görmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.⁹⁴

⁹² Aynı yöndeki görüş için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 5*, 6639; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 6*, 8927.

⁹³ Ahmet Hartavi, *Örgütlü Suçlar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 33; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 3*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 3250; Özgenç, *Suç Örgütleri*, 24.

⁹⁴ “Doktrinde farklı görüşler (Özgenç, *Suç örgütleri, Syf.22, Sözüer, Gökçen, vb.*) olsa da istikrar kazanmış uygulamaya (Yargıtay Ceza Genel Kurulun 10/06/2008 tarih ve 2007/9-270-164 sayılı kararı vb.) göre tek taraflı irade beyanıyla örgüte üye olmak imkanı bulunmamaktadır. Örgüt yönetiminin açık ya da zımni bir kabulü olmalıdır. Örgüt yöneticilerinin, örgüt faaliyeti kapsamında işledikleri bütün suçlardan asli fail olarak sorumlu tutuldukları (TCK 220/5 md) bir sistemin, tek taraflı irade beyanı ile kendi içinde gizlilik, disiplin ve mutlak sadakat gibi zorunlu kuralları barındıran, dış dünyaya kapalı bir yapıya üye olunabileceğini de kabul etmesi beklenemez.”: Yar. 16. CD, E.2015/3, K.2017/3, 24.4.2017; “...örgüt üyeliği suçunu tüm aşamalarda inkar eden ve aralarında duygusal ilişki bulunan örgüt mensubu amcasının oğlunun İran’da bulunup bulunmadığını araştırmak üzere yurtdışına çıkmak istediğini belirten sanığın örgüte katılmak amacıyla bile olsa henüz örgüt mensuplarıyla buluşma ve görüşme sağlamaksızın komşu ülke topraklarına izinsiz giriş yapması keyfiyetinin

IV. MANEVİ UNSUR

Örgüte ancak kasten üye olunabilir; üyelik fiili ancak kasten işlenebilir.⁹⁵ Bu itibarla failin, örgütün varlığını ve niteliğini⁹⁶ yukarıda belirtilen tüm unsurları ile bilmesi ve örgütten emir almayı kabul etmesi yani örgüt bilincine sahip olması, kastın varlığı bakımından yeterli ve gereklidir. Örgütün düzenli ve planlı yönetim, dayanışma, disiplin, sadakat ve hiyerarşi gibi nitelikleri dolayısıyla suçun olası kastla işlenebilmesine imkân bulunmamaktadır.⁹⁷

Üye olunan yapının bir terör örgütü olduğu bilgisi kastın kapsamına dâhildir. Bu bağlamda kastın varlığı açısından failin, örgütün fiillerinden genel olarak haberdar olması gerekir. Bu fiillerin kanunda nasıl isimlendirildiğinin ayrıca bilinmesi gerekmez. Kastın varlığı açısından fail, örgüt kapsamında işlenecek suçlardan başka örgütün kişi, yöntem, amaç, silah ve devlet organı olmama unsurlarının yanında örgütün TMK m. 1/1'de belirtilen amaçlardan en az birini taşıdığıının da bilgisinde olmalıdır.

Örgütün amaç unsuru ile terör örgütüne üye olma suçu bakımından failin taşıması gereken bir amacın manevi tipikliğe dâhil edilip edilmediği sorunu karıştırılmamalıdır. Gerçekten failin, fiil ile elde etmeyi umut ettiği sonuç olan amaç, bazı suç tiplerinde suçun manevi tipikliğine dâhil edilmiş olabilir.⁹⁸ Ancak terör örgütüne üye olma suçunda failin taşıması gereken özel bir amaç kanun koyucu tarafından manevi tipiklikte belirtilmemiştir. Her ne kadar bir örgütün TMK m. 1/1'de belirtilen amaç unsurunu karşılaması örgütün varlığı bakımından gerekli ise de failin bu amaçlardan birini benimsemesi, örgüte üye olması bakımından ayrıca aranmaz. Failin örgüte katılmasında örgütün amaçlarını benimsemesi gerekmez ancak ör-

de örgüt üyeliği suçunun oluşumu açısından tek başına yeterli olmaması karşısında, ...": Yar. CGK, E.2007/9-270, K.2008/164, 10.06.2008.

⁹⁵ Özgenç, *Suç Örgütleri*, 25.

⁹⁶ Gündel, *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, 4415.

⁹⁷ Hartavi, *Örgütlü Suçlar*, 34; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt 3, 3253.

⁹⁸ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 302; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 251, 252.

gütün bu amacı taşıdığını bilmesi ve örgütün emirlerine hizmet etmeyi kabul etmesi gerekir. Kanaatimizce bir kimse, örgütün nihai amaçlarını önemsemeyerek örneğin yalnızca maddi menfaat sağlamak amacıyla örgüte üye olmuş olabilir. Aksi kabule göre ise örgüt üyelik suçunun tamamlanabilmesi için failin, örgütün amacını bilmesinin ötesinde bu amacı taşıması da gereklidir.⁹⁹

Bir yapının terör örgütü olup olmadığı meselesi suçun normatif unsurlarındandır. Suçun normatif unsuru bakımından failin bu unsurun sosyal anlamını bilmesi gerekir.¹⁰⁰ Bu çerçevede TCK m. 220 ve 314'te yer alan örgüt suçları ele alınacak olursa; dâhil olunan yapının bir suç örgütü olduğu hakkında bilgi sahibi olmayan kimse, normatif unsurun maddi şartlarında hataya düşmüş olur ve TCK m. 30/1 hükmünden yararlanmalıdır. Adi bir suç örgütüne üye olup da bu örgütün işlediği suçlarda silah kullandığından haberdar olmayan kimse, TCK m. 30/2 hükmünden yararlanmalı ve kendisine TCK m. 220/3 hükmünde düzenlenen nitelikli hal uygulanmamalıdır. Bu kimse yalnızca TCK m. 220/2 hükmünden cezalandırılmalıdır. Adi bir suç örgütüne üye olduğu zannıyla terör niteliğinden haberdar olmadığı bir yapıya dâhil olan kimse ise kanaatimizce, kastına uygun olarak, TCK m. 220 hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmalıdır. Dolayısıyla fail, üyesi olduğu organizasyonun, terörist amaçları hakkında bilgi sahibi değil ve fakat örgüt olduğunun, örneğin silah zoru ile para topladığının bilincinde olması halinde yalnızca TCK m. 220/2 ve 220/3'ten; benzer şekilde üyesi olduğu yapının silah dahi kullanmadığı zannında ancak rüşvet yoluyla gelir elde etme gibi faaliyetlerinin bilincinde ise TCK m. 220'den sorumlu olmalıdır.

Tartışma yoktur ki örgütün faaliyetleri hususundaki hatadan yalnızca hataya düşen fail yararlanır. Terör örgütünün nitelikleri konusunda hataya düşmeyen diğer üyeler, terör örgütüne üye olmaktan sorumlu tutulmalıdır. Başka bir ifadeyle kişinin hatası kendisini ilgilendirir, örgütün terör örgütü olma niteliğini değiştirmez.

⁹⁹ Bodur ve Özkul, *Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları*, 90ff.

¹⁰⁰ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 256.

Bir terör örgütünün faaliyeti içerisinde, terör suçlarının dışında, çeşitli sebeplerle alelade suçlar da işlenebilir.¹⁰¹ Bu durum, örgütün terörist kimliğini değiştirmez. Örgütün terörist niteliğinden haberdar olarak ve fakat yalnızca adi suçları işlemek niyetiyle örgüte katılan kimse de terör örgütüne üye olma fiilini gerçekleştirmiş olur.

V. HUKUKA AYKIRILIK

Terör örgütüne üye olma suçuna ilişkin olarak özel bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Ancak mülga 1961 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde de yer alan direnme hakkı, bu kapsamda incelenmeye değerdir.¹⁰²

John LOCKE ile anılan direnme hakkı; hayat, hürriyet ve mülkiyet hakları bakımından toplumsal sözleşmenin devlet tarafından ağır ve dayanılmaz bir biçimde ihlal edilmesi halinde vatandaşın egemene itaat yükümlülüğünün kalktığını ve hatta egemene karşı direniş gösterebileceğini ifade eder.¹⁰³ Böyle bir hakkın varlığı üzerine tartışmalar bir yana; bu hakkın varlığı ve şartlarının gerçekleşmiş olması halinde dahi cebir ve şiddete başvurarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit doğurmak, direnme hakkının sınırlarını aşarak masum kişilerin en temel haklarının ihlaline yol açacağından direnme hakkının terörle bağdaşması olanaksızdır.

VI. TEŞEBBÜS

Örgüt üyeliği esasen suça hazırlık niteliği taşımaktadır. Ancak kanun koyucu, gördüğü lüzum üzere bu fiili bağımsız bir suç tipi haline getirmiştir.¹⁰⁴ Dolayısıyla mezkûr suç, amaç suçların bir hazırlık hareketi olarak değil; başlı başına bir suç tipi olarak ele alınmalı

¹⁰¹ Tozman, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, 74.

¹⁰² Meşruluğunu kaybeden egemenlere karşı direniş göstermenin meşru bir hak olduğuna dair görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Aydın, *3ff.*; Burcu Değirmencioglu Yıldız, *John Locke'un İhtilal Teorisi Bağlamında Arap Baharı Sürecinin Değerlendirilmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 35-60.

¹⁰³ John Locke, *Second Treatise of Government*, ed. C.B. Macpherson (Indiana: Hackett Publishing Company, 1980), 111.

¹⁰⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, 6657.

ve teşebbüs incelemesi bu itibarla gerçekleştirilmelidir. Teşebbüs, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 35. maddesinde tanımlanmış olup işlenmesi kastedilen bir suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlanması ancak failin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanamaması anlamına gelir.

Terör örgütüne üye olmak suçu kesintisiz bir suç olup doktrinde kesintisiz suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışma konusudur. Doktrinde bir görüşe göre; kesintisiz suça teşebbüs mümkün değildir.¹⁰⁵ Diğer bir görüş ise ani suçlarda olduğu gibi, kesintisiz suçlarda da suçun tamamlanması anına kadar teşebbüsün gerçekleşebileceği kanaatinde dir.¹⁰⁶

Örgüte üye olmak kanaatimizce örgütün en az bir üyesinin örgütün amaçları doğrultusunda faile emir vermeyi kabul etmesi gerektiğinden failin, emri altına girerek kendisini örgüt hiyerarşisine dâhil edecek birini elverişli vasıtalarla araması ancak istediği kabulü elde edememesi halinde suç tamamlanmamış olur ve teşebbüs gündeme gelir.¹⁰⁷ Aksi yöndeki yazarlara göre ise failin örgüte kabul edilip edilmemesi önemli olmadığından bu suça teşebbüs de söz konusu olamaz.¹⁰⁸

VII. İŞTİRAK

Örgüte üye olmak için her şeyden önce bir örgütün varlığı gerekmektedir. Asgari üç kişinin bulunması ve bu kişiler arasındaki

¹⁰⁵ Faruk Erem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1962), 499.

¹⁰⁶ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 507ff.; Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, 127; Erdal Yerdelen, "Mütemadi (Kesintisiz) Suç," *TAAD* 5, no. 18 (2014): 113-152, 142ff.

¹⁰⁷ Bu suça teşebbüsün mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. Arslan ve Azizağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 908.

¹⁰⁸ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt 3, 3253; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt 4, 4210; Yaşar, Gökcan ve Artuç, yukarıda belirtildiği üzere, örgüte üye olabilmek için örgüt tarafından kabulünün gerekli olduğunu savunsa da suçun teşebbüse elverişli olmadığı görüşündedir: Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, 6658.

hiyerarşik yapı, örgütün unsurlarındandır. Bu itibarla örgüte üye olabilmek için birden çok kişinin bulunması gerekir ve dolayısıyla örgüt üyeliği suçu çok failli bir suç olup örgüt üyelerinin aynı yöndeki hareketleri dolayısıyla bir yakınsama suçudur.¹⁰⁹ Ancak bu çok faillilik, suçun unsurları gereği olup iştirake ilişkin hükümlerin uygulanması sonucunu doğurmaz. Terör örgütüne üye olma suçu, failin ancak tek başına işleyebileceği bir suçtur. Bu suça ister fail ister şerik sıfatıyla olsun iştirak mümkün değildir.¹¹⁰

Örgüt üyeliği fiili, örgüte kendisini teslim eden failin kendi bedeni üzerinde gerçekleştiğinden ve her bir örgüt üyesinin kendi sadakatini ilgilendirdiğinden, bu suça müşterek fail olarak katılmak olanaksızdır. Zira birden fazla kişi örgüte beraber katılmışlarsa her biri birbirlerinden bağımsız olarak terör örgütüne üye olma suçunu işlemiş olurlar.

Bir kimseyi tehdit ederek veya cebir kullanarak örgütün emri altında tutan kimse bu suçun dolaylı faili olmaz. Söz konusu durumda suçun tipiklik koşulu olan fiil yani örgüte sadakat koşulu gerçekleşmemiştir. Burada bir örgüte üyelik durumu oluşmamıştır. Bir kimsenin tehdit altında örgüt adına suç işlemesi halinde dolaylı faillik ancak bu suçlar bakımından söz konusu olur.

Örgüt kurma, yönetme ya da örgüte üye olma fiilleri örgüte üye toplama faaliyetini de içerisine alır. Yargıtay da örgüte üye toplamayla, örgütün doğası gereği, örgüt faaliyeti kapsamında değerlendirmektedir.¹¹¹ Kendisi örgütle bağlantılı olmasa da başkasını örgüte

¹⁰⁹ Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt 3, 3253.

¹¹⁰ Bodur ve Özkul, *Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları*, 93.

¹¹¹ "Terör örgütlerinin yurtiçi ve yurtdışındaki kamplarına örgüte katılmak üzere eleman göndermenin, bu örgütlere üye sağlamanın başlıca yollarından biri olduğu, terör örgütlerinin amaç suçun işlenmesi yolunda güven, disiplin ve sıkı irtibata önem veren iş bölümüne dayalı, hiyerarşik düzene sahip yapılar olarak istihbarat, gizlilik, güvenlik ve denetim konularında duyarlı oldukları, işleyiş ve yapılanma itibarıyla bu özellikleri gösteren terör örgütlerinin, örgütün "hiyerarşik yapısına" dahil edilmek üzere gönderilen elemanları, irtibat halinde olmadıkları, güvenilir bulmadıkları, denetlemedikleri kaynaklardan kabul etmeyecekleri gibi, gizlilik ve güvenlik kuralları ile hiyerarşiye uymayan kişilerin bu tür faaliyetlerine de izin vermeyecekleri, terör örgütlerine yeni eleman temin

üye olmaya azmettiren ya da başkasına bu konuda yardım eden kimsenin fiili ise TCK m. 220/7 çerçevesinde örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle terör örgütüne üye olma suçuna azmettiren veya yardım eden sıfatı ile de katılmak mümkün değildir.¹¹²

VIII. İÇTİMA

Terör örgütü üyesi, terör örgütü faaliyeti kapsamında bir suç işlemiş ise hem işlediği bu suçtan hem de örgüt üyeliğinden cezalandırılacaktır.¹¹³ Zira TMK m. 7'nin atıfta bulunduğu TCK m. 314'ün yol-laması ile uygulama alanı bulacak olan 5237 sayılı TCK m. 220/4 hükmünde "*Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.*" amir hükmü yer almaktadır.

Yargıtay, devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma suçu ile terör örgütüne üye olma suçu arasında geçitli suç ilişkisi olduğu görüşündedir.¹¹⁴ Kanaatimizce TCK m. 302/1'de "*Devlet topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına koymaya*

etme, barındırma, gönderme veya ulaşımını sağlama gibi faaliyetlere ilişkin organizasyonun örgütsel yapı dışında değerlendirilemeyeceği gözönüne alındığında...": Yar. 9. CD, E.2009/22491, K.2012/1684, 09.02.2012.

¹¹² Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, 6659.

¹¹³ Baltacı, *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması*, 322; Parlar ve Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt 3, 3254; Yaşar, Gökcan ve Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 5, 6659; Gündel, *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, 4415.

¹¹⁴ "*TCK'nın 302/1. maddesinde düzenlenen devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma suçunun; faili, mağduru, izlediği süreci, ihlal ettiği hukuki yararı aynı olan ve daha hafif neticesi kendi neticesiyle birlikte aynı kasta bağlı harekete tek bir nedensellik bağı ile bağlı bulunan silahlı örgüte üye olma suçu bakımından geçitli bir suç olması ve anılan maddede düzenlenen suçun işlenmesi sürecinde gerçekleşen Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma suçundan bir karar verilmiş olması karşısında; sanık hakkında silahlı terör örgütüne üye olma suçundan açılan davaya ilişkin olarak ayrıca bir karar verilmeyerek suçun niteliğinin belirlenmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.*" : Yar. 9. CD, E.2014/3992, K.2014/6209, 16.05.2014; "*...silahlı terör örgütüne üye olma suçu ile devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma suçu arasındaki geçitli suç ilişkisi de dikkate alınıp sanıkların hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,*" : Yar. 16. CD, E.2017/3008, K.2018/341, 15.02.2018.

veya Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya veya birliğini bozmaya veya Devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik bir fiil” olarak ifade edilen suç, terör örgütüne üye olmak fiilini kapsamaz. TCK m. 220/4 hükmü de gözetildiğinde bir terör örgütü üyesi, terör örgütüne üye olmak dışında, örgüt faaliyetleri çerçevesinde, devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma suçunu oluşturan bir fiili de işlemiş ise gerçek içtimadan söz edilmeli ve bu fiilinden ayrıca cezalandırılmalıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde yer alan suç örgütüne üye olmak suçu ile TCK m. 314'te düzenlenen terör örgütüne üye olmak suçu arasında geçitli suç ilişkisi mevcuttur. Zira TCK m. 220'deki fiiller gerçekleştirilmeden TCK m. 314'te öngörülen suçlar işlenemez.

Örgüt üyesinin, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar ve diğer örgüt üyeleri ile ilgili olarak TCK m. 278 ve devamı maddelerinde öngörülen suçu bildirmeme suçlarını veya TCK m. 284 hükmünde yer alan tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçlarını işlemesi halinde yalnızca örgüt üyeliğinden ceza verilir. Zira burada failin örgütü yetkili makamlara ihbar etmemesi, TCK m. 220/4 anlamında örgüt faaliyetinde işlenen bir suçu değil, failin örgüte sunduğu sadakati, yani doğrudan doğruya örgüte üye olma fiilini oluşturur.

Türk Ceza Kanunu'nun 316. maddesinde düzenlenen suç için anlaşma suçu ile terör örgütüne üye olma suçu arasında geçitli suç ilişkisi vardır. Terör örgütünün oluşması için gereken kişi sayısının sağlanamayarak ikide kalması veya örgütünün süreklilik unsurunun gerçekleşmemesi halinde TCK m. 316 hükmü uygulanmalıdır. Ancak bu unsurların ikisinin de tam olması halinde artık terör örgütüne üye olmak suçundan bahsedilir.

IX. ETKİN PİŞMANLIK

29.07.2003 tarihli ve 4959 sayılı Toplum Kazandırma Kanunu'nun 4. maddesinde, örgüte katılmakla birlikte örgüt adına başkaca bir suça karışmamış olanlarla bahsi geçen kanunun yürürlük tarihinden önce suça karışmış olan kimselere ceza verilmemesini veya cezadan

indirim yapılmasını gerektiren hükümler yer almaktadır. Ancak söz konusu hükümler, 4959 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle, anılan kanunun yayım tarihi olan 6.8.2003'ten itibaren altı ay sonra geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır. TCK m. 221 ile ise kalıcı bir etkin pişmanlık düzenlemesi ihdas edilmiştir. TMK'nın 7. maddesinin atıfta bulunduğu 5237 sayılı TCK'nın 314. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır.*" hükmü gereğince 5237 sayılı Kanun'un 221. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükümleri terör örgütüne üye olma suçu bakımından da söz konusudur.

Toplumla Kazandırma Kanunu, anılan kanunun 1. maddesinde de belirtildiği üzere "*siyasi ve ideolojik amaçla suç işlemek için kurulmuş terör örgütleri mensuplarının topluma yeniden kazandırılması, toplumsal huzur ve dayanışmanın güçlendirilerek devam ettirilmesi*" amacıyla ihdas olunmuş olup kanunun 4. maddesi etkin pişmanlık hükümleri içermekte; 3. maddesi ise bu hükümlerden yararlanamayacak olan kimseleri belirlemektedir. Bu çerçevede söz konusu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra silahlı¹¹⁵ mukavemet göstermeden kendiliğinden ya da vasıtalı olarak teslim olan veya örgütten çekildiği anlaşılan örgüt üyeleri, TKK'dan yararlanmak istediğini beyan etmeleri halinde; işlenen suçlara iştirak etmemişlerse cezalandırılmazlar, eğer bu kanun yürürlüğe girmeden önce suça karışmışlar ise terör örgütü içindeki konum ve faaliyetleriyle uyumlu şekilde terör örgütünün yapısı, faaliyetleri, işlenen suçlar ve diğer failer hakkında doğru bilgi verdiğinin tespit edilmesi halinde, işlemiş oldukları suçun vasıf ve mahiyetine göre cezada indiriminden faydalanırlar. Kanun yürürlüğe girmeden önce suça karışmış ya da karışmamış olsunlar, TKK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yakalanmışlar ise bu kanundan yararlanmak istediklerini beyan etmeleri ve terör örgütü içindeki konum ve faaliyetiyle uyumlu şekilde bilgi vermek suretiyle; terör örgütünün dağılmasına veya meydana çıkarılmasına yardım etmeleri ya da verecekleri bilgi veya belgelerle veya bizzat gösterecekleri çaba ile terör örgütünün amaçladığı suçun işlenmesi-

¹¹⁵ Kanaatimizce kanunda yer alan "*silahlı mukavemet*" ibaresinin yalnızca "*mukavemet*" olarak düzenlenmesi, kanun amacı doğrultusunda isabetli olurdu.

ne engel olmaları halinde ceza indiriminden yararlanırlar.¹¹⁶ Söz konusu indirimin düzeyi, pişmanlığın hükmün kesinleşmesinden önce ya da sonra gerçekleştirilmesine göre değişmektedir.

Topluma Kazandırma Kanunu, failin bu kanundan yararlanmayı istemesi halinde uygulama bulacak olup failin yargılama sürecince bu kanundan yararlanma talebini geri çekmesi mümkündür. Bu halde TTK hükümleri uygulanmaz.¹¹⁷

Görüleceği üzere TTK, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suça karışan kimseyi, örgüt üyeliğinden kendiliğinden çekilmişse ya da kolluk kuvvetlerine teslim olmuşsa dahi kapsam dışında bırakmaktadır. Bu anlamda kalıcı değil, belirli bir süreye kadar işlenen suçlara ilişkin bir düzenleme söz konusudur. Kanunun yürürlüğe girdiği 06.08.2003 tarihinden 13.10.2005 tarihine kadar cezaevi içerisinden 1.654, cezaevi dışından 1.258 olmak üzere toplamda 2.912 kişi anılan hükümlerden faydalanmıştır.¹¹⁸ 31.12.2007 tarihine kadar geçen sürede söz konusu hükümlerden yararlanmak amacıyla PKK örgütüne mensup kişilerce yapılan başvurulardan, cezaevinden başvuruda bulunan 291, kendiliğinden teslim olan 9 başvuru sahibinin başvurusu olumlu sonuçlanarak bu kimseler serbest bırakılmıştır.¹¹⁹

Adi suç örgütleri bakımından öngörülmüş olmakla beraber, TCK m. 314'ün yollamasıyla terör örgütleri bakımından da uygula-

¹¹⁶ "... sanık W. H. vekilinin 4959 sayılı Yasadan yararlanma talebinin yasada öngörülen sürede yapılmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiş ise de, sanığın herhangi bir bilgi ve döküman vermemesi, örgütün dağılması veya çökertilmesine ilişkin beyan ve faaliyeti de olmadığı anlaşıldığından...": Yar. 9. CD, E.2004/9229, K.2005/369, 02.02.2005.

¹¹⁷ Yar. 9. CD, E.2004/4676, K.2004/5285, 11.10.2004.

¹¹⁸ Adalet Bakanı Cemil ÇİÇEK'in, Antalya Milletvekili Hüseyin EKMEKCİOĞLU'nun 7/7914 Esas no.lu soru önermesine verdiği 18.11.2005 tarihli ve 1456 sayılı yazılı cevap, erişim tarihi: Kasım 21, 2018, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/7/7-7914c.pdf>.

¹¹⁹ Adalet Bakanı Mehmet Ali ŞAHİN'in, Mersin Milletvekili Mehmet ŞANDIR'ın 7/1988 Esas no.lu soru önermesine verdiği 21.04.2008 tarihli ve 1062/580 sayılı yazılı cevap, erişim tarihi: Kasım 21, 2018, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/7/7-1988c.pdf>; 21.01.2004 tarihi itibarıyla söz konusu yasaya dair istatistikler için bkz. Adalet Bakanı Cemil ÇİÇEK'in, İzmir Milletvekili Enver ÖKTEM'in 7/1538-3749 Esas no.lu soru önermesine verdiği 27.01.2004 tarihli ve 72 sayılı yazılı cevap, erişim tarihi: Kasım 21, 2018, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/7/7-1538c.pdf>.

nacak olan¹²⁰ TCK'nun 221. maddesinde süre bakımından bir sınır yer almamaktadır. Buna göre; örgüt faaliyeti kapsamında suça karışmayan örgüt üyesinin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi (TCK m. 221/2) veya yakalandıktan sonra pişmanlık göstererek örgütün dağılmasını ya da diğer örgüt mensuplarının (kurucu, yönetici veya diğer üyeler) yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde (TCK m. 221/3) cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Örgüt üyesi olmakla beraber gönüllü olarak teslim olup örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi veren kimse bakımından da örgüt üyeliğinden ceza verilmez (TCK m. 221/4-c.1) ancak kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi halinde, üçte birden dörtte üçe kadar ceza indirimi söz konusu olur (TCK m. 221/4-c.2).

¹²⁰ "5237 sayılı TCK.nun 314. maddesinin 3. fıkrasının "suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümleri bu suç açısından da aynen uygulanır" amir hükmü karşısında; örgüt kurma suçu kapsamında bulunan 5237 sayılı TCK.nun etkin pişmanlığa ilişkin 221. maddesinde 765 sayılı TCK.nun 170. maddesinin uygulanabilmesi için aranan silahlı örgüt tarafından amaç suçun işlenmemiş ya da amaç suçun işlenilmesine kalkışılmamış olması gerektiğine ilişkin bir koşul öngörülmediği gözetilerek güvenlik güçlerinin geçeceği yol üzerine patlayıcı madde yerleştirmek eylemi de nazara alınmak suretiyle, sanığın hukuki durumunun buna göre tayin ve takdir edilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi...": Yar. 9. CD, E.2006/358, K.2006/1417, 07.03.2006; "Öte yandan, 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası, 765 sayılı Türk Ceza Yasasının silahlı çetenin sair efradı olmak suçunu ve yaptırımını düzenleyen 168/2 ve silahlı çete mensuplarının hal ve sıfatlarını bilerek yardım ve yataklık etmek suçu ile yaptırımını öngören 169. maddelerini kaldırmış, yerine silahlı olan ve olmayan suç örgütleri yönünden 220. maddeyi vazetmiş, bu örgüt mensupları ile örgüte yardım edenlerin etkin pişmanlık halini 221. maddesinde düzenlemiş, yine 302 ilâ 308. maddelerinde yer verdiği Devletin güvenliğine karşı suçlar ile 309 ilâ 313. maddelerinde düzenlediği anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçlarını 314. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında tanımlayıp yaptırma bağlamış, aynı maddenin 3. fıkrası ile de suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümlerin bu suç bakımından da aynen uygulanacağını belirtmek suretiyle, bir yandan silahlı örgüte yardım suçunu atıf suretiyle yaptırma bağlamış, diğer yandan da 221. maddede düzenlenen ve failin pişmanlık gösterdiği aşama, kendiliğinden teslim olup olmadığı, örgütsel eylem gerçekleştirip gerçekleştirmediği, beyanlarıyla örgütün dağılması veya mensuplarının yakalanmasını sağlayıp sağlamadığı gibi farklı durum ve ölçütleri cezasızlık hali veya cezada indirim gerektiren haller olarak öngören etkin pişmanlık hükümlerini bu suç yönünden de uygulanabilir kılmıştır.": Yar. CGK, E.2005/9-6, K.2005/95, 12.07.2005.

Kişi hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin birden fazla uygulanmasına imkân bulunmamaktadır.¹²¹ Ancak anılan maddenin 6. fıkrasında yer alan “Kişi hakkında, bu maddedeki etkin pişmanlık hükümleri birden fazla uygulanmaz.” düzenlemesi yalnızca TCK m. 221’i kapsadığından TCK kapsamında ceza indiriminden yararlanan kimselerin daha sonra TCK m. 221 hükümlerinden yararlanması mümkündür. TCK m. 221/6 hükmü, 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun’un 8. maddesi ihdas edilmiş olup söz konusu Kanun’un yürürlük tarihi olan 19.12.2006 tarihinden önce TCK m. 221 hükümlerinden yararlanan kimseler, bu tarihten sonra bir kere ile sınırlı olmak üzere aynı hükümlerden yararlanabilirler.

Kanaatimizce TCK m. 221’de düzenlenen etkin pişmanlıktan yararlanan bir kimsenin daha sonra başka bir örgüte dâhil olması dolayısıyla TCK m. 221 hükümlerinden yararlanmasına imkân bulunmamaktadır. Zira TCK m. 221/6, etkin pişmanlıktan bir kişinin en fazla bir defa yararlanabileceğini öngörmüş olup örgütün farklı olmasına dair bir istisnaya kanun koyucu tarafından bilinçli olarak yer verilmemiştir.

Türk Ceza Kanunu m. 221’in sistematigi çerçevesinde etkin pişmanlığın şartları açısından örgüt üyesinin suça karışıp karışmadığı ve örgütten gönüllü olarak ayrılıp ayrılmadığı ya da yetkililere gönüllü olarak teslim olup olmadığı bakımından ayırım yapılmaktadır. Bu nedenle öncelikle örgüt üyesinin, örgüt faaliyeti çerçevesinde suça karışıp karışmadığı tespit edilmeli, ardından ilgisine göre örgütten gönüllü olarak ayrılma veya gönüllü olarak teslim olma durumları değerlendirilmelidir.

Suçta karışmayan örgüt üyesi için TCK m. 221 hükmünde iki ihtimal öngörülmüştür. Birinci ihtimalde gönüllü olarak örgütten ayrılan ve bunu ilgili makamlara bildiren kimseden söz edilmiştir. İkinci ihtimalde ise yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık göstermesi ve örgütü dağıtmaya veya mensuplarını yakalatmaya elverişli bilgi vermesi hali düzenlenmiştir. Her iki ihtimalde de ilgili hakkında ceza verilmez.

Örgütten kendi isteği ile değil, örgüt tarafından alınan bir kararla yani örgütten atılarak ayrılan kimse hakkında kanunda hüküm

¹²¹ Yenidünya ve İçer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu,” 827.

bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu kimselerin örgütten atılmaları kendi istekleri ile örgütten ayrılıp ayrılmayacaklarına ilişkin şüphe, bu kimseler lehine yorumlanmalı ve bu kimseler, örgütten gönüllü olarak ayrılan kimselerden sayılmalıdır.

Suçta karışmış olan örgüt üyesi ise gönüllü olarak teslim olup örgütün yapısı ve faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlar hakkında bilgi verir ise örgüt üyesi olmaktan ceza almaz. Suçta karışmış örgüt üyesi bu bilgileri yakalandıktan sonra verirse cezasında indirimde gidilir. Belirtmek gerekir ki gönüllü olarak teslim olma kavramı, gönüllü olarak örgütten ayrılmak kavramından farklıdır. Kanaatimizce *“gönüllü olarak teslim olup”* ifadesi, yakalamaya direnebilecek durumdayken direnmemeyi de kapsayacak biçimde anlaşılmalıdır.

İfade edildiği üzere etkin pişmanlığın yakalandıktan önce veya sonra olması da farklı sonuçlar doğurmaktadır. Örgüt üyesinin yakalandıktan önce ya da sonra pişmanlık göstermesi, örgüt kapsamında başkaca bir suçta karışmamış kişi bakımından TCK m. 221/2 veya TCK m. 221/3; suçta karışmış örgüt üyesi bakımından ise TCK m. 221/4-c.1 veya TCK m. 221/4-c.2 hükümlerinin uygulanması bakımından belirleyici olacaktır. Türk Ceza Kanunu m. 221/3'te yer alan *“herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin...”* ve 221/4-c.2'de yer alan *“Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi...”* ifadelerinde yer alan yakalanma kavramından ne anlaşılacağı, önemli bir sorun teşkil etmektedir. Yakalanma, failin suçluluğunun basit şüphe düzeyinde ortaya çıkması veya teknik anlamda CMK m. 90 anlamında yakalama işlemi olarak anlaşılabilir. TCK m. 221 hükmünün sistematiki incelendiğinde, kanun koyucunun örgütten gönüllü olarak ayrılmakla devlet tarafından örgütten kopartılmak biçiminde bir ayırım gözettiği görülmektedir. Bu nedenle kanunda belirtilen yakalanma halinden kanaatimizce CMK m. 90 anlamındaki yakalama işlemi anlaşılmalıdır. Doktrinde de kendiliğinden örgütten çekilen kimsenin etkin pişmanlıktan yararlanması bakımından hakkında soruşturma başlatılmış olmasının önemi bulunmadığı, kanaatimizce isabetli olarak savunulmaktadır.¹²²

¹²² Yenidünya ve İçer, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu,” 824.

Yakalamadan önce örgütten gönüllü olarak ayrılmasına rağmen durumu yetkili makamlara bildirmemiş ve örgüt faaliyeti kapsamında başkaca bir suça karışmamış failin durumunun kanunda ayrıca düzenlenmemiş olması, kanaatimizce bir eksikliktir. Kanaatimizce, TCK m. 221/2 hükmünden yararlanmak için örgütten ayrılmanın yakalamadan önce olması gerektiği madde metninden anlaşılacakla birlikte keyfiyetin yetkili makamlara bildirilmesinin de yakalamadan önce olmasının gerektiği sonucuna ulaşılamamaktadır. Bu itibarla yakalanmadan önce örgütten gönüllü olarak ayrılmış ancak durumu yetkili makamlara bildirmeyen, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmemiş kişi, yakalamadan önce örgütten ayrılmış kabul edilmelidir. Daha sonra ister hakkında bir soruşturma açıldığını öğrenerek kendiliğinden yetkili makamlara ulaşsın isterse yakalansın, bu kimse hakkında TCK m. 221/2 hükmü uygulanmalıdır. Diğer taraftan, suça karışmış örgüt üyesinin, örgütten kendi rızasıyla ayrılmasının, TCK m. 221/4-c.1 hükmünde yer alan gönüllü olarak teslim olma koşulunu sağlamaya yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Bu durumdaki örgüt üyesi, yetkili makamlar tarafından yakalanmadan önce veya en geç yakalama sırasında direnmeden, gönüllü bir biçimde, teslim olmalıdır.

Türk Ceza Kanunu'nda etkin pişmanlığa ilişkin şartlardan biri de 3. fıkrada yer alan failin pişman olması koşuldur. Pişmanlığın ispatı noktasında ispat yükü pişmanlığın varlığını değil yokluğunu ileri sürendedir ve pişmanlığın sübjektif niteliği gereği her dosya kendi içerisinde değerlendirilmeye muhtaçtır. Her ne kadar, yukarıda da belirtildiği üzere, TKK çerçevesinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlananların, TCK m. 221 hükümlerinden de yararlanmasının hukuken mümkünse de bu durum, pişmanlığın var olup olmadığı konusunda önemli bir argüman teşkil edecektir.

Kanaatimizce pişmanlık gösterme koşulunun yalnızca TCK m. 221/3 hükmünde yer alması eksikliktir. Pişmanlık unsurunun maddede yer alan diğer durumlar için de düzenlenmesi yerinde olacaktır. Örneğin her ne kadar TCK m. 221/2 hükmünden yararlanabilmenin koşulları arasında örgütten gönüllü olarak ayrılmaktan bahsedilmiş de olsa bir kimsenin gönüllü olarak ayrılması onun pişman olmasını da gerektirmeyeceğinden, kişi bir takım çıkar çatışmaları veya fikir

ayrılıkları gibi başka sebeplerle de örgütten kopabileceğinden, gönüllü olarak ayrılmak ölçütü, pişmanlığı kapsamamaktadır.

Kanunda yer alan bir diğer eksiklik ise bilgi verme koşuluna ilişkindir. Suça karışmış örgüt üyesinin etkin pişmanlıktan yararlandırılmasını düzenleyen TCK m. 221/4'te belirtilen bilgi verme koşulunun sağlanabilmesi için bilginin örgütü dağıtmaya veya örgüt mensuplarını yakalatmaya elverişli olup olmaması önem taşımaz. Diğer taraftan TCK m. 221/2 hükmünde, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin etkin pişmanlıktan yararlanması için vereceği bilginin, örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli olması gerekmektedir. Suça karışmış örgüt üyelerinin, etkin pişmanlıktan yararlanabilmeleri için alelade bilgi vermeleri yeterli iken suça karışmadan yakalanan örgüt üyelerinin etkin pişmanlıktan yararlandırılmaları için nitelikli bilgi vermelerinin aranması, kanaatimizce, orantılılık ilkesine aykırı düşmektedir. Bu nedenle TCK m. 221/4 hükmünde yer alan bilgi verme yükümü, TCK m. 221/2'de olduğu gibi nitelikli bilgi verme olarak ağırlatılmalıdır.

Suçta iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin verdiği bilginin kanunun aradığı nitelikleri taşıyıp taşımadığı mahkemenin takdirindedir.¹²³ Bilginin doğruluğu da mahkemece ilgili makamlar vasıtasıyla araştırılmalıdır.¹²⁴ Bilginin kötü niyetli ve uydurma olması halinde verilecek ceza veya etkin pişmanlıktan yararlandıktan sonra aynı suçun yeniden işlenmesinde cezanın arttırılmasına ilişkin TKK m. 4/2 ve 4/3 hükümlerine TCK'da yer verilmemiştir. Bu hususta TCK m. 221 çerçevesinde özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan TCK m. 221 çerçevesinde etkin pişmanlıktan yararlanan failer hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükümlenilecek olup bu süre üç yıla da çıkartılabilir.

¹²³ Yenidünya ve İçer, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu," 825ff.

¹²⁴ "Silahlı örgüt üyesi olup kendiliğinden örgütten ayrılarak teslim olan sanığın örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak edip etmediği ve yaptığı açıklamaların doğruluğu Emniyet Genel Müdürlüğü'nden sorulup araştırıldıktan sonra hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken...": Yar. 9. CD, E.2006/7781, K.2007/4039, 10.05.2007.

X. YAPTIRIM

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde bu kanunun 168. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suç için öngörülen ceza beş yıldan on yıla kadar hapis cezası olarak gösterilmişse de 1983 yılı değişikliği neticesinde suçun cezası, on yıldan on beş yıla kadar ağır hapis cezası olarak ağırlaştırılmıştır. TMK'nın ilk yayımlandığı hali ile öngördüğü terör örgütü üyesi olma suçunun cezasının alt sınırı üç, üst sınırı beş yıl iken¹²⁵ 2006 yılı değişikliğinden sonra 5237 sayılı TCK m. 314/2 çerçevesinde öngörülen ceza, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasıdır. Ayrıca TMK m. 5 çerçevesinde cezanın ağırlaştırılması gündeme gelecektir. TMK m. 7'nin, TCK 314'e yaptığı atıf, TCK 314'ün, TMK m. 3'te sayılan mutlak terör suçlarından olması ve TMK m. 5'te öngörülen ceza artırımının, TCK m. 314'ün işlenmesinin kaçınılmaz sonucu olması, terör örgütünün söz konusu hükümler içinde dağınık bir biçimde düzenlendiğini işaret etmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, terör örgütü üyeliği suçunda suç ve ceza ayrı kanunlarda düzenlenmesi suretiyle kanunilik ilkesi ihlal edilmiştir.¹²⁶ Kanaatimizce bir ceza normunun suçu tarif etmesi ve ceza-yı bir başka norma ya da kanuna bırakması, dar anlamıyla kanunilik ilkesinin ihlali niteliği taşımaz ancak açıklık ilkesinin ihlalidir.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 5/1'de, TMK m. 3'te sayılan mutlak terör suçları ve terör amacı ile işlenmesi halinde terör suçu olarak kabul edileceği belirtilen suçlar dolayısı ile tayin edilecek cezaların yarı oranında artırılacağı öngörülmüştür. İşlenen suçun, müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde ise ceza ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olarak uygulanır. Terörle Mücadele Kanunu m. 5/2'de suçun, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ceza artırımını öngören bir norm bulunsa dahi ceza artırımının yalnızca TMK' m. 5'te belirtilen esaslar çerçevesinde yapılacağı düzenlenmiştir. Ancak bu durumda ceza yarı oranında değil üçte iki oranında gerçekleştirilir. Söz konusu artırım

¹²⁵ Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin ilk yayımlandığı hali ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesi hükmünün saklı tutulmuş olması karşısında, bu dönemde 765 sayılı Ceza Kanunu'nun 168. maddesinin öngördüğü suç tipinin yanında ayrı bir suç tipini düzenlediği kabul edilmektedir. Bu görüş için bkz. Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı," 68.

¹²⁶ Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı," 75.

oranları çerçevesinde ceza üst sınırı aşılabilir. Bu itibarla 5237 sayılı TCK m.49/1'de yer alan "Sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz." hükmüne istisna getirilerek yirmi yıllık üst sınırın dahi aşılmasına imkân tanınmıştır. TMK m. 5'e, 22.07.2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile eklenen son fıkra hükmü, TMK m. 5 hükümlerinin çocuklar hakkında uygulanamayacağını amirdir.¹²⁷

Türk Ceza Kanunu m. 314'te yazılı suçların mutlak terör suçlarından sayılması dolayısıyla silahlı örgüte üye olmak suçunun (5237 sayılı TCK m. 314/2) işlenmesi halinde TMK m.1'de yer alan terör tanımı kesin karine ile karşılanmış olacağından TCK m. 314/2'de öngörülen cezada TMK m. 5 çerçevesinde artırım yapılır. Örgüte üyeliği, suçun temel şeklini oluşturduğundan ağırlaştırmanın TMK'nın 5. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde yarı oranında gerçekleştirilmesi gerekir.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesi, mutlak terör suçları yönünden de cezanın ağırlaştırılmasını öngörmesi dolayısıyla eleştirilmiştir. Suçun niteliğinde bir değişiklik olmadığı halde cezada artırım öngörülmesi kanunilik ilkesine aykırı olarak değerlendirilmiştir.¹²⁸ Kanaatimizce söz konusu artırımın da kanunla gerçekleştirilmesi dolayısıyla kanunilik ilkesinin ihlali söz konusu değildir. Ancak, artırım bakımından suçun herhangi bir nitelikli hali söz konusu olmaması yani suçun bir anlamda temel şeklinin cezasının başka bir kanunda belirtiliyor olması dolayısıyla açıklık ilkesi zedelenmektedir.

Cezanın belirlenmesi bakımından failin örgüt içerisinde kaldığı süre, Yargıtay tarafından, isabetli olarak, alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olarak kabul edilmektedir.¹²⁹ Bunun yanında kanaatimizce

¹²⁷ Söz konusu fıkra, suçun işlenmesi bakımından failin yetişkin ya da çocuk olmasının bir önem taşımaması ve devletin terörle mücadelede zafiyet göstermemesi gerektiği gerekçesiyle Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi denetimine tabi tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 141. ve 142. maddeleri yönünden de inceleyerek söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığını yönünde karar almıştır. Bkz. AYM, E. 2011/26, K. 2012/41, 15.03.2012.

¹²⁸ Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, 160.

¹²⁹ "Ayrıca mütemadi suçta devam eden şey netice değil hareket olduğundan (İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Bası, sh.173) temadinin süresi de suçun işleniş bi-

failin örgüte üye olarak örgüte kazandırdığı güç çerçevesinde ortaya çıkardığı tehlike cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Öte yandan örgütün kendi tehlikeliliği, failin üyeliğinin buna etkisi dışında, cezanın belirlenmesine esas teşkil etmemelidir. Aksi kabulde suçta ve cezada şahsılık ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

SONUÇ

Terör, dünya toplumlarının bütününe ilgilendiren bir problemdir. Terör örgütüne üye olan kimse yalnız bir toplumun değil tüm insanlığın huzurlu bir hayat sürme hakkını tehlikeye düşürür. Terör kavramı üzerinde uluslararası hukukta uzlaşa sağlanamamışsa da ceza hukukunu, terörle mücadelede bir araç olarak kullanacak devletin terör ve terör örgütünü net bir şekilde tanımlaması hukuk devletinin gerekliliklerindedir. Türk hukukundaki terör ve terör örgütü tanımları anlaşılması zor, dilbilgisi yönünden kusurlu ve düzenledikleri kanun ve kanun maddeleri bakımından dağınıktır. Bu nedenle terör, terör örgütü ve terör örgütü kurmak, yönetmek ve üyeliği suçlarının yeniden kaleme alınması gerekmektedir. Yapılacak düzenlemede terörün yöntem unsuru temelinde tanımlanması ve terör örgütü ve terör örgütünü kurmak, yönetmek ve bu örgüte örgüte üye olmak fiillerinin yaptırımları ve etkin pişmanlık koşullarıyla birlikte TMK içerisinde sistematik bir biçimde düzenlenmesinin, uygulamayı kolaylaştıracağı ve kanuni düzenlemede açıklığı sağlayacağı kanaatindeyiz.

Mevcut düzenlemelerde terör suçu, örgütün varlığına bağlanmıştır. Örgüt ise belirsiz sayıda suçu sürekli olarak işlemek üzere birleşmiş en az üç kişiden meydana gelen, hiyerarşik yapıdır. Örgütün cebir, şiddet, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerini benimsemesi, kanunda belirtilen siyasi amaçları taşıması, kanunda terör suçu olarak sayılan suçları işlemek üzere kurulması ve silahlı olması koşullarının birlikte bulunması halinde alelade bir suç örgütünden değil, terör örgütünden söz edilir. Be-

çimi olarak temel cezayı etkileyebilir (Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Baskı, İstanbul 2006, sh. 576). Örneğin, terör örgütü içerisinde yıllarca kalan örgüt üyesinin cezası birkaç ay süreyle kalanın cezasına nazaran daha fazla olacaktır. Bunun da, suçun işleniş biçimi dışındaki bir kriterle açıklanması mümkün değildir.”: Yar. 16. CD, E.2017/3716, K.2018/633, 28.2.2018, Karşı oy gerekçesi.

lirtmek gerekir ki devlet veya devlet organları, suç örgütü ya da terör örgütü olarak nitelendirilemez ancak devlet yapılanmasına kısmen ya da tamamen paralel yasadışı örgütler varlık gösterebilir.

Terör örgütüne üye olma suçunu işlemek için failin özel bir niteliğinin bulunması gerekmez. Suçun mağduru ise bütün toplumdur. Örgüt üyesi gelecekteki davranışlarını örgüte adayarak suçu bütün maddi varlığı üzerinde işler.

Örgüte üye olmak, örgütün emri altına girmeyi, örgüt hiyerarşisinin bir parçası olarak örgütle sürekli ve organik bir bağ kurmayı ifade eder. Terör örgütüne üye olmak neticeli bir suç olmadığı gibi bu suçu işlemek için failin örgüt kapsamında başkaca bir suç işlemiş olmasına da gerek yoktur. Bu bağlamda örgüt üyeliğinde soyut tehlike cezalandırılmaktadır.

Kişinin örgüt üyesi kabul edilebilmesi için ayrıca bir suç işlemesine gerek bulunmamaktadır. Diğer yandan örgüt emrine amade olmak bir sadakat meselesi olup bu sadakatin ispatı, örgütün emelleri doğrultusunda suç teşkil etmese de bir fedakârlık veya örgüt adına işlenen bir suçun ortaya konmasıyla mümkündür. Dolayısıyla örgüt adına başkaca bir suça karışmamış bir kimsenin örgüt üyesi olduğu ancak kişinin örgüt için suç teşkil etmese de örgüte sadakati ortaya koyacak düzeyde fedakârlık gösterdiğinin kanıtlanmasıyla ispatlanabilir.

Örgüt üyesi olabilmek, kişinin bu yöndeki çabasının dışında kendisine emir verecek bir örgüt üyesinin de varlığını gerektirir. Bu bağlamda örgüt üyeliğinden söz edebilmek için, örgütün en az bir üyesi, faile emir vermeyi kabul etmiş olmalıdır.

Örgüte üye olmak ancak doğrudan kastla işlenebilen bir fiildir. Üye olunan organizasyonun suç işleme amacından haberdar olmayan bir kimse örgüt üyesi olarak kabul edilemez. Ancak örgütün ya da örgütün işleyeceği suçların vasıfları konusunda hataya düşen kimse bu hatasından yararlanır ve kastına göre cezalandırılır. Bu çerçevede bir örgütün terör örgütü olduğu bilincinde olmayan ancak örgütün adi suçları işlediğini bilerek bu örgüt içerisinde yer alan kimse TCK m. 220 bağlamında adi suç örgütü üyesi olarak cezalandırılır.

Terör örgütüne üye olma fiiline iştirak mümkün değildir. Bu suça fail veya şerik olarak katılmak olanaksızdır. Örgüt üyeliği, zora değil sadakate bağlı bir fiil olduğundan dolayı faillikten de söz edilemez.

Terör örgütü üyesine verilecek ceza, TCK ve TMK'da dağınık olarak düzenlenmiş olup ayrıca TCK'da etkin pişmanlık kurumuna yer verilmiştir. Buna göre faile TCK m. 314 çerçevesinde belirlenecek temel ceza, TMK m. 5 çerçevesinde yarı oranında artırılacaktır. Temel cezada TMK'ya göre yapılacak artırım, terör örgütüne üye olmak suçunun mutlak terör suçlarından olması nedeniyle, kaçınılmazdır. Açıklık ilkesine aykırı olarak, suç tanımı TCK'da; suçun cezasının ise bir kısmı, TCK'da bir kısmı ise TMK'da düzenlenmektedir.

Etkin pişmanlık hükümleri bakımından failin örgüt faaliyeti kapsamında suça karışmış olup olmaması ile örgütten kendi rızasıyla ayrılması veya hakkında yakalama işlemi uygulanarak örgütten koparılması ya da gönüllü olarak teslim olup olmaması, farklı hukuki neticeler doğurmaktadır. Kanaatimizce örgütten daha önce kendisi ayrılan ancak yetkili makamlara başvurmayan ve daha sonra hakkında yakalama işlemi uygulanan, örgüt faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suça iştirak etmemiş fail, etkin pişmanlık hükümlerinden, örgütten yakalanmadan önce ayrılmış kimse olarak yararlandırılmalıdır.

Etkin pişmanlıktan yararlanabilmek için, suça karışmış örgüt üyelerinin alelade bilgi vermeleri yeterlidir. Ancak suça karışmamış örgüt üyelerinin, yakalandıktan sonra, etkin pişmanlıktan yararlanabilmeleri için örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermeleri aranmaktadır. Bu yöndeki düzenleme, kanaatimizce, suça karışmış örgüt üyelerinin de etkin pişmanlıktan yararlanabilmeleri için nitelikli bilgi verme koşulunun aranması şeklinde değiştirilmelidir.

Etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için pişman olma koşulu yalnızca suça iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesi için aranmaktadır. Etkin pişmanlığın söz konusu olduğu tüm durumlarda, failin etkin pişmanlıktan yararlandırılabilmesi için pişmanlık koşulunun kanunda açıkça aranması yönünde bir kanun değişikliğinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Hakem Değerlendirmesi	: Çift kör hakem.
Finansal Destek	: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.
Çıkar Çatışması	: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Etik Kurul Onayı	: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.
Peer Review	: Double peer-reviewed.
Financial Support	: The author declared that this study has received no financial support.
Conflict of Interest	: The author has no conflict of interest to declare.
Ethics Committee Approval	: The author stated that ethics committee approval is not <i>required</i>

KAYNAKÇA

- Arslan, Çetin ve Bahattin Azizağaoğlu. *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2004.
- Avcı, Mustafa. "Örgütlü Suç Kavramı." *Kamu Hukuku Arşivi* 6, no. 1 (2003): 1-12.
- Aydın, Devrim. "Terör Eylemlerinin Siyasal Suç Açısından Değerlendirilmesi." *Uluslararası Hukuk ve Politika* 2, no. 7 (2006): 1-20.
- Ayhan, Halis. "Terör Kavramı, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul Özeninde Birleşmiş Milletler'in 2001 Sonrası Terör Yaklaşımı." *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, no. 11, (2015): 117-147.
- Baltacı, Vahit. *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Bodur, Nurullah ve Eshat Özkul. *Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Çiçek, İbrahim. *5532 sayılı Kanunla Değişik Açıklamalı Terörle Mücadele Kanunu*. İstanbul: Kazancı Yayınları, 2006.
- Değirmencioglu Yıldız, Burcu. *John Locke'un İhtilal Teorisi Bağlamında Arap Baharı Sürecinin Değerlendirilmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Donay, Süheyl. *Türk Ceza Kanunu Şerhi*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2007.
- Erem, Faruk. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1962.
- Gündel, Ahmet. *Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması*. Ankara: Yazarın Kendi Yayını, 2009.
- Hartavi, Ahmet. *Örgütlü Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Kavlak, Cihan. *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Laqueur, Walter. *A History of Terrorism*. New York: Routledge, 2017.
- Locke, John. *Second Treatise of Government*. ed. C.B. Macpherson, Indiana: Hackett Publishing Company, 1980.

- Malkoç, İsmail. *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*. Cilt 3, Ankara: Yazarın Kendi Yayını, 2013.
- Malkoç, İsmail. *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*. Cilt 4, Ankara: Yazarın Kendi Yayını, 2013.
- Özgenç, İzzet. *Suç Örgütleri*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Özgenç, İzzet. *Terörle Mücadele Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. *Türk Ceza Kanunu Yorumu*. Cilt 3, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. *Türk Ceza Kanunu Yorumu*. Cilt 4, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Safferling, Christoph J.M. "Terror and Law: German Responses to 9/11." *Journal of International Criminal Justice* 4, no. 5 (2006): 1152-1165.
- Saul, Ben. "Uluslararası Hukukta Terörizm'i Tanımlama Girişimleri." *Terör ve Düşman Ceza Hukuku*, çev: İrem Çakırca, ed. Yener Ünver, 21-48, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Schmid, Alex P. "The Definition of Terrorism." *The Routledge Handbook of Terrorism Research*, ed. Alex P. Schmid, 39-98, New York: Routledge, 2011.
- Schmid, Alex P. Ve Albert J. Jongman, *Political Terrorism: A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories, and Literature*. New Jersey: Transaction Publishers, 1988.
- Tangör, Burak ve Sevinç Sayın. "Avrupa Birliği'nin Terörizmle Mücadele Stratejisi: Yeni Bir Bütünleşme Alanı Mı?." *AAÇD*, no. 1, (2012): 85-118.
- Taşdemir, Fatma. *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi*. Ankara: USAK Yayınları, 2006.
- Taştan, Mehmet. *Açıklamalı İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Thomassen, Gunnar, Jon Strype ve Marit Egge. "Trust no Matter What? Citizens' Perception of the Police 1 Year after the Terror Attacks in Norway." *Policing: A Journal of Policy and Practice* 8, no. 1 (2014): 79-87.
- Tosun, Ramazan. "Ermeni Meselesinin Ortaya Çıkışı ve Mahiyeti." *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, no. 14 (2013): 143-163.

- Tozman, Önder. *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Turabi, Selami. *Terör Örgütleri ve Terör Suçları*. Ankara: Yazarın Kendi Yayını, 2018.
- Turinary, Faruk Y. "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı." *TBBB*, no. 116 (2015): 39-84.
- Wilkinson, Paul. "Armenian Terrorism." *The World Today* 39, no. 9 (1983): 344-350.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan, ve Mustafa Artuç. *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. Cilt 5, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan, ve Mustafa Artuç. *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. Cilt 6, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Yenidünya, Ahmet Caner ve Zafer İçer. "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu." *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan MÜHFHAD* 19, no. 2 (2013): 797-828.
- Yerdelen, Erdal. "Mütemadi (Kesintisiz) Suç." *TAAD* 5, no. 18 (2014): 113-152.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukukunda Terörizm*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 1999.
- Zafer, Hamide. "Terörün Tanımı ve Yapısal Özellikleri." *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, no. 10 (2007): 21-32.
- Zeitlin, Solomon. "Zealots and Sicarii." *Journal of Biblical Literature* 81, no. 4 (1962): 395-398.

Online Kaynaklar

- Adalet Bakanı Cemil ÇİÇEK'in, Antalya Milletvekili Hüseyin EKMEKCİOĞLU'nun 7/7914 Esas no.lu soru önermesine verdiği 18.11.2005 tarihli ve 1456 sayılı yazılı cevap. Erişim Tarihi: Kasım 21, 2018. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/7/7-7914c.pdf>.
- Adalet Bakanı Cemil ÇİÇEK'in, İzmir Milletvekili Enver ÖKTEM'in 7/1538-3749 Esas no.lu soru önermesine verdiği 27.01.2004 tarihli ve 72 sayılı yazılı cevap. Erişim Tarihi: Kasım 21, 2018. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/7/7-1538c.pdf>.
- Adalet Bakanı Mehmet Ali ŞAHİN'in, Mersin Milletvekili Mehmet ŞANDIR'ın 7/1988 Esas no.lu soru önermesine verdiği 21.04.2008 tarihli ve 1062/580 sayılı yazılı cevap. Erişim Tarihi: Kasım 21, 2018. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/7/7-1988c.pdf>.

Anadolu Ajansı. "Türkiye'nin En Karanlık ve Kanlı Gecesinde Yaşananlar." Erişim Tarihi: Ağustos 28, 2019. <https://www.aa.com.tr/tr/15-temmuz-darbe-girisimi/turkiyenin-en-karanlik-ve-kanli-gecesinde-yasananlar/1530628>.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı. "Şehitlerimiz." Erişim Tarihi: Ağustos 28, 2019. <https://15temmuzsehitleri.com/tr/sehitlerimiz-111>.

Nişanyan Etimolojik Sözlük. Erişim Tarihi: Ekim 22, 2018. <https://www.nisanyansozluk.com/?k=ter%C3%B6r>.

Öz, Mustafa. "Haşîsiyye." İç. *TDV İslâm Ansiklopedisi*. Erişim Tarihi: Eylül 30, 2019. <https://islamansiklopedisi.org.tr/hasisiyye>.

TDK. Büyük Türkçe Sözlük. Erişim Tarihi: Ekim 22, 2018. http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts.

Terrorism Act 2000 c. 11. Erişim Tarihi: Kasım 23, 2018. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/pdfs/ukpga_20000011_en.pdf.

Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı. "Aranan Terörist." Erişim Tarihi: Kasım 23, 2018. <http://www.terorarananlar.pol.tr/>.

KARAYOLUYLA TEHLİKELİ MADDE TAŞIMADAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

*Legal Liability in Contracts for Carriage of
Hazardous Goods by Road*

Serhat KÜÇÜKÇAPRAZ*

Öz

Tehlikeli maddelerin taşınması faaliyeti için öngörölmüş ayrı bir sözleşme tipi olmadığı için tehlikeli maddeler de taşıma sözleşmesi kapsamında taşınmaktadır. Tehlikeli maddelerin taşınması faaliyetini diğer yüklerin taşınması faaliyetinden ayıran en önemli husus ise bu taşıma faaliyetinde sözleşme taraflarının yükümlölüklerinin ağırlaşıyor olmasıdır.

Tehlikeli maddelerin karayoluyla taşınması faaliyetinde Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Anlaşma (CMR) ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile birlikte uluslararası alanda düzenlenmiş olan Tehlikeli Maddelerin Karayolu ile Uluslararası Taşımacılığına İlişkin Avrupa Anlaşması (ADR) ve ulusal taşıma faaliyetlerinde uygulanmak üzere hazırlanmış olan Tehlikeli Maddelerin Karayoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelik (TMKTHY) uygulama alanı bulacaktır. Tarafların yükümlölüklerini yerine getirip getirmediğinin belirlenmesinde ADR ve TMKTHY referans noktaları olacaktır.

* Enerji Uzmanı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, serhatkucucapraz@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2760-9126.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 19.11.2019.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 25.02.2020.

Atıf/Citation: Küçükçapraz, Serhat. "Karayoluyla Tehlikeli Madde Taşımadan Doğan Hukuki Sorumluluk." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 1 (2020): 187-228.

Tehlikeli maddelerin taşınması faaliyetinde sözleşme taraflarının yükümlülük ve sorumlulukları ulusal ve uluslararası düzenlemeler doğrultusunda bu çalışmada incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Taşıma Sözleşmesi, Tehlikeli Madde, Uluslararası Taşımacılığın İlişkin Avrupa Anlaşması (ADR), Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Anlaşma (CMR), Tehlikeli Maddelerin Karayoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelik (TMKTHY).

Abstract

Since there is no separate contract for the transportation of hazardous goods, hazardous goods are also transported under the contract of carriage. The most important issue that distinguishes the transportation of hazardous goods from the transportation of other goods is that the obligations of the contracting parties are getting harder in this type of transportation activity.

In addition to CMR and Turkish Commercial Code Law, ADR which is arranged in international area and The Regulation on Transportation of the Hazardous Goods by Road which is prepared to be used in national transportation activities will find application area in the transportation of hazardous goods by road. ADR and The Regulation on Transportation of the Hazardous Goods by Road will be the reference points in determining whether the parties have fulfilled their obligations.

The obligations and responsibilities of the contracting parties in the transportation of hazardous goods are studied in this work in line with the national and international regulations.

Keywords: Contract of Carriage, Hazardous Goods, European Agreement Concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road (ADR), Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR), The Regulation on Transportation of the Hazardous Goods by Road.

I. GENEL OLARAK

Taşıma faaliyeti bir taşıma sözleşmesi ile yapılacaktır.¹ Taşıma sözleşmesi de Borçlar Hukuku anlamında, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulan rızai² bir sözleşmedir.³ Taşıyıcının taşıma sözleşmesinden doğan borçlarından birisi yükün korunması ve yüke özen gösterilmesidir. Taşıyıcının bu borcunu yerine getirebilmesi için yüke zilyet olması gerekir.

CMR'nin uygulanacağı taşımalarda da CMR m. 1'de taşıma sözleşmesinin varlığı aranmıştır.⁴ CMR bazı taşımaları kapsam dışında bırakmıştır. Bu taşımalar CMR m. 1/4'te düzenlenmiştir. Buna göre; uluslararası posta antlaşmaları hükümleri uyarınca yapılan taşımalarda, cenaze taşımalarında ve ev eşyası taşımalarında CMR hükümleri uygulanmayacaktır. CMR m. 1 uyarınca uygulanma şartlarından birisi yükün taşıyıcı tarafından teslim alındığı yer ile teslim edileceği yerin iki ayrı devlet sınırları içinde bulunmasıdır. Bu uygulanma şartının bulunmadığı taşımalarda CMR uygulanmayacaktır. Ülke içerisinde yapılan taşımalarda TTK uygulama alanı bulacaktır.

Tehlikeli yükün taşınması faaliyetinde, tehlikeli yüke gösterilmesi gereken dikkat ve özen, sıradan yüklere gösterilmesi gereken dikkat ve özenden ayrılmaktadır. Tehlikeli yüklerin taşınması faaliyeti

-
- ¹ Komisyoncunun taşıyıcı sayıldığı haller hariç komisyon sözleşmesi buraya dâhil değildir. Arslan Kaya, "Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (CMR) Uygulanma Şartları Ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (1)", *Oğuz İmregün'e Armağan Kitabı* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1998), 314.
 - ² Taşıma sözleşmesinin rızai veya ayni akit olması hususu ETKK'da tartışma konusu olmuştur. Ancak 6102 sayılı TTK'da yapılan düzenleme bu tartışmaları sonlandırmıştır. Ayrıntı için Bkz. Süleyman Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşınması* (Ankara, Adalet Yayınevi, 2015), 18.
 - ³ Banu Bozkurt Bozabalı, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu* (Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi, 2010), 22; Gönen Eriş, *Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu* 4. Cilt (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010), 4546; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012), 62.
 - ⁴ Turkyay Özdemir, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 16.

uluslararası sözleşmeler, kanunlar ve yönetmeliklerle daha sıkı kurallara bağlandığı için bu kurallara uyularak taşıma işi icra edilmelidir.

II. TEHLİKELİ MADDE KAVRAMI VE TEHLİKELİ MADDELERİN SINIFLANDIRILMASI

Doktrinde genel kabul gören bir tehlikeli madde tanımı bulunmamaktadır. Uluslararası düzenlemelerde de tehlikeli madde tanımlanmamıştır. Tehlikeli maddeye dair tanımlamalardan bazıları şunlardır: tehlikeli madde, karakteri veya taşınma durumundaki zorluklar sebebiyle canlı veya cansız tüm varlıklara zarar verebilecek nitelikte olan maddelerdir.⁵ UZUN, nükleer ve kimyasal nitelik taşıyan maddeleri genel olarak tehlikeli madde olarak tanımlamaktadır.⁶ VURUK, tehlikeli maddeleri, patlayıcı, parlayıcı, kolay yanıcı, yakıcı, zehirli, mikrop bulaştırıcı, radyoaktif, aşındırıcı, kendi kendine tutuşan, ıslanıldığında yanan ve diğer tehlikeleri oluşturan maddeler olarak tanımlamıştır.⁷ BALİ-GÖZTEPE tehlikeli maddeleri, üretimi, kullanımı, elleçlenmesi, depolanması ve taşınması esnasında bulunduğu çevre ve yakınında bulunanları tehlikeye düşürebilen ya da zarar verebilen katı, sıvı ve gaz formatlarında bulunabilen maddeler olarak tanımlamıştır. Her somut olayda taşınan maddelerin tehlikelilik niteliği kendine özgü durumu içerisinde incelendiği için doktrinde farklı tanımlar yapılmıştır. Doktrinde sınırlayıcı tanım yapmaktan kaçınılmıştır.

4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nda tehlikeli madde tanımı yapılmamış, bunun yönetmeliklerle belirlenmesi yoluna gidilmiştir.⁸ Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nde de tanım yapılmamıştır.

⁵ Natig Asgarov, "Gönderenin Taşıma Sözleşmesi Gereğince Tehlikeli Eşya Hakkında Beyanda Bulunma Yükümlülüğü," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 28, no. 21 (2012): 297-322; Ömer Faruk Görçün, "Tehlikeli Maddelerin Denizyolunda Taşınması ve Risk Yönetimi: Türk Boğazlar Bölgesi Örneği," Doktora Tezi, (İstanbul Üniversitesi, 2012), 10; Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 14.

⁶ Elif Uzun, "Tehlikeli Madde Taşıyan Ticaret Gemileri Hakkında Milletlerarası Standartlar ve Boğazlardan Geçiş," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 23, no. 1-2, (2003), 851-875.

⁷ Gülşen Vuruk, "Denizyolu Tehlikeli Madde Taşımacılığı ve Türkiye Uygulaması, Sorunları ve Çözüm Önerileri," Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul Üniversitesi, 2008), 4.

⁸ RG. 19.07.2003, S. 25173.

Tehlikeli madde tanımı Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 132'de sayma yoluyla yapılmıştır.⁹ Ayrıca Tehlikeli Maddelerin Karayoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelik (TMKTHY)¹⁰ uyarınca Tehlikeli Maddelerin Karayolu ile Uluslararası Taşımacılığına İlişkin Avrupa Anlaşması (ADR)¹¹ Ek A üçüncü Bölümde sayılan maddeler tehlikeli madde olarak kabul edilmiştir.

Taşınan maddenin tehlikeli olup olmadığı hususu, kendisini gönderen ve taşıyıcının sorumluluklarının belirlenmesinde gösterir.

Tehlikeli maddelerin sınıflandırılması yoluna gidilmesinin sebebi çok çeşitli olan bu maddelerin gönderen ve taşıyıcı tarafından bilinerek, taşıma sırasında dikkat edilmesi gereken hususların farklılık arz etmesidir. Tehlikeli maddeler ADR 2.1.1.1.'de, Birleşmiş Milletler (BM) tavsiyeleri doğrultusunda; patlayıcılar, gazlar, yanıcı sıvılar, yanıcı katılar, oksitlenmeye neden olan maddeler ve organik peroksitler, zehirli ve bulaşıcı maddeler, radyoaktif materyal, aşındırıcı maddeler, çeşitli tehlikeli maddeler ve nesnelere olarak sınıflandırılmıştır.

III. TAŞIMA SÖZLEŞMESİ VE UNSURLARI

Taşıma sözleşmesi TTK'da açıkça tanımlanmamıştır. Ancak TTK'nın taşıyıcı başlıklı m. 850'den taşıma sözleşmesinin tanımı çıkarılabilmektedir. TTK m. 850/2'ye göre; *"Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi veya yolcuyla varma yerine ulaştırmayı, buna karşılık, eşya taşımada gönderen ve yolcu taşımada yolcu, taşıyıcıya, taşıma ücretini ödemeyi borçlanır."* Nitekim doktrinde taşıma sözleşmesi Kanun hükmü esas alınarak; yolcu veya eşyanın ücret karşılığında bir yerden diğerine taşınmasının taşıyıcı tarafından üstlenildiği sözleşme olarak tanımlanmıştır.¹² TTK'da yer alan düzenlemelerden ve doktrinde yapılan

⁹ RG. 18.07.1997, S. 23053 Mükerrer.

¹⁰ RG. 24.04.2019, S.30754.

¹¹ Ülkemiz ADR'ye 06.12.2005 tarihli ve 26015 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5434 sayılı Tehlikeli Maddelerin Karayolu ile Uluslararası Taşımacılığına İlişkin Avrupa Anlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun ile taraf olmuştur.

¹² Sabih Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1982), 10; Mertol Can, *CMR ve Alman Ticaret Kanunları ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları* (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2017), 19; Burak Adıgüzel, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti Hariç* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 26.

tanımlardan, taşıma sözleşmesinin unsurlarını; taşıma işinin üstlenilmesi ve taşımanın ücret karşılığı yapılması olarak çıkarabiliriz.¹³ Uluslararası karayolu taşıma faaliyetlerinde temel sözleşme olan CMR'nin uygulanabilmesi için gerekli şartlar 1'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu şartlardan taşıma sözleşmesinin varlığı ve taşıma sözleşmesinin unsurları içerisinde yer alan taşıma konusunun yük olması ve taşımanın ücret karşılığı yapılması zaten TTK'nın uygulanması için taşıma sözleşmesinin yapılmış olması ve unsurları ile alakalı olduğundan bu başlık altında incelenmiştir. Ancak taşıma sözleşmesinin unsuru olmasa da taşımanın karayoluyla ve taşıtla yapılması CMR'nin uygulanması için gerekli bir unsur olmasından dolayı bu başlık altında incelenmiştir.

A. Yük Taşıma İşinin Üstlenilmesi

Taşıyıcı başlıklı TTK m. 850 incelendiği zaman, taşıma sözleşmesinden bahsedebilmek için taşıyıcının yük taşıma işini üstlenmiş olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Burada yükten kasıt, yeri değiştirilebilen ve maddi varlığı olan her türlü şeylerdir.¹⁴ TTK ve CMR'de yük kavramı tanımlanmamıştır. CMR'de, yük kavramı tanımlanmamakla beraber m. 1'de yer alan düzenleme ile uygulama kapsamından uluslararası posta anlaşması gereğince yapılan taşımalar, cenaze taşımaları ve ev eşyası taşımaları çıkartılmıştır. Eşya kavramı, Karayolu Taşıma Kanunu m. 3'te; "Eşya; İnsandan başka taşınabilen canlı veya cansız her türlü nesneyi ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır. Taşımanın konusunu maddi değeri olmasa bile maddi varlığı olan taşınabilir eşyalar oluşturur.¹⁵

¹³ Bozkurt Bozabalı, *Türk Hukukunda ve Uluslararası*, 7.

¹⁴ Hikmet Belbez, "Nakil Sözleşmesi ve Nakliyecinin Sorunu," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (1946), 390; İsmail Doğanay, "Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Karada Eşya Taşınması," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 5, no. 3, (1968), 432-479; Rayegan Kender, Ergon Çetingil ve Emine Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 155; Eşya, mal, yük kavramlarının kullanımına ilişkin açıklamalar için Bkz. Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku*, Cilt 1 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 298-299; Adıgüzel, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti*, 27.

¹⁵ Ahmet Zeyneloğlu, *Uygulamalı Taşıma Hukuku* (Ankara: Olgaç Matbaası, 1980), 74; Bahar Üstündağ, "Türk Hukukunda Eşya Taşıma Sözleşmesi," *Fikret Eren'e Armağan Kitabı* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2006), 934.

Taşıyıcı taşıma işini yan edim olarak değil asli edim olarak üstlenmelidir.¹⁶ Yan edim olarak taşıma işinin üstlenilmesi durumunda taşıma sözleşmesinin varlığından söz edilmez. Ancak asli edim yükümlülüğü olarak taşıma işinin üstlenilmesi yanında, yan edim olarak yükün saklanması, depolanması gibi yan edimlerin üstlenilmesi durumunda da taşıma sözleşmesinden bahsedilecektir.¹⁷

Sözleşmeler, Türk Borçlar Kanunu na (TBK)¹⁸ göre karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulur.¹⁹ Taşıma sözleşmesi de taşıyıcı ve gönderenin iradelerinin birleşmesi ile kurulacaktır.²⁰ Dolayısı ile taşıyıcının rızası dışında bir yükün taşınması işi, taşıma sözleşmesi kapsamında değildir. Taşıyıcının bilgisi olmaksızın taşıta yüklenen yükler hakkında taşıyıcı zımni rıza gösterirse taşıma sözleşmesi kurulmuş olur. Ancak taşıyıcının rızası olmazsa veya taşıyıcının rızası hile yolu ile alınmışsa, bu durumda taşıyıcı TBK'da yer alan irade bozukluğu hallerine dayanabilir. İrade bozuklukları TBK m. 32'de düzenlenen sözleşmenin zorunlu unsurlarında saik yanılmaları, TBK m. 36'da düzenlenen aldatma ve TBK m. 38 ile TBK m. 39'da düzenlenen korkutma olmak üzere üç durumda ortaya çıkabilir.²¹ İrade bozukluğuna sebebiyet veren hallerden birisinin varlığı halinde yapılmış sözleşme yanılma, aldatma ve korkutma altında sözleşme yapan tarafı baştan itibaren bağlamaz. İrade bozukluğu hallerinde fesih söz konusu olur. Bu durumda sözleşmeyle bağlı olmayan taraf şartsız ve geri dönülmez bir şekilde fesih beyanında bulunarak sözleşmeyi iptal edebilir.²²

¹⁶ Zeyneloğlu, *Uygulamalı Taşıma Hukuku*, 81; Eriş, *Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret*, 4, 4545.

¹⁷ Üstündağ, *Türk Hukukunda Eşya Taşıma*, 935; Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 22; Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku*, 1, 302.

¹⁸ RG. 04.02.2011, S. 27836.

¹⁹ Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Yayıncılık, 2009), 39-40.

²⁰ Sabih Arkan, "Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 10, no. 2 (1979): 397-414.

²¹ Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel*, 118.

²² Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel*, 129-130, İrade bozukluğu halleri hakkında ayrıntılı açıklama için Bkz. Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012), 64-70.

Taşıma sözleşmesinin konusunu tehlikeli yükün oluşturduğu hallerde taşıyıcı, taşıyacağı yükün tehlikeli nitelikte olduğunu bilerek taşıma işini üstlenmelidir. Tüm bu hükümler değerlendirilirken, taşıyıcının iradesini sakatlayan hallerin varlığı ve bunların sonuçları birlikte değerlendirilerek taşıma sözleşmesinin akıbeti tespit edilmelidir.

B. Ücret Karşılığı Yapılması

TTK m. 850/2'de yapılan düzenlemeden anlaşılacağı üzere taşıyıcının taşıma işini üstlenmesinin yanında gönderenin de ücret ödemeyi üstlenmesi gerekmektedir. Taşıma ücreti, taşıma sözleşmesinin asli edimi olan ve taşıma işinin karşılığını oluşturan ücret olarak tanımlanabilir.²³ Hatır taşımalarına TTK'nın taşıma işleri kitabı uygulanmayacaktır.²⁴ TTK'ya benzer şekilde CMR m. 1/1'de yapılan düzenleme; "İşbu antlaşma... eşyanın ücret karşılığı... taşınmasına ilişkin her sözleşmeye uygulanacaktır."²⁵ şeklinde olduğu için CMR'nin de taşıma sözleşmelerine uygulanabilmesi için taşımanın ücret karşılığında yapılması gerekmektedir. Hatır taşımalarının, CMR'nin getirmiş olduğu ağır sorumluluktan dolayı kapsam dışında tutulmasının uygun olacağı düşünülmüştür.²⁶

Taşıma sözleşmesinde ücretin sözleşmede açıkça belirlenmemiş olması sözleşmeyi geçersiz kılmaz. Ayrıca ücretin paradan oluşması da zorunlu değildir.²⁷ Taşıma işine denk olan menfaatler de para ile ölçü-

²³ Süleyman Kıran, *Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıma Ücreti* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 7.

²⁴ ETTK (6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu) döneminde taşımanın ücret karşılığı yapılacağı vurgulanmadığı için ETTK'nın hatır taşımalarına uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olmuştur. Ancak TTK'da yapılan düzenleme tartışmaya yer vermeyecek düzeyde açık olduğu için TTK döneminde böyle bir tartışma yaşanmamıştır. TTK m. 850'nin gerekçesinde hatır taşımalarına taşıma işleri kitabının uygulanmayacağı da açık bir şekilde belirtilmiştir.

²⁵ Abuzer Kendigelen ve Alihan Aydın, "Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR): Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi," iç. Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, 1 (İstanbul: Beta Basımevi, 2002), 499.

²⁶ Arkan, "Karayolu ile Eşya Taşınmasına," 403.

²⁷ Can, *CMR ve Alman Ticaret*, 20.

lebiliyorsa ücreti oluşturabilir.²⁸ Ücret ödememenin, gönderen tarafından üstlenilmiş olması taşıma sözleşmesinin kurulması açısından yeterlidir.

C. Taşıma İşinin Karayoluyla ve Taşıtla Yapılması

Taşıyıcı; taşıma işini ücret karşılığında, taşıt kullanarak ve karayolu ile gerçekleştirmelidir. TTK'da taşıma işinin taşıt kullanılarak ifasını öngören açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak taşımanın taşıtla yapılması gerektiği anlamının çıkarılacağı dolaylı hükümler yer almaktadır.²⁹ TTK taşıma kitabı açısından durum böyle iken CMR'de taşımanın karayoluyla ve taşıtla yapılması gerektiği açık bir şekilde, uygulama alanı başlıklı 1'inci maddede ifade edilmiştir. Taşımanın yapılacağı taşıtın niteliği CMR m. 1/2'de; *"İşbu antlaşmanın uygulanması bakımından "taşıtlar" sözcüğü, 19 Eylül 1949 tarihli Karayolu Trafikine İlişkin Antlaşma'nın 4 üncü maddesinde tanımlandığı şekliyle motorlu taşıtları, bağlı taşıtları, römorkları ve yarı römorkları ifade eder."*³⁰ şeklinde belirtilmiştir. TTK'da karayoluyla yapılacak taşımalarda kullanılacak taşıta ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte ikincil düzenleme olan TMKTHY'de kullanılacak taşıta ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. TMKTHY m. 4/1 (t)'de taşıt kavramı; *"Taşıt (Araç): Karayolunda tehlikeli madde taşımacılığı yapılması amacıyla ilgili mevzuata uygun olarak imal edilen en az dört tekerlekli ve azami tasarım hızı 25 km/s'den fazla olan kamyon, kamyonet, tanker ve bunlar tarafından çekilmesine izin verilen römorklar ile çekici türündeki taşıtlarla çekilen yarı römork veya römork türündeki taşıtlar ile bu amaçla özel donanımı bulunan diğer taşıtları,"* şeklinde tanımlanmıştır. Taşıma sözleşmesinin konusu tehlikeli yük ise kullanılacak araç yönetmelikte ve yönetmeliğin atfı yaptığı ADR'de belirtilen niteliklerde olmalıdır.

²⁸ Arkan, "Karayolu ile Eşya Taşınmasına," 403; Bozkurt Bozabalı, *Türk Hukukunda ve Uluslararası 10; Arslan Kaya, Makalelerim 1* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012), 447.

²⁹ Süleyman Kıran, "Karayoluyla Gerçekleştirilen Taşımalarda TTK'nın Taşıma İşleri Kitabı'nda İhdas Edilen Hükümlerin Uygulanması Açısından Taşıt Kavramının Etkisi," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no 1 (2016): 299-318. Bu hususa Yükleme ve boşaltma başlıklı TTK m. 863 örnek olarak gösterilebilir.

³⁰ Kendigelen ve Aydın, "Karayolu ile Uluslararası Eşya," 499; 19 Eylül 1949 Tarihli Karayolu Trafikine İlişkin Antlaşmasında motorlu taşıtlar, mafsallı taşıtlar, römorklar ve yarı römorklar taşıt kavramı içerisinde tanımlanmıştır.

Karayoluyla yük taşıma sözleşmesinde kullanılacak olan taşıma modu karayoludur. TTK'da taşıma işleri kitabında taşımanın karayolundan yapılacağına dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak TTK m. 852 düzenlemesi incelendiği zaman karayolu taşımalarına TTK taşıma işleri kitabının uygulanacağı sonucu çıkmaktadır. Bununla birlikte ulusal mevzuatımızda yer alan Karayolu Taşıma Kanunu m. 2/1'e göre kanunun uygulanabilmesi için taşımanın karayolu ile yapılması şarttır. Ancak kanunda karayolunun tanımı yapılmamıştır. Karayolu tanımı Karayolu Taşıma Yönetmeliği m. 4'te; "Karayolu; Trafik için kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, yol, otoyol, köprüler ve benzeri yapı ve alanları," şeklinde yapılmıştır.³¹ Taşıma sözleşmesinin konusu tehlikeli yük ise ayrıca TMKTHY m. 2 uygulama alanı bulacaktır. Madde incelendiği zaman yönetmeliğin uygulanabilmesi için tehlikeli yüklerin karayoluyla taşınması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Tüm bu düzenlemeler ışığında, tehlikeli yüklerin karayoluyla taşınması için yapılacak taşıma sözleşmelerinde de sözleşmenin Karayolu Taşıma Kanunu'nun ve ilgili yönetmeliklerin³² uygulama alanına girebilmesi için taşımanın karayolu ile yapılması gerekmektedir.

Uluslararası düzenlemeler açısından bakıldığında taşımanın karayolu ile yapılması gerektiği CMR uygulama alanı başlıklı m. 1/1'de "İşbu antlaşma... eşyaların taşıtlarla karayolundan taşınmasına ilişkin her sözleşmeye uygulanacaktır."³³ şeklindeki düzenlemeden CMR'nin yük taşımalarına uygulanabilmesi için taşımanın karayolundan yapılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Ancak CMR'nin hazırlanmasında etkin rol alan İngiltere'nin durumu göz önüne alınarak, karayolunda taşınma şartı yükün üzerine yüklendiği taşıttan ayrılmadan denizyolu, demiryolu, nehirde, kanalda veya havayoluyla taşınması hallerinde taşıma sözleşmesinin tamamına CMR hükümlerinin uygulanabilmesi esnekliği sağlanmıştır.³⁴

³¹ Karayolu tanımı benzer tarzda Karayolu Trafik Kanunu'nda "Trafik için kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, yol, otoyol, köprüler ve alanlardır." şeklinde yapılmıştır.

³² İlgili yönetmeliklerden kasıt Karayolu Taşıma Yönetmeliği ve TMKTHY'dir.

³³ Kendigelen ve Aydın, "Karayolu ile Uluslararası Eşya," 499.

³⁴ Arkan, "Karayolu ile Eşya Taşınmasına," 404; Kaya, *Makalelerim 1*, 448.; Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 31; CMR m. 2'de sağlanan esneklik "Mal yüklü taşıt, 14 üncü madde hükümlerinin uygulandığı haller dışında yolun bir kısmında

IV. KARAYOLUYLA YÜK TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN TARAF LARI VE İLGİLİ ŞAHISLAR

Taşıma sözleşmesinde, gönderen ve taşıyıcı olmak üzere iki taraf vardır. Ancak sözleşme tarafı olmasa bile taşıma konusu yük kendisine gönderilen ilgili şahıs da mevcuttur.

A. Gönderen

TTK'da gönderen kavramı tanımlanmamıştır ancak gönderene dair detaylı düzenlemeler yapılmıştır. Karayolu Taşıma Kanun'unun tanımlar başlıklı 3'üncü maddesine göre; gönderen, "Eşyayı taşımacıya teslim eden, gönderileni belirleyen ve taşıma senedini imzalayan kişi" olarak tanımlanmıştır. Bu tanım kişinin, yükü taşıyıcıya teslim etmeyi ve taşıma senedini imzalamasını zorunlu olarak öngördüğü izleniminden dolayı eleştirilmiştir.³⁵ Doktrinde gönderen; taşıma sözleşmesinde taşıyıcının karşısında yer alan, sözleşmeyi kendi adına yapan ve yükü taşıyıcıya teslim etmekle yükümlü olan kişi olarak tanımlanmıştır.³⁶ ADIGÜZEL göndereni taşıma sözleşmesinde taşıyıcının yük taşıma işini üstlenmesi karşılığında taşıma ücretini ödeme borcu altına giren kimse olarak tanımlamıştır.³⁷ Yargıtay da bir kararında göndereni; taşıma sözleşmesinde taşıyıcının sözleşme yaptığı karşı taraf olup, sözleşme uyarınca eşyanın taşınması kendisine taahhüt olunan ve bunun karşılığında ücreti ödemekle yükümlü tutulan kişi olarak tanımlamıştır.³⁸ CMR'de de gönderen kavramı tanımlanmamıştır; ancak doktrinde yapılan gönderen tanımının CMR açısından kullanılmasına engel bir durum yoktur.³⁹

deniz, demiryolu, nehir, kanal veya havayoluyla yük boşaltmadan taşındığı hallerinde de bu Sözleşme taşımının tümü için uygulanır" şeklinde düzenlenmiştir.

³⁵ Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 37.

³⁶ Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında*, 19; Üstündağ, *Türk Hukukunda Eşya Taşıma*, 938; Fevzi Topsoy, "Taşınma Eşyası Taşımalarında Taşıyıcının Özel Yükümlülükleri", *Ankara Barosu Dergisi*, no. 2, (2014), 21-46.

³⁷ Adıgüzel, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti*, 38.

³⁸ Yar. 11. HD, E. 2015/15089, K. 2016/1656, 17.02.2016. (<https://www.lexpera.com.tr>)

³⁹ Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 38.

Taşınacak olan yük tehlikeli nitelikte ise uygulanacak mevzuata TMKTHY ve ADR girer. Bu düzenlemelerde yapılan gönderen tanımına bakılacak olursa TMKTHY m. 4/1'e göre; gönderen, "*Kendi adına veya bir üçüncü şahıs adına tehlikeli maddeleri gönderen işletmeyi ayrıca, taşıma işlemi bir taşıma sözleşmesine bağlı olarak yürütülüyorsa, sözleşmede "Gönderen" olarak belirtilen kişi*" olarak tanımlanmıştır. ADR 1.2.1.'e göre gönderen; "*kendi adına ya da üçüncü kişi adına tehlikeli malı gönderen işletme*" dir.

B. Taşıyıcı

TTK m. 850'ye göre taşıyıcı; "*taşıma sözleşmesiyle eşya taşıma işini ücret karşılığında üstlenen kişidir.*" Karayolu Taşıma Kanunu m. 3'te taşıyıcı yerine taşımacı kavramına yer verilmiştir. Karayolu Taşıma Kanun'una göre taşımacı; "*taşımacı yetki belgesine sahip olan ve kendi nam ve hesabına taşımayı bir ücret karşılığı üstlenen gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır.⁴⁰ Nitekim doktrinde taşıyıcı; yükünü ücret karşılığında taşımak isteyen gönderene karşı taşıma taahhüdünde bulunan kişi olarak tanımlanmıştır.⁴¹ Mevzuatta taşıyıcı olmak için gerekli görülen belgelerin (yetki belgesi gibi) eksik olması, ücret karşılığında taşıma işini üstlenen kimselerin taşıyıcı olarak nitelendirilmesine engel değildir. CMR'de taşıyıcı kavramı tanımlanmamıştır. Ancak CMR m. 1'den hareketle TTK'da yapılan tanımı CMR için de kullanabiliriz.

TMKTHY m. 4/1 (s)'de göre taşımacı; "*Karayolu Taşıma Yönetmeliğine göre C1, C2, K1, K2, L1, L2, M1, M2, M3, N1, N2, R1, R2 yetki belgesi sahiplerini, ifade eder*" şeklinde tanımlanmış iken ADR taşıyıcıyı; "*taşıma sözleşmesi olsun veya olmasın taşıma işini yürüten işletme*" olarak tanımlamıştır. Ulusal düzenlemelerden ve CMR'den farklı olarak ADR taşıyıcı olabilmek için taşıma sözleşmesinin akdedilmesini aramamıştır.⁴² ADR açısından, taşıma sözleşmesi akdedilmemiş olsa bile taşıma işini yürüten işletme taşıyıcı olarak kabul edilecektir.

⁴⁰ Taşıyıcı kavramı yerine, taşımacı kavramına mevzuatta yer verilmesi terim çeşitliliğini artırdığı için eleştirilmiştir. Mertol Can, "4925 Sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'na Göre Karayoluyla Yapılan Taşımaların Tabi Olduğu Hukuki Esaslar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 1-2 (2005): 11-63.

⁴¹ Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında*, 20; Can, *CMR ve Alman Ticaret*, 21.

⁴² Kıran bunun sebebini ADR'nin kamu hukuku niteliğini haiz olması ile gerekçelendirmektedir. Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 34.

C. Gönderilen

TTK'da gönderilen tanımı yapılmamıştır. Karayolu Taşıma Kanunu m. 3'te gönderilen; "*Sevok irsaliyesi, taşıma irsaliyesi ve taşıma senesinde belirtilen eşyanın teslim edileceği kişi*" olarak tanımlanmıştır. Doktrinde gönderilen; yükün, taşıma işlemi sonunda teslim edileceği kişi olarak tanımlanmıştır.⁴³ Gönderen ve gönderilen aynı kişi olsalar bile taşıma sözleşmesinin tarafı sadece gönderendir.⁴⁴ Karayolu Taşıma Yönetmeliğinde ve TMKTHY'de gönderilen tanımlanmamıştır. Uluslararası mevzuatta CMR'de gönderilen tanımlanmamıştır. ADR'de ise gönderilen alıcı olarak "*Alıcı*" taşıma sözleşmesine göre malın alıcısı anlamına gelir. Alıcı taşıma sözleşmesinin hükümlerine uygun başka bir üçüncü taraf atarsa, bu taraf ADR nezdinde alıcı kabul edilir. Taşıma işlemi taşıma sözleşmesi olmadan yürütülüyorsa, vardıklarında tehlikeli malların idaresini üstüne alacak işletme alıcı kabul edilir." şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁵ ADR'de yapılan gönderilen tanımında, taşıma sözleşmesi var olmadan da taşıma ilişkisinin kurulabileceği ve malın idaresini teslim alan kişinin gönderilen olarak kabul edileceği vurgulanmıştır.

Borç ilişkilerinin taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmasına nisbilik prensibi denilmektedir.⁴⁶ Bu prensibin bir istisnası TBK m. 129'da üçüncü kişi yararına sözleşme olarak düzenlenmiştir.⁴⁷ Üçüncü kişi yararına sözleşme; bir tarafın kendi adına hareket ede-

⁴³ Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında*, 25; Kıran, *Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıma*, 28.

⁴⁴ Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Karada Eşya Taşınması*, 438.

⁴⁵ ADR 1.2.1.

⁴⁶ Nisbilik Prensibi Hakkında ayrıntılı açıklamalar için Bkz. Üstündağ, *Türk Hukukunda Eşya Taşıma Sözleşmesi*, 938; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6-8; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2012), 18; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 34.

⁴⁷ Sabih Arkan, "Karayolu ile Eşya Taşınmasına," 26; Üçüncü kişi yararına sözleşme için Bkz. Nil Karabağ Bulut, *Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 26; Burak Adıgüzel, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Eşya Taşıma Hukuku Alanında Getirilen Yenilikler(Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken Sempozyumu 10-11-12 Mayıs 2012)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no.2 (2013), 769-791; Adıgüzel, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti*, 31; Can, *CMR ve Alman Ticaret*, 27.

rek, sözleşmenin karşı tarafına üçüncü kişi yararına bir edimin ifasını taahhüt ettirdiği hukuki işlemdir.⁴⁸ Taşıma sözleşmesi üçüncü kişi yararına sözleşme tanımına gönderenin, taşıyıcıya, taşınan yükü sözleşme tarafı olmayan gönderilene teslimini içermesi sebebiyle uygundur.⁴⁹

V. KARAYOLUYLA YÜK TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Taşıma sözleşmesi taraflarına; taşıma sözleşmesi, ulusal ve uluslararası düzenlemeler gereğince haklar ve yükümlülükler yüklenmiştir. Taşıma sözleşmesinde, taşınması üstlenilen yük tehlikeli nitelik arz ediyorsa taraflar yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde tehlikeli yük; çevre, insanlar ve taşınmakta olan diğer yükler için risk oluşturur. Bu riskin en aza indirilmesi için taşıma sözleşmesinin ifasında yer alacak taraflar en azami gayreti göstermelidir. Tarafların hak ve yükümlülüklerinin neler olduğu mevzuat ışığında tespit edilecektir.

Gönderenin yükümlülükleri; taşıma ücreti ve masrafları ödeme yükümlülüğü, eşyayı hazır bulundurma yükümlülüğü, taşınan eşya hakkında doğru ve yeterli bilgi verme yükümlülüğü, yükleme ve boşaltma yükümlülüğü, yükü ambalajlama ve işaretleme yükümlülüğü, taşıma belgeleri düzenleme ve taşıyıcının tasarrufunda bulundurma yükümlülüğüdür.

Taşıyıcının yükümlülükleri; taşıma işini özenli olarak yerine getirme ve teslim yükümlülüğü, gönderen tarafından verilen talimatlara uyma yükümlülüğü, taşıma belgelerini taşıma süresince elinde bulundurma yükümlülüğüdür.

Bu yükümlülüklerden tehlikeli yük taşınması faaliyeti açısından önem arz edenleri ayrıca incelenecektir.

⁴⁸ Karabağ Bulut, *Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme*, 26.

⁴⁹ Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 40.

B. Gönderenin Yükümlülükleri

1. Yükleme ve Boşaltmaya Dair Yükümlülük

Gönderenin yükleme ve boşaltma yükümlülüğünden evvel yükün, yükleme ve taşıma işi için hazır bulundurulması gerekir. Yükün teslimine hazır bulundurulması, taşıyıcının yükü taşımak maksadı ile zilyetliğine geçirmesi bakımından herhangi bir engel olmaması halidir.⁵⁰ Yükün teslimine hazır bir halde bulundurulması da gönderenin yükümlülüğündedir. TTK m. 863'e göre; "*Sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticari teamülden aksi anlaşılmadıkça; gönderen, eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır.*" Düzenlemeye göre gönderenin taşınacak olan yükü, yükleme ve boşaltma yükümlülüğü vardır. Gönderene yükleme ve boşaltmaya dair yüklenen yükümlülük, taşınacak olan yükün niteliklerini en iyi bileceği düşüncesine dayanmaktadır.⁵¹ Gönderene, TTK'da sadece yükleme ve boşaltma yükümlülüğü değil aynı zamanda eşyayı istifleme, bağlama ve sabitleme yükümlülükleri de verilmiştir.

TTK m. 863/1'de kural olarak yükleme ve boşaltma işlemlerinin gönderen tarafından yapılması gerekmekte birlikte sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticari teamülden aksinin anlaşılabilmesi hallerinde taşıyıcı da yükleme ve boşaltma işlemlerinin yükümlüsü olabilecektir.⁵² Yapılan düzenleme sözleşme tarafları olan gönderen ve taşıyıcıya, yükleme ve boşaltma işlemleri hakkında sözleşme serbestisi içerisinde hareket edebilme hakkı tanımaktadır. Taraflar gönderenin üzerinde olan yükleme ve boşaltma yükümlülüğünü sözleşmeye hüküm koyarak taşıyıcıya yükleyebilmektedir. Bu durumda yükleme ve boşaltma işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmamasından taşıyıcı sorumlu olacaktır. Durumun gerektirdiği hallerde de taşıyıcı yükleme ve boşaltma işlemini yapacaktır. Durumun gereğinden neyin anlaşılması gerektiği açık değildir. TTK

⁵⁰ Adıgüzel, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti*, 63.

⁵¹ Adıgüzel, Adıgüzel, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda," 782; Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 64.; Adıgüzel, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti*, 67.

⁵² Adıgüzel, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda," 782.

m. 861/1'e göre; gönderenin tehlikeli yük taşımalarında taşıyıcıya taşınacak olan tehlikeli yük ve tehlikenin türü hakkında bildirimde bulunması gerekmektedir. Bu bildirim yapılmazsa veya eksik yapılırsa taşıyıcı tehlikeli yükün boşaltılmasını, depolanmasını veya gerektiğinde imhasını ve zararsız duruma getirilmesini gönderenden isteyebilir. Taşıyıcının gönderenden bu işlemleri beklemesi risk oluşturuyorsa, taşıyıcının yükün boşaltılmasını veya diğer önlemlerin alınmasını kendisinin de yapabilmesi durumun gereği olarak düşünülebilir.⁵³ Taşıyıcının yükleme ve boşaltma işlemlerini yapabileceği diğer bir hal ise ticari teamülün varlığıdır.⁵⁴ TTK m. 863/1'e göre, yükleme boşaltma işlemlerinin yükümlüsü gönderen olmasına rağmen taşıyıcının da yükleme işleminin işletme güvenliğine uygunluğunu sağlama yükümlülüğü vardır.⁵⁵

Taşıma sözleşmesinin konusunu tehlikeli yük ise tehlikeli maddelerin bünyesinde barındırdığı doğal riskten dolayı gönderen tehlikeli yükü araca yüklerken ve boşaltırken daha dikkatli olmak zorundadır. TTK'da gönderenin tehlikeli yükü yüklerken ve boşaltırken nelere dikkat etmesi gerektiğine dair özel bir hüküm yer almamaktadır. TMKTHY gönderenin yükümlülükleri başlıklı m. 10/1 (g)'ye göre; "Gönderen; ADR Bölüm 1.4.2.1'de yer alan diğer yükümlülükleri yerine getirmekle, yükümlüdür." Yönetmeliğin atıf yaptığı ADR 1.4.2.1'de gönderenin yükleme ve boşaltmaya dair yükümlülüklerine ilişkin "Gönderen kimse diğer tarafların hizmetlerini kullanıyorsa (ambalajlayıcı, yükleyici, doldurucu, vb.), sevkini ADR zorunluluklarını sağladığından emin olmak için gerekli tedbirleri almalıdır." şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme göndereni; yükleme ve boşaltma yükümlülüğünü ifa ile yükleme ve boşaltma işlemini kendisi yap-

⁵³ Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 66.

⁵⁴ TTK'nın 2'nci maddesinde Ticari örf ve adet başlığı altında, ticari örf ve adet ile teamül arasında ayırım yapılmıştır. Buna göre ticari teamülün hukuk kuralı olarak uygulanabilmesi için uzun süreden beri aynı şekilde uygulanıyor olması ve toplumda o davranış biçimine uyma zorunluluğu inancının yerleşmiş olması şartları gerekmektedir. Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar ve Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013), 92-93.

⁵⁵ Taşıyıcının yüklemenin işletme güvenliğine uygunluğunu sağlama borcu hakkında Bkz. Adıgüzel, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti*, 69.

mıyorsa, ifa yardımcısının yapmış olduğu işlemin ADR zorunluluklarını sağladığından emin olmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılmıştır.⁵⁶

ADR Tablo A Tehlikeli Mallar Listesi sütun (18)'de taşıma için özel hükümler başlığı altında yükleme, boşaltma ve elleçleme yapılırken ayrıca dikkat edilmesi gereken hükümler varsa bunlar belirtilmiştir. Yükleme, boşaltma ve elleçleme yükümlülüğü gönderenin üzerindedir. Gönderen bu yükümlülüklerini yerine getirirken, en çok taşınması yapılan mallar listesinde yani Tablo A'da tanımlı bir yükün taşınmasını yapacaksa bu listede belirtilen kurallara uygun bir şekilde yükümlülüğünü ifa etmelidir.

Taşıma sözleşmesinin konusu tehlikeli yük olduğunda; kural olarak gönderen, sözleşmeden, durumun gereğinden ya da ticari teamülden taşıyıcının yükleme ve boşaltma yükümlüsü olması durumunda ise taşıyıcı yükleme ve boşaltma yükümlülüğünü ADR'de yer alan düzenlemelere uygun olarak yerine getirmelidir.

2. Ambalajlama, İşaretleme ve Etiketleme Yükümlülüğü

a. Ambalajlama

Ambalaj; içerisinde yer alan şeyi çevresel olumsuzluklardan koruma amacı taşıyan malzemedir.⁵⁷ Ambalajlama, taşınacak yükün zarar görmemesi amacını taşır.⁵⁸ Doktrinde konteynerlerin ambalaj olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin tartışma olmasına karşın ADR'de konteyner açık bir şekilde ambalaj olarak kabul edilmiştir.⁵⁹ Dolayısıyla gönderenin yükü konteyner içinde taşıyıcıya teslimi halinde konteynerde ambalaj olarak kabul edilecektir.⁶⁰

⁵⁶ ADR 1.4.2.1.2.

⁵⁷ Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 68.

⁵⁸ Adıgüzel, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti*, 70.

⁵⁹ Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 69-70.; Konteynerin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı açıklamalar için Bkz. Nihal Koşer, "Deniz Yoluyla Konteyner Taşımacılığında Konteynere Uygulanacak Hukuki Rejim," Yüksek Lisans Tezi, (Ankara Üniversitesi, 2015), 23ff.

⁶⁰ Adıgüzel, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti*, 71.

TTK m. 862’de yapılan düzenlemeye göre ambalajlama yükümlülüğü gönderenin üzerindedir. Gönderen, taşınacak her türlü yükü değil niteliği ambalaj yapılmasını gerektiren yükü ambalajlamakla yükümlüdür. Ambalajlama yapılırken yükün zıya ve hasara uğramasını ve taşıyıcıya zarar vermesini önleyecek tarzda ambalajlama yapılmalıdır. Benzer şekilde CMR m. 10’a göre; “Gönderen, eşyanın bozuk ambalajlanması nedeniyle kişilere, malzemeye veya diğer eşyaya verilen zarardan ve yapılan her türlü masraftan taşıyıcıya karşı sorumludur.”⁶¹ Hükmün lafzından gönderenin kusurlu ambalajlamadan sorumlu olduğu sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla gönderen, ambalajlama yükümlülüğü altındadır. CMR ve TTK hükümleri paralel olarak; taşınan yüke, diğer yüklere ve taşıyıcıya zarar verilmesini önleyecek tarzda ambalajlamadan söz etmektedir.

TTK m. 857’de taşıma senedinin içeriğinde yer alacak kayıtlardan birisi de eşyanın türünün olağan işareti ile ambalajının çeşidi-dir. TTK m. 858/2’de taşıma senedi iki tarafça imzalandı ise bunun eşyanın ve ambalajının, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı sırada, dış görünüşü bakımından iyi durumda bulunduğu ve taşınan paketlerin sayısının, işaretleri ile numaralarının, taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna karine olduğu ancak taşıyıcının taşıma senedine haklı bir sebeple çekince koyabileceği düzenlenmiştir. TTK’ya benzer şekilde CMR m. 8/1’e göre taşıyıcı taşınacak olan yüke ilişkin ambalajların görünürdeki durumunu kontrol etmekle yükümlü kılınmıştır.⁶² Hem TTK’nın hem de CMR’nin uygulanacağı taşımalarda taşıyıcı ambalajların görünürdeki durumunu kontrolle yükümlüdür. Yargıtay bu konuda yükleme, istifleme ve ambalajlama yükümlülüğünün gönderende olduğunu, ancak taşıyıcının da yükleme, istifleme ve ambalajlama konusunda nezaret yükümlülüğünün olduğunu ve yükleme, istif ve ambalaj konusunda taşıma belgesine ihtirazi kayıt koyabileceğini bunu yapmadığında her ne kadar gönderen sorumlu olsa da taşıyıcının da müterafik kusuru dolayısı ile sorumlu olacağını kararlarına yansıtmıştır.⁶³

⁶¹ Kendigelen ve Aydın, “Karayolu ile Uluslararası Eşya,” 504.

⁶² Kendigelen ve Aydın, “Karayolu ile Uluslararası Eşya,” 503.

⁶³ Yar. 11. HD, E. 2015/12031, K. 2016/9545, 13.12.2016. Yar. 11. HD, E. 2015/15558, K. 2017/2556, 02.05.2017. Yar. 11. HD E. 2015/9861, K. 2015/10272, 12.10.2015 (<https://www.lexpera.com.tr>).

Gönderen, kusurlu ambalajlamaya rağmen taşımanın yapılması talimatı verirse taşıyıcı, TTK m. 868'e göre bu talimatın işletmesi ve diğer gönderiler için oluşturacağı riski, gönderene bildirerek taşımayı gerçekleştirilmeme hakkına sahiptir.

Taşıma sözleşmesinin konusu tehlikeli yük ise TTK hükümleri uygulanmaya devam edecek, aynı zamanda TMKTHY ve atıf yaptığı ADR hükümleri uygulama alanı bulacaktır. ADR gönderene, ambalajlama yükümlülüğünü yüklemiş ve ambalajlama yaparken tehlikeli yüklerin taşınmasına uygun ambalajların kullanılmasını istemiştir.⁶⁴ ADR'de ambalaj, ambalajlama, ambalajlama grubu tanımları yapılmıştır. Ambalajlama grubu; tehlike derecelerine göre yüklerin atandıkları gruptur. ADR'de tehlike derecesine göre yüksek, orta ve düşük dereceli 3 grup belirlenmiştir. Gönderen, ambalajlama yaparken tehlikeli yükün hangi gruba gireceğini ADR hükümleri çerçevesinde tespit etmeli ve yine ADR hükümlerine uygun olarak ambalajlama yapmalıdır. ADR'ye göre gönderen ambalajlamayı kendisi yapabileceği gibi bu yükümlülüğünü, ifa yardımcısı⁶⁵ kullanarak da yerine getirebilir. Eğer gönderen ifa yardımcısı kullanarak bu yükümlülüğünü yerine getiriyorsa bu durumda gönderen, ADR zorunluluklarının yerine getirilip getirilmediğini incelemek için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır.⁶⁶

ADR'de taşıyıcıya, araçlarda ve yüklerde dışardan bakıldığında açıkça anlaşılabilen bir bozukluk, sızıntı, eksik teçhizat olup olmadığını kontrol yükümlülüğü de verilmiştir. Taşıyıcı, bu kontrolde ADR zorunluluklarında bir ihmal gözlemlerse, bu durum düzeltilene kadar sevkiyat yapılmamalıdır.⁶⁷ Ayrıca yolculuk sırasında, taşıma işleminin selametini tehdit eden bir ihlal gözlemlenirse, her türlü güvenlik önlemi göz önünde bulundurularak, sevkiyat olabildiğince çabuk bir

⁶⁴ ADR 1.4.2.1.1. (c).

⁶⁵ Burada kast edilen ifa yardımcısı ambalajlayıcıdır. Ambalajlayıcı, ADR'de "tehlikeli malları büyük ambalajlar ve IBC'ler dâhil olmak üzere ambalajlara koyan ve gerekirse taşıma için ambalajları hazırlayan bir işletme" olarak tanımlanmıştır.

⁶⁶ ADR 1.4.2.1.2.; ADR'de ambalajlamaya ilişkin hükümler Kısım 4 Ambalajlama ve Tank Hükümleri olarak düzenlenmiştir. Gönderen ambalajlayıcı kullanmış olsa bile bu kısımda yer alan hükümlere uygunluğunu denetlemelidir.

⁶⁷ ADR 1.4.2.2.3.

şekilde durdurulmalıdır.⁶⁸ Taşıyıcı, taşıma işlemini taşımaya konu yük mevcut düzenlemelere uyum içindeyse devam ettirebilir.

ADR Tablo A Tehlikeli Mallar Listesi Sütun (4)'te ambalajlama grubu başlığı altında, tehlikeli madde ve nesnelere 1, 2, 3 şeklinde yüksek, orta ve düşük tehlikeli mallar olarak numaralar atanmıştır. Ancak tüm tehlikeli yükler bir ambalajlama grubuna atanmazlar.⁶⁹ Tehlikeli yükler taşınırken, sütun (4) ve ambalajlama başlığı altında yer alan; ambalajlama talimatları başlıklı sütun (8), özel ambalajlama hükümleri başlıklı sütun (9a), karışık ambalajlama hükümleri başlıklı sütun (9b)'de yer alan hükümlere uygun ambalajlama yapılmalıdır. Bunun haricinde taşıma için özel hükümler başlığı altında yer alan ambalajlar başlıklı sütun (16)'da yer alan taşıma için uyulması gerekli ambalajlama kurallarına uygun taşıma yapılmalıdır.⁷⁰ Sözleşme tarafları, ADR tehlikeli mallar listesinde belirtilen hükümlere uygun taşıma yapmalıdır. Aksi halde oluşan zarar dolayısıyla sorumlulukları olacaktır. Yargıtay bu konuda; ambalajlama, yükleme, istifleme ve sabitleme hatasından ileri gelen hasardan dolayı gönderenin sorumlu olduğuna ancak emniyetli bir taşıma için gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen taşıyıcının da müterafik sorumlu olduğuna dair yerel mahkeme kararını onamıştır.⁷¹

b. İşaretleme ve Etiketleme

TTK m. 862/1; yükün sözleşme hükümlerine uygun şekilde işleme tabi tutulabilmesi için işaretlenmesi gerekiyorsa, bu işaretleri de koymak yükümlülüğünü de gönderene vermiştir. TTK m. 857/1 (g)'de taşıma senedinin içeriğinde işaretlerinde yer alması gerektiği-

⁶⁸ ADR 1.4.2.2.4.

⁶⁹ Sınıf 1, Sınıf 2, Sınıf 5.2 ve Sınıf 7 de yer alan maddeler herhangi bir ambalajlama grubuna atanmazlar. Sınıf 3, Sınıf 4.2, Sınıf 4.3, Sınıf 5.1, Sınıf 6.1 ve Sınıf 8 de yer alan maddeler üç ambalajlama grubu ile de taşınabilirler. Sınıf 4.1 ve Sınıf 9 da yer alan maddelere ambalajlama grubu olarak 1 ve 2 atanabilirken Sınıf 6.2 de yer alan maddeler ise sadece ambalajlama grubu olarak 2'ye atanabilirler. Nil Sezer, *Ülkemizde Karayoluyla Tehlikeli Madde Taşımacılığında Tarafların Sorumluluklarının Hukuki Çerçevesi* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2018), 75.

⁷⁰ ADR Tehlikeli Malların Listesi.

⁷¹ Yar. 11. HD, E. 2016/4677, K. 2017/3500, 07.06.2017 (<https://www.lexpera.com.tr>).

ni düzenlemiştir. TTK'da işaretlemeye ilişkin düzenleme yapılmış ancak etiketlemeye ilişkin düzenleme yapılmamıştır. TTK m. 857'de olduğu gibi CMR m. 6'da taşıma senedinin içereceği kayıtlara yer verilmiştir. Maddenin (f) bendinde yükün cinsinin mutata açıklaması, ambalaj şekli ve tehlikeli yükün genel kabul gören işaretinin taşıma senedinin içerisinde yer alacağı belirtilmiştir.⁷² Yapılan düzenleme TTK ile paralel olduğu için TTK için yapılan açıklamalar CMR içinde geçerlidir.

Taşıyıcı, ambalajlama yükümlülüğünde olduğu gibi işaret ve etiketleme yükümlülüğünde de kusurlu işaretleme ve etiketleme yapıldığında bunu taşıma senedine çekince koyarak belirtmelidir. Ambalajlama için yapılan açıklamalarda çekincenin etkisi ve gönderenin emir ve talimatına uymama hakkı işaretleme ve etiketleme yükümlülüğü için de geçerlidir.⁷³

Taşıma sözleşmesinin konusunu tehlikeli yüklerin oluşturması durumunda uygulanacak olan TMKTHY paketleyenin yükümlülükleri başlıklı m. 11'de; paketleyene, paketleri taşıma için hazırlıyorsa, işaretleme ve etiketleme ile ilgili mevzuat ve ADR 1.4.3.2.'de yer alan düzenlemelere uyma yükümlülüğü yüklenmiştir. ADR 1.4.3.2.'de ambalajlayıcının yükümlülüğü olarak, ambalajları taşıma için hazırladığında, ambalajların işaretlenmesi ve etiketlenmesini ilgilendiren zorunluluklara uyma yükümlülüğü getirilmiştir. TTK'da paketleyen kavramı olmadığı için buna ilişkin yükümlülükler, TTK m. 862 gereğince gönderenin üzerinde olacaktır.

ADR 5.2.1 ambalajların işaretlenmesine ilişkin hükümleri içermektedir. Burada yer alan hükümlere göre, ADR'de aksi belirtilmedikçe ambalaj içindeki tehlikeli yüklere karşılık gelen UN numarası, her bir ambalaj üzerine okunaklı ve dayanıklı biçimde "UN" harfleri öne gelecek şekilde işaretlenmelidir.⁷⁴ Ambalajlanmamış nesnelere için işaret; söz konusu nesne üzerinde, kafesinde, tutma, depolama veya açma mekanizmasının üzerinde yer almalıdır. ADR'ye göre

⁷² Kendigelen ve Aydın, "Karayolu ile Uluslararası Eşya," 501.

⁷³ Bkz. Yukarıda s. 13.

⁷⁴ Süreyya Özyağcı, "Tehlikeli Maddelerin Karayolu İle Taşınması," Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul Teknik Üniversitesi, 2008), 51.

tüm ambalaj işaretleri kolay görünebilir ve okunaklı olmalıdır, etkinliğinde azalma olmaksızın açık hava maruziyetine dayanabilmelidir. Kurtarma ambalajları ve kurtarma basınçlı kaplar, ilave olarak "SALVAGE" (KURTARMA) kelimesi ile işaretlenmelidir.

TTK m. 862, CMR m. 6, TMKTHY m. 11 ve ADR 1.4.3.2. hükümleri incelendiği zaman işaretleme ve etiketleme yükümlülüğü göndereciye aittir. Gönderen ifa yardımcısı kullanarak bu yükümlülüğü yerine getirirse ADR zorunluluklarına uygunluğunu denetlemelidir.⁷⁵

ADR Tablo A Tehlikeli Malların Listesi sütun (5) etiketler başlığı altında, her bir tehlikeli madde ve nesne için iliştilirilmesi gereken etiketlerin numaraları belirtilmiştir. İşaretleme ve etiketleme yükümlüsü, öngörülen modellere tam olarak karşılık gelen silinmez tehlike işaretleri kullanarak bu yükümlülüğünü yerine getirebilir. İşaretleme ve etiketleme yükümlüsü ADR açısından gönderendir.

3. Tehlikeli Yük Hakkında Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü

Tehlikeli yük hakkında beyanda bulunulması, tehlikeli yüklerin taşınma sırasında ortaya çıkabilecek tehlikeleri en asgari düzeye indirecek ve beklenmedik sonuçların meydana gelmemesi için gerekli tedbirlerin alınmasını sağlayacaktır.⁷⁶ Tehlikeli yük hakkında bildirim yükümlülüğü TTK, CMR ve ADR'de düzenlenmiştir.

Gönderen, taşıyıcıya TTK m. 861'e göre tehlikeli yük bildirimini yapmış olmalıdır. Yapılmış olan tehlikeli yük bildiriminde tehlikenin türü de açık bir şekilde bildirilmelidir. Taşınacak yüke ilişkin tehlike türü açık bir şekilde belirtilmedi ise taşıyıcı TTK m. 861/2'ye göre herhangi bir tazmin yükümlülüğü doğmaksızın, tehlikeli yükün boşaltılmasını, depolanmasını, geri taşınmasını veya gerekti-

⁷⁵ TTK'da ambalajlayıcı kavramı yoktur. ADR'de işbölümü esasına dayanılarak birçok taraf sayılmıştır. Ancak bu tarafların çoğu gönderen veya taşıyıcının yükümlülüklerini yerine getirirken hizmet alımı yoluyla yararlanacağı taraflardır. TMKTHY'de ambalajlama, etiketleme ve işaretleme yükümlülüğünü atf yolu ile ADR'ye göndermede bulunarak gönderene vermiştir. Gönderen hizmet alımı yolu ile yükümlülüğünü yerine getirse de bunların ADR zorunluluklarına uygunluğunu denetleme görevi verilmiştir. Dolayısı ile yükümlülük esas olarak gönderen de bulunduğu için bu hususlar gönderenin görevleri başlığı altında incelenmiştir.

⁷⁶ Adıgüzel, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti*, 65.

ğinde imhasını ve zararsız duruma getirilmesini ve bu önlemler sebebiyle gerekli giderlerin karşılanmasını gönderenden isteyebilir.

TTK m. 861/1, bildirimde bulunma yükümlüsü olarak taşıma sözleşmesinin tarafı olan göndereni belirlemiştir. Taşınacak olan yük hakkında gönderenin, gönderdiği yükün niteliğini ve karakterini taşıyıcıdan daha iyi bildiği varsayılmaktadır. Yük hakkında bilgili tarafın gönderen olacağı düşünüldüğünde, bildirim gönderen tarafından yapılmasına ilişkin düzenleme yerindedir.⁷⁷ Tehlikeli yük hakkında yapılacak olan bildirim zamanında yapılmalıdır. Zamanında ifadesinden yorum yoluyla taşıyıcıya teslim edilme anı veya teslim öncesindeki zaman anlaşılabilir. Tehlikeli yük bildiriminin amacı; taşıyıcının tehlikeli yüke dair yapacağı işlemlerde daha dikkatli ve özenli olması, tehlikeli yük taşıma faaliyetlerinin gerektirdiği tedbirleri almasını sağlamaktır. Taşıyıcının gerekli tedbirleri alması için daha yükü taşıta yüklemeyen, taşınacak olan yük hakkında bilgisinin olması gerektiği gerçeğinden bu sonuca ulaşmak mümkündür.⁷⁸ Tehlikeli yük hakkında yapılacak bildirim aynı zamanda, açık ve anlaşılabilir bir içerikte ve yazılı şekilde yapılması gereklidir. Bildirim yükümlülüğünün açık ve anlaşılabilir olarak yapılmasından kasıt, taşıyıcının anlayabileceği sade bir dille yazılarak yapılan bildirimdir. Yapılacak olan bildirim yazılı şekilde yapılmalıdır. Kanun koyucu açık bir şekilde sözlü bildirim yapılmasını istememiştir.

Bildirim yapılmasında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, bildirim sadece tehlikeli yükün taşınacağına bilgisini içermesinin yeterli olmayacağı hallerin varlığıdır. TTK ayrıca hangi türde tehlikelerin olduğunu ve buna ilişkin alınması gereken önlemler konusunda da bildirim yapılmasını istemiştir. Gönderen, taşınacak olan yükü sınıflandırma, ambalajlama, etiketleme ve işaretleme

⁷⁷ Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 76.

⁷⁸ Gönderenin tehlikeli eşya bildirimini yapmaması ve taşıyıcının buna ilişkin önlemleri almaması sonucunda herhangi bir zarar meydana gelirse bu durumda gönderen bildirim yapmadığı için taşıyıcı ise taşıdığı yükün niteliğini basiretli bir tacir olarak araştırmadığı için tarafların müterafik sorumluluklarının olacağına dair Yar. 11. HD, E. 5858, K. 10885, 26.11.1992. Bkz. Eriş, *Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret*, 4, 4764.

mekle yükümlü olan taraftır. Taşıyıcının tehlikeli yük ile ilgili genel bilgiye sahip olabilecek durumda olması göndereni tehlikeli yük hakkında bildirim yükümlülüğünden kurtarmaz.⁷⁹

CMR m. 22/1'de TTK'ya benzer şekilde tehlikeli yük hakkında bildirim ve taşınacak tehlikeli yükün niteliği gerektiriyorsa alınacak önlemler hakkında taşıyıcıya bildirimde bulunma yükümlülüğünü gönderene yüklemiştir.

ADR 1.4.2.1'de yer alan gönderenin yükümlülükleri kısmında gönderene, Özellikle Bölüm Beşte ve Bölüm Üçte yer alan taşıma için gerekli belgeleri ve taşıma sırasında bulundurulacak belgeleri ibraz etmek yükümlülüğü yüklenmiştir. Gönderen hem ADR hem CMR hem TTK uyarınca, tehlikeli yük taşınacaksa bunu yazılı, açık ve anlaşılabilir bir biçimde taşıyıcıya bildirmelidir.

C. Taşıyıcının Yükümlülükleri

TTK m. 850/2'ye göre, taşıma sözleşmesinin konusu tehlikeli yükler ise taşıyıcının yükümlülüğünü, tehlikeli yükü taşımak ve gönderilene teslim etmektir. Taşıyıcının, tehlikeli yükü gönderen tarafından kendisine teslim edildiği hali ile taşınması ve gönderilene teslim etmesi esastır.⁸⁰ Taşıyıcının bu yükümlülüğü yüke özen borcudur.⁸¹ Taşıyıcı, özen borcuna aykırı hareket ederse bundan dolayı sorumludur. Taşıyıcı, taşımakta olduğu yükü ziya ve hasara uğratmadan zamanında, gönderilene teslim ederek borcundan kurtulacaktır.

1. Taşıyıcının Yükü Ziya ve Hasara Uğratmadan Zamanında Teslim Yükümlülüğü (Yüke Özen Gösterme Yükümlülüğü)

a. Genel Olarak

Taşıyıcı taşıma faaliyetini icra ederken özenli davranmak zorundadır. Bu özenin ölçüsü taşıma sözleşmesinin konusunu teşkil eden yükün niteliğine göre farklılık gösterebilir. Ancak her taşıma sözleşmesinde taşıyıcı mevzuat gereği ziya, hasar ve geç teslimden sorumludur.

⁷⁹ Asgarov, "Gönderenin Taşıma Sözleşmesi Gereğince," 308.

⁸⁰ Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 43.

⁸¹ Adıgüzel, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti*, 46.

Taşıyıcı, gönderen ile aralarında yapmış oldukları taşıma sözleşmesi gereğince taşınacak olan yükün bir yerden başka bir yere kendi gözetimi ve sorumluluğu altında taşınması işini üstlenir.⁸² Taşıyıcı taşıma işini birtakım yükümlülüklerine uygun olarak yerine getirmelidir. Bu yükümlülüklerden birisi TTK m. 875/1 uyarınca yükü zıya ve hasara uğratmadan zamanında teslim etme yükümlülüğüdür. Taşıyıcının bu yükümlülüğü taşıma sözleşmesine dayandığı için akdi bir yükümlülüktür. Benzer düzenleme CMR m. 17/1’de de yer almaktadır. CMR’ye tabi taşımalarda da taşıyıcı yükü zıya ve hasara uğratmamalı ve zamanında teslim etmelidir.

Zıya kavram olarak, fiili veya hukuki imkânsızlıklar sebebiyle taşıyıcının teslim almış olduğu yükü eksik teslim etmesi veya hiç teslim etmemesi halidir.⁸³ Zıya, bir yükten yararlanma imkânının ortadan kalkması olarak da ifade edilebilir. Cismen yok olmasa bile yükü kullanma imkânı ortadan kalkıyorsa ortada zıya vardır. Cismen var olan ancak istifade imkânı olmayan yükün (enkazın), gönderilene teslimi de iade sayılmayacaktır.⁸⁴ Zıya hallerine örnek olarak; yükün devletçe zapt edilmesi, tehlikeli yük taşınacağına dair bildirim yapılmaması sebebiyle yükün imha edilmesi, yükün patlaması vb. gösterilebilir.⁸⁵ Yükten yararlanma hakkının geçici süre ile kaybı zıya olarak kabul edilemez ancak bu süre Kanun m. 874’ün öngördüğü uzunlukta ise zıya karinesi söz konusu olacaktır. Zıya kısmi veya tam zıya olarak karşımıza çıkmaktadır. Yükün ambalajı da dâhil hiç teslim edilemeyecek şekilde bulunması durumunda tam zıya, yükün bir kısmının teslim edilemeyecek halde bulunması durumunda kısmi zıya söz konusudur.⁸⁶ Kısmi ziyadan bahsedebilmek için yükün niteliğinden kaynaklanmayan azalma olmalıdır. Bu

⁸² Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında*, 13; Arslan Kaya, “Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşme(CMR)’de Öngörülen Sorumluluğun Esasları(2)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 56 no. 1-4 (1998): 239-267.

⁸³ Kaya, “Taşıyıcının Kara Yolu İle,” 246.

⁸⁴ Can, *CMR ve Alman Ticaret*, 79.

⁸⁵ Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında*, 48.; Kiran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 44.

⁸⁶ Kaya, “Taşıyıcının Kara Yolu İle,” 246.

azalma, fire kapsamında olabilecek miktarda yükün niteliğinden kaynaklanan bir azalma olmamalıdır.⁸⁷

Hasar, yükte taşıma sırasında meydana gelen ve yükün değerini azaltan her türlü maddi kötüleşmedir.⁸⁸ Hasar halinde yükün kıymeti azalmaktadır. Hasar hallerine örnek olarak; yükün ıslanması, yüke yabancı kokunun sinmesi, yükün lekelenmesi ve kısmen yanmış olması gösterilebilir.⁸⁹ Hasar halinde, ziyadan farklı olarak yük teslim alındığı şekilde, durumda veya miktarda teslim edilememektedir.⁹⁰ Yükte kalıcı değer kaybına sebep olan maddi kötüleşmeler hasar olarak nitelendirilmektedir.⁹¹ Yükte oluşan kötüleşmenin niteliğini tespit etmek zordur. Yük işleminden geçerek eski haline döndürülebiliyorsa hasar, döndürülemiyorsa ziyadan bahsedilebilir. Ancak yükü işleminden geçirmek maddi olarak anlamsızsa bu durumda hasardan değil yine ziyadan bahsedilmelidir.⁹²

b. Taşıyıcının Zamanında Yükü Teslim Etme Yükümlülüğü

TTK m. 873'e göre taşıyıcı yükü zamanında teslim etmekle de yükümlüdür. Aksi halde taşıyıcı TTK m. 875 uyarınca geç teslimden sorumlu olacaktır. Benzer şekilde CMR m. 17/1 uyarınca da taşıyıcı geç teslimden sorumludur. Geç teslim, CMR m. 19'da; "Eşya kararlaştırılmış süre içerisinde teslim edilmemişse veya bir süre kararlaştırılmadığı durumlarda, taşımanın yapıldığı koşullar, özellikle grupaj (parsiyel)

⁸⁷ Krş. Pınar Akan, *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007), 77; Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 47.

⁸⁸ Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında*, 51; Mustafa Topaloğlu, "Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşımalarından (CMR) Doğan Hukuki Sorumluluk," 28-29 Mayıs Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (2009), 393-407.

⁸⁹ Can, *CMR ve Alman Ticaret*, 82.

⁹⁰ Kaya, "Taşıyıcının Kara Yolu İle," 247.

⁹¹ Alihan Aydın, *CMR'ye göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu* (İstanbul: Arıkan Basım Yayıncılık, 2006), 54.

⁹² Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında*, 50; Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 49; Eşyanın uğradığı hasar onun maddi değerini tamamen veya büyük ölçüde kaybetmesi sonucunu doğurmuşsa bu durumda gönderilenden eşyayı bu hali ile teslim almasını beklemek yerinde olmayacağı için bu tip hasarlar ziyaa eş-değer hasar olarak kabul edilmiştir. Can, *CMR ve Alman Ticaret*, 82.

taşımalarda olağan şekilde tüm yükü bir araya getirmek için gerekli zaman da göz önünde bulundurulduğunda, taşımanın fiili süresi basiretli bir taşıyıcıdan beklenen makul süreyi aşıyorsa, teslim etmede gecikme vardır."⁹³ şeklinde tanımlanmıştır. CMR ve TTK hükümleri birbirine paralel şekilde düzenlenmiştir. Zamanında teslim, yükün sözleşme ve ticari örf ile belli olan, bunların bulunmaması halinde de halin icabına göre makul olan zamanda teslimini ifade etmektedir.⁹⁴ TTK m. 875/3 uyarınca gecikme dolayısıyla taşıyıcının sorumluluğunun doğabilmesi için taşımanın gerekli olan sürede tamamlanmamış olması gerekli ve yeterlidir, ayrıca hak sahibinin bundan dolayı zarara uğramış olması gerekmez.

c. Tehlikeli Nitelik Arz Eden Yüklerin Taşınması Durumunda Taşıyıcının Özen Yükümlülüğü

Özen yükümlülüğünün derecesi taşıma sözleşmesinin konusunu oluşturan yükün niteliğine göre farklılık arz eder. Tehlikeli yüklerin taşınması durumunda taşıyıcının yüke göstereceği özen, diğer yüklerin taşınması faaliyetindeki yüke göstereceği özene göre daha ağırdır. Çünkü tehlikeli maddelerin taşınması faaliyetini icra edecek olan taraflar TMKTHY ve ADR hükümlerine uygun olarak taşıma faaliyetini gerçekleştirmelidir.

Taşıma faaliyetinde kullanılacak taşıtı sağlamak taşıyıcının doğal borcudur. Taşıyıcının bu borcu ADR ve TMKTHY hükümlerinde doğrudan ifade edilmemiştir. Ancak ADR 1.4.2.2. (c), (d), (f) ve TMKTHY m. 14/1 (c), (ç) düzenlemeleri incelendiği zaman, bu düzenlemelerden taşıt sağlama borcunun taşıyıcının üzerinde olduğu anlaşılmaktadır. Taşıyıcı ADR 1.4.2.2.1. (c) ve Yönetmelik m. 14/1 (c) uyarınca, araçlarda ve yüklerde görsel olarak belirgin bozukluk, sızıntı veya çatlak, eksik teçhizat olup olmadığını araştırarak tespit etmek zorundadır. Taşıyıcı bu araştırmayı yapmadan yola çıkar ve taşıma faaliyeti sırasında yük, araçtaki bozukluktan veya eksik teçhizattan dolayı, zıya veya hasara uğrarsa taşıyıcı sorumlu olacaktır.⁹⁵

⁹³ Kendigelen ve Aydın, "Karayolu ile Uluslararası Eşya," 510.

⁹⁴ Belbez, "Nakil Sözleşmesi ve Nakliyecinin," 398.

⁹⁵ Sezer, *Ülkemizde Karayoluyla Tehlikeli Madde*, 39.

Taşıyıcının taşıma faaliyeti için temin edeceği taşıt, ADR ve Yönetmelik hükümlerine ve tehlikeli yükün taşınmasına uygun olmalıdır. ADR ve TMKTHY’de tehlikeli yüklerin, herhangi bir zarara sebebiyet olmaksızın, güvenli ve düzenli bir şekilde kamuya açık olarak taşınmasını sağlamak amacıyla hizmet etmektedir. Bu amacı gerçekleştirebilmek için ADR’de tehlikeli yüklerin taşınmasında kullanılacak araçlarda aranan kriterlere yer verilmiştir. Bu kriterlere uygun araçlar belli aralıklarla teste tabi olmakta ve bu testlerde geçerlilik şartlarını koruyup korumadıkları belirlenmektedir. ADR 1.4.2.2.1. (d) ve TMKTHY m. 14/1 (ç) uyarınca; tankerlerin, tüplü gaz tankerlerinin, sökülebilir tankların, portatif tankların, tank konteynerlerinin ve çok elemanlı gaz konteynerlerinin bir sonraki testinin geçerlilik tarihinin geçmediğini araştırarak tespit etmek taşıyıcının yükümlülüğüdür.

Ayrıca taşıyıcı ADR 1.4.2.2.1. (e), (f), (g) ve TMKTHY m. 14/1 (d), (e), (f) uyarınca araçların olması gerekenden fazla yüklenmemesini sağlamak, tanımlanmış tehlike etiketleri ve işaretlerin araçlara iliştilmesini sağlamak ve araç sürücüsü için yazılı talimatlarda belirtilen teçhizatın araçta bulunmasını sağlamak taşıyıcının yükümlülüğüdür. Taşıyıcı, gönderenin sınıflandırmasını yaparak işaretle-yip, etiketlediği yükü taşımak için sağlayacağı araca, taşınacak olan tehlikeli yüke uygun işaret ve etiketleri iliştilmelidir. Taşıyıcı ADR 1.4.2.2.1. (e), (f), (g) ve Yönetmelik m. 14/1 (d), (e), (f)’de ifade edilen yükümlülüklerle uygun davranmaz ve bundan dolayı yük zarar görürse yüke özen yükümlülüğüne aykırılıktan sorumlu olacaktır.

Tehlikeli maddeler birbirinden farklı özelliklere sahip oldukları için taşıma faaliyetinde kullanılacak araçlar da tehlikeli yüklere göre değişiklik gösterir. Yönetmelik m. 14/1 (m) uyarınca taşıyıcı yüke uygun tank ve konteynerlerin kullanılmasını sağlamakla yükümlüdür.⁹⁶ ADR ve Yönetmelikte taşıyıcıya yüklenen yüke uygun tank ve konteyner sağlama yükümlülüğünü somutlaştıracak olursak 1267 BM numarasına sahip ham petrol taşınacaksa, taşıyıcı ham petrol yüküne uygun taşıtı ADR Tehlikeli Mal Listesi yardımı ile tespit edecektir. Bu listenin 12. sütununa uygun olan tank kodu L4BN’ye uygun tank temin edilmelidir. 14. sütuna uygun olarak ADR 9.1.1.2.’de tanımla-

⁹⁶ Sezer, *Ülkemizde Karayoluyla Tehlikeli Madde*, 44.

nan FL aracı temin edilmelidir. Taşıyıcı ham petrol yükünü taşıyacağı zaman L4BN'ye uygun tank ve FL tanımına uygun araç temin etmezse Yönetmeliğin 14'üncü maddesine aykırı hareket etmiş olur. Taşıyıcı her bir tehlikeli yük için taşıma faaliyeti gerçekleştireceği zaman ADR Tehlikeli Mal Listesinden faydalanmalıdır.

Taşıyıcı, TMKTHY m. 14/1 (i) uyarınca taşıma faaliyetinde kullanacağı personelin yapılacak işe uygun nitelikte eğitim almış olmasını sağlamakla yükümlüdür. Taşıyıcının bu yükümlülüğü TMKTHY m. 8'de; *"bu yönetmelik ve ADR hükümlerine uygun olarak ulusal ve uluslararası karayollarında tehlikeli yük taşımacılığı yapacak şoförlerin, Tehlikeli Mal Taşımacılığı Eğitim Sertifikası (SRC5)/ADR Şoför Eğitim Sertifikasına sahip olması zorunludur."* şeklinde düzenlenmiştir. Taşıyıcı, TMKTHY m. 8'de belirtilen sertifikalardan birine sahip olmayan şoför kullanarak tehlikeli yük taşıma faaliyeti icra edemez. TMKTHY m. 15'te taşıt sürücüsünün ve araçta bulunan diğer görevlilerin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Buna göre taşıt sürücüsü ve taşıtta bulunan diğer görevliler, yükümlülüklerini yerine getirecek niteliğe sahip olmalıdır. Bunu sağlama yükümlülüğü taşıyıcıya aittir.⁹⁷

Taşıyıcı yüke özen borcunun gereği olarak ADR 1.4.2.2.4. ve TMKTHY m. 14/1 (o) gereği; taşıma işleminin güvenliğini gözetmeli, taşıma işleminin güvenliğinin ihlali durumlarında ADR'de belirtilen gerekli önlemleri almalıdır.

Sonuç olarak, taşıyıcının yükü zıya ve hasara uğratmadan zamanında teslim yükümlülüğü taşıyıcının yüke özen yükümlülüğü olarak ifade edilebilir. Taşıyıcının yüke özen yükümlülüğünün derecesi taşınan yükün niteliği tehlikeli olduğu zaman ağırlaşmaktadır. Şöyle ki; taşıyıcının taşıma için sağladığı araç tehlikeli yükün taşınmasına uygun ADR test prosedürlerinden geçirilmiş olmalıdır, taşıyıcı taşıma faaliyetinin icrasında kullanacağı şoför ve personelin ADR hükümlerine uygun davranmasına yetecek eğitimi almasını sağlamış olmalıdır, taşıyıcı ADR zorunluluklarında ihlal olmadan taşıma işini icra etmelidir, taşıyıcı taşınan yüke uygun taşıma faaliyetini gerçekleştirmek için ADR Tehlikeli Mal Listesinden faydalanmalıdır.

⁹⁷ Sezer, *Ülkemizde Karayoluyla Tehlikeli Madde*, 40.

VI. TARAFLARIN TEHLİKELİ MADDE TAŞIMADAN DOĞAN SORUMLULUKLARI

A. Genel Olarak

Taşıma sözleşmesi karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olduğu için taşıma sözleşmesinde de gönderen ve taşıyıcının birbirine karşı hak ve yükümlülükleri vardır. Taraflar bu yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmedikleri takdirde sorumlulukları doğacaktır. Bu sorumluluk TTK'da düzenlenmişse bu düzenleme uygulanacaktır. Ancak TTK'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler ihtiva eden TBK'ya gidilebilir. TTK m. 875'te taşıyıcının yüke özen borcuna aykırılık halinde sorumluluğu ayrıca düzenlendiği için genel hükümler değil özel nite-likte olan bu düzenleme uygulanacaktır. Tarafların yükümlülüklerine aykırılıkları üçüncü kişilere zarar verirse bu durumda taraflar TBK'da düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaklardır.⁹⁸

B. Taşıyıcının Yüğü Zıya ve Hasara Uğratmadan Zamanında Teslim Yükümlülüğünden Sorumluluk

Taşıyıcının yükün zıya ve hasara uğramasından doğan sorumluluğu, sözleşmeden doğan bir sorumluluktur. Sözleşmeden doğan sorumluluklarda, kural olarak borçlunun kusurlu olması şartı aranmaktadır.⁹⁹ Taşıma sözleşmesinde taşıyıcının yükümlülüğünü ihlal dolayısı ile sorumlu tutulabilmesi için sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğun şartları mevcut olmalıdır. Bu şartlar; borçlu önceden bir borç ile yükümlü olmalıdır, borcun yerine getirilmemiş olması gerekmektedir, borçlunun kusurlu davranışı olmalıdır, borçlunun kusurlu davranışı sonucunda alacaklının bir zararı olmalıdır, zarar ile borçlunun kusurlu davranışı arasında uygun illiyet bağı olmalıdır.¹⁰⁰

Taşıma sözleşmesinde yükü zıya ve hasara uğratmadan zamanında teslim yükümlülüğüne aykırılığın sonuçları TTK m. 875'te düzenlenmiştir. TTK m. 889/1'de yükün zıya ve hasarının açıkça

⁹⁸ Asgarov, "Gönderenin Taşıma Sözleşmesi Gereğince," 309.

⁹⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1059; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel*, 355.

¹⁰⁰ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 500.; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel*, 350ff.

görüldüğü durumlarda gönderen veya gönderilenin, yükün zıya ve hasara uğradığını taşıyıcıya açık bir şekilde bildirmesi gerektiğinden, aksi halde eşyanın sözleşmeye uygun bir şekilde teslim edildiğinin kabul edileceğinden bahsedilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise zıya ve hasarın açıkça görülmemesi durumunda 7 gün içerisinde zıya ve hasar bildirimini yapılması gerektiği aksi halde eşyanın sözleşmeye uygun teslim edildiğinin kabul edileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında teslim süresinin aşılması yani geç teslim halinde 21 gün içerisinde taşıyıcıya, geç teslimin bildirilmesi gerektiğini aksi halde gecikmeden doğan hakların kullanamayacağını düzenlenmektedir. Dördüncü fıkrada; teslimden sonra yapılacak bildirim yazılı olması gerektiği, bildirim telekomünikasyon araçlarıyla yapılabileceği, bildirim sahibinin anlaşılması halinde imzaya gerek olmadığı, sürenin korunmuş olması için bildirim zamanında gönderilmiş olmasının yeterli olacağı düzenlenmiştir. Beşinci fıkrada zıya, hasar ve gecikmenin teslim sırasında bildirilmesi halinde, bildirim yükü teslim edene yukarıdaki hükümlere göre yapılabileceği düzenlenmiştir.

Taşıyıcının sorumlu olduğu süre, TTK m. 875/1'de *"eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre"* olarak belirlenmiştir. TTK m. 875 gibi CMR m. 17/1'de yükün zıya hasarı ve geç teslimi dolayısı ile taşıyıcıyı sorumlu tutmuştur. Buna göre; *"Taşıyıcı eşyayı teslim aldığı andan teslim ettiği ana kadar eşyanın kısmen veya tamamen zıya ve hasara uğramasından ve teslim etmedeki gecikmeden sorumludur."*¹⁰¹ TTK m. 875 ve CMR m. 17 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, hem TTK hem de CMR taşıyıcının özen yükümlülüğü ve buna bağlı olarak zıya ve hasar sorumluluğunu taşıma süresi ile sınırlandırmıştır. Taşıyıcının zıya ve hasar dolayısıyla sorumluluğu taşıyıcının yükü teslim aldığı andan başlar ve yükü gönderilene teslim edene kadar veya yük üzerindeki bakım ve muhafaza yükümlülüğü sona erene kadar devam eder.¹⁰² Taşıyıcının yükün zilyetliğini taşımak üzere kazanması sorumluluğu açısından önemlidir. Bu açıdan yüklemenin gönderen mi, yoksa taşıyıcı tara-

¹⁰¹ Kendigelen ve Aydın, "Karayolu ile Uluslararası Eşya," 508.

¹⁰² Kaya, "Kara Yolu İle Eşya," 240.

findan mı yapılacağı sorumluluk paylaşımı anlamında önem kazanmaktadır. Gönderen veya yükleten, taşıyıcıya yükü taşınmak üzere teslim ederse bu andan yükün gönderilene teslimine kadar geçen sürede taşıyıcı zıya ve hasardan dolayı sorumludur.

TTK m. 876 uyarınca zıya, hasar ve gecikme, taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana gelmişse, taşıyıcı sorumluluktan kurtulur. En yüksek özenin gösterilmiş olması hali, tehlikeli yük taşıyan tedbirli bir taşıyıcıdan beklenecek davranışın gösterilmiş olması halidir. Tedbirli bir taşıyıcıdan beklenen dikkat ve özen, taşıyıcının şahsi işlerinde nasıl hareket ettiği ile değil, aynı şartlar altında (tehlikeli yük taşınması faaliyetinde bulunan taşıyıcının) makul, tecrübeli, görev ve sorumluluğunun bilincinde olan bir taşıyıcının göstereceği dikkat ve özen olarak değerlendirilmelidir.¹⁰³ TTK'ya benzer şekilde CMR m. 17/2'de zıya, hasar veya gecikmenin hak sahibinin kusurundan, talimatlarından, yükün kendi kusurundan ve taşıyıcının kaçınmayacağı ve sonuçlarına engel olamayacağı olaylardan kaynaklanması halinde taşıyıcının sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir.¹⁰⁴ Taşıyıcının en yüksek özeni gösterip göstermediği, tehlikeli yükler söz konusu olduğunda tehlikeli yükün ambalajı, yüklenmesi, istifi, taşınması sırasında ADR hükümleri ve taşıma hukuku teamüllerine uygun hareket edilip edilmediği dikkate alınarak bilirkişi görüşleriyle beraber değerlendirilmelidir.

TTK m. 877 uyarınca; *"Taşıyıcı, taşıma aracındaki arızaya, taşıtı kiraladığı kişinin onun temsilcilerinin veya çalışanlarının kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulamaz."* Benzer düzenleme CMR m. 17/3'te; *"Taşıyıcı, taşımayı yapmak için kullandığı araçtaki bozukluğa veya taşıtı kendisinden kiraladığı kişinin veya bu sonuncusunun müstahdemlerinin kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulamaz."*¹⁰⁵ şeklinde yapılmıştır. Düzenlemeler birlikte incelendiğinde TTK'nın uygulanacağı taşımalarda da CMR'nin uygulanacağı taşımalarda da taşıyıcının taşı-

¹⁰³ Adıgüzel, *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti*, 158; Krş. Tahir Çağa ve Rayegan Kender, *Deniz Ticareti Hukuku-2* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 138.

¹⁰⁴ Kendigelen ve Aydın, "Karayolu ile Uluslararası Eşya," 508.

¹⁰⁵ Kendigelen ve Aydın, "Karayolu ile Uluslararası Eşya," 508.

ma aracından ve aracın temininden kaynaklanabilecek zararlardan kusursuzluğunu ispatlayarak kurtulamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.¹⁰⁶ Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.¹⁰⁷

Taşıyıcının zıya hasar veya geç teslim dolayısı ile sorumluluktan kurtulabileceği özel haller TTK m. 878/1'de düzenlenmiştir. Bunlar;

“(a)sözleşme veya teamüle uygun olarak üstü açık bir aracın kullanılmış olması yahut güverteye yükleme yapılması,

(b)Gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalajlama,

(c)Eşyanın gönderen veya gönderilen tarafından işleme tabi tutulması, yüklenmesi veya boşaltılması,

(d)Eşyanın; özellikle kırılma, paslanma, bozulma, kuruma, sızma, olağan fire yoluyla kolayca zarar görmesine yol açan doğal niteliği,

(e)Taşımacak paketlerin gönderen tarafından yetersiz etiketlenmesi,

(f)Canlı hayvan taşınması,

(g)Gümrük Kanunu ile diğer kanun ve düzenlemelerde yer alan hükümlerin taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasını haklı gösterdiği haller” dir.

Yükün zıya hasarı veya gecikmesi bu hallerden birisine bağlanabiliyorsa taşıyıcı sorumluluktan kurtulacaktır. TTK m. 878/2 uyarınca herhangi bir zararın birinci fıkrada belirtilen sebeplerden birisine bağlanması ihtimal dâhilinde ise bu durumda zararın birinci fıkradaki sebepten ileri geldiği kabul edilecek ve taşıyıcı sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak birinci fıkranın (a) bendinde yer alan olağanüstü zıya ve hasar için bu kural geçerli değildir. TTK m. 878/3 uyarınca hasar ve gecikme, gönderenin yükün taşınmasına ilişkin talimatlarına taşıyıcının riayet etmemesi dolayısıyla meydana geliyorsa bu durumda da taşıyıcı birinci fıkranın (a) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulamayacaktır. TTK m. 878/4 uyarınca, taşıyıcının yükü sıcak, soğuk, ısı değişikliği, nem, sarsıntı veya benzer etki-

¹⁰⁶ Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 106-107.

¹⁰⁷ Yar. 11. HD, E. 2014/16522, K. 2015/1706, 11.02.2015, (<https://www.lexpera.com.tr>).

lere karşı özel koruma yükümlülüğü varsa ve duruma göre aracın donanımının seçimi, bakımı ve kullanımına ilişkin tüm önlemleri almak şartıyla birinci fıkranın (d) bendinde yer alan sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulabilir. TTK m. 878/5 uyarınca canlı hayvan taşınması durumunda taşıyıcı hal ve şartlara göre kendisine düşen tüm önlemleri almak şartıyla birinci fıkranın (f) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulacaktır. CMR m. 17/4'te TTK m. 878'e benzer bir düzenleme yapılmıştır.¹⁰⁸ Zıya ve hasar CMR m. 17/4'te belirtilen durumlardan bir veya daha fazlasının doğal sonucu olan özel tehlikelerden kaynaklanıyorsa taşıyıcı sorumluluktan kurtulacaktır. Bu haller TTK m. 878'de sayılanlarla oldukça benzer niteliktedir.

TTK'dan farklı olarak, CMR m. 17/5'te taşıyıcı zıya, hasar veya gecikmeye sebebiyet veren hususların bazıları bakımından bu maddeye göre sorumluluk altında değilse sadece, bu madde uyarınca sorumlu olduğu diğer hususların zıya, hasar veya gecikmeye yaptığı etki oranında sorumlu olacaktır.

TTK m. 880'den çıkan sonuca göre taşıyıcın özen yükümlülüğüne aykırılık halinde sorumluluğu tazminat sorumluluğudur. TTK m. 880 taşıyıcının yükü zıya, hasara uğratması veya geç teslim etmesi durumunda tazminatın hesaplanmasında esas alınacak değere ilişkindir. Taşıyıcının yüke özen borcuna aykırılık halinde sorumluluğu sınırsız değildir. TTK m. 882 uyarınca *“Taşıyıcı gönderinin zıya ve hasarı halinde, 880 ve 881 inci maddeler uyarınca ödenecek tazminat, gönderinin net olmayan ağırlığının her bir kilogramı için 8,33 Özel Çekme Hakkını(ÖÇH) karşılayan tutar ile sınırlıdır.”* Ayrıca TTK m. 875/2'ye göre taşıyıcının yükümlülüğünü ihlal, yükün doğal niteliği ve gönderen ile gönderenin davranışından kaynaklaması durumunda, tazminat miktarının belirlenmesinde bu durumlar dikkate alınarak hakkaniyete uygun bir bedel belirlenecektir. TTK m. 875/3'te yer alan düzenlemeden anlaşılmaktadır ki taşıyıcı, her türlü özeni göstermiş olmasına rağmen bir zarar doğmuşsa TTK m. 875/1 uyarınca sorumluluğuna gidilir. Ama zarar oluşmasa da gecikmeden dolayı taşıma ücreti indirilebilir. Bununla beraber taşıyıcı her türlü özeni göstermesine rağmen gecikme oluşursa zarar oluşsa da oluşmasa da ücret indirimine gidilemez.

¹⁰⁸ Kendigelen ve Aydın, “Karayolu ile Uluslararası Eşya,” 508.

Ancak taşıyıcının her türlü özeni göstermemiş olması durumunda, gecikme sebebiyle zarar oluşmamış olsa bile taşıma ücreti gecikme süresi ile orantılı olarak indirilecektir.

TTK m. 883 gereğince taşıyıcının zıya ve hasardan sorumlu olduğu hallerde TTK m. 880 ila m. 882'de yer alan düzenlemeler uyarınca hesaplanacak tazminattan başka, taşıma ücretinin geri verilmesi ile taşıma ile ilgili vergileri, resimleri ve taşıma işi nedeniyle doğan diğer giderleri de karşılar. Hasar halinde tazminat yükün taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki değeri ile orantılı olarak belirlenir. Taşıyıcının bu sorumluluğu TTK m. 884 gereğince eşyanın zıya, hasar, gecikmesinden kaynaklanmayan ve yük veya kişi zararları dışında kalan zararlardan, tam zıya halinde ödemesi gereken tazminatın üç katı ile sınırlıdır.

C. Gönderenin Tehlikeli Yük Taşımadan Doğan Sorumlulukları

Yükleme ve boşaltma yükümlülüğü, TTK m. 863 uyarınca gönderene yüklenmiş bir yükümlülüktür. Gönderene bu yükümlülük yüklenmiş ve bunun karşılığında taşıyıcıya da aynı maddede yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlama yükümlülüğü yüklenmiştir. Yükleme ve boşaltma yükümlülüğü TTK m. 863/2 uyarınca, durumun gereklerine göre belirlenecek makul bir sürede tamamlanmalıdır. Makul sürede yükleme ve boşaltma işlemini gerçekleştiremeyen gönderen TTK m. 863/3 uyarınca taşıyıcıya beklediği süre ile uygun bir ücret ödemek zorundadır. Yükleme ve boşaltmanın sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticari teamülden taşıyıcı tarafından yapılacağı anlaşılıyorsa yükleme ve boşaltma işini taşıyıcı yerine getirmelidir. Yükleme ve boşaltmadan kaynaklanan sorumluluk akdi bir tazminat sorumluluğudur.

Ambalajlama, işaretleme ve etiketleme yükümlülüğü, TTK m. 862 uyarınca gönderene verilmiş bir yükümlülüktür. Benzer şekilde CMR m. 10'a göre ambalajlama yükümlülüğü gönderene verilmiş ve istisnası belirtilmiştir. Buna göre taşıyıcı yükün kabulünde ambalajlamadaki hata aşikâr ise ve bu kusur taşıyıcı tarafından biliniyorsa gönderen ambalajlamadaki kusur dolayısı ile sorumlu olmayacaktır. Bunun dışında taşıyıcı, aşikâr olan kusuru taşıma belgesinde çekince olarak be-

yan etmemişse yine gönderen sorumlu olmayacaktır.¹⁰⁹ Taşıyıcı yükü teslim aldığı anda kusurlu ambalajlamayı fark edince, ilk olarak sevk mektubuna kusurlu ambalajlamayı belirten çekince koymalıdır. Bu çekince taşıyıcıya yük taşıma sürecinde hasara uğrarsa, hasarın kusurlu ambalajlamadan kaynaklandığını ileri sürebilme ile yükün ve ambalajının görünürdeki durumunu kontrol etme yükümlülüğünü yerine getirdiğini ileri sürebilme imkânı vermektedir.¹¹⁰ Taşıyıcı gönderene ambalajlamada yer alan kusurları beyan etmelidir. Gönderen ambalajlamada yer alan kusurları kabul etmezse taşıyıcı, ya taşıma işini yapmamalı ya da güvenli tedbirleri alarak taşıma işini icra etmelidir.¹¹¹

TTK m. 864'e göre gönderen yetersiz ambalajlamadan kusuru olmasa da sorumludur. Bu hüküm, gönderenin yükümlülüğü olan yükleme ve boşaltma yükümlülüğünün istisnalarının ambalajlama yükümlülüğü açısından var olmadığını ortaya koymaktadır. Ancak doktrinde ambalajlama yükümlülüğünün sözleşme ile taşıyıcının yükümlülüğüne bırakılabileceğini kabul eden görüşler vardır.¹¹² Yargıtay bir kararında taşıyıcının yüklemeyi yaparken ambalajlama(paketleme) işlemini yapacağını beyan ederek taşıma sözleşmesi yapıldığı için daha sonradan ambalajlama dolayısı ile taşıyıcının sorumsuzluğunun öngörülmüş olmasının, taşıyıcıyı sorumluluktan kurtarmayacağı belirtilmiştir.¹¹³

Gönderenin diğer bir yükümlülüğü tehlikeli yük hakkında taşıyıcıya bildirimde bulunmaktır. Gönderenin bu yükümlülüğü, TTK m. 864/1 (c) uyarınca kusursuz sorumluluktur. Gönderen, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmezse kusuru olmasa da oluşan zararı tazminle yükümlüdür.

Gönderen tehlikeli yük hakkında bildirimde bulunmamışsa veya yapılan bildirim mevzuata uygun değilse TTK ve CMR taşıyıcıya bazı tasarruf hakları tanımıştır. TTK m. 861/2 uyarınca bu haklar;

¹⁰⁹ Kendigelen ve Aydın, "Karayolu ile Uluslararası Eşya," 504.

¹¹⁰ Ziya Akıncı, *Karayolu ile Milletlerarası eşya taşımacılığı ve CMR* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1999), 63.

¹¹¹ Akıncı, *Karayolu ile Milletlerarası eşya*, 64.

¹¹² Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında*, 117; Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli*, 68.

¹¹³ Yar. 11.HD, E. 2015/8560, K. 2016/3755, 06.04.2016, (<https://www.lexpera.com.tr>).

tehlikeli yükün boşaltılması, depolanması, geri taşınması, imhası ve zararsız hale getirilmesidir. Taşıyıcıya bu haklar kamu menfaatini korumak amacıyla verilmiştir.¹¹⁴ TTK 861/2'ye benzer düzenleme CMR m. 22'de de yer almaktadır. CMR m. 22'de de TTK'da olduğu gibi tehlikeli yük bildirimini yapılmaması halinde taşıyıcıya tasarruf hakları tanınmıştır. Bu hakların kullanılmış olması taşıyıcı için herhangi bir tazmin sorumluluğu doğurmayacaktır.

Kanunda kusursuz sorumluluk olarak sayılan; yetersiz ambalajlama ve işaretleme, taşıma senedine yazılan bilgilerdeki gerçeğe aykırılık, yanlışlık ve eksikliklerden sorumluluk, tehlikeli yük hakkında bildirim yükümlülüğünden sorumluluk ile 860'uncu maddenin birinci fıkrasında belirtilen bilgi ve belgelerdeki eksiklik, gerçeğe aykırılık ve yoksunluk hallerinde yükümlü olan tarafın kusurlu olması şartı aranmaksızın sorumlu olduğu TTK m. 864/1'de belirtilmiştir. TTK m. 864/2 uyarınca gönderenin ilk fıkrada sayılan hallerden sorumlu olduğu tazminat miktarı sınırsız değildir. Gönderenin bu hallerde sorumluluğu gönderinin net olmayan her kilosu için 8,33 ÖÇH ile sınırlıdır.

Taşıma sözleşmelerinden doğan istem hakları (tazminat) TTK m. 855/1'e göre 1 yılda zamanaşımına uğrar. Ancak zarar taşıyıcının kastından veya pervasızca bir davranışı ile meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiil veya ihmalden dolayı gerçekleşmişse bu durumda taşıyıcının sorumluluğu için 3 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Benzer düzenleme CMR m. 32'de; *"İşbu antlaşma kapsamına giren taşımalardan doğan talep hakları bir yılda zamanaşımına uğrar. Bununla birlikte kast veya kendisine başvuru hâkimin hukukuna göre eşdeğer kabul edilen bir kusurun bulunması halinde zamanaşımı süresi üç yıldır."*¹¹⁵ şeklindedir.

SONUÇ

Karayoluyla tehlikeli maddelerin taşınmasında taraflara birtakım yükümlülükler düşmektedir. Gönderenin yükümlülükleri; yükleme ve boşaltma yükümlülüğü, ambalajlama, işaretleme ve etiketleme yükümlülüğü, tehlikeli yük hakkında bildirimde bulunma yükümlülüğüdür. Gönderen bu yükümlülüklerine aykırılıktan taşıyıcı-

¹¹⁴ Akıncı, *Karayolu ile Milletlerarası eşya*, 115.

¹¹⁵ Kendigelen ve Aydın, *"Karayolu ile Uluslararası Eşya,"* 517.

cıya karşı akdi sorumlu iken sözleşme tarafı olmayan kimselere karşı haksız fiilden sorumludur. Gönderenin yükleme ve boşaltma yükümlülüğüne aykırılıktan oluşacak zarardan sorumluluğu kusurlu ve sınırsız sorumluluk iken ambalajlama, işaretleme ve etiketleme yükümlülüğü ile tehlikeli yük hakkında bildirimde bulunma yükümlülüğünden kusursuz ve sınırlı sorumludur. Gönderen bu sorumluluklarından yükümlülüğüne aykırılık ile oluşan zarar arasındaki illiyet bağının bulunmadığını ispatla kurtulabilir.

Taşıyıcının taşıma sözleşmesinden doğan yükümlülüğü; yüke özen göstermektir. Özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde tehlikeli maddelerin taşınmasına özgü olarak hazırlanan ADR ve TMKTHY hükümleri dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır. Buna göre taşıyıcının tehlikeli maddelerin taşınması faaliyetinde yükümlülükleri; tehlikeli yüke uygun olan bir araç temin etme yükümlülüğü, tehlikeli yüke uygun tank ve konteyner temin etme yükümlülüğü tehlikeli maddelerin taşınması faaliyetinde kullanılacak personelin eğitilmiş olması yükümlülüğüdür. Taşıyıcının özen yükümlülüğü aykırılıktan sorumluluğu gönderene karşı akdi, diğer kimselere karşı haksız fiil sorumluluğudur. Her iki sorumluluk da kusurlu sorumluluktur. Taşıyıcı sorumluluklarından zararın TTK m. 878'de yer alan özel hallerden kaynaklandığını iddiası ile kurtulabilir. Ayrıca TTK m. 876 uyarınca zıya, hasar ve gecikme, taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana gelmişse, taşıyıcı sorumluluktan kurtulacaktır.

Gönderen ve taşıyıcının yükümlülüklerini yerine getirmemeleri sorumluluklarını ortaya çıkaracaktır. Bu sorumluluk kendisini tazminat olarak göstermektedir.

Taşıma sözleşmelerinden doğan istem hakları (tazminat) TTK'nın uygulanacağı taşımalarda da CMR'nin uygulanacağı taşımalarda da 1 yılda zamanaşımına uğrar. Ancak zarar taşıyıcının kasından veya pervasızca bir davranışı ile meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiil veya ihmalden dolayı gerçekleşmişse bu durumda taşıyıcının sorumluluğu için 3 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Tehlikeli maddelerin taşınması faaliyetini düzenleyen mevzuatın oldukça dağınık olması ve kanun düzeyinde bir düzenlemenin bulunmaması bu konuda genel bir eleştiridir. İkincil mevzuat olarak hazırlanan TMKTHY’de de ayrıntılı düzenleme yapılmamış bunun yerine isabetsiz olarak, resmi çevirisi yapılmayan ADR’ye atıf yapılmıştır.

Mevzuatta yer alan tanımlar ulusal mevzuatımızda yeknesak değildir. TTK’da taşıyıcı kavramı kullanılmış TMKTHY ve Karayolu Taşıma Kanununda ise taşımacı kavramı kullanılmıştır. TTK’da gönderilen kavramı kullanılmış, ADR’de gönderilen kavramı yerine alıcı kavramı kullanılmıştır. Bunun gibi mevzuatımızda yeknesak olmayan tanımların karayolu taşıma hukuku terminolojisine uygun olarak değiştirilmesi mevzuatın daha iyi anlaşılabilirlikte katkı sağlayacaktır.

Hakem Değerlendirmesi	: Çift kör hakem.
Finansal Destek	: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.
Çıkar Çatışması	: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Etik Kurul Onayı	: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.
Peer Review	: Double peer-reviewed.
Financial Support	: The author declared that this study has received no financial support.
Conflict of Interest	: The author has no conflict of interest to declare.
Ethics Committee Approval	: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak. *Taşıma Hukuku Deniz Ticareti Hariç*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Adıgüzel, Burak. "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Eşya Taşıma Hukuku Alanında Getirilen Yenilikler(Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken Sempozyumu 10-11-12 Mayıs 2012)." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no. 2 (2013): 769-791.
- Akan, Pınar. *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.
- Akıncı, Ziya. *Karayolu ile Milletlerarası eşya taşımacılığı ve CMR*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1999.
- Arkan, Sabih. *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1982.
- Arkan, Sabih. "Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri." *BATİDER* 10, no. 2 (1979): 397-414.
- Asgarov, Natig. "Gönderenin Taşıma Sözleşmesi Gereğince Tehlikeli Eşya Hakkında Beyanda Bulunma Yükümlülüğü." *BATİDER* 28, no. 21 (2012): 297-322.
- Aydın, Alihan. *CMR'ye göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*. İstanbul: Arkan Basım Yayım, 2006.
- Ayhan, Rıza, Mehmet Özdamar ve Hayrettin Çağlar. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013.
- Belbez, Hikmet. "Nakil Sözleşmesi ve Nakliyecinin Sorunu." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (1946).
- Bozkurt Bozabalı, Banu. "Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu." *Doktora Tezi*. Yeditepe Üniversitesi. 2010.
- Can, Mertol. *CMR ve Alman Ticaret Kanunları ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları*. Ankara: İmaj Yayıncılık, 2017.
- Can, Mertol. "4925 Sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'na Göre Karayoluyla Yapılan Taşımaların Tabi Olduğu Hukuki Esaslar." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9 no. 1-2 (2005): 11-63.

- Çağa, Tahir ve Rayegan Kender. *Deniz Ticareti Hukuku-2*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Doğanay İsmail. "Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Karada Eşya Taşınması." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 5, no. 3 (1968): 432-479.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.
- Eriş, Gönen. *Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*. Cilt 4. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Görçün, Ömer Faruk. "Tehlikeli Maddelerin Denizyolunda Taşınması ve Risk Yönetimi: Türk Boğazlar Bölgesi Örneği." Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi. 2012.
- Karabağ Bulut, Nil. *Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Kaya, Arslan. "Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (CMR) Uygulanma Şartları Ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (1)." İç. *Oğuz İmregün'e Armağan Kitabı*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1998.
- Kaya, Arslan. *Makalelerim 1*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012.
- Kaya, Arslan. "Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme(CMR)'de Öngörülen Sorumluluğun Esasları(2)." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 56 no. 1-4 (1998): 239-267.
- Kender, Rayegan, Ergon Çetingil ve Emine Yazıcıoğlu. *Deniz Ticareti Hukuku*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2014.
- Kendigelen, Abuzer ve Alihan Aydın. "Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma(CMR): Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi." İç. *Prof Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Gününü Armağanı 1*. İstanbul: Beta Basımevi, 2002.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Yayıncılık, 2009.
- Kıran, Süleyman. *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşınması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Kıran Süleyman, "Karayoluyla Gerçekleştirilen Taşımalarda TTK'nın Taşıma İşleri Kitabında İhdas Edilen Hükümlerin Uygulanması Açısından Taşıt Kavramının Etkisi." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 1 (2016): 299-318.

- Kıran, Süleyman, *Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıma Ücreti*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Koşer, Nihal. "Deniz Yoluyla Konteyner Taşımacılığında Konteynere Uygulanacak Hukuki Rejim." Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi. 2015.
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012.
- Özdemir, Turkyay. *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu)*. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Özyağcı, Süreyya. "Tehlikeli Maddelerin Karayolu İle Taşınması." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Teknik Üniversitesi. 2008.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012.
- Sezer, Nil. *Ülkemizde Karayoluyla Tehlikeli Madde Taşımacılığında Tarafların Sorumluluklarının Hukuki Çerçevesi*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2018.
- Sözer, Bülent. *Deniz Ticareti Hukuku*. Cilt 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Topaloğlu, Mustafa. "Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşımalarından (CMR) Doğan Hukuki Sorumluluk." *28-29 Mayıs Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu* (2009): 393-407.
- Topsoy, Fevzi. "Taşınma Eşyası Taşımalarında Taşıyıcının Özel Yükümlülükleri." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 2 (2014): 21-46.
- Uzun, Elif. "Tehlikeli Madde Taşıyan Ticaret Gemileri Hakkında Milletlerarası Standartlar ve Boğazlardan Geçiş." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 23, no.1-2, (2003): 851-875.
- Üstündağ, Bahar. "Türk Hukukunda Eşya Taşıma Sözleşmesi." İç. *Fikret Eren'e Armağan Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2006.
- Vuruk Gülsen, "Denizyolu Tehlikeli Madde Taşımacılığı ve Türkiye Uygulaması, Sorunları ve Çözüm Önerileri." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi. 2008.
- Zeyneloğlu, Ahmet. *Uygulamalı Taşıma Hukuku*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1980.

Çeviri/Translation

ADALETİN ETKİNLİĞİNE İLİŞKİN AVRUPA KOMİSYONU (CEPEJ) ARABULUCULUK HAKKINDAKİ CEPEJ İLKELERİNİN UYGULANMASINI SAĞLAYAN ARABULUCULUK GELİŞTİRME ARACI ARABULUCULUK HİZMET SAĞLAYICILARI İÇİN AVRUPA ETİK KURALLARI*

*European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ):
Mediation Development Toolkit Ensuring Implementation
of the CEPEJ Guidelines on Mediation, European Code of
Conduct for Mediation Providers*

Mustafa Serdar Özbek**

Bu araç, arabuluculuk hakkındaki madde 1 CEPEJ İlkelerinin erişilebilirliği referans alınarak geliştirilmiştir.

Bu etik kurallar arabuluculuk merkezleri, enstitüler ve diğer arabuluculuk hizmet sağlayıcılarının gönüllülük esasında uyum sağlayacakları bir dizi ilkeleri ortaya koymaktadır. Bu etik kurallar; medeni hukuk, ticaret hukuku, aile hukuku, idare hukuku ve ceza hukuku gibi farklı alanlardaki uyuşmazlıklarda arabuluculuk hiz-

* Ad adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ, Strasbourg, 3-4 December 2018. / 3-4 Aralık 2018 tarihinde, CEPEJ'in 31'inci toplantısında kabul edilmiştir, erişim tarihi: Ocak 30, 2020, <https://rm.coe.int/cepej-2018-24-en-mediation-development-toolkit-european-code-of-conduc/1680901dc6>.

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

Çeviri Gönderim Tarihi/Received: 30.01.2020.

Çeviri Kabul Tarihi/Accepted: 28.04.2020.

Atıf/Citation: Özbek, Mustafa Serdar. "Arabuluculuk Hakkındaki CEPEJ İlkelerinin Uygulanmasını Sağlayan Arabuluculuk Geliştirme Aracı / Arabuluculuk Hizmet Sağlayıcıları için Avrupa Etik Kuralları." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 1 (2020): 229-234.

meti sağlayan merkezler (bunların tüm çalışanları ve üyeleri dâhil) tarafından kullanılabilir. Bu etik kurallar; Avrupa Birliği bünyesindeki Avrupa Konseyi ve Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) tarafından 2004 yılında yayınlanan Avrupa Arabulucular Etik Kurallarının arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hakkındaki tavsiyeleri, ilkeleri ve diğer belgeleriyle uyumludur ve birlikte değerlendirilmelidir¹. Avrupa Konseyinin üye devletlerinin kanun koyucuları, kendi millî arabuluculuk yasal çerçevelerini oluştururken bu etik kuralları arabuluculuk merkezlerine ilişkin temel standart olarak tercih edebilirler.

CEPEJ-GT-MED, mevcut belgenin düzeltilmesi düşüncesiyle, bu belgeye uymayı taahhüt eden arabuluculuk merkezlerini, CEPEJ'in Sekreteryasına geri bildirimde bulunmaya davet etmektedir.

1. TANIM

Arabuluculuk hizmet sağlayıcısı, çatısı altında, tarafların uyuşmazlıklarını dostane şekilde çözmelerine yardım etmek üzere hizmet veren, mesleki adlandırması ne olursa olsun (bundan sonra arabulucu olarak anılacaktır) tarafsız bir üçüncü kişi olarak arabulucu tarafından sunulan arabuluculuk sürecini yöneten veya organize eden özel veya kamu (mahkeme bağlantılı arabuluculuk programları dâhil) kuruluştur.

2. HİZMETİN KALİTESİ VE YETERLİLİĞİ

Arabuluculuk hizmet sağlayıcıları, aşağıdakileri yapmak suretiyle, hizmetlerinin kalite ve yeterliliğini yeterli düzeyde sağlamak için tüm makul adımları atarlar:

- a- İlgili hizmetleri sağlayacak yeterli kaynağa, yönetim kapasitesine ve yeterli sayıda üyesi olan arabulucuya sahiptir.
- b- Tüm ilgili iç hukuk kanun ve kurallarına uyar.
- c- Çatısı altında çalışan arabulucular uyuşmazlık çözümü ve arabuluculuk teknikleri konusunda uygun temel ve sürekli

¹ Şu internet adresinden bulunabilir: <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-work/mediation>.

- eğitimi alarak, gerekli akreditasyon ve/veya sertifikasyon programları ve/veya standartlarına sahip olarak kaliteli arabuluculuk süreçlerini yönetme becerisine sahiptir.
- d- Çatısı altında çalışan arabulucular, kendilerine yönlendirilen belirli türdeki uyuşmazlıkları ele almaya yetkindir.
 - e- Arabulucu seçim ve tayinine ilişkin şeffaf, âdil ve etkin usûller uygulamaktadır.
 - f- Uygun müşteri memnuniyet anketleri kullanmak suretiyle, arabuluculuk hizmet sağlayıcısının ve üyesi olan arabulucularının performansını yeterli ve etkin şekilde sağlayan izleme sistemi uygulanmaktadır.
 - g- Kilit göstergelere ilişkin istatistik verisi toplanır.
 - h- Sekreteryası veya dava yönetim bürosunda görevli çalışanlar, taraflara ve arabuluculara tüm arabuluculuk sürecinde yardımcı olmak için uygun şekilde eğitilmiştir.
 - i- Tesisleri ve arabuluculuk odaları kolay erişilebilir, bulunabilir, arabuluculuk toplantılarının yapılabilmesi için yeterince donatılmış ve rahattır.
 - j- Taraflar elektronik olarak veya uygun başka iletişim araçlarıyla arabuluculuk talebinde kolaylıkla bulunabilirler ve arabuluculuk sürecine katılabilirler.
 - k- Yeterli bir kalite yönetim sistemi uygulamadadır, etkin şekilde izlenmekte ve uygulanmaktadır.

3. ŞEFFAFLIK VE İLETİŞİM

Arabuluculuk hizmet sağlayıcıları, arabuluculuk hizmetinden yararlananlara aşağıdaki konularda doğru ve kolay anlaşılabilir bilgi sunabilmek için güncel ve kullanıcı dostu bir web sitesine ve/veya başka araçlara sahip olmalıdır:

- a. Arabuluculuk hizmet sağlayıcısının yapısı ve geçmişi, ortaklarının isimleri, üyeleri, yönetim ve ana menfaat sahipleri,
- b. Çatısı altında hizmet veren arabulucuların isimleri, tam ve güncel özgeçmişleri ve meslekî yeterlikleri,

- c. Arabuluculuk süreci, arabuluculuk kuralları ve arabuluculuk sürecinde uygulanan ilgili mevzuat,
- d. Hizmet tedarikinde uygulanan ücretler, hesaplama ölçütü ve taraflar arasında nasıl paylaşılacağı,
- e. Arabulucular tarafından onaylanan etik kurallar.

Arabuluculuk hizmet sağlayıcısı, kendisinin ve üyesi olan arabulucuların sunduğu hizmetlerle ilgili görüşmeleri veya pazarlamasında hatalı, haksız veya aldatıcı beyanlarda bulunmamalıdır.

4. ARABULUCULUK KURALLARI VE ETİĞİ

Arabuluculuk hizmet sağlayıcıları, arabuluculuk hizmetlerinde asgari bir standart olarak Arabulucular için Avrupa Etik Kurallarını uygular.

Arabuluculuk hizmet sağlayıcıları, arabuluculuk hizmetleriyle ilgili uygulamaları ve koşullarında iç hukuk tarafından öngörülen kurallara ve usûllere uymalıdır.

5. BAĞIMSIZLIK, TARAFSIZLIK VE ÖNYARGISIZLIK

Arabuluculuk hizmet sağlayıcıları, uyuşmazlığın tüm taraflarına ve hukukî temsilcilerine karşı bağımsız ve tarafsız olmalıdır.

Tüm arabuluculuk süreçleri tarafsız, önyargısız ve bağımsız bir şekilde yönetilmelidir.

Arabuluculuk hizmet sağlayıcıları, uyuşmazlık çözümü ile ilgili olmayan başka meslekî veya ticarî faaliyetlerle birlikte arabuluculuk hizmetleri sunmamalıdır. Bir arabuluculuk hizmet sağlayıcısının personeli, ortakları, menfaat sahipleri ve üyesi olan arabulucular, uyuşmazlık sona ermeden önce veya sona erdikten sonra makul bir süre içinde, aynı uyuşmazlıkta veya taraflardan birisi için, avukat, danışman, eğitimci veya hâkim olarak görev yapamaz.

Arabuluculuk hizmet sağlayıcıları, bağımsızlık ve tarafsızlığı garanti etmek için tüm diğer sınırlamalara ve usûllere uymalıdır.

6. MENFAATLERİN ÇATIŞMASI

Arabuluculuk hizmet sağlayıcıları, muhtemel menfaat çatışmalarını tespit edip ortadan kaldırmak için gerekli usûlleri uygulamaya koymalıdır.

Arabuluculuk hizmet sağlayıcıları, tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileme ihtimali olan veya hizmet sağlayıcının taraflardan birine karşı önyargılı yahut diğer tarafa yakın olduğu görüntüsünü yaratabilecek aşağıdaki gibi durum, menfaat veya ilişkilerin varlığını açıklamak zorundadır:

- a. Herhangi bir taraftan, iştirakinden veya kendisinin tarafsızlığını etkileyebilecek danışmanından bir ekonomik menfaat veya gelir kaynağı (ortaklık, sponsorluk, yıllık yardım, finansman gibi),
- b. Arabuluculuk sürecinin sonucunda ortaya çıkabilecek herhangi bir menfaat,
- c. Taraflarla ve danışmanlarıyla ilgili tarafsızlığı etkileyebilecek veya taraflı yahut önyargılı görüntüsü yaratabilecek durumlar veya ilişkiler.

7. ŞİKÂyetLER, DISİPLİN USÛLLERİ VE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Arabuluculuk hizmet sağlayıcıları, arabulucular ve arabuluculuk usûllerinin yöneticileriyle ilgili uyuşmazlıkları çözen âdil ve etkin şikâyet ve disiplin mekanizmaları kurmalı ve sürdürmelidir.

Arabuluculuk hizmet sağlayıcıları, kendilerinin dâhil olduğu konularda öncelikle müzakere ve arabuluculuk yoluyla dostane uyuşmazlık çözümüne başvurmalıdır.

8. GIZLILIK

Arabuluculuk hizmet sağlayıcıları, arabuluculuk ile ilgili tüm bilgilerin gizli olduğunu genel bir esas olarak kabul etmek suretiyle, ilgili kanunlar ve kurallarda ve/veya taraflarca kararlaştırılan gizlilik düzeyini korumak için tüm makul önlemleri almalıdır.

Hakem Değerlendirmesi	: Çift kör hakem.
Finansal Destek	: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.
ıkar atışması	: Yazar çıkar atışması bildirmemiştir.
Telif Beyanı	: Yazar, orijinal eserin telif korumasına sahip olmadığını belirtmiştir.
Peer Review	: Double peer-reviewed.
Financial Support	: The author declared that this study has received no financial support.
Conflict of Interest	: The author have no conflict of interest to declare.
Copyright Notice	: The author stated that the original work is not under copyright protection.

Çeviri/Translation

**BİR OLASI KAST DEĞERLENDİRMESİ OLARAK;
ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ
KU'DAM YARIŞ KARARI**

*As a Consideration on Eventual Intent;
the Ku'dam Racing Decision of German Federal Court*

Erdal YERDELEN^{*}

Berna Ayşen YILMAZ^{**}

Alman Federal Mahkemesi

Millet Adına

Karar¹

4 Str 399/17

1 Mart 2018

BGHSt : Evet

BGHR : Evet

Referans Kitabı : Evet

Yayınlanma : Evet

* Doçent Doktor, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, erdal.yerdelen@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8796-2186.

** Araştırma Görevlisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, berna.yilmaz@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4099-4930.

Çeviri Gönderim Tarihi/Received: 08.11.2019.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 05.01.2020.

Atıf/Citation: Yerdelen, Erdal, ve Berna Ayşen Yılmaz. "Bir Olası Kast Değerlendirmesi Olarak; Alman Federal Mahkemesi Ku'dam Yarış Kararı." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 1 (2020): 235-248.

1 <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2018-3&Seite=7&nr=81558&pos=234&anz=245>.

Alman Ceza Kanunu m. 212/1

Özet: Trafikte gerçekleşen riskli davranışlarda, olası kastla öldürmenin varlığının kabul edilmesi için failin bizzat kendisinin uğrayabileceği tehlikenin anlamı.

Alman Federal Mahkemesi, 1. Mart 2018 – 4 StR 399/17 – LG Berlin kararı

1 ve 2 numaralı faille karşı kasten öldürme vd. nedeniyle açılan ceza davası

Alman Federal Mahkemesi 4. Ceza Dairesi 1 Şubat 2018 tarihli ve 1 Mart 2018 tarihli oturumlarda aşağıda isimleri belirtilen katılanlar ile şu şekilde karar almıştır:

Alman Federal Mahkemesi Başkanı Sost-Scheible

Alman Federal Mahkemesi Hâkimleri Roggenbuck, Cierniak, Bender

Federal Yüksek Mahkemesi Üyesi Dr. Feilcke

Federal Savcılık Temsilcisi Savcı

Avukat –duruşmada- ve Avukat –duruşmada- Sanık H.’nin müdafii

Avukat –duruşmada- X ve Avukat –duruşmada- Sanık N.’nin müdafii

Avukat –duruşmada- Katılan K.’nin temsilcisi

Avukat –duruşmada- Katılan M. W.’nin temsilcisi

Şahsen katılan M. W. –duruşmada-

Avukat –duruşmada- katılan P. W.’in temsilcisi

Yazı İşleri Müdürü

Gereği Düşünüldü:

Sanıkların temyiz başvurusu üzerine, 27 Şubat 2017 tarihli Berlin Eyalet Mahkemesi kararı, aşağıdaki tespitlerle bozulmuştur.

Dava, eyalet mahkemesinin başka bir ceza dairesine, yargılama giderleri hakkında da karar verilmek üzere, davanın yeniden görüşülmesi ve karara varılması için gönderilmiştir.

Gerekçe:

1. Eyalet Mahkemesi, sanıkları, tehlikeli kasten yaralama ile eylem birliği içerisinde kasten nitelikli öldürme ve trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçlarından müebbet hapis cezasına mahkûm etmiştir. Ayrıca araç kullanma izninin kaldırılmasına, sürücü belgesinin geri alınmasına ve ömür boyu araç kullanma izni verilmemesi için durumun idareye bildirilmesine de karar vermiştir. Sanık, bu kararın usul ve esas bakımından hukuka aykırı olduğu iddiasıyla temyiz yoluna başvurmuştur.

2. Hükümde ortaya konulan tespitlere göre; Sanık H, 1 Şubat 2016 tarihinde, gece saat 00.30'da yüksek donanımlı aracıyla Berlin'de Kurfürstendamm (Ku'damm) istikametinde seyretmektedir. Sanığın yanında yolcu olarak K. bulunmaktadır. Sanık H, Adenauerplatz kavşağına geldiğinde kırmızı ışıkta durmuştur.

3. Sanık H. diğer araçta bulunan sanık N.'yi fark ettiğinde yüksek güçteki motorun sesiyle uyarı yapmış ve yarış yapmak için hazır olduğunu işaret etmiştir. Sanıklar aralarında bu şekilde kısa irtibat kurup gaz pedalı ile oyun oynamaya hazır olduklarını belirtmiş ve jestlerle Kurfürstendamm ve Tauentzien caddesi boyunca yarışmaya karar vermiştir. Sanıkların amaçları, Tauentzien caddesi ile Nürnberger caddesi köşesine kadar yarışmaktır. Bu mesafe yaklaşık 2,5 km uzunluğundadır ve bu istikamette 11 adet trafik ışıklı kavşak bulunmaktadır.

4. Sanık H., sanık N.'den evvel hedefe ulaşmak için kırmızı ışıklara riayet etmeksizin yüksek hızla hareket etmiştir. Sanık N., önce iki ışıklı kavşakta durmuş, diğer sanık H.'den önce hedefe ulaşmak için kalan kırmızı ışıkların hiçbirinde durmayarak müsaade edilen hız sınırının çok üstünde seyretmiştir. Sanık N., Sanık H.'ye en geç Uhland caddesi metrosu önünde yetişmiştir. Kurfürstendamm'ın orta ada kısmında duran ve karşıdan karşıya geçmeye çalışan iki yaya, bu iki sanığın kullandığı araçların altında kalmamak için kendilerini Metro girişindeki kaldırımlara zor atmıştır.

5. Her iki araç bu sırada ortalama 100 km süratin üzerine çıkmıştır. Breitscheidplatz kavşağını her iki sanık da dönmesi gereken hız sınırına yakın bir şekilde dönmüştür. Tauentzien caddesi ve Ranke caddesi kavşağındaki ışıkları her iki sürücü de kırmızı ışık yanarken geçmiştir.

6. Bu kavşağın çıkışında sanık H., diğer sanık N.'ye ulaşmak için aracının hızını 100 ile 150 km arasında yükseltmiştir. Her iki sürücünden N. yolun solunda, H. ise yolun sağında Tauentzien caddesi ve Nürnberg caddesi kavşağına kadar bu şekilde yüksek hızla seyretmiştir. Her iki sürücü, kavşaktaki kırmızı ışığa kadar böyle seyrederken; sanık N., diğer sanık H.'den birkaç metre önce ve 139-149 km hıza, diğer sanık H. ise 160-170 km süratle ulaşmıştır.

7. Bu anda her iki sanık da Nürnberg caddesinden aracı ile çıkan ve kendisine yeşil ışık yanmakta olan araç sürücüsü ile kendi aracında bulunan (yanındaki) yolcuyla sadece yaralamakla kalmayıp büyük ihtimalle ölümlerine neden olacağına da bilinciyle hareket etmiştir. Diğer kişilerin, bunların arasında sanık N.'nin kullandığı araçta yolcu olan K. da dâhil, kavşakta bekleyen insanların, çarpışmanın etkisiyle otomobillerden kopan parçalarla fiziki zarar görme olasılığını kabullenmiştir.

8. Sanık H., kavşakta araç hâkimiyetini tamamen kaybederek (aracı durdurabilme hususundaki etkili müdahale iradesini kaybetmiş bir şekilde), Nürnberg caddesinden sağ tarafta nizami olarak seyreden ve kendisine yeşil ışık yandığı için kavşaktan aracıyla geçen mağdur W.'nin aracına çarpmıştır. Sanık H.'nin aracı sola doğru savrulmuş ve o anda diğer sanığın kullandığı ve yaklaşık 140 km süratle seyreden araca çarpmıştır. Sanık N.'nin kullandığı araç da ön kısmından bu araçlara çarpmıştır.

9. Bu kadar şiddetli çarpışma etkisiyle aracının bir kısmı havaya savrulan mağdur W. ağır şekilde yaralanmış ve kaza yerinde hayatını kaybetmiştir. Sanık N.'nin yanında yolcu olarak bulunan kişi de ağır şekilde yaralanmıştır. Araçlardan kopan parçalar, bir yayanın kafasını adeta sıyrarak geçmiştir. Sanık ise hafif yaralanmıştır.

10. Eyalet Mahkemesi; birlikte fail olarak işledikleri suçlar nedeniyle (Alman Ceza Kanunu –StGB- m. 25/2) her iki sanığın da şu şekilde cezalandırılmalarına karar vermiştir:

- Maktül W.'yi tehlikeli araçla nitelikli kasten öldürme (StGB m. 211/2);

- Sanık N.'nin yanında bulunan yolcu K.'yı tehlikeli araç ve hayatı tehlike yaratan bir muameleye başvurarak tehlikeli kasten yaralama (StGB m. 224/1-2 ve 5) ve trafikte geçiş üstünlüğüne uymamak

ve kavşağa hızlı girmek suretiyle trafik güvenliğini kasten tehlikeye koyma (StGB m. 315c/1-2 a ve d)

11. Sanıkların kanun yolu başvurusunda esasa ilişkin itirazları isabetli olduğundan, usule ilişkin itirazların incelenmesine gerek görülmemiştir. Hükümde, hukuki olarak esasa ilişkin birçok açıdan eksiklik mevcuttur.

12. Değerlendirme sonucunda hükmün kasten öldürme suçundan verilmemesi gerektiği kanaati oluşmuştur.

13. Kasıtlı fiilden hüküm kurabilmenin şartı, StGB m. 16/1'e göre, failin suçun kanuni tanımındaki unsurları, fiili gerçekleştirdiği sırada bilmesidir. Buna göre kast, fiilin gerçekleştirilmesi sırasında var olmalıdır. (Karşl. BGH. Urteil vom 23. Oktober 1985 – 3 StR 300/85, StV 1986, 59; Beschluss vom 7. September 2017 – 2 StR 18/17, NStZ 2018, 27; Fischer, StGB, 65. Aufl., § 15 Rn. 3; MüKo-StGB/Schneider, 3. Aufl., § 212 Rn. 5). Eğer failin kastının sonradan ortaya çıktığı belli ise burada artık kasıtlı fiilden bahsedilemez. (Karşl. BGH. Urteile vom 30. April 1997 – 2 StR 550/96, BGHR StGB § 15 Vorsatz 5; vom 23. Oktober 1985 – 3 StR 300/85, aaO; Beschlüsse vom 7. September 2017 – 2 StR 18/17, aaO; vom 14. Juni 1983 – 4 StR 298/83, NStZ 1983, 452; Fischer, aaO, § 15 Rn. 3). Kastın, fiilin gerçekleştirilme zamanında varlığının zorunlu olması nedeniyle kasıtlı bir suçtan sorumluluk yoluna gidilebilmesi için neticeyi meydana getirecek bir davranışın gerçekleştirilmesi gerekir. Bu davranış, öngörülen veya yüksek olasılıkla muhtemel addedilen bir neticeyi (örneğin öldürme fiilinde ölüm sonucunu) meydana getirecek türden olmalıdır. Bunun somut olayda sanık bakımından gerçekleştiği hususu inceleme konusu yapıldığı karardan anlaşılammaktadır. Bu karar, bu hususu yeterince ortaya koyamamaktadır. Tam tersine:

14. Mahkeme, - 25. paragrafta açıklandığı gibi "en geç şu anda..." ifadesiyle – sanıkların Tauentzien/Nürnberg caddelerinin birleştiği kavşağa geldikleri sırada olası kast ile hareket ettiklerini belirlemiştir. Mahkemenin bu tespitinden anlaşılacağı üzere; sanıkların, kazanın meydana geldiği kavşağa girmeden evvel araçlarını sürme şekillerinin, trafikte seyreden başka kişilerin ölümünü ihtimal dâhilinde görüp üstlendikleri (kabul ettikleri) hususu mahkeme

tarafından kabul edilmemiştir. Mahkeme, buna ilişkin ikna edici açıklamalarda bulunmamıştır. **Sanıkların öldürme kastına sahip olduklarının söylenebilmesi, kasıtlı fiilden sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan ilk an, kavşağa girdikleri zamandır. Sanıkların, kavşağa girme anından itibaren öldürmeye ilişkin başka bir davranışta bulunmaları veya ölümü önlemeye yönelik bir davranışı ihmal etmeleri halinde kasıtlı öldürmeden sorumlu tutulmaları mümkün olacaktır.**

15. Mahkeme, bu şekilde meydana gelen kazaya sebebiyet veren davranışın öldürme kastını taşıdığı konusunu açıklayamamıştır. Maddi olayın tespitinde ve hükmün devam eden bölümlerinde sanıkların kavşağa girerken kazayı önleyebilecek bir durumda olmadıkları tespit edilmiştir. Sanık H.'nin kavşağa girdiği anda kazayı önleyici bir davranışta bulunabilecek durumda olmadığı belirlenmiştir. Kararın bir başka bölümünde sanıkların hızları nedeniyle kavşağa girdikleri anda artık kazayı önleyebilecek herhangi bir reaksiyon gösterebilecek durumda olmadıkları zikredilmiştir. Kazanın ana nedeni; araçların çarpışma anındaki hızları ve kırmızı ışık yanmasına rağmen kavşağa girmeleridir. O anda bu durumu değiştirecek bir noktada olmadıkları için de her iki sanığın kasıtlı olarak hareket ettiği kabul edilmiştir. **Hükümde, sanıkların kazaya neden olan davranışlarının, öldürme kastını ortaya koyup koymadığı hususu tartışılmamıştır. Karardan böyle bir neticeye varılması mümkün değildir. Bu olayda öldürme kastı, ölüme neden olan çarpışmanın önlenmesinin mümkün olmadığı andan itibaren vardır ve bu andan evvelki davranış için öldürme kastının varlığı kabul edilemez.**

16. Temyiz incelemesi, sadece hukuki denetimi içerdiğinden mahkemenin olası kast değerlendirmesi yapmasına neden olan delil değerlendirmeleri, denetimin kapsamı dışında tutulmuştur (Karşl. BGH, Urteile vom 12. Januar 2017 – 1 StR 360/16, juris Rn. 10; vom 18. September 2008 – 5 StR 224/08, NStZ 2009, 401, 403; vom 20. Juni 2013 – 4 StR 159/13, juris Rn. 19).

17. a) **Federal Mahkeme yerleşik içtihatlarına göre; fail, ölüm neticesinin, davranışının çok uzak bir sonucu olmadığını biliyor (bilme unsuru) ve bunu önemsemiyor veyahut hedeflediği amaç**

uğruna en azından ölüm neticesinin gerçekleşmesine katlanıyorsa (isteme unsuru) olası kast söz konusudur. Bu durumda sonucun gerçekleşmesinin, fail için önemsiz veya onun istemi dışında olmasının farkı bulunmamaktadır (Karşl. BGH, Urteile vom 27. Juli 2017 – 3 StR 172/17, NStZ 2018, 37, 38; vom 8. Dezember 2016 – 1 StR 351/16, NStZ 2017, 277, 279; vom 7. Juli 2016 – 4 StR 558/15, BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 67; vom 14. August 2014 – 4 StR 163/14, NJW 2014, 3382, 3383; vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183, 186). **Buna karşın bilinçli taksirden söz edebilmek için failin, olası gördüğü sonucun gerçekleşmesini kabullenmesi ve sonucun meydana gelmeyeceğine yönelik ciddi bir inançla hareket etmesi gerekir** (BGH, Urteile vom 14. Januar 2016 – 4 StR 72/15, NStZ 2016, 211, 215; vom 30. April 2014 – 2 StR 383/13, StV 2015, 300, 301; vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183, 186; vom 16. Oktober 2008 – 4 StR 369/08, BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 63).

18. Bu tespitlere göre, somut olayda sanıkların olası kast ile hareket edip etmediklerinin belirlenmesi, delillerin her iki açıdan yeterli derecede değerlendirilmesi ve maddi gerçeklerle karşılanması ile mümkün olabilir (Karşl. BGH, Urteile vom 7. Juli 2016 – 4 StR 558/15, aaO; vom 19. April 2016 – 5 StR 498/15, aaO; vom 16. September 2015 – 2 StR 483/14, NStZ 2016, 25, 26).

19. **Öldürme veya yaralama suçlarında kastın veya bilinçli taksirin tespiti, olaydaki bütün objektif ve sübjektif şartların bir genel bakış açısıyla incelenmesini gerektirir. Bu incelemeyi yaparken öncelikle kastın isteme unsurunun değerlendirilmesinde genel olarak duruşma hâkiminin, failin kişiliğini tahlil etmesi ve onun olayı işlediği andaki psikolojik algısını, motivasyonunu ve olayın gerçekleşmesi için önemli olan koşulları, özellikle somut saldırı tarzını dikkate alması icap eder** (Karşl. BGH, Urteile vom 14. Januar 2016 – 4 StR 84/15, NStZ-RR 2016, 79, 80; vom 18. Oktober 2007 – 3 StR 226/07, NStZ 2008, 93 f.; vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, aaO, 186 f.). **Burada suç oluşturan fiilin objektif tehlikeli olma durumu, kastın hem bilme hem de isteme unsuru için önemli bir belirleyicidir** (Karşl. BGH, Urteile vom 14. Januar 2016 – 4 StR 84/15, aaO, 80; vom 16. Mai 2013 – 3 StR 45/13, NStZ-RR 2013, 242,

243; Beschluss vom 26. April 2016 – 2 StR 484/14, NStZ 2017, 22, 23). **Ancak işlenen fiilin tehlikeliliği ve sonucun gerçekleşme olasılığının derecesi, sanığın olası kastla hareket edip etmediğine ilişkin karar için belirleyici tek kriter değildir. Yüksek derecede tehlikeli olan fillerde dahi failin olası kastla hareket edip etmediği somut olayın koşullarına bağlıdır** (Karşl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 1986 – 2 StR 311/86, BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 1 – Willenselement; Beschluss vom 7. März 2006 – 4 StR 25/06, NStZ 2006, 446). İlk derece hâkimi somut olayda kastın varlığını sorgulayan koşulları dikkate alarak incelemesini yapmaktadır (Karşl. BGH, Urteil vom 26. November 2014 – 2 StR 54/14, NStZ 2015, 516, 517; Beschlüsse vom 19 - 12 - 10. Juli 2007 – 3 StR 233/07, NStZ-RR 2007, 307; vom 27. August 2013 – 2 StR 148/13, NStZ 2014, 35).

20. Mahkeme delil değerlendirmesinde bulunurken aktarılan hususları gereğince irdeleyememiştir. Temyiz konusu kararda, bir başka araçla çarpışma halinde sanığın kendisinin uğrayabileceği olası tehlike durumu, sanığın kastının belirlenmesi bakımından yasal zeminde tartışılmamıştır.

21. Bu olaydaki gibi failin kendisine yönelik açık bir tehlikenin olduğu durumlarda, aşağıdaki ilkelerden hareket edilmesi gerekir:

aa) Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki karşıdan gelen tehlikeli eylemin kabullenilmesi halinde kendisine yönelik bir tehlikenin de olduğu durumlarda öldürme kastının varlığının mümkün olmayacağı şeklinde bir genel kural bulunmamaktadır. Ancak başkasının ölümünü kabullenme halinde kendisi de tehlikeye giriyorsa bu durumda failin kasıtlı sayılamayacağına dair içtihatlar da bulunmaktadır (Karşl. BGH, Urteile vom 20. Juni 2000 – 4 StR 162/00, NStZ 2000, 583, 584; vom 20. Dezember 1968 – 4 StR 489/68, VerKMitt 1969, Nr. 44). Ancak trafikte başından itibaren bir başka kişinin yaralanmasını veya bir kazanın meydana gelmesini amaçlamayan, bunu planlamayan ancak yüksek risk içeren davranışlarda, failin kendisine yönelik tehlikeyi de biliyor olması ancak bu riski bertaraf edeceğine dair bir kurtuluş yolu olduğuna güvenmesi durumunda kastın varlığını kabul etmek mümkün olacaktır (Karşl. BayObLG, NJW 1955, 1448, 1449 für den alkoholisierten Autofahrer; Roxin, AT

I, 4. Aufl., § 12 Rn. 23 ff.; ders., FS Rudolphi, 2004, 243, 255; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 219; Jäger, JA 2017, 786, 788; Walter, NJW 2017, 1350 f.) **Buna uygun olarak ilk derece hakimi, bu tür bir olay seyrinin var olması halinde somut durumla ilişkili olarak failin bakış açısıyla kendi davranışı nedeniyle kendi vücut bütünlüğüne yönelik de bir riskin (tehlikenin) olup olmadığı ve varsa hangi kapsamda olduğu konusunu tartışmalıdır. Bunun için suçun objektif koşullarından bilhassa fail tarafından kullanılan trafik aracından ve somut tehlikeli, tehdit edici kaza senaryolarından önemli emareler ortaya çıkabilir. Böylece failin; kendisine yönelik bir tehlikeye ilişkin algısı üzerinde kendi arabasında ya da motosikletin üzerinde olup olmaması, yayalarla, bisiklet sürücüleriyle, diğer taşıtlarla ve hatta yük taşıtlarıyla çarpışma riskinin olup olmadığı önemlidir.**

22. Ceza dairesi, sanıkların, olası bir kaza halinde kendilerine yönelik gerçekleşecek tehlikeyi üstlenmeleri hususunu, sanıkların kendi araçları içinde kendilerini güvende hissettiklerinden hareket ederek reddetmiştir.

23. Eyalet mahkemesi, sanıkların, kendileri açısından kabul edilebilir şekilde bu tür güvenlik duygusu içinde olduklarını gerekçelendirmemiştir. Burada hukuki açıdan hatalı bir şekilde, somut olayda var olmayan bir tecrübe kuralına başvurulmuştur (Karşl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1954 – 5 StR 416/54, BGHSt 7, 82, 83; Beschluss vom 8. September 1999 – 2 StR 369/99, BGHR StPO § 261 Erfahrungssatz 6; Meyer-Göfner/Schmitt, 60. Aufl., § 337 Rn. 31).

24. Aleyhine temyiz yoluna başvuru kararı, trafiğe katılan kişilerin genelde kendilerine ilişkin bir riski hesaba katmadıkları yönünde bir varsayımdan hareket etmektedir. Buna ilaveten bahsi geçen şekildeki sportif amaçlı kullanılan taşıtların özel bir güvenlik duygusu verdiği şeklinde açıklamada bulunulmuştur. Bu tür araçların sürücüleri; tonlarca ağırlıkta, çok güçlü bir şekilde hızlanan ve kapsamlı bir güvenlik tekniğine sahip olan arabalarında kendilerini tıpkı bir tankta veya bir kale içindeymiş gibi korunaklı, güçlü ve üstün hissederek, kendileri için her tür riski görmezden gelir. **Bununla birlikte belli türde bir donanıma sahip motorlu taşıt içerisinde, belli bir tip sürücünün kendisini tamamen güvende hissettiği ve vücuduna**

zarar verebilecek her tür riski görmezden geldiği şeklinde bir tecrübe kuralı bulunmamaktadır. Ayrıca sanıkların ilişkili olarak bu duruma uygun bir varsayımsal resim, hayali görüntü somut olarak kanıtlanmış değildir. Şehir içi bir kavşakta diğer binek araçları ve otobüslerle (karar gerekçesinde bildirildiği gibi) saatte en az 139-160 km hızla çarpışmak şeklinde var olan objektif tehlike içeren kaza senaryoları bakımından bu sonucun kabul edilmesi mümkün değildir.

25. Ayrıca sanıklar tarafından yapılan tehlike değerlendirmesiyle ilişkili; tutarsız, çelişkili kabuller, aleyhine temyiz yoluna başvuru kararı, etkili olmuştur. Mahkeme, bir yandan sanıkların kendi araçları içerisinde kendilerini güvende hissettiklerini ve kendilerine ilişkin hiçbir tehlikeyi hesaba katmadıklarını kabul etmiştir. Buna karşın mahkeme, aynı araçta bulunan sanığın; müdahil K.'nin beden yaralanmasıyla ilişkili olarak kasıtlı ve hatta bu tür bir tehlikeli aletle ve hayati tehlike yaratan bir davranışla kasıtlı bir şekilde hareket ettiğini belirtmiştir. Hatta Mahkeme, sanıkların; müdahil K.'nin öldürücü yaralanmalara uğrayabileceğini de hesaba kattıkları tespitinden hareket etmiştir. Müdahil K., olay gerçekleşirken sanık N.'nin yanında bulunduğu için eyalet mahkemesi, aynı taşıt iç kısmındaki yolculara ilişkin olarak birbiriyle çelişen iki tehlike değerlendirmesinde bulunmuştur. Aynı araçta bulunan sanıklara ve davaya katılanlara yönelik tehlikeyi farklı değerlendirmek, mantığa uygun bulunmamış ve ceza dairesi tarafından kabul edilmemiştir.

26. Eyalet mahkemesinin sanık N.'nin birlikte işlenen cinayette suçlu olduğu şeklindeki kabulüne dayandırdığı mülahazalarına rağmen, hukuki açıdan yapılan yeniden incelemede bunun yerinde olmadığı, tespit edilmiştir. İştirak halinde suç işlemenin şartlarının; tipikliğe ilişkin zorunlu incelemesi yapılmadığı için -ki burada kasten öldürme suçunun varlığına yöneliktir- eyalet mahkemesi tarafından birlikte gerçekleştirilen davranışa ilişkin yapılan değerlendirme yetersiz kalmıştır.

27. Ceza Kanunu m. 25/2 anlamında birlikte faillik; temelinde her müşterek failin suça objektif bir katkı sağlamak zorunda olduğu müşterek suç işleme kararını şart koşar (st. Rspr.; Karşl. BGH, Beschlüsse vom 13. September 2017 – 2 StR 161/17, NStZ-RR 2018, 40;

vom 4. April 2017 – 3 StR 451/16, juris Rn. 7). **Müşterek suç planı, açıkça alınmak zorunda değildir, daha ziyade zımni bir anlaşma yeterlidir. Bu anlaşma aynı zamanda başlangıçtaki suç planının genişletilerek iş bölümüne dayalı olarak fiilin icra edilmesi şeklinde de yapılabilir** (BGH, Urteile vom 1. Dezember 2011 – 5 StR 360/11, NStZ-RR 2012, 77, 78; vom 15. Januar 1991 – 5 StR 492/90, BGHSt 37, 289, 292; vom 9. März 1994 – 3 StR 711/93, NStZ 1994, 394; Beschluss vom 18. Mai 1995 – 5 StR 139/95, BGHSt 41, 149, 151). Suç işleme kararının daha doğrusu suç işleme planının çıkış noktası, Ceza Kanunu m. 25/2 uyarınca her zaman bir suç olmak zorundadır. Bu yüzden birlikte faillik halinde işlenmiş öldürme suçu iş bölümüne dayalı bir birliktelik ile bir kişinin ölümüne yönelik müşterek suç işleme kararını şart koşar. Öldürme suçunun birlikte fail olarak işlenmiş olmasının kabul edilebilmesi için faillerin, sadece bir kişinin ölümüyle sonuçlanan müşterek bir faaliyete karar vermiş olmaları yeterli değildir.

28. **Sanıklar tarafından alınmış trafiğe katılan diğer kişilerin olası kastla öldürülmesini kapsayan müşterek suç işleme kararının tespiti eksiktir. Ceza dairesi, sadece sanıkların Adenauer meydanındaki buluşmalarında spontane bir şekilde bir araba yarışını yapmaya karar verdiklerini tespit etmiş ve kanıtlamıştır. Eyalet Mahkemesi ayrıca sanık N.'nin giderek artan hızda araba sürüşüyle sanık H. ile birlikte ortak bir yarış yapmayı ve belli bir güç gösterisine girmeyi istediğini ifade ettiğine dikkat çekmiştir. Ancak bu açıklamalardan sadece yasal olmayan bir sokak yarışının kararlaştırılması ve müştereken icra edilmesi sonucu çıkarılabilir. Eyalet Mahkemesi, ne yarışın kararlaştırıldığı an için ne de yarışın gidişatı sırasında birlikte suç işleme kararının en azından zımnen genişletildiğini tespit edememiş ve kanıtlamamıştır. Mahkeme, daha ziyade bir araba yarışı ya da beraberliği bozmak için oynanan final oyunu (play-off) ile bir güç gösterisinin doğal olarak müşterek fiil hâkimiyetine dayanan bir davranış arz ettiğine dikkat çekmiştir. Bu mülahazaların kasten öldürme suçuyla zorunlu bağlantısı iştirakin incelenmesi çerçevesinde yer almaz. Kararın hiçbir noktasından sanıkların, bir başkasını müşterek bir fiille öldürme kararı aldıklarına ilişkin sonuç çıkarılamamaktadır.**

29. Temyiz edenlerin eyalet mahkemesi tarafından başvuru trafik bilirkişi raporuna karşı açıklamaları aşağıdaki düşüncelere gerekçe oluşturmaktadır:

30. Bir sanığın kasten davranıp davranmadığının tespiti maddi sorundur ve maddi sorunun belirlenmesi, ilk derece hâkiminin sorumluluğundadır (Karşl. BGH, Urteile vom 3. Dezember 2015 – 4 StR 367/15, NStZ 2016, 668, 669 f.; vom 16. Mai 2013 – 3 StR 45/13, NStZ 29 30 - 17 - 2013, 581, 583; vom 13. Dezember 2005 – 1 StR 410/05, NJW 2006, 386 f.; LK-StGB/Vogel, 12. Aufl., § 15 Rn. 63). Bu inceleme, her zaman somut durumla ilişkili olarak gerçekleştirilmelidir ve örneğin belirli bir kişi çevresinde veya belirli bir tarzda gerçekleşen esas itibarıyla kasıtlı bir suçu onaylayan veya reddeden hukuki ilkeler veya tecrübe kuralları şeklinde genelleştirici bir incelemeye izin verilmez (Karşl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 2015 – 4 StR 367/15, aaO, 669 f.; Beschlüsse vom 7. März 2006 – 4 StR 25/06, NStZ 2006, 446; vom 14. Januar 2003 – 4 StR 526/02, NStZ 2003, 369, 370; LK-StGB/Vogel, aaO, § 15 Rn. 67; genel istatistiksel ifadelerin, kararlardaki tahmini öneminin küçük olması konusunda ayrıca karşl. BGH, Beschlüsse vom 17. Februar 2016 – 2 StR 545/15, StV 2016, 720, 722; vom 30. März 2010 – 3 StR 69/10, NStZ-RR 2010, 203, 204). Bu, aynı zamanda aleyhine temyiz yoluna başvuru karar ve temyize başvuru “trafikte yarışan” kişi çevresi daha doğrusu “trafikte yarışmacılar öbeğine mensuplar” ile alakalı temyiz başvurusu için de geçerlidir. Somut olayı aşacak şekilde öldürme kastının varlığı veya yokluğu sorusu ile alakalı olarak anılan kişi gruplarını katagorik olarak sınıflandırma caiz değildir.

31. Davaya yeniden bakacak ilk derece hâkimi, kasten öldürme suçunun varlığı sonucuna ulaşmadığı için aşağıdaki hususları dikate alarak olası cinayet değerlendirmesi yapabilecektir:

32. Genel tehlike yaratan araçların kullanılması, öldürmenin sübjektif unsurunun belirlenmesinde etkilidir. Aleyhine temyiz yoluna başvuru kararda, öldürme kastı bağlamında, sanıkların kendi araçlarının tahrip olmasına ilişkin olası düşüncelerinin yarışmanın yarattığı adrenalin sarhoşluğunda ve kendinden geçme halinde ortadan kalktığı ifade edilmiştir. Ancak bununla birlikte sanık-

ların, kazaya karışan diğer araçlarla kendi araçlarının oraya buraya savrulan enkaz parçalarıyla insanların ölümüne neden olabileceklerini göze aldıklarının kabul edilmesi şeklinde bir sonuca varılamaz.

33. İcabında, nitelikli öldürme suçunda bir nitelikli hal olan sin-sice öldürme unsurunun da tartışılması gerekmektedir. Ancak bu unsur kapsamındaki faydalanma bilinci hususu da etraflıca incelenmelidir (Karşl. BGH, Urteile vom 15. November 2017 – 5 StR 338/17, NStZ 2018, 97, 98; vom 29. Januar 2015 – 4 StR 433/14, NStZ 2015, 392, 393; vom 11. November 1986 – 1 StR 367/86, BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 1; vom 30. Januar 1990 – 1 StR 688/89, BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 11; und vom 25. Oktober 1984 – 4 StR 615/84, NStZ 1985, 216).

34. Kurul- eyalet mahkemesi ceza dairesinin görüşünün aksine-tüm yarış olayının, sürece dayalı bir fiili olay olarak kabul edildiğine dikkat çekmektedir.

35. Yeni ilk derece hâkimi, sanıkların trafik kuralları ile alakalı işledikleri kabahatlerinden dolayı yanlı olma bakımından, icabında olası bir (puan) kayıt süresi aşımı ve bununla bağlantılı olarak, her bir sicil kaydının kullanılıp kullanılmayacağı hususlarını ayrıntılı olarak inceleme imkâna sahip olacaktır. Bu bağlamda hükümde, temyiz yoluyla denetimin mümkün olacağı şekilde, bu kullanılabilirlik halinin maddi koşullarının tespit edilmesi gerekir (Karşl. BGH, Beschluss vom 19. August 1993 – 4 StR 627/92, NJW 1993, 3081, 3084; MüKo-StVR/Koehl, § 29 StVG Rn. 5).

36. Alman Ceza Kanunu m. 69a'ya göre olası bir araç kullanma yasağı süresi takdir edilirken, hürriyeti bağlayıcı ceza sonucundaki ceza infazı süresi ve etkileri de dikkate alınmalıdır (Karşl. BGH, Beschluss vom 8. Juli 1997 – 4 StR 271/97, NStZ-RR 1997, 331, 332).

**Sost-Scheible
Bender**

**Roggenbuck
Feilcke**

Cierniak

Hakem Değerlendirmesi	: Çift hakem.
Finansal Destek	: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.
ıkar atışması	: Yazarlar ıkar atışması bildirmemiştir.
Telif Beyanı	: Yazarlar, orijinal eserin telif korumasına sahip olmadığını belirtmiştir.
Peer Review	: Double peer-reviewed.
Financial Support	: The authors declared that this study has received no financial support.
Conflict of Interest	: The authors have no conflict of interest to declare.
Copyright Notice	: The authors stated that the original work is not under copyright protection.
Contribution Rate	: Equal.