

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Journal of The
Faculty of Law of
Gazi University**

**Haziran - Aralık 2007:Cilt XI, Sayı 1-2 ISSN-1302-0013
June - December 2007 Vol:XI, No: 1-2**

**Yrd. Doç. Dr. İbrahim
ONGÜN'e
Armağan**

2009

GAZİ ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ

Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi



Journal of The
Faculty of Law of
Gazi University

Haziran-Aralık 2007 Cilt:XI, Sayı 1-2 ISSN-1302-0013

June-December 2007 Vol. XI, No. 1-2

**Yrd. Doç. Dr. İbrahim
ONGÜN'e
Armağan**

2009



Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN
(1954 -2006)

BOŞ

İÇİNDEKİLER

Önsöz Yerine İbrahim ONGÜN	
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	XI
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN'ün Özgeçmişi.....	XIII
Sevgili Kardeşim İbrahim ONGÜN'ü Hatırlarken	
Prof. Dr Rıza AYHAN	XV
Bir İbrahim ONGÜN vardı ve Benim Arkadaşımdı	
Prof. Dr. Kudret GÜVEN	XIX

ÖZEL HUKUK

Devletçe Kamu Görevlileri Sendikalarına Üye Olanlara Toplu Görüşme Primi Ödenmesinin Hukuka Uygunluğu	
Prof. Dr. Kadir ARICI	1-24
Anonim Ortaklıklarda Mülkiyet Ve Denetimin Birbirinden Ayrılması Ve Kurumsal Yönetim Problematiği	
Dr. Necat AZARKAN	25-44
İcra Ve İflâs Hukukunda “Fesat Karıştırma” Ve “Malın Esaslı Niteliklerinde Hata”Ya Dayanan İhalenin Feshi Nedenleri	
Alper BULUR	45-70
Kooperatif Ortaklığından Çıkma Ve Çıkan Kişinin Hakları	
Yrd. Doç. Dr. Mustafa Erdem CAN	71-96
556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de 28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme	
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	97-112
Kişilik Hakkı İhlâlinin Ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)	
Dr. Huriye Reyhan Demircioğlu	113-146
5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti	
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	147-164

Vakıf Senesinde değişikliğe Gidilmesi (TMK m. 107, 112 ve 113'ün Kapsamı ve Birbirleriyle İlişkisi) Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER	165-208
Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt Ve İmkânsızlık Dr. A. Dilşad KESKİN	209-232
Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA	233-258
Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri Ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	259-278
Anonim Ortaklıkta İskat Kararının Sonuçları Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK	279-296
Sigorta Sözleşmesini Kurmaya Yönelik İcap Beyanının Kabulü Veya Reddi Yönünde İrade Beyanı Açıklanmadan Önce Sigortacının, İcaba Bağlılık Süresi İçerisinde Gerçekleşen Riziko'dan Dolayı Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu Söz Konusu Olabilir mi? Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK	297-320
Haziran 2005 Tarihli Yetki Antlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi Doç. Dr. Bilge TANRIBİLİR	321-354
İnsan Genom Projesi ve Hukuk Dünyasına Etkileri Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	355-366
KAMU HUKUKU	
Emre Aykırılık Kabahati Dr. Abdullah Recai AKALAN	369-388
İsveç Çevre ve İmar Hukuku Dr. Müslüm AKINCI	389-414
Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri Arş. Gör. Ali İbrahim AKKUTAY	415-448
Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesinden Doğan Sorumluluk Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	449-470

Osmanlı Miras Hukukunda Kadının Statüsü Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ	471-502
İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	503-528
İsviçre'nin Tarafsızlık Statüsü Işığında AB Üyeliğine Bakış Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA	529-550
Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu Yrd. Doç. Dr. M. Savaş BAYINDIR	551-590
Sahne Sanatları ve Engellilik Yrd. Doç. Dr. Münci ÇAKMAK	591-598
Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi Dr. Sedat ÇAL	599-656
Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi Yrd. Doç. Dr. İbrahim DÜLGER	657-678
Bir Danıştay Kararı Üzerine Kamu Hizmetinde Bedel Sorunu Arş. Gör. Çınar Can EVREN	679-692
Uluslararası Adalet Divanı İle Güvenlik Konseyi Arasında Yetki Çatışması Doç. Dr. Mahmut GÖÇER	693-710
Çağdaş Siyasal Rejimlerde Etkin Yürütme Olgusu Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL / Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ	711-752
Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri Arş. Gör. F. Ebru GÜNDÜZ	753-776
Tarihi, Siyasi ve Hukuki Yönleriyle Kosova'ya Yapılan NATO Müdahalesi Arş. Gör. Berat Lale HACIOĞLU	777-814
Kamu Hizmeti İlkeleri Işığında Özel Radyo-Televizyon Yayıncılığının Değerlendirilmesi Arş. Gör. Begüm İSBİR	815-836

Türk Hukukunda Kırsal Alanlarla İlgili Yapı ve Faaliyet Yasakları Prof. Dr. Halil KALABALIK	837-886
İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: “Fiil Yol” Yrd. Doç. Dr. Gürsel KAPLAN	887-918
Amerika Birleşik Devletleri’nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi Danıştay Tetkik Hakimi Müjgan KARYAĞDI	919-964
The Public Service Ethos And Reasons For The Need To Introduce And Strengthen The Ethical Frameworks Doç. Dr. Cemil KAYA	965-980
Türk ve Alman Sayıştayları Yrd. Doç. Dr. Bülent KENT	981-1006
Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihi Açısından Yaptırım Türü Olarak Teşhir Arş. Gör. Ahmet KILINÇ	1007-1032
Türkiye’nin Dil Politikaları ve TRT 6 Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU	1033-1048
Uluslararası Hukukta Terörizm Arş. Gör. Murat SARAÇLI	1049-1078
İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci Prof. Dr. Murat SEZGİNER	1079-1094
Telekominikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN	1095-1112
Hazırlık Hareketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresinde Failin İçinde Bulunduğu Bazı Psişik Durumların Kast Teşkil Edip Etmediği Sorunu Dr. Önder TOZMAN	1113-1132
Doğu Bloku’nun Yıkılması Sonrasında (Post-Komünist) Devletlerde Anayasa Yapım Yöntemleri Prof. Dr. Hasan TUNÇ	1133-1164

Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPP) Kavram ve Hukuksal Çerçeve Yrd. Doç. Dr. Abdullah UZ	116-1182
Yeni türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetindn Yoksun Kılma Suçu Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	1183-1210
İdari Yargı ve Yargıcı: Hangi Gelecek? Doç. Dr. Hasan Nuri YAŞAR	1211-1218
Çeşitli Parlemlenter Hükümet Sistemi Uygulamalarında ve Türkiye’de Başbakanın Göreve Gelmesi Dr. Bülent YAVUZ	1219-1244
“Yetki Genişliğı” İlkesi Üzerine Bir İnceleme Arş. Gör. Dilşat YILMAZ	1245-1254
Osmanlı Klasik Döneminde İdeoloji, Din ve Siyasi Meşruiyet Üzerine Kısa Bir Değerlendirme Dr. Yılmaz YURTSEVEN	1255-1284

BOŞ

ÖNSÖZ YERİNE İBRAHİM ONGÜN

Yazılı eserler bir önsöz ile başlar, adettendir. Önsözlerle bazen adet yerine getirilir, bazen de eserin meydana getirilme sebepleri, amaçları, nasıl yapıldığı, geçmişten hale, halden geleceğe bakışa işaret edilerek eserin anlamı ortaya konmaya çalışılır. Özellikle bir fakülte dergisinin anlamı muhtevasında yer alır. Elinizdeki derginin anlamı muhtevası ile birlikte bir de ruha sahip olmasıdır. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı hep aramızda hissettiğimiz Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN'e adanarak dergimiz ruhuyla tamamlanmıştır.

İbrahim¹ ile aynı dönemlerde Ankara Hukuk Fakültesinde okumamıza rağmen o zamanın genel şartları ve benim özel şartlarım dolayısıyla öğrencilik esnasında tanışamadık. Eğer tanışmış olsaydık benim de öğrencilik hatıram çok zengin olacaktı. İlk defa birlikte girdiğimiz asistanlık imtihanı çıkışında samimi bir tavırla koluma girerek haydi gidelim dedi. Acıklı olanı şu ki durmasını bilemedi ve gitti işte. O gün Beşevler' den Kızılay'a kadar yürüdük; ben ona, ilk defa tanıştığım İbrahim'e bütün geçmişimi, bir çırpıda anlattım; o da bana geleceğe ilişkin tasavvurlarını anlattı. Anlattıklarının içinde erken yaşta ölmek yoktu. Sonra ailecek tanıştık, birlikte tatile gittik. Tatil heyecanı ile "Akdeniz akdeniz sulayı beyyak deniz" diye çılgık atan oğlu Şakir şimdi doktor oldu, keşke İbrahim'de görseydi.

İbrahim'le bir hafta kadar dargın da kaldık. Freni bozuk kamyonun duvara çarpması gibi ben çarptım, ama freni o bozmuştu. O bir haftanın tahammülü her ikimiz için de bunaltı vericiydi. Durumu Rıza beye anlattım, üçümüz bir araya geldik ve sanki hiçbir şey olmamış gibi devam ettik.

Bir bilim dergisine bunlar yazılır mı diye sorulabilir. Yazılır, İbrahim için yazılır...

Değerli dostum İbrahim ONGÜN'ün anısına çıkarılan dergimizin bu sayısına eserleri ve anı yazılarıyla katkıda bulunan yazarlara, makaleleri değerlendiren hakemlere ve armağanın çıkarılması için yoğun emek harcayan başta yayın kurulu olmak üzere, idare hukuku kürsüsünün Arş. Görevlileri F.Ebru GÜNDÜZ ve Dilşat YILMAZ'a ; tashihleri için yardımlarını esirgemeyen Fakültemiz araştırma görevlilerine teşekkür ederim.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
DEKAN

¹ Aramızdaki hukuk "İbram" hitabına uyduğundan bu uslubu seçtim, okuyucuların beni anlayacağını umarım.

BOŞ

YRD. DOÇ. DR. İBRAHİM ONGÜN'ÜN ÖZGEÇMİŞİ

17.05.1954 senesinde Burdur Yeşilova'da doğan Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN, 1976 senesinde, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. ONGÜN, 1979 senesinde (1982 senesinde Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi adını alan) Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Kamu Yönetimi Bölümü'nde araştırma görevlisi olarak göreve başlamıştır. 1980 senesinde "Belediye Meclisinin Teşkilî ve Görevleri" konulu yüksek lisans çalışmasını A.İ.T.İ.A İdari Bilimler Enstitüsü'nde tamamlayan ONGÜN, "Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Hukuki Rejimi" konulu çalışmasıyla 1987 senesinde Doktor unvanını almıştır. 1988 senesinde Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümüne Yrd. Doç. olarak atanan ONGÜN, daha sonra Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalında görevlendirilmiştir.

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN, akademik hayatı süresince G.Ü. İİBF Fakülte Kurulu Üyeliği, G.Ü. Hukuk Fakültesi Fakülte Kurulu Üyeliği, G.Ü. Hukuk Fakültesi Yönetim Kurulu Üyeliği, G.Ü. İİBF Maliye Meslek Yüksek Okulu Yönetim Kurulu Üyeliği, G.Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı başkanlığı, Yüksekokul Müdürlüğü Rektör Danışmanlığı görevlerinde bulunmuştur. Evli ve iki çocuk babası olan Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN, 29.03. 2006 tarihinde aramızdan ayrılmıştır.

BOŞ

SEVGİLİ KARDEŞİM İBRAHİM ONGÜN'Ü HATIRLARKEN

Prof. Dr. Rıza AYHAN*

İnsanların hayatını etkileyen, o andan itibaren de kişinin kaderini oluşturan önemli anlar, önemli zaman dilimleri vardır. Benim için bu zaman dilimlerinin en önemlilerinden biri, hiç şüphesiz Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine öğrenci olarak başladığım dönemdir.

O vakitlerde üniversiteye girebilmek için merkezi sistemle, test usulü bir sınav yapılıyor; sınav neticesine göre, sınava giren öğrencilere bir puan geliyordu. Bugün olduğu gibi çok sayıda dersane yoktu; varsa da bizlerin haberi yoktu. Sınava nasıl hazırlanacağımız tam olarak bilmeden, mahdut sayıda test kitaplarından istifade ederek sınava hazırlanmaya gayret sarf ettik. Çok sıkıntılı günlerdi. Bizler sınavı atlattığımızda rahatlayacağımızı zannetmiştik ki, asıl büyük sıkıntıyla karşılaştık: Hangi üniversitenin hangi fakültesine kayıt yaptıracaktık?

Ön kayıt denilen bir sistem vardı. Üniversiteler, kayıt yaptıracak öğrenciler için bir taban puan öngörerek ön kayıt açarlar; öncelikli tercihlerimize göre buralara ön kayıt yaptırır, fakültelerin asıl kayıt listesine girip giremediğimizi her gün ve hatta zaman zaman saate bağlı olarak takip ederdik. Bu hengâme içinde ben Ankara Hukuk Fakültesine kaydımı yaptırdım.

Fakülteye kaydımı yaptırmama rağmen, yine de diğer listeleri yakından takip ediyordum. Bu süreç içinde fakültede derslere başlanacağını öğrendim. Hukuk fakültesinin açılışı münasebetiyle ve benim o günkü değerlendirmemle muhteşem bir açılış yapıldı. O vakte kadar alışık olmadığım bir seremoni yaşanıyordu. Öğretim üyeleri akademik kıyafetleriyle bir başka görünüyorlardı. Açılış dersini veren hocamız, akademik kıyafetinin içinde, benim anlayamadığım bir üslupla bazı kavramlardan bahsediyordu; şaşırmıştım

Yalnızdım; etrafa göz attım. Herhalde üst sınıf öğrencileri idi ki, birbirleriyle konuşuyor, şakalaşıyorlardı. Bu öğrencilerden bir grup ise benim gibi, şaşkınlık ve hayranlıkla ürkek ürkek etrafına bakıyordu. Bunlar Anadolu'nun çeşitli yörelerinden gelmiş, belki de ilk defa büyük şehirle tanışmış yeni kayıt yaptıran öğrencilerdi. Korku dolu gözlerle etrafına bakanın sadece ben olmadığımı sevinmiştim.

* Gazi Üniversitesi Rektörü

İşte bu ortamda tanışmıştım sevgili kardeşim İbrahim ONGÜN'le. Burdur'lu İbrahim. O zamanlar hayatta olan babası rahmetli komiser Şakir amcanın görevi münasebetiyle, Türkiye'nin dört bir yerinde ilk ve orta eğitimini tamamlamış; aynı sıkıntılarla, kaderin bir tecellisi olarak Hukuk Fakültesine, hem de benim gibi I-B sınıfına öğrenci olmuş. Ben Fakülte değiştirecektim, değiştirmedim; çok da iyi oldu. Bunun en önemli sebeplerinden biri de belki; İbrahim'le tanışmamız arkadaş olmamızdı.

Sınıf arkadaşım, sıra arkadaşım; kardeş olduk. Fakültede ilk fotoğraflarımı onunla birlikte çekti miştik. Fakültenin açıldığı günlerde yemekhanemiz faaliyette olmadığı için, fakültemizin karşısındaki öğrenci lokantasında birlikte yemek yedik; iki porsiyon kuru fasulye bir porsiyon pilav alır; pilavı paylaşır, şükrederdik. Müşkölpesent değildi, yemek seçmezdi; her yemeği büyük bir iştahla yer, yemeği de olsa arkadaşlarıyla paylaşmayı severdi. Ben onun tabağındaki son lokmayı almayı, o da benim tabağımdaki son kırıntıları toplamayı severdi. Bu bizim her zaman tekrar ettiğimiz, ama her defasında da katıla katıla güldüğümüz, zevk aldığımız bir eğlenceydi.

Pırıl pırıl bir zekâya sahipti. Herkesin kavrayamadığı en karışık meseleleri, konuları herkesten önce kavrar, kafasında hemen çözerdi. Nüktedandı; onunla konuşurken kavramlara dikkat etmeyen arkadaşların çok güç durumlarda kaldıklarını bilirim. Fakat kimse İbrahim'e darılmazdı. Onun nüktelerinde bir başka derinlik, bir başka öğreticilik vardı. Her zeki insanda olduğu gibi, zekâsına çok güvenir; kabiliyetin mütenasip olarak çalışmazdı. Hukuk Fakültesi öğrencilerine has bir tarzda ders çalıştığını; saatler boyu bir ders kitabı okuduğunu pek görmedim. ders çalışmaktan pek hazzetmezdi, fakat bir kitap kurduydum. Her hafta çeşitli kitaplar alırdı, kitapları aramızda değiştirirdik, ama onun hızına yetişmemiz mümkün olmazdı.

Hafızası çok güçlü olduğu için girdiği derslerde , hocaların anlattıklarından öğrenir; müesseseleri kavrar. En keyif aldığı hususlardan birisi de, kitapları en az üç-beş kez okumuş, tekrar etmiş arkadaşlarımızı çeşitli sorularla sıkıştırıp, onların konuyu anlatmasını sağlamaktı. Konuyu İbrahim'e anlatan arkadaşlarımızdan daha yüksek puan aldığına çok kere şahit oldum.

O sene, güzel insanlardan oluşan bir arkadaş grubumuz oldu. Gençlik yıllarında insanın dertleri çok mu oluyor? Bilemiyorum. Ama bildiğim bir şey var ki o da sıkıntısı olan herkes İbrahim'in yanına gelir, dertleşirdi. Onları büyük bir olgunlukla dinler, tavsiyelerde bulunur, moral verirdi; herkesin sırdaşıydı. Herkesin sıkıntılarını bilir, kimsenin sırrını açıklamazdı.

Fakülte sonrası birçok arkadaşımızla yollarımız ayrıldı; fakat biz beraberdik. Ben, o zamanki ismi Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisine Ticaret Hukuku kürsüsüne asistan olmuştum; o da zaten yüksek lisans yapıyordu, açılan sınavı kazanarak, İdare Hukuku kürsüsüne asistan oldu. Odalarımız karşı karşıyaydı; günün her saatinde beraberdik. Bu kadar beraberlikte ne konuşurduk, ne yapardık? Bilmiyorum; ama hiç sıkılmazdım. Ben anlatmayı, o da dinlemeyi severdi.

Hiç ayrılmadık. Tek ayrılığımız, benim yurtdışında olduğum yıllardı. Her hafta muntazam bir şekilde, o güzel, gerçekten inci gibi güzel yazısıyla sayfalarca mektup yazardı ve tam İbrahim'e uygun bir tarzda, sanki gerekliymiş gibi iadeli-taahhütlü postayla gönderirdi. Türkiye'den, arkadaşlardan haber verirdi. Ailemle ilgilenir; onların sıkıntılarını gidermeye çalışır, hiç yalnız bırakmazdı. Babası Şakir amca beni, rahmetli babam da İbrahim'i çok severdi.

Şakir amca emekli olduktan sonra Burdur'a, memleketine yerleşti. O günlerdeki en büyük esprimizi hatırlıyorum: hani ev taşınırken mutlaka bir şeyler unutulur ya, biz de, “Şakir amca taşınırken İbrahim'i unutmuş” derdik.

Sonra bir yıl arayla evlendik. Bilhassa ilk çocuklarımızı birlikte büyüttük. Büyük oğlu Şakir'in doğumundan yaklaşık on gün sonra askere birlikte gittik. Aynı bölük, aynı takım, aynı mangadaydık. Askerlik hali, evi çocukları özlüyorduk. Mübalağa değil, her gün en az bir mektup yazardı, sevgili eşi Şengül hanımefendiye. Beni de teşvik ve hatta tehdit ederdi; “Yeterli vaktimiz var. Sen neden yazmıyorsun?” diye. Askerlik günleri ayrı bir güzeldi. Her şeyden keyif alırdık. Hele İbrahim'in oğlu Şakir'in doğumundan on gün sonra çekilmiş fotoğraflarına saatlerce, dalgın dalgın bakması, bizim onu o halde yakalamamız, bizim için ayrı bir eğlenceydi, gülerdik.

Askerlikten döndüğümüzde apayrı bir İbrahim vardı. Eski güzelliklerine yenisini ilave etmiş; herkesin gıpta ile baktığı bir aile babası olmuştu. Eşine, çocuklarına çok düşküdü. Onları hiç ihmal etmez, etraflarında pervane olurdu.emekleri boşa çıkmadı; hem büyük oğlu Şakir hem de küçük oğlu Şahin, babalarını hiç mahcup etmediler. Allah onlara uzun ömür versin; bundan sonra da babalarının gurur duyacağı şekilde yaşasınlar.

Peş peşe doktoralarımızı verdik; artık biz de hoca olmuştuk. Bilimsel çalışmalarını yaparken çok titizdi. Yazmış olmak için yazmaz; günlerce araştırır, tartışır sonra kaleme alırdı. Yazdıktan sonra bekletir, tekrar tekrar değerlendirirdi. Bu özelliği İbrahim'e çok şey kazandırmıştı; tam fikirlerinden, yazdıklarından istifade edileceği dönemde, genç yaşta Hakk'a yürüdü.

İyi insandı, olgundu; herkesin dostuydu. Kimseyi üzmeyen bir karaktere

Prof. Dr. Rıza AYHAN

sahipti. Sınıf arkadaşım, sıra arkadaşım. Mesai arkadaşı, asker arkadaşı olduk. Dostumdu, kardeşimdi. Kaderde onun arkasından hatırasına yazı yazmak varmış. Onu çok özlüyorum. Allah herkese İbrahim gibi dost, arkadaş nasip etsin. Nur içinde yatsın. Mekânı cennet olsun. Seni unutmayacağız sevgili kardeşim İbrahim...

BİR İBRAHİM ONGÜN VARDI VE BENİM ARKADAŞIMDI

Prof.Dr. Kudret GÜVEN

Bir İbrahim Ongün vardı Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde. Ne yazık ki kendisini kaybettik. Çok gençti, ölüm ona hiç mi hiç yakışmadı. Çok sevdiği iki evladı vardı henüz yuvadan uçmamış, sevgili eşi vardı onun ilgisine muhtaç, arkadaşları vardı onun ölümüne çok üzülen ve onu hâlâ unutmayan.

İbrahim renkli bir insandı. Türk insanının tipik özelliklerinin hepsine sahipti; vatanını, milletini sever, gözü pek, korkusuz, inandığı her şey için canını verirdi. Tartışmaktan zevk alır, kolay ikna olmazdı. Zengine yemek ısmarlatır, fakire yedirirdi. Bu yönü ile İbrahim çağdaş bir “Köroğlu” idi desek yerinde olur sanırım.

İbrahim'in en belirgin iki özelliği ise şakacı ve hazırcevaplığı ile sağlam bir dost olmasıydı. Otuz yıllık arkadaşlığımız süresince iyi kötü pek çok anıyı paylaştık. Bunların hepsini anlatmak olanaksız ama şu iki olaya değindiğimde sanırım bu tespitlerimde ne kadar haklı olduğum görülecektir.

Yıl 1998. Prof.Dr. Zehra Odyakmaz dekan, ben ise dekan yardımcısıyım. Bir gün oturup konuşuyoruz, İbrahim de yanımızda. Ölen kimselerin son yolculuklarında çalıştıkları kurumlara getirilip onlar için yapılan törenlerden bahsediyoruz nedense. Zehra Hanım: “Ben hiçbir yere götürülmek istemiyorum” diyerek sitemli bir vasiyette bulunurken, ben tam tersini söylemek gereğini hissetmişim o anda. “Ben” dedim, “Gazi Üniversitesi'nin pek çok fakülte, enstitü hattâ yüksekokulunda hizmet verdim. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi, Maliye Meslek Yüksekokulu, Tapu Kadastro Yüksekokulu, Sosyal Bilimler Enstitüsü” diye saymaya devam ederken İbrahim muzip muzip gülerek, beni bu fikrimden caydıracak en çarpıcı sözü söyledi ve bizi böyle sevimsiz bir konuda daha fazla konuşmaktan alıkoymayı başardı. “Kardeşim bu dediğini yaparız da, ya kokarsan diye düşünmek lazım” dediğinde biz gülmekten kırılıyorduk, kimin diğerinin arkasına kalacağını ve bu son görevi yerine getireceğini düşünmeden.

Yıl 2005. Otuzbir yıl hizmet verdiğim Üniversitem ve çok sevdiğim fakültemden emekli olup ayrıldığım ve Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde çalışmaya başladığım günlerdi. Buruk bir ayrılıştı benimkisi. Verdiğim kararımın isabetli olup olmadığından henüz emin değildim. Bir gün telefon çaldı, hastalandığı için evinde

dinlenen İbrahim telefonda idi. “Üzıldüm gittiğine” “bir sıkıntın olursa düşünmeden dön gel, senin yuvan burası” derken beni ne kadar yüreklendirdiğinin ve bir tek ondan duyduğum için bu sözü ile ne kadar duygulandırdığının farkında değildi. Çok şükür onun aklına gelen başıma gelmedi ama onun bu sözünü hiç unutmadım, kulağıma küpe oldu.

İbrahim ikramsever bir insandı, yemeyi sevdiği kadar yedirmeyi de severdi. Odasındaki kuruyemişleri, bisküvi arası lokum koyarak hazırladığı kanepeleri hep bizim gibi dostlarıyla paylaşırdı. Bunu yaparken belki de zaman zaman buğulu gözlerle anlattığı zor gençlik yılları ile hesaplaşmak istiyordu. En fazla da evlenirken düğün salonunda çektiği sıkıntıları unutmak istercesine o günleri yâdederken.

Geçenlerde bir gazete haberini okuyunca içimi bir ferahlık kapladı. Denizanası türlerinden birisinin ölümsüzlüğünü keşfeden bilim adamlarının bu konudaki incelemelerini derinleştirdikleri yazıyordu. Görüşlerine saygı duyduğum Prof. Dr. Yaşar Nuri Öztürk’e “ölümsüzlük konusunda ne düşündüğünü” soruyorlar. Yaptığı açıklama ilginç ve anlamlı; “ölüm dediğimiz şey aslında ebedi bir dünyaya geçişten ibarettir. Beden yok olsa da ruh yer değiştiriyor, ruh ölmüyor. Dolayısıyla insanoğlunun da ölümsüzlüğünden neden bahsedilmesin.” Bu görüşten hareketle sevdiklerimizle bir gün tekrar bir araya gelebilmek ümit ve dileğiyle Sevgili İbrahim’e sesleniyorum; bekle İbrahim, er veya geç bir gün tekrar görüşeceğiz, kaldığımız yerden dostluğumuza devam edeceğiz. Nur içinde yat kardeşim.

**ÖZEL
HUKUK**

BOŞ

DEVLETÇE KAMU GÖREVLİLERİ SENDİKALARINA ÜYE OLANLARA TOPLU GÖRÜŞME PRİMİ ÖDENMESİNİN HUKUKA UYGUNLUĞU

Prof. Dr. Kadir Arıcı*

ÖZET

2005 yılında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti adına kamu işveren kurulu ile kamu görevlileri sendikaları arasında uzlaşmaya varılmıştı. Varılan mutabakat ile kamu görevlileri sendikalarına üye olanlara üyelik aidatlarına destek olmak üzere her ay net 5 YTL katkı yapılması kabul edilmişti. Siyasi iktidar bu taahhüdünü gerçekleştirmek üzere TBMM'ye bir tasarı sundu ve tasarı 5473 sayılı Kanun olarak yasalaştı ve yürürlüğe girdi. Sendika ödentisi olarak isimlendirilen söz konusu ödemenin adı, 2008 yılında toplu görüşme primi olarak değiştirildi. Toplu görüşme priminin miktarı da 5 TL'den 10 TL'ye yükseltildi. Bu makalede, toplu görüşme primi ADI ALTINDA ödenmesine devam edilen toplu görüşme priminin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na, sendika mevzuatına ve Türkiye'nin kanunla kabul ettiği Milletlerarası Çalışma Teşkilatının (MÇT-ILO) 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmelerine uygun olup olmadığı incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler : Sendika hürriyeti, negatif sendika hürriyeti, sendika üye aidatları, kamu görevlileri sendikaları, toplu görüşme primi.

ABSTRACT

After reaching an agreement between the public Employee Unions and Public Employers' Board in August 2005, the Turkish government accepted to give 5 New Turkish Lira financial subvention to whom is a member of the union and pays due. Therefore a new law number 5473 has been enacted in 2006. In 2008, the name of labour union subvension has been changed as " Collective Negotiation Primum " and its amounth has been doubled . In this article new law numbered 5473 has been discussed in order to show that the law is against Turkish Constitution, Turkish trade union laws and the international trade union codes of ILO numbered 87, 98 and 151 which have been accepted by a law in the Turkish Parliament .

Key Words: Right to organize, negative right to organize, trade union members' dues, public employee unions, Collective Negotiation Primum

* Gazi Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Bu çalışmaya kamu görevlileri sendikaları ile kamu işverenler kurulu arasında bir mutabakat çerçevesinde kamu görevlileri sendikalarına üye olan kamu görevlisi ve memurlara yapılan bir ödemenin hukuka uygunluğunu değerlendirmek maksadı ile başladık.

Ağustos 2005 tarihinde 4688 sayılı Kanuna göre Kamu görevlileri ile Kamu İşveren Kurulu arasında düzenlenen toplu görüşme süreci içerisinde; kamu görevlileri sendikalarına üye olan memurlara sendika üye aidatlarına katkı olmak üzere ayda net 5 YTL ödenmesi hususunda mutabakata varılmıştı. Mutabakat metninde yer aldığı şekliyle **“sendika üyesi olan personelin sendika aidatlarından kaynaklanan kayıplarını telafi amacıyla, bu personele aylık 5 YTL ilave ödeme yapılmasını sağlayacak düzenlemeye gidilmesi”** kabul edilmişti.

Hükümet verdiği sözü hayata geçirmek üzere konuyu yasama organına götürmüş ve 21.03.2006 tarih ve **5473** sayılı Kanun ile bu taahhüt hayata geçirilmiştir. 5473 sayılı kanuna göre **“4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu hükümleri uyarınca kamu görevlileri sendikasına üye olup, kendisinden üyelik ödentisi kesilen kamu görevlilerine, anılan kesintinin yapıldığı her ay için 5 YTL tutarında sendika ödeneği verilir. Bu ödeme damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz”** (Ek m.4) .

Buna göre, 2006 yılından itibaren, memur sendikalarına üye olan her memura ayda net 5 YTL ek ödeme yapılmaya başlanmıştır. 2007 yılı toplu görüşme döneminde mesele yine gündeme gelmiş, memur sendikaları bu miktarın 10 YTL’ye çıkarılmasını talep etmişler ancak bu talep kabul görmemiştir. 2008 yılı toplu görüşme sürecinde de yetkili kamu görevlileri sendikaları bu taleplerini yinelemiştir. Memur sendikalarının bu talebi 2008 yılında kabul görmüş ve hükümetle kamu görevlileri arasında imzalanan mutabakat zaptında yer almıştır. Buna göre **“375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek 4. maddesine göre ödenmekte olan 5 YTL sendika ödeneğinin gerekli yasal düzenleme yapılmak suretiyle Toplu Görüşme Primi adıyla 2009 yılı başından itibaren 10 YTL olarak ödenmesi”** hususunda memurlarla hükümet bir uzlaşmaya varmışlardır. **Başlangıçta “sendika desteği” adı ile başlanılan ödemeler 2009 yılından itibaren “Toplu görüşme primi” adı altında sürdürülmektedir.**

Devletçe sendika üyelerine mali destek sağlanmasını öngören eski adıyla **“sendika desteği”** yeni adıyla **“toplu görüşme primi”** ödenmesi uygulamasının hukuka uygunluğu kamuoyunda yeterince tartışılmamıştır. Kamu görevlileri

sendikalarına üye olanlara ödenip, üye olmayanlara ödenmeyen bu mali desteğin hukuka uygunluğu incelenmeye değer bir konudur. Öte yandan, tasarının kanunlaşma süreci içerisinde yasama organında ve kamuoyunda tasarıya karşı yöneltilen birtakım eleştiriler olmuştur. Tartışmalarda ileri sürülen kanuni düzenlemenin ortaya çıkaracağı sıkıntılar ve sakıncalar kısa bir süre içinde ortaya çıkmaya başlamıştır¹. Aradan uzun bir süre geçmesine rağmen hukuka aykırı olduğunu düşündüğümüz bu uygulama sürmektedir. Uygulama, ne sendikal çevrelerde ne de akademik çevrelerde yeterince değerlendirilmiş ve eleştirilmiştir. Acaba kamuoyunun önemsemediği bu mesele değerlendirmeye değmeyecek nitelikte, devletin kamu görevlilerinin sendikalaşmasını teşvik etmek maksadı dışında bir gayesi olmayan, masum bir kamu destek ve teşviki midir? Sendika hürriyetinin evrensel ilkeleri ve Türk hukukunun bu alandaki düzenlemeleri karşısında bu düzenleme ne ölçüde yerindedir? Bu çalışmada konu, esas olarak bu sorular etrafında tartışılacak ve değerlendirilecektir .

I – DEVLET-SENDİKA İLİŞKİSİNİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ VE SENDİKA DESTEĞİ MESELESİ

Devletin kamu görevlileri sendikalarına üye olanlara mali destek sağlamasının hukuka uygunluğu meselesini sağlıklı bir şekilde değerlendirebilmek için, öncelikle bu bağlamda devlet-sendika ilişkilerinin hukuki çerçevesinin kısaca ortaya konulmasında fayda vardır. Devlet-Sendika ilişkilerinde hukuka uygun bir ilişkinin temel sınırları nelerdir? Bu sınırları belirleyen bağlayıcı hukuk normları mevcut mudur?

Türk hukukunda devlet-sendika ilişkilerinin hukuki çerçevesi Anayasa, sendika yasaları ve kanunla onaylanmış milletlerarası sözleşmelerle çizilmiştir.

1-Anayasal Çerçeve:

Anayasa sendikal hakları, ekonomik ve sosyal haklar arasında saymış ve ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir (Any.m. 51-53-54). Anayasada devlet-sendika arasındaki ilişkilere dair açık ve ayrıntılı hükümler mevcut değildir. Ancak devletin nitelikleri, ödevleri ve sendika hakkına dair hükümlerden bu konuda bir takım sonuçlar çıkarmak mümkündür.

Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen Anayasanın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin **“insan haklarına saygılı”** bir devlet olma niteliğine vurgu

¹ Gazete haberlerinde KESK dahil bazı sendikaların buna karşı çıktıkları ve devlet kesesinden sendikacılık dönemine girileceği ve sendikalara karşı güvensizlik duygusunun artmasına yol açacağı ileri sürülmektedir. Radikal 3.8.2007.

yapmıştır². Anayasanın başlangıç bölümünde ise “Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı” hükmü yer almaktadır.

Hürriyetçi demokratik sistemi benimsemiş ülkelerde hür sendikacılık anlayışının hakim olduğu bilinmektedir. Anayasamız sendika hakkını hür sendikacılık anlayışına uygun bir şekilde ve geniş bir biçimde düzenlemiştir. Anayasanın 51/1 maddesinde de **“Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz”** hükmü yer almaktadır. Bu hükmün ters anlamından devlet de dahil hiç kimse çalışanları bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlayamaz sonucu çıkar³.

Anayasamız sendika hak ve hürriyetini, bu hakkın milletlerarası normlarında yer alan muhtevasına uygun bir muhtevada tanımıştır⁴. Sendika hürriyeti, kişi sendika ilişkileri bakımından serbestiyi; sendika bakımından ise sendikaların bütün özel ya da tüzel kişiler karşısında bağımsızlığını -öncelikle ve özellikle de işveren ve devlet karşısındaki bağımsızlığını- öngörür⁵.

Memur-sendika ilişkileri bakımından önemli bir başka Anayasa hükmü ise Anayasanın 90. maddesi hükmüdür. Anayasanın 90. maddesi hükmü, özellikle bu maddede yapılan son değişiklikle daha da önemli hale gelmiştir. Anayasanın 90. maddesine 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun ile **“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”** hükmü eklenmiştir. Bu düzenleme ile milli mevzuat içinde insan haklarına dair kanunla onaylanmış milletlerarası sözleşmelere hiyerarşik bakımdan daha üst bir yer verilmiştir. Mevcut hali ile devlet

² Geniş bilgi için bkz. KAPOĞLU, İbrahim Ö.; Özgürlükler Hukuku –İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Afa, 4. Bası İstanbul 1998, s. 38 v.d.; GÖZLER, Kemal; Anayasa Hukukuna Giriş, 10. Bası, Ekin Kitapevi Bursa 2007, ss. 218, ÖZBUDUN, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, Yetkin, Ankara 2008, s. 10e9 v.d.

³ SUR, Melda; İş Hukuku Toplu İlişkiler, 2. Bası Turhan, Ankara 2008, s. 44.

⁴ Sendika hürriyeti ve muhtevası için Bkz. AKTAYA, Nizamettin-ARICI, Kadir-KAPLAN/SENYEN, E. Tuncay; İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, 2. Baskı, s. 287 v.d.

⁵ Sendikaların bağımsızlığı için Bkz. ARICI, Kadir; Sendikaların Bağımsızlığı İlkesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1985, TAŞKENT, Savaş; Türkiye’de Sendikal Örgütlenmenin Uluslararası Dayanakları Uygulaması ve Sorunları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1999, s. 90.

Toplu Görüşme Primi Ödenmesinin Hukuka Uygunluğu

sendika ilişkileri bakımından Anayasanın 90. maddesi hükmünden dolayı kanunla onaylanmış milletlerarası sözleşmeler daha önemli hale gelmiştir. Sendika devlet ilişkileri bakımından kanunla onaylanmış bulunan MÇT'nin 87 sayılı sözleşmesi sendikaların siyasi iktidarlar karşısında bağımsızlığını koruyan muhtevası ile konumuz açısından göz ardı edilmemesi gereken bir sözleşmedir. Aşağıda açıklanacağı gibi dış görünüşü itibarı ile sendika üyeliğini teşvik eden, özünde ise kamu görevlileri sendikalarına devletin maddi destek sağlaması olan sendika desteği uygulamasının, bu sözleşme ile bağdaşmadığını düşünüyoruz.

2-Kanuni Çerçeve

Devlet sendika ilişkileri konusunda sendika kanunlarında mevcut düzenlemeler nelerdir ve bu düzenlemeler karşısında sendika desteği uygulamasının kanuna uygunluğundan söz edilebilir mi ? Hemen ifade edelim ki sendika kanunları hür sendika ilkelerine göre düzenlenmiştir. Kanunlarda sendikaların bağımsızlığını koruyucu ve sendikaların işleyişine dıştan başka şahısların müdahale etmemesini sağlayıcı hükümlere yer verilmiştir.

Devletin sendikalara müdahalesini önleyici hükümler hem 2821 sayılı Sendikalar Kanunu (S.K.) hem de 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununda (KGSK) yer almaktadır. Ancak S.K.da, devlet - sendika ilişkileri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş değildir. Kanunda devlet sendika ilişkileri ile ilgili tek hüküm S.K. m. 40 da yer almaktadır. Buna göre “ **Genel ve katma bütçeli idarelerle mahalli idareler ve bunlara bağlı sabit ve döner sermayeli kurumlar, sermayesinin tamamı Devlet tarafından verilmek suretiyle kurulan iktisadi kuruluş ve kurumlarla sermayelerinde Devletin iştiraki bulunan bankalar, sigorta şirketleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları dahil olmak üzere özel kanunlarla kurulan bankalar ve kuruluşlar bu fıkra da sözü geçen idare, kuruluş ve bankalar tarafından ödenmiş sermayesinin en az yarısına katılmak suretiyle kuruluşlarla bunların aynı oranda katılması ile kurulan kurumlar ... sendika ve konfederasyonlara mali yardım ve bağışta bulunamazlar**”(S.K. m.40/2). Kanunun bu hükmü ile en geniş anlamda kamu kurum ve kuruluşlarının sendikalara mali yardım ya da bağış yapmaları yasaklanmaktadır.

KGSK'da da devlet sendika ilişkilerini sınırlayan düzenlemelere yer verilmiştir. 4688 sayılı KGSK'nın “Yasaklar” başlıklı **m.20/2**'de bu hususta “**sendika ve konfederasyonlar kamu makamlarından maddi yardım kabul edemezler, Siyasi partilerden maddi yardım alamaz ve onlara maddi yardımda bulunamazlar**” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, sendikaların kamudan doğrudan yardım almasını yasaklayan bir düzenleme içermektedir. Özünde de hür sendikacılığın temel

ilkelerinden birisi olan sendika bağımsızlığı ilkesini koruma amacı yer alır .Bu hükmün dolaylı yollardan yapılan kamu yardımlarını da engellediği açıktır. En azından kanuna karşı hileyi düzenleyen Medeni Kanun hükümlerinden bu sonuca ulaşmak mümkündür.

Bu noktada tartışılmaya değer soru şudur: Sendika desteği uygulaması ile kamu kurumları **sendikalara değil sendikalara üye olmuş kimselere bu yardımı yapmak suretiyle kanuni sınırlamayı aşmış olmuyorlar mı?** Devletin sendikalar üzerinde tahakküm kurmasını önlemeye ve sendika bağımsızlığını korumaya yönelik maddi yardım yapma yasaklamasına ilişkin hükümler dolaylı bir biçimde bu kanuni düzenleme ile aşılmış olmakta değil midir⁶?

3-Kanunla Onaylanmış Milletlerarası Sözleşmeler :

Sendika desteği bağlamında Devlet-sendika ilişkilerinin hukuki çerçevesinin belirleyen önemli bir başka kaynak da kanunla onaylanmış milletlerarası sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler Anayasa m.90 da yapılan değişiklikle daha üstün bir hukuk kaynağı haline gelmiştir. Sendika hakkına dair üç önemli sözleşme mevcuttur. Kanunla onaylanmış bu sözleşmeler 87,151 ve 98 sayılı MÇT (ILO) sözleşmeleridir⁷ .

1948 tarih ve 87 sayılı Sendika Hürriyeti ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına Dair Milletlerarası Çalışma Sözleşmesi⁸, sendikal örgütlenme hakkı ile ilgili temel sözleşmedir. Bu sözleşmede sendika –devlet ilişkileri konusunda (i) Devlet örgütlenme hak ve hürriyetinin serbestçe kullanılmasını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün tedbirleri almakla yükümlü kılınmakta (m.11), (ii) Kanuni düzenlemelerde sözleşme ile öngörülen teminatlara zarar verecek nitelikte hükümlere yer verilmemesi; kanun uygulamasının da bu anlamda sürdürülmesi gerektiği ifade edilmekte, (iii) Devletin bu hak ve hürriyetlere müdahale etmemesi ve bu hakların serbestçe kullanılmasını temin etmek için çaba göstermesi öngörülmektedir.

Kanunla onaylanmış bir ikinci sözleşme 1951 tarih ve 98 sayılı “Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Dair 98 sayılı Milletlerarası Çalışma Sözleşmesi”dir⁹. Bu sözleşmenin konumuz bakımından önem taşıyan tek

⁶ ŞAHLANAN ,Fevzi ;Sendika Hukuku ,İstanbul 1995, s. 4-5 .

⁷ Geniş bilgi için bkz. KAYA,Pir Ali ; Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri, TÜHİS , Ankara 1999.

⁸ Bu sözleşme 25.11.1992 tarih ve 3847 sayılı Kanunla onaylanmıştır (RG 11.12.1992 tarih ve 21432 mükerrer sayı) .

⁹ Bu sözleşme 8.8.1951 tarih ve 5834 sayılı Kanunla onaylanmıştır (RG.14.8.1951 tarih ve 7884 sayı)

hükmüne “devletin işçilerin sendika hürriyetlerine zarar verecek her türlü harekete karşı korunmaları hususunda tedbir almasını öngören” 6. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, devlet sendikalara ve sendikacılığa vereceği destek ve teşviklerde de işçilerin ve sendikaların sendika hürriyetine zarar verecek her türlü hareketten kaçınmakla yükümlüdür.

İnceleme konumuz bakımından daha da önemli bir başka sözleşme ise 1978 tarih ve 151 sayılı Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Şartlarının Belirlenmesi Usulleri Hakkında Milletlerarası Çalışma Sözleşmesi'dir¹⁰. Bu sözleşme ile Devlete örgütlenme hakkının korunması (m.4.,5), kamu görevlileri örgütlerine kolaylık sağlanması (m.6) ve çalışma şartlarının belirlenmesinde kamu görevlileri sendikalarına katılma hakkının tanınması(m.7) gibi yükümlülükler getirilmektedir. Sendika desteği uygulaması bakımından bu sözleşmenin göz ardı edilmemesi gereken iki önemli hükmü mevcuttur. Bunlar sözleşmenin 4. ve 5. maddelerde yer almaktadır¹¹:

Sözleşme kamu idarelerinin sendikalı olan ve olmayan çalışanlar arasında ayırım yapmamasını öngörmektedir. Sözleşmeye göre sendikalar kamu makamlarından tamamen bağımsız olacaklardır. Kamu görevlileri örgütleri kuruluş, işleyiş ve yönetimlerinde kamu makamlarının her türlü müdahalesine karşı yeterli korumadan yararlanacaklardır. Bir kamu makamının tahakkümü altında kamu görevlileri örgütlerinin kuruluşunu geliştirmeye veya kamu görevlileri örgütlerini bir kamu

¹⁰ Bu sözleşme 25.11.1992 tarih ve 3848 sayılı Kanun ile onaylanmıştır.(RG 11.12.1992 tarih ve 21432 mükerrer sayı)

¹¹ Sözleşmenin 4.ve 5. maddesi hükümleri aşağıda verilmektedir :

“m.4:

1. Kamu görevlileri, çalışmaları konusunda sendikalaşma özgürlüğüne hanel getirecek **her türlü ayrımcılığa karşı** yeterli korumadan yararlanacaklardır .

2. Böyle bir koruma, özellikle aşağıdaki amaçlara yönelik tasarruflara karşı uygulanacaktır:

a) Kamu görevlilerinin çalıştırılmalarını ,bir kamu görevlileri örgütüne katılmama veya üyelikten ayrılma koşuluna bağlamak ,

b) Bir kamu görevlisini, bir kamu görevlileri örgütüne üyeliği veya böyle bir örgütün normal faaliyetlerine katılması nedenleri ile işten çıkarmak veya **ona zarar vermek** .

m.5:

1.- **Kamu görevlileri örgütleri , kamu makamlarından tamamen bağımsız olacaklardır.**

2. Kamu görevlileri örgütleri kuruluş, işleyiş ve yönetimlerinde kamu makamlarının her türlü müdahalesine karşı yeterli korumadan yararlanacaklardır .

3. **Bir kamu makamının tahakkümü altında kamu görevlileri örgütlerinin kuruluşunu geliştirmeye veya kamu görevlileri örgütlerini bir kamu makamının kontrolü altında tutmak amacıyla mali ve diğer biçimlerde desteklemeye yönelik önlemler bu madde bakımından müdahaleci faaliyetler olarak kabul edilecektir .”**

makamının kontrolü altında tutmak amacıyla mali ve diğer biçimlerde desteklemeye yönelik önlemlerden kaçınmak, kamu makamları için bir yükümlülüktür. Aksi takdirde bu nitelikteki faaliyetler bu madde bakımından **müdahaleci faaliyetler** olarak kabul edilecektir .

Sendikaya üye olan kamu görevlilerine sendika desteği sağlanması ya da toplu görüşme primi verilmesini öngören kanuni düzenleme ile 151 sayılı sözleşmede m.5/3 hükmünde yer alan **“Bir kamu makamının tahakkümü altında kamu görevlileri örgütlerinin kuruluşunu geliştirmeye veya kamu görevlileri örgütlerini bir kamu makamının kontrolü altında tutmak amacıyla mali ve diğer biçimlerde desteklenmeye yönelik önlemler”** alınmış olmuyor mu? **Kamu görevlileri sendikalarına, kamu görevlilerinin üye olmalarını teşvik ve desteklemek maksadı ile yapılan bir uygulama dolaylı yollarla da olsa kamu görevleri sendikalarını işveren devlete bağımlı hale getirmeye atılmış bir adım sayılmaz mı ?**

Kanunla onaylanmış milletlerarası sözleşmeler devlet sendika ilişkilerinin hür, bağımsız ve demokratik sendika ilkeleri çerçevesi içerisinde sürdürülmesini öngörmektedir. Devlet sözleşmeleri onaylamakla kendisini, sözleşmelere uygun hareket etme yükümlülüğü altına sokmuş olmaktadır.

II- SENDİKA DESTEĞİ SORUNUNUN ARKA PLANI

Sendika desteği ya da yeni adıyla toplu görüşme priminin arka planında ne vardır? Bilindiği gibi Anayasamız çalışanlara ve işverenlere sendika hakkını tanımıştır (Any.m.51). Toplu sözleşme hakkı ise işçi sendikalarına ve işveren/ işveren sendikalarına tanınmıştır. Kamu görevlileri ve memurlara dolayısıyla kamu görevlileri sendikalarına toplu sözleşme yapma hakkı tanınmamıştır (Any.m.53). Anayasa m.53 ile kamu görevlileri sendikalarına hükümetle toplu görüşme yapma hakkı tanınmıştır.

Günümüzde memurlar/kamu görevlileri ve memur sendikaları aynen işçiler gibi sendikal haklar talep etmektedirler. Toplu sözleşmeli grevli sendikal hakların memurların da hakkı olduğu sürekli olarak ileri sürülmekte ve bahsi geçen kesimler, onaylanmış uluslar arası sözleşmelerin kendilerine bu hakkı tanımış olduğunu savunmaktadırlar¹².

2001 tarih ve 4688 sayılı KGSK ile kamu görevlileri sendikalarının hükümetle toplu görüşme hakkı ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanuna göre **“Toplu**

¹² KUTAL, Metin ;”Uluslararası çalışma normları karşısında 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu” ,Sicil Dergisi ,Eylül 2007 , Sa. 7 , s. 61 v.d.

görüşme; kamu görevlileri için uygulanacak katsayı ve göstergeler , aylık ve ücretler,her türlü zam ve tazminatlar, fazla çalışma ücretleri, harcırah, ikramiye, lojman tazminatı, doğum, ölüm ve aile yardımı ödenekleri, tedavi yardımı ve cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları ile bu mahiyette etkinlik ve verimlilik artırıcı diğer yardımları kapsar”(m.28).

Toplu görüşme süreci her yıl 15 Mayıs tarihi itibarı ile hizmet kolunda örgütlü en çok üyeye sahip sendikanın belirlenmesi ile başlar. En çok temsile haiz hizmet kolu sendikası Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenir ve belirlenen sendikalar Temmuz ayının ilk haftasında Resmi Gazetede ilan edilir¹³.

Kamu İşveren Kurulu ile yetkili Kamu Görevlileri Sendikaları arasındaki toplu görüşmeler her yıl Ağustos ayının 15’inde başlar ve 15 gün içinde sonuçlandırılır. Toplantılar en çok temsile haiz hizmet kolu sendikaları ve en çok temsile haiz sendikaların üye oldukları konfederasyonların katılımıyla (halen 14 üye) oluşan kamu görevlilerini temsil eden heyet ile aynı sayıda (14 üye) kamu işvereni temsil eden kamu işveren kurulu üyelerinden oluşan iki heyetin katılımı ile yapılır. Toplantı oturumlarında başkanlığı en çok üyeye sahip kamu görevlileri sendikaları konfederasyonun başkanı yapar.

En çok on beş gün süren toplu görüşme süreci içinde taraf sendikalar taleplerini kamu işverenlerine iletmekte ve bu talepler görüşülmektedir. Görüşmeler sonucunda bir anlaşma sağlanır ise hükümetle kamu görevlileri sendikaları bir mutabakat metni imzalarlar. **Mutabakat metni “uygun idari, icrai ve yasal düzenlemelerin yapılması için Bakanlar Kuruluna sunulur** Bakanlar Kurulu üç ay içinde mutabakat metni ile ilgili uygun idari ve icrai düzenlemeleri gerçekleştirir ve kanun tasarılarını Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sunar” (KGSK m.34/2).

Bu görüşmelerden bir sonuç alınamaz; mutabakata varılarak bir mutabakat metni imzalanamaz ise tarafların birisi uzlaştırma kurulunu üç gün içinde toplantıya çağırabilir¹⁴. Üniversitelerarası Kurul tarafından fakültelerin çalışma ekonomisi,iş hukuku, idare hukuku ve kamu maliyesi bilim dallarından seçilecek birer üye ile başkanlığını Yüksek Hakem Kurulu başkanının (Yargıtay’ın iş davalarına bakmakla

¹³ Geniş bilgi için Bkz. 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununa Göre Sendika Üye Sayılarının ve Her Hizmet Kolunda Yetkili Kamu Görevlileri Sendikaları ve Bunların Bağlı Buldukları Konfederasyonların Belirlenmesine İlişkin Tebliğ (RG 07.07.2004 T. ve 25515 Sa.)

¹⁴ Uzlaştırma Kurulu’nun kuruluş ve görevleri için Bkz. “ Kurum İdari kurulları,Yüksek İdari Kurul,Kamu İşveren Kurulu ve Uzlaştırma Kurulunun Teşkili ve Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik (RG 9.11.2001 T, 24578 Sa.).

görevli dairesi olan 9.Hukuk Dairesi) yaptığı ve beş üyeden meydana gelen Uzlaştırma Kurulu; tarafların taleplerini değerlendirir, gerekirse taraflarla görüşür ve sonuçta bir rapor ile görüşünü hükümete iletir (KGSK m. 35)¹⁵ .

Kamu görevlileri sendikaları; kısaca özetlenen toplu görüşme düzeni ile işçi sendikalarının toplu iş sözleşmesi düzeni arasında bir paralellik kurmaktadır. Bu çerçevede kamu görevlileri sendikaları, toplu iş sözleşmesine taraf sendikaların toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için taraf sendika üyesi olmayanlardan almakta olduğu “**dayanışma aidatı**”ndan da esinlenerek, kendilerinin de taraf hizmet kolu sendikalarına üye olmayan kamu görevlilerinden ekstra bir ödeme talep etme hakları olduğunu ileri sürmektedirler .

İşte sendika desteği ya da toplu görüşme primi, bu taleplerin biteviye sürdürülmesinin ortaya çıkardığı zorlamalardan doğan kavramlardır. Hükümetler bu taleplere kısmen evet demek zorunda kalmışlardır. Kamu görevlilerinin sendikalaşmasını desteklemek maksadı ile sendika ödeneği ya da yeni adıyla toplu görüşme primi adı altında bir ödentinin, sendika üyesi kamu görevlilerine verilmesini kabul etmişlerdir .

III. SENDİKA DESTEĞİNİN KANUNLAŞMASÜRECİ VE TARAFLARIN MESELEYE YAKLAŞIMI

1 – Sendika Desteği Tasarısının Kanunlaşma Süreci

2005 yılı toplu görüşme sürecinde Kamu İşveren Kurulu ile kamu görevlileri sendikalarının temsilcileri arasında bir mutabakata varılmıştı. Bazı maddelerine KESK’in muhalefet şerhi koyduğu üç muhalefet şerhli mutabakat zaptında yer alan hükümlerden birisi “**Sendika üyesi olan personele sendika aidatlarından kaynaklanan kayıplarını telafi amacıyla aylık 5 YTL ilave ödeme yapılmasını sağlayacak düzenlemeye gidilmesi**” idi. Hükümet bu mutabakat metni ile sendika üyelerine sendika aidatlarına destek olmak üzere her ay 5 YTL vermeyi kabul etmişti. KESK, taraflar arasındaki bu mutabakat zaptına rağmen Kamu Uzlaştırma Kurulu Başkanlığına başvurmuş ve kurulun toplantıya çağrılmasını talep etmişti.

Uzlaştırma Kurulu, kurul başkanının çağrısı üzerine toplanmıştır. Ancak bu Kurul, Kamu İşveren Kurulu ile yetkili kamu görevlileri sendikaları ve kamu görevlileri sendikaları konfederasyonları arasında mutabakat zaptı tutulmasını gerekçe göstererek KESK’in itirazlarının incelemesine girilmeksizin, kurulun yetkisizliği

¹⁵ Geniş bilgi için bkz. GÜLMEZ, Mesut ; Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Görüşme Hukuku ,788 den 4688’e :1926-2001, TODAİE Yayını ,Ankara 2002.

nedeniyle, başvurunun değerlendirmeye alınmaması yönünde oy çokluğu ile karar vermiştir¹⁶. Yani Kurulca KESK in itirazları değerlendirilmemiştir.

Hükümet daha sonra mutabakat zabtında yer alan taahhüdünü hayata geçirmek maksadı ile bir tasarı hazırlamış ve bu tasarımı “**Değişik Adlar Altında İlave Ödemesi Bulunmayan Memurlara ve Sözleşmeli Personele Ek Ödeme Yapılması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı**” adı altında parlamentoya sunmuştur.

Kanun tasarısının genel gerekçesinde ;“**mutabakat metninde Sendika üyesi olan personele sendika aidatlarından kaynaklanan kayıplarını telafi amacıyla aylık 5 YTL ilave ödeme yapılmasını sağlayacak düzenlemeye gidilmesi**” nin kararlaştırılmış olduğu hususuna yer verilmiştir . Tasarının madde gerekçelerinde ise “ **Kamu İşveren kurulu ile yetkili kamu görevlileri sendikaları ve bu sendikaların bağlı bulunduğu konfederasyonlar arasında sağlanmış olan mutabakat uyarınca, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu hükümlerine göre kamu görevlileri sendikasına üye olup kendisinden üyelik ödentisi kesilen kamu görevlilerine, sendika aidatlarından kaynaklanan kayıplarını bir ölçüde telafi etmek amacıyla , anılan kesintinin yapıldığı her ay için belirli bir tutarda ilave bir ödeme yapılması öngörülmektedir.**Anılan ödemeye üyelik ödentisi kesildiği sürece hak kazanılacak olup,her ne sebeple olursa olsun üyelik ödentisinin sona ermesiyle sona erecektir .

Anılan maddenin ikinci fıkrasında da bu ödemeden yapılacak kesintiler belirlenmekte ve söz konusu ödemenin herhangi başka bir ödemenin matrahında dikkate alınmayacağı belirtilmektedir”¹⁷.

Sendikaya üye olma hakkının, bu üyelikten doğan hakların ve sendikal faaliyetlerden faydalanma hakkının bir karşılığı olan, eşzamanlı olarak üyenin sendikaya karşı bir yükümlülüğünü oluşturan sendika aidatı ödeme borcu, madde gerekçesinde, “**sendika aidatlarından kaynaklanan kayıplar**” olarak nitelendirilmektedir. Tasarımı hazırlayanların sendika üyeliğinden doğan aidat ödeme yükümlülüğünü, aidat borcunu bir kayıp olarak nitelendirmesi ve bunu kanun gerekçesi yapması büyük bir talihsizlik sayılmalıdır.

¹⁶ Uzlaştırma kurulunun görev ve çalışma esaslarına dair 4688 sayılı Kanun'da “Toplu görüşmenin tamamlanması için öngörülen süre içinde taraflar anlaşamazlarsa ,taraflardan biri üç gün içinde Uzlaştırma Kurulunu toplantıya çağırabilir” (m.35/1) hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeden çıkan sonuç eğer taraflar anlaşmaya varmışlar ve bir uzlaştırma tutanağı tutulmuş olursa Kurul göreve çağrılmaz; Kurul'un konuyu inceleme yetkisi ve görevi doğmuş olmamaktadır .Bu durumda kurul toplantıya çağrılmaz.

¹⁷ Madde gerekçeleri m.1. ek m.4 e ilişkin gerekçe

Kanun tasarısı TBMM’de görüşülür iken tasarıya ilk itirazlar Bütçe ve Plan Komisyonunda gelmiştir. Bütçe ve Plan Komisyonunda tasarıya muhalefet şerhi yazan bir grup milletvekili muhalefet şerhlerinde

“Demokrasiyi içine sindirmiş, demokrasiyi bir yaşam biçimi olarak benimsemiş bir ülkede bu düzenlemelere yer verilemez, verilmemelidir. Çünkü, sendikaya üye olmak bir gönüllülük işidir. İşverenin primini ödemediği bir sendika, çağdaş anlamda sendika olamaz. Diyet borcu olan bir sendika türü yaratmak, toplu görüşme masasına otururken, fazla talepte bulunmayın yoksa sizin sendika aidatlarınızı ödemem diyebilecek bir ortamı oluşturmak sendikacılıkla bağdaşmaz. Bunu yapan iktidarın da demokrasi anlayışı doğal olarak sorgulanır. Tıpkı AKP’nin demokrasi anlayışının sorgulandığı gibi. Burada yapılması gereken tüm kamu çalışanlarına 5 YTL zam yapılmasıdır” şeklinde görüşlerini açıklamışlardır. Bütçe ve Plan Komisyonu raporunda ise **“Sendikalara devlet tarafından aidat ödemesi yapılmasının demokrasi ile bağdaşmayacağı 5 YTL lik ödemenin devlet güdümlü sendikalaşmaya yol açacağı”** eleştirisinin yapılmış olduğu ifadesi yer almaktadır¹⁸.

Tasarı Bütçe Plan Komisyonu’ndan hükümetten geldiği şekli ile geçerek Genel Kurula gelmiştir. Genel Kurulda tasarıya yöneltilen eleştiriler de göz ardı edilemeyecek niteliktedir. Tartışmalarda Mehmet Eraslan (Hatay Milletvekili) görüşünü açıklarken **“Sendikalarla, sendikalara üye olan çalışanlar arasında siyaset girmemelidir, hükümet girmemelidir. Ama biz, sanki sendikalar arasında girerek “ bu aylık 5.000.000 lirayı siz ödeyemezsiniz. Biz sizin yerinize öderiz” şeklinde bir yaklaşım ile çağdaş demokrasilerde olmaması gereken bir durum olduğunu düşünüyorum”** demektedir. Manisa Milletvekili Hüseyin Tanrıverdi ise **“ Örgütlenmeyi teşvik edici önemli bir karar .Biz üye olduğumuzda aidat ödüyünüz bu bizim için engeldir”** diyerek tasarıyı savunurken¹⁹ Kemal Kılıçdaroğlu (İstanbul) **“ Ne zamandan beri işçinin sendika aidatını işveren ödeyecek ve o da uluslar arası normlara uygun olacak; böyle bir sendikacılık anlayışı dünyanın**

¹⁸ Adı geçen milletvekilleri Kemal Kılıçdaroğlu (İstanbul) , ,A.Kemal Deveciler(Balıkesir) ,Enis Tütüncü (Tekirdağ) ,Birgen Keleş (İstanbul) . Bkz. Bütçe Plan Komisyonu Raporu Esas No.1/1171 , Karar No. 77, Tarih 3.3.2006 .

¹⁹ Sendika aidatlarının örgütlenmeyi ne ölçüde engellemekte olduğu sorgulanması gereken bir sorudur. Ancak memur sendikacılığında bu durumun önemli bir mesele olduğu görüşü doktrinde ileri sunulan bir görüştür. Memurların aidat ödemekten kaçındığı ve bu durumun personelin sendika dışında kalmasına yol açtığı ve “ ufak çıkarların değer kazanmasının sendikaların güçlenmesine olumsuz etkiler yaptığı “ileri sunulmaktadır .Bkz. KALKANDELEN, Hayrettin; Sendikalar ve Kamu Hizmetlerinde Sendikacılık ,Şenyuva Matbaası ,Ankara 1968 , s. 73 .

hangi ülkesinde var. AKP iktidarı eliyle sarı sendikacılığı özendiriyorsunuz. Böyle bir şey ne ILO normlarında vardır ne de sendikacılığın ahlak kurallarında vardır. Ahlaka aykırı bir şey bu” diye eleştiri getirmektedir. Ali Topuz da “ **Bu sarı sendikacılıktır** “ diye tasarıyı eleştirmiştir²⁰. Ancak tasarı ile ilgili eleştiriler yasama organında etkili olmamış tasarı geldiği şekliyle hiçbir değişiklik yapılmaksızın kanunlaşmıştır .

2- Toplu Görüşme Primi Sistemine Geçiş :

Memur sendikaları kurulduğu günden itibaren sendikal faaliyetlerinde işçi sendikalarından önemli ölçüde etkilenmişler ve işçi sendikalarına verilmiş bazı hakların kendilerine de verilmesini sürekli bir biçimde talep etmişlerdir. Sendika desteği ya da yeni adıyla toplu görüşme primi ismi altında uygulamaya giren devletin sendika üyelerine mali destek sağlamasının arka planında; işçi sendikalarının toplu iş sözleşmesinden faydalanmak isteyen sendikasız ya da taraf sendika üyesi olmayan işçilerden TİŞGLK m.9 hükmüne dayalı olarak aldığı “ dayanışma aidatı” benzeri bir aidatı, memur sendikalarında alma talepleri yer alır.

Kamu görevlileri sendikaları her yıl hükümetle toplu görüşme masasına oturmaktadır. Toplu görüşme sürecinde masaya oturabilmek için hizmet kolunda en çok üyeye sahip hizmet kolu sendikası olmak zorunludur. Hizmet kolunda en çok üyeye sahip sendika olabilmek için ise çok sayıda üye kaydetmek, memur üyelerinin güvenini kazanmak ya da mevcut güveni muhafaza edebilmek gerekmektedir. Hizmet kolunda en çok üyeye sahip olan memur sendikaları hem üye kazanmak hem de hükümete taleplerini kabul ettirebilmek için çok ciddi emek sarf etmekte ve masraf yapmaktadırlar. Toplu görüşme sonucunda elde edilen kazanımlardan bütün memurlar sendika üyesi olsun ya da olmasın aynı derecede faydalanırlar. Memur sendikalarına üye olmanın ya da olmamanın hükümetle mutabakata varılan ve memurlara kazandırılan haklar bakımından herhangi bir etkisi olmaz. Memur sendikaları bu durumdan rahatsız olmakta ve hükümetlerden bir düzenleme yapılarak dayanışma aidatına benzer bir aidat alma hakkının kamu görevlileri sendikalarına da tanınmasını talep etmektedirler ²¹.

Sendika desteği verilmesi ya da yeni adıyla toplu görüşme primi ödenmesi uygulamaları memur sendikalarının taleplerine kısmen cevap verilmesi anlamına gelmektedir.

²⁰ Tasarı görüşmeleri için Bkz.TBMM Tutanak Dergisi Cilt 113, S.Sayısı 1103 .Dönem 22.Yasama Yılı 4. 73.Birleşim 2.Oturum 9 Mart 2006 Perşembe .

²¹ Dayanışma aidatı ile ilgili geniş bilgi için bkz. AKÇAYLI,Nurhan ; Dayanışma aidatı ,İstanbul 1966 .; ÇELİK,Nuri ; İş Hukuku Dersleri ,20.Bası , Beta İstanbul 2007 , s. 548 – 550 .

2008 yılı Toplu görüşme süreci içerisinde kamu görevlileri sendikaları ile kamu işveren kurulu arasında yapılan görüşmelerde bir mutabakata varılmış ve sendika desteği olarak ödenmekte olan ödentinin 10 TL ye yükseltilerek Toplu Görüşme Primi adı altında ödenmesi kabul edilmiştir. Mutabakat metninde kabul edilen ödeme 2009 yılı Bütçe Kanunu m.29/ (3) de yer alan “**27/6/ 1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 4. maddesinde “her ay için 5 TL tutarında sendika ödeneği verilir” ibaresi, 15/1/2009 tarihinden geçerli olmak üzere her ay 10 TL tutarında toplu görüşme primi verilir” şeklinde uygulanır**” hükmü ile düzenlenmiş ve yürürlüğe konulmuştur .

Toplu görüşme primi sendika üyesi bütün memurlara ödenmektedir. Prim kelimesi sözlükte “Bir işe heveslendirmek için verilen ödül” olarak tanımlanmaktadır²². Kelime anlamı esas alındığında toplu görüşme primi ödemesi memurları toplu görüşmeye heveslendirmek için verilen bir ödül niteliği kazanmaktadır. Toplu görüşmeyi en çok temsili haiz hizmet kolu sendikaları ile memur sendika konfederasyonlarının temsilcilerinden meydana gelen 14 kişilik bir görüşme grubu yapmaktadır. Eğer bu primin adı toplu görüşme primi ise toplu görüşme primi niçin toplu görüşmelere katılan hizmet kolunda en fazla temsili haiz memur sendikaları üyelerine verilmiyor da bütün kamu görevlileri sendikaları üyelerine veriliyor? Sonuçta sendika desteğinin toplu görüşme primine dönüştürülmesi, devletin sendika üyelerine destek sağlaması olgusu bakımından hiçbir değişiklik getirmemektedir.

3- Tarafların Meseleye Yaklaşımı

Devletin sendika üyelerine sendika desteği ya da toplu görüşme primi adı altında mali destek sağlaması uygulaması 2006 yılı Ocak ayından bu yana sürmektedir. Her yıl toplu görüşmeler dönemi olan Ağustos-Eylül aylarında bu tartışmalar tekrarlanmakta, daha sonra da unutulup gitmektedir.

Uygulamaya memur sendikalarının yaklaşımı ilginçtir. Memur sendikalarından bir kısmı bu desteğin memur sendikalarına üye olmayı teşvik eden bir destek olduğunu belirterek bu desteğin yanında yer almakta ve alınan kaarın yerinde bir karar olduğunu ifade ederek görüşlerini açıklamaktadırlar. Diğer bir kesim memur sendikaları ise sendika desteğine tümüyle karşı çıkmaktadırlar.

En çok üyeye sahip memur sendikaları konfederasyonu (Türkiye Kamu–Sen) toplu görüşme primi ile ilgili gelişmeleri aşağıda açıkladığı şekilde yerinde bulduklarını ifade etmekte ve bir kazanım olarak açıklamaktadır: “**İlk olarak sendika üyesi kamu görevlilerine aylık 10 YTL ayrıcalık sağladık. Türkiye**

²² TDK Türkçe Sözlük ,Ankara 1982

Kamu-Sen verdiği zorlu sendikal mücadelenin yükünü çeken üyelerinin maaşlarının emsallerinden daha düşük olmaması ,sendikalı olmanın çalışan üzerinde bir yük değil, örgütlü dayanışmanın avantajlarını sağlaması amacıyla sendikalı olanlarla olmayanlar arasında, sendikalı çalışanlar lehine bir fark oluşmasını sağladık. Başlangıç olarak, sendikalı çalışanlara toplu görüşme primi verilmesi konusunda verdiğimiz mücadeleden zaferle çıktık Bugün 10 YTL olarak belirlenen bu rakam ileride daha da artacak ve sendika üyesi kamu görevlileri, sendikalı olmanın ayrıcalığını maddi olarak da hissedecekler” (www.barendergisi.com).

Uygulamayı savunan sendikaların bazıları ise bu desteğin amacının memur ve kamu görevlilerinin sendikalı olmasını teşvik etmek olduğunu ileri sürerek aşağıdaki biçimde bir savunma geliştirmişlerdir: **“Memur sendikalarında da buna benzer (dayanışma aidatına benzer) bir uygulamaya geçilmiştir. Bir haksızlık kısmi de olsa düzeltilmiştir. Sendika üyesi aidat ödeyecek, onun sendikası toplu görüşmelerde kazanım elde edecek, sendikalara üye olmayanlar ve hiç emeği katkısı bulunmayanlar kazanımlardan yararlanacaklar. Bu büyük adaletsizliktir, haksızlıktır. Sendikacılık, hak arama kurumudur. Sendika; üyesinin ödediği aidatlarla memurun haklarını geliştirmek için mücadele edecek, hiç katkı sağlamayanlar hazır yiyicilik yapacak. Düşünebiliyor musunuz? Aynı kadro ve unvanda olan sendika üyesi ile sendika üyesi olmayan iki memur bordolarını aldıkları zaman sendika üyesinin maaşından sendika aidatı kesildiği için sendika üyesi olmayan memurun ücretinden daha düşük olacak. Dünyanın hiçbir yerinde böyle adaletsizliğin olduğu bir örgütlenme yapısı söz konusu değildir .İnşallah biz sendika teşvik primini miktar olarak daha da yukarılara çıkartmak için önümüzdeki toplu görüşmelerde elimizden geleni yapacağız. 5 YTL de olsa önemli bir başlangıç yapıldı (www.turkburosen.org.tr erişim 03.02.2009).**

Düzenlemenin arka planında, sendikalı olan ve olmayan kamu görevlileri arasında maaş farkı yaratılarak sendika üyesi olmayanların sendikalara üye olmaya teşvik edilmesinin olduğu da ileri sürülmektedir. Düzenlemeyi destekleyenler 4688 sayılı Kamu Görevlileri sendikaları Kanunda memurların sendikaya üye olmalarını teşvik edecek her hangi bir hükme rastlanmadığı; toplu görüşme sürecinde elde edilen haklardan sendika üyesi olsun ya da olmasın herkesin faydalandığı belirterek sendikal desteğin (yeni adıyla toplu görüşme priminin) bu alandaki eleştirileri azaltacağını ifade etmektedir ²³.

²³ BAYRAK, İsrail; Sendika Üyelik Ödentisi – Sendika Ödeneği ve Gerçekler, www.ogretmenmenlerburada . com , erişim 03.02.2009

Sendika desteği ya da toplu görüşme primi uygulamasına bazı memur sendikaları ise karşı çıkmaktadır. Karşı görüş bir memur sendikası tarafından şu şekilde ortaya konulmaktadır: **Memur sendikaları “Toplu görüşme ve grev hakkını kullanmak için mücadele etmek yerine dolaylı yoldan gelirlerini güvence altına alarak , sendika üye ilişkisini paraya bağlayan bir sistem getirerek sendikacılığı devletin güdümüne koymuşlardır”** ²⁴ . 2005 yılı Mutabakat metninde (m.4) **“sendika üyesi olan personele sendika aidatlarından kaynaklanan kayıpların telafisi için aylık SYTL ile ödeme yapılması”** kabul edilmiş ve bu desteğin amacı **“sendika aidatlarından kaynaklanan kayıpların telafisi”** olarak kamuoyuna açıklanmıştı.

Uygulamayı destekleyen sendikaların meseleye sendikal ilkeler ve etik değerler açısından yaklaşmadıkları anlaşılmaktadır. Sendika aidatını sendika üyesi için bir yük, bir külfet olarak gören bir yaklaşım hiçbir şekilde kabul edilemez. Sendika aidatı, sendika üyeleri için bir külfet olmaktan çok üye olmanın doğurduğu bir yükümlülüktür. Dolayısı ile lehteki yaklaşımın kendi içinde tutarlılığı bulunmamaktadır. Öte yandan bu yaklaşımda toplu görüşme ile toplu iş sözleşmesini aynı gören bir yanlış anlayış saklıdır.

III- KANUNİ DÜZENLEMENİN HUKUKA UYGUNLUĞU MESELESİ

1- Toplu Görüşme Priminin Hukuki Niteliği

5473 sayılı Kanun ile sendika desteği adı altında yürürlüğe giren daha sonra da adı toplu görüşme primi olarak değiştirilen ödemenin hukuki niteliği nedir? Bu ödeme kamu görevlileri sendikalarına üye olan her kamu görevlisine eşit miktarda yapılan bir ödemedir. Bu ödemeye hak kazanmak için tek şart bir kamu görevlisi sendikasına üye olmuş bir kamu görevlisi olmaktır . Dolayısı ile bu ödeme kanunda öngörüldüğü şekli ile bir sendika üyeliğini teşvik etmek, heveslendirmek, özendirmek maksadı ile kamu görevlileri sendikalarına üye olan herkese verilen bir kamu mali desteğidir.

Sendika desteği Toplu görüşme primi olarak ad değiştirmiştir. Ancak bu değişiklik ödemenin niteliğine uygun bir değişiklik olmamıştır. Zira toplu görüşme primi niteliği itibarı ile prim niteliğini taşımamaktadır. Eğer prim olmuş olsa idi toplu görüşme ile prim verilenler arasında bir ilişkinin kurulmuş olması aranırdı. Toplu görüşme priminden sendikaya üye olsun ya da olmasın her kez faydalanmaktadır. Halbuki toplu görüşme hakkı en çok temsili haiz hizmet kolu sendikalarına tanınmaktadır. Dolayısı ile eğer bir prim verilecek ise bu prim ya en fazla temsili haiz kamu görevlileri sendikalarına verilmeli yahutta onların üyelerine verilmeliydi.

²⁴ SES-Sağlık ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası (www.ses.org.tr 2.Eylül 2008).

Toplu Görüşme Primi Ödenmesinin Hukuka Uygunluğu

Toplu görüşmeyi yetkili sendika yaptığına göre elbette toplu görüşme priminin de o sendikanın hakkı olması gerekir. Halbuki adı toplu görüşme primi olan bu ödeme eskiden olduğu gibi kamu görevlileri sendikalarına üye bütün kamu görevlilerine verilmektedir. Bizce değişiklik yalnızca adda olmuş ancak özde bir değişiklik olmamıştır.

Adı ve niteliği ne olursa olsun bu destek, kamu görevlileri sendikalara üye olan kamu görevlilerine verilen sendikaya üye olmayı teşvik eden bir mali destektir.

2-Toplu Görüşme Priminin Hukuka Uygunluğu Meselesi

Toplu görüşme primi uygulamasının hukuka aykırı olduğu görüşünderiz. Aşağıda bu görüşümüzü muhtelif boyutları ile ortaya koymaya çalışacağız.

A - 5473 Sayılı Kanun Anayasaya Aykırıdır

5473 sayılı Kanun bizce Anayasanın 2., 10. ve 51. maddelerine aykırıdır. Anayasa m.2'ye aykırıdır. Zira Anayasa insan haklarına saygılı devlet ilkesine yer vermiştir. Devlet insan haklarına saygılı bir devlet olarak sendika hakkının kullanılmasını sağlamak üzere bir takım destekler sağlayabilir. Bu destekler arasında sendika hakkının kullanılmasının önündeki engelleri kaldırmak, sendikalara üye aidatlarının kaynaktan kesilmesini sağlama hakkını tanımak gibi destekler de sağlayabilir. Ancak hür sendikacılığı kabul etmiş, insan haklarına saygılı bir devlet, sendikaları doğrudan ya da dolaylı bir şekilde bağimli kılmaya yönelik adımlar atmamalıdır.

Devlet, sendikaların demokratiklik ve bağımsızlık gibi olmazsa olmaz niteliklerine zarar verebilecek adımlar da atmamalıdır. Bu kanun, kamu görevlilerinin kamu görevlileri sendikalarına üye olmalarını desteklemek, teşvik etmek için onlara üye aidatlarını daha rahat ödemelerini sağlayacak maddi katkı yapılmasını öngörmektedir. Bu yönüyle kanun anayasa m.10 hükmüne de aykırıdır. Devlet bu kanun ile sendika üyesi olanlara destek sağlanmasını kabul etmektedir. Peki sendikaya üye olmak serbest olduğuna göre devlet bu düzenleme ile Anayasanın 10.maddesi hükmüne de aykırı davranmış olmuyor mu? Any.m.10 da **“Herkes,dil,ırk,renk ,cinsiyet,siyasi düşünce felsefi inanç ,din,mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.Hiç kimseye ,aileye ,zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.”** (Any. m.10/1-3-4.)

Devlet bu kanun ile kamu görevlileri sendikalarına üye olmuş kamu görevlileri ile üye olmayan kamu görevlileri arasında eşitlik ilkesine aykırı davranmaktadır. Zira düzenleme ile üye olanlara bir imtiyaz tanımış olmaktadır. Üye olanlara mali

destek verilmesi devletin, bir sınıfa imtiyaz tanınması; dolayısı ile Any. m. 10 /1-3-4 hükmüne aykırı hareket etmesi demektir.

Bu düzenleme Any. m.51 hükmüne de aykırıdır. Anayasa m.51’de sendikaya üye olmak serbestisi kabul edilmiştir. Anayasada **“Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz”** (Any.m.51/1) hükmü yer almaktadır. Devlet bu kanuni düzenleme ile Any.m.51’e aykırı olarak memurları dolaylı bir şekilde memur sendikalarına üye olmaya zorlamış olmaktadır. Sendika desteği miktarı sürekli olarak artırılabilir. Bu artış sürdükçe memurlar artan bu mali desteği almak için sendikaya üye olmak isteğini daha fazla hissedebileceklerdir. Sonuçta bu düzenleme kamu görevlilerinin sendikasız kalma hakkına zarar vermekte ve negatif sendika hürriyetine aykırılık teşkil etmektedir. Bu destekle kamu görevlileri sendikaya üye olmaya teşvik edilmemekte, adeta zorlanmaktadır. Negatif sendika hürriyeti, sendikalara üye olunması yönünde her türlü zorlamaya karşı üye olmak istemeyenlere koruma sağlayan bir hürriyettir. Bu zorlama ister sendika desteği isterse toplu görüşme primi gibi farklı adlarla olsun sonuç değişmez.

5473 sayılı Kanun ile sendika hakkının uluslar arası ilkelerini düzenleyen ve devletin kanunla onaylamış bulunduğu milletlerarası sözleşmeler ihlal edilmekte; dolayısı ile Any. m.90 hükümlerine de aykırı bir düzenleme yapılmış olmaktadır. Dolayısıyla bu kanun Any.m.90 hükmü ile çelişmektedir. Çünkü Any.m. 90 hükmüne göre usulüne uygun olarak kabul edilen insan haklarına dair sözleşmeler insan haklarına dair milli kanunlar çıkarılırken göz ardı edilemezler. Zira; Any. m. 90 yeni şekli ile insan haklarına dair milletlerarası sözleşmelere kanunlar hiyerarşisinde kanunların üstünde bir yer vermiştir. Bu düzenleme ile kamu görevlileri sendikaları, dolaylı bir yolla kamu makamlarının kontrolü altına alınmış olmaktadır. Hükümetler istedikleri zaman bu desteği, kamu çalışanları ve kamu görevlileri sendika yönetimleri üzerinde bir kontrol mekanizması olarak kullanabilir. Bu düzenleme sendikaları, işveren devlete bağımlı hale getirmede ve sendikaların mücadelelerini kırmada da bir araç olabilir.

Sonuç olarak **çalışanları sendikaya üye olmaya dolaylı olarak zorlayıcı, sendikalara üye olanlar ile olmayanlar bakımından ayırimcılık yaratan ve sendikaların işveren devlet karşısında bağımsızlığına gölge düşüren, onları sarı sendika durumuna sokan** bu düzenleme Any.m. 2.,10.,51. ve 90 hükümlerine aykırı bir düzenlemedir.

B -5473 Sayılı Kanun Sendika Hürriyetinin Temel İlkelerine Aykırıdır

Devlet yukarıda hükümleri açıklanan MÇT nin 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmelerini

Toplu Görüşme Primi Ödenmesinin Hukuka Uygunluğu

Kanunla onaylanmış durumdadır. Bu onayla devlet sendika hakkını, vatandaşlarına milletlerarası standartlar ve normlara uygun biçimde tanımayı ve uygulamaya koymayı taahhüt etmiştir. Kanunla onaylanması ile birlikte bu sözleşmeler milli mevzuatın bir parçası haline gelmişlerdir. Ayrıca 2821 ve 4688 sayılı Kanunlarda da bu paralelde kimi değişiklikler yapılmıştır.

Biz bu düzenlemelerin milletlerarası sendikacılık ilkelerine de aykırı olduğunu düşünüyoruz²⁵. Aşağıda hangi ilkelere aykırı olduğu kısaca açıklanacaktır .

C -5473 Sayılı Kanun'un Uygulaması Negatif Sendika Hürriyetine Aykırıdır

Negatif sendika hürriyeti en kısa tanımı ile sendikasız kalabilme, sendikaya üye olmadan işyerinde çalışabilme hürriyetidir²⁶. Buna göre hiç kimse bir sendikaya üye olmaya zorlanamaz; çalışanlar, sendikalara üye olmadan, doğrudan ya da dolaylı bir şekilde sendikalara üye olmaya zorlanmadan çalışmalarını serbestçe sürdürme hak ve hürriyetine sahiptirler. Bu ilke Türk hukukunda Any.m.51'de “ **Hiç kimse sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz**” şeklinde anayasal seviyede kabul görmüş bir ilkedir.

İncelenen kanun düzenlemesi ile devlet, memurları, memur sendikalarına üye olmaya dolaylı bir biçimde zorlamış, dolayısı ile de negatif sendika hürriyetine aykırı davranmış olmaktadır. **Kanun bu zorlamayı dolaylı bir biçimde yapmaktadır.** Sendikaya üye olanlar bu devlet katkısını alabileceklerdir, üye olmayanlar alamayacaktır. Şu halde bu katkı kamu görevlilerini sendikalara üye olmaya bir şekilde özendirmekte ve zorlamış olmaktadır. Kanunun yasalaşma süreci içinde tasarımı savunan sendikacı kökenli milletvekilleri de bu gerçeği itiraf etmişlerdir. Dolayısı ile bu düzenleme sendika hürriyetinin milletlerarası standartları içinde yer alan ve Türk sendika hukukunda da kabul edilen negatif sendika hürriyeti ilkesine bütünüyle aykırı bir düzenlemedir .

D- 5473 Sayılı Kanun Sendikaların Bağımsızlığı İlkesine Aykırıdır

Kanun düzenlemesi, milletlerarası sendikacılık ilkelerinden birisi olan sendikaların bağımsızlığı ilkesine de aykırıdır²⁷. Hür sendikacılık, sendikaların

²⁵ Hükümetin sendikaların işleyişine müdahaleden kaçınması ILO Aplikasyon Komitesi kararlarında da sendika hürriyetinin bir gereği olarak kabul edilmektedir. ILO. Freedom of Association, 5 th. Edition Geneva 2006,s.103 .

²⁶ AKTAY-ARICI-KAPLAN;İş Hukuku ,2.Baskı Seckin ,Ankara 2007 , s. 292 .; TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut ; İş Hukukunun Esasları, Beta , İstanbul 2005 , s. 238 -239.; TUNCAY,A. Can.;Toplu İş Hukuku,Alfa,İstanbul 1999, s. 23 .

²⁷ ARICI,Kadir ;Sendikaların Bağımsızlığı İlkesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Ankara 1985 .

bağımsızlığını esas alır²⁸. Sendikalar devlet, işveren ve diğer kurum ve kuruluşlar karşısında bağımsız kuruluşlar olmak durumundadır²⁹. Sendikalar herhangi bir dış gücün etkisi altında hareket eden kuruluşlar olamazlar. Sendikalar hükümetlerin, işverenlerin ya da başka özel ya da kamu kurum ve kuruluşlarının güdümünde olamaz ve de onların güdümünde hareket edemezler. Bağımsızlığını kaybeden sendikalar, sendika niteliğini kaybederler. **Güdümlü sendikalar bu sebeple, sarı sendika olarak nitelendirilirler.**

Hür sendikacılığın kabul edildiği sistemlerde sendikaların bağımsızlığını sağlamak için, devletten, işverenden ya da diğer kurum ve kuruluşlardan sendikaların yardım ve bağış alma yasağı getirilmiştir. Bağımsızlığı korumak maksadı ile başkaca sınırlamalara da yer verilmiştir. Sendika bağımsızlığını korumaya yönelik bu yasaklama 2821 sayılı Kanunda **“Genel ve katma bütçeli idarelerle mahalli idareler ve bunlara bağlı sabit ve döner sermayeli kurumlar, sermayesinin tamamı Devlet tarafından verilmek suretiyle kurulan iktisadi kuruluş ve kurumlarla sermayelerinde Devletin iştiraki bulunan bankalar, sigorta şirketleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları dahil olmak üzere özel kanunlarla kurulan bankalar ve kuruluşlar bu fıkrada sözü geçen idare, kuruluş ve bankalar tarafından ödenmiş sermayesinin en az yarısına katılmak suretiyle kuruluşlarla bunların aynı oranda katılması ile kurulan kurumlar ... sendika ve konfederasyonlara mali yardım ve bağışta bulunamazlar”** (S.K. m.40/2) şeklinde; 4688 sayılı Kanunda ise **“sendika ve konfederasyonlar kamu makamlarından maddi yardım kabul edemez”** (m.20/6) şeklinde yer almıştır. Kanunlarda yer alan bu hükümlerin temel gayesi sendikaların bağımsızlığını korumak ve devletin (hükümetlerin) güdümüne girmelerini engellemektir.

Türkiye'nin kanunla onayladığı 151 sayılı milletlerarası sözleşmede de sendikaların devletin tahakkümü altına girmeleri ve bağımsızlıklarını kaybetmelerini önlemeye yönelik hükümlere yer verilmiştir. Buna göre ;

m.5: 1. Kamu görevlileri örgütleri, kamu makamlarından tamamen bağımsız olacaklardır.

2. Kamu görevlileri örgütleri kuruluş, işleyiş ve yönetimlerinde kamu makamlarının her türlü müdahalesine karşı yeterli korumadan yararlanacaklardır.

3. Bir kamu makamının tahakkümü altında kamu görevlileri örgütlerinin

²⁸ ILO. Freedom of Association ,5 th.Edition Geneva 2006,s.97 v.d.

²⁹ EYRENCİ,Öner ;Sendikalar Hukuku ,İstanbul 1984 , s.22-23.

kuruluşunu geliştirmeye veya kamu görevlileri örgütlerini bir kamu makamının kontrolü altında tutmak amacıyla mali ve diğer biçimlerde desteklemeye yönelik önlemler bu madde bakımından müdahaleci faaliyetler olarak kabul edilecektir .

Sonuç olarak, bu kanuni düzenleme ile devlet 151 sayılı Sözleşme m.5 de yer alan hükümlere de aykırı davranmış olmaktadır.Devletin sendikaya üye olanlara sağladığı bu mali destek 151 sayılı Sözleşme m.5/2-3 de yer alan hükümlere aykırıdır. Bu düzenleme ile devlet Sözleşmenin 5/3. maddesi anlamında “**müdahaleci faaliyetler**” yapmış olmakta ve bir kanuni düzenleme yaparak dolaylı bir yolla kamu görevlileri sendikalarını tahakküm altına almak için, bu sendikalara üye olanlara 5 YTL (en son şekli ile 10 TL) destek sağlamış olmaktadır.

Bu destek ile kamu görevlileri sendikaları hem devletin hem de işverenin dolaylı olarak güdümü altına sokulmaktadır³⁰. Kamu görevlilerinin işvereni olan devlet, bu kanunu kaldıracak ya da sübvansiyon miktarını artırmayı kapalı kapılar arkasında bir pazarlık aracı haline getirebilecek ve bu suretle sendikaları etkisi ve kontrolü altına alabilecektir. Bu şekilde dolaylı yoldan da olsa hükümetlerin (işverenin) kontrolüne girmiş sendikaları, hür sendika saymak, bağımsız sendika saymak ne kadar doğru olur ayrıca sorgulanması gerekir.

Kanunla sağlanan bu destek sendika üyelerine yapılıyor gözükse de gerçekte sendikalara yapılan bir destektir. **Kanunla dolaylı bir yoldan sendikalara sağlanan bu kamu mali desteği, sendikaların kamu işvereni karşısında bağımsızlıklarını riske eder; onları sarı sendika olarak nitelendirilme yönünden töhmet altına sokar.** Toplu görüşme primi, işveren devletin sendikalara bir desteğidir. Aksini iddia etmenin bir anlamı yoktur. Doktrinde sendikalara işverenin ölçüsüz desteğinin sendikaların bağımsızlığını tehdit edebileceği haklı olarak ileri sürülmektedir³¹.

E -5473 Sayılı Kanun Eşit Davranma İlkesine Aykırıdır

Devlet Any.m.10 hükmüne göre faaliyetlerinde vatandaşları arasında eşitlik ilkesine uygun davranmakla yükümlüdür³². Yasama organı da yasama faaliyetlerinde

³⁰ Konuyu değerlendiren Aziz Çelik de bu düzenlemenin sendikaların bağımsızlığını ortadan kaldıracak olduğunu, onları hükümetlerin denetimine sokabileceğine işaret etmektedir. Bu uygulama ile kamu görevlileri sendikalarının işveren devletten dolaylı da olsa para almak suretiyle sarı sendikacılığın en kaba bir biçiminin gerçekleşmekte olduğunu ileri sürmektedir.Bkz. ÇELİK,Aziz; Sarı Sendikacılığa Davetiye Sendika .org (23 Mart 2006) .

³¹ DEAKİN,Simon – MORRIS, Gillian S . ; Labour Law ,Butterworths,London 1998 , 706 .

³² EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN ;Bireysel İş Hukuku ,Legal,İstanbul 2005 . s. 133 -137.

27 Geniş bilgi için Bkz. TUNCAY,A.Can ;İş Hukukunda Eşit davranma İlkesi ,İstanbul 1982 ; AKTAY-ARICI-KAPLAN ;İş Hukuku ,2.Baskı Seçkin , Ankara 2007 , s.158 v.d

eşitlik ilkesini ihlal etmemeye özen göstermek zorundadır. Biz sözünü ettiğimiz bu kanuni düzenlemenin Any.m. 10 eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmekte olduğunu düşünüyoruz.

Kamu görevlileri sendikalarına üye olan ve üye olmayan kamu görevlilerinin işvereni devlettir. Türk iş hukukunda işverenin, eşit davranma yükümlülüğü bulunmaktadır³³. İşveren çalıştırdığı işçiler arasında eşitlik ilkesine uygun davranmalıdır. Bu husus memur ve diğer kamu görevlileri bakımından da geçerli bir ilkedir. Devlet memur ve kamu görevlileri bakımından da eşitlik ilkesine uygun davranmak zorundadır. Bu ilkeyi ihlal eden kanuni düzenleme yapılamaz. Bu hukuk devleti ilkesine de aykırı olur. Any.m.2 hukuk devletini devletin nitelikleri arasında saymıştır. Any.m.11 hükmünde “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır” hükmüne yer vermiştir. Bu çerçevede devlet kanun çıkararak da olsa işveren sıfatı ile kamu çalışanları arasında sendikaya üye olmak ya da olmamak şartına bağlı farklı işlem yapamaz.

Bu kanuni düzenleme ile devlet, yalnızca kamu görevlilerine üye olan kamu görevlileri ile üye olmayan kamu görevlileri arasında işveren sıfatı ile eşitlik ilkesine aykırı davranmış olmamakta, kamuda çalışan işçiler bakımından da eşitlik ilkesine aykırı davranmış olmaktadır. **Devlet kamu görevlilerine üye olan kimselere 10 TL aylık katkı sağlar iken aynı katkıyı yine işvereni olduğu kamu işçilerine yapmamaktadır.** Bu eşitlik ilkesine aykırı bir davranış değil de nedir? Kamu işçileri denilen iş sözleşmesine dayalı olarak KİT’lerde ya da iktisadi devlet teşekküllerine ait işyerlerinde çalışan ve işçi sendikalarına üye olan yüz binlerce kamu işçisi vardır. Bunların işverenleri de devlettir. Devlet sendikaya üye olan kamu çalışanlarına katkı yapacak ise bütün kamu çalışanlarına yapmak durumundadır. Sendikaya üye olsun ya da olmasın bütün çalışanlara devletçe bu katkı yapılmış olsa idi Any.m.10’a aykırılık iddiası yersiz bir iddia olurdu.

Devlet işveren sıfatı ile sendikaya üye olan ve olmayan çalışanları arasında ayrımcılık yaparak yalnızca İ.K.(m.5) ile çelişen bir düzenleme yapmamıştır. Bu düzenleme ile devlet, sendikaya üye olan ve olmayan kamu görevlileri ile kamu görevlisi olmayan vatandaşlar bakımından da **Any.m.10’a aykırı olarak bir zümreyi koruyucu bir düzenleme yapmış durumdadır.** Yine bu düzenleme ile devlet kendi iç mevzuatına aykırı bir düzenleme yapmış olmamakta aynı zamanda mevzuat uyumu için gayret gösterdiği **AB hukukuna da aykırı bir düzenleme yapmış olmaktadır**³⁴.

³⁴ AB mevzuatı işverenin eşit işlem yapma yükümlülüğünü öngörmekte ve bunu bir direktife bağlamaktadır. Bu hususta bkz. İREN, Ertan ;Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu ,Çimento İşveren , Ankara 2008 , s. 115 – 153 .

Toplu Görüşme Primi Ödenmesinin Hukuka Uygunluğu

AB hukukunda, eşitlik üzerinde özel vurgu yapılan bir konudur. AB üyesi hiçbir devlette sendikaya üye olanlara işverenin mali destek sağlaması, üye olmayanlara sağlamaması kabul edilemez. AB hukuku buna izin ve imkan vermez³⁵.

SONUÇ

5473 sayılı Kanunla kamu görevlileri sendikalarına üye olan kamu görevlisi ve memurlara sendika aidat ödemelerinde destek sağlama amacı taşıyan düzenleme hukuka aykırıdır. Bu düzenleme T.C. Anayasasının 2., 10., 11., 51. ve 90. maddelerine de aykırıdır. Bu uygulama hür sendikacılığın uluslar arası kabul görmüş temel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Kanunla onayladığımız ILO sözleşmelerini (87, 98 ve 151 sayılı sözleşmeler) hiçe sayan bir düzenlemedir.

5473 sayılı Kanunla yürürlüğe giren toplu görüşme primi verilmesi uygulaması hukuka ve insan haklarına saygılı devlete yakışmamaktadır. Bu düzenleme hem kamu görevlileri sendikalarının sarı sendika olarak nitelendirilmesi riskini bünyesinde barındırmakta, hem de devleti hür sendikacılığa karşı gösterme riski taşımaktadır.

ILO'nun memur kavramının daraltılması, bütün çalışanlara sendika ve toplu sözleşme hakkı tanınması yönünde sürekli talepleri ortada iken, bunlara cevap vermeyen ve inatla memur kavramını geniş tutan, sözleşmeli kamu görevlisi kavramı ile bu genişlemeyi daha da artıran hükümetlerin memurlara sendika desteği sağlamasını anlamak mümkün değildir. 151 sayılı ILO sözleşmesi m.5/2-3 "***bir kamu makamının tahakkümü altında kamu görevlileri örgütlerinin kuruluşunu geliştirmeye veya kamu görevlileri örgütlerini bir kamu makamının kontrolü altında tutmak amacıyla mali ve diğer biçimlerde desteklenmeye yönelik önlemler bu madde bakımından müdahaleci faaliyetler***" olarak kabul etmektedir. Sendika desteği ya da toplu görüşme primi adı altında yapılan ve yalnızca sendikalara üye olan kamu görevlilerine verilen mali destek, bu sözleşme anlamında sendikalara "***müdahaleci***" bir faaliyettir. ***Bu yönü itibarı ile de hukuka uygun bir düzenleme değildir.***

³⁵ AB hukukunda eşitlik ilkesi için Bkz. BURROWS,Noreen-MAIR,Jane ;European Social Law :Jhon Wiley and Sons,Chichester –New York 1996 s.43 v.d. ;HEPER,Altan ;Avrupa İş Hukuku ve Türkiye,İstanbul 1997 , s.122 v.d.

BOŞ

AUSEINANDERFALLEN VON TRENNUNG UND KONTROLLE IN AKTIENGESELLSCHAFTEN UND DIE PROBLEMATIK DER CORPORATE GOVERNANCE

ANONİM ORTAKLIKLARDA MÜLKİYET VE DENETİMİN BİRBİRİNDEN AYRILMASI VE KURUMSAL YÖNETİM PROBLEMATİĞİ

Dr. Necat Azarkan¹

Özet: Büyük ve modern teşebbüslerde pay sahipleri, şirket yönetimi ve sermaye piyasası arasında var olan ilişki yumağının en temel problemlerinden birini, mülkiyet (sahiplik) ve kontrol (denetim) fonksiyonlarının birbirinden ayrılmasının beraberinde getirdiği asimetrik bilgi dağılımı ve bunun neticesinde ortaya çıkan „Sahip (Prinzipal)-Vekil (Agency)-Problemi“ teşkil etmektedir. Söz konusu asimetrik bilgi dağılımı şirketlerin icradan sorumlu yöneticilerine (Manager), vekil masraflarına yol açan gizli hareket alanları yaratmaktadır. Kurumsal yönetim ilkeleri vasıtasıyla bu durumu yumuşatmak mümkündür. Kurumsal yönetim, bir işletmede önemli kararların alınmasını belirleyen veya etkileyen unsurların tamamı olarak tanımlanabilir. Bu kavram, karar alma yetkisine ilişkin kuralları, atama ve seçim süreçleri, teşvik ve ücret sistemleri, şirketin organizasyon yapısı ve özellikle piyasa mekanizmalarını kapsamaktadır.

Anahtar sözcükler: Mülkiyet ve Kontrollun birbirinden ayrılması, Sahip-Vekil-Problemi, Kurumsal Yönetim.

Zusammenfassung: Ein grundlegendes Problem moderner Grossunternehmen im Beziehungsgeflecht zwischen Anteilseignern, Geschäftsführung und Kapitalmarkt liegt in der durch die Trennung von Eigentum und Kontrolle verursachten asymmetrischen Informationsverteilung und der daraus resultierenden Agency-Problematik begründet. Durch die Existenz von Informationsasymmetrien werden den Managern diskretionäre Handlungsspielräume eröffnet, wodurch Agency-Kosten entstehen. Ein Corporate Governance Regelwerk kann diese entschärfen. Corporate Governance beschreibt die Gesamtheit der Sachverhalte, die bestimmen oder beeinflussen, wie in Unternehmen wichtige Entscheidungen getroffen werden.

¹ Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

Dr. Necat AZARKAN

Der Begriff der Corporate Governance umfasst die Regelung von Entscheidungs-
kompetenzen, Ernennungs- bzw. Wahlverfahren, Anreiz- und Entlohnungssysteme,
Organisationsstrukturen in Unternehmen und insbesondere Marktmechanismen.

Schlüsselwörter: Trennung von Eigentum und Kontrolle, Prinzipal-Agent-
Problem, Corporate Governance.

I. EINLEITUNG

Es gehört zum Wesen einer Aktiengesellschaft, dass sich eine Vielzahl von natürlichen Personen über den Erwerb von Aktien zu Miteigentümern der juristischen Person machen können. Je mehr verschiedene Aktionäre es gibt, je breiter also das Aktienkapitalgesteuert ist, umso geringer wird der Einfluss des einzelnen Aktionärs. Umgekehrt steigen die Unabhängigkeit und damit die Möglichkeit zum Missbrauch des Verwaltungsrats als oberster Unternehmensleitung. Denn Eigentum und Unternehmensleitung sind bei Aktiengesellschaften grundsätzlich getrennt. Die Aktionäre stellen das Aktienkapital bereit und beauftragen durch einen Gesellschaftsvertrag Agenten die Geschäfte zu führen. Dabei stellt sich die Frage auf, wie die Aktionäre dafür sorgen können, dass die von ihnen beauftragten Agenten tatsächlich ausschließlich in ihrem Interesse das Unternehmen leiten. Mit dieser Frage beschäftigt sich der Themenbereich der Corporate Governance in erster Linie. Da den Agenten unterstellt wird, Ziele zu verfolgen, die mit den Aktionärsinteressen in Konflikt stehen – wie z.B. hohe Aufwendungen für Statussymbole, Anhäufung von Macht, Umgehung von Anstrengungen, Sicherung der eigenen Stelle durch exzessive Reinvestitionen und Vermeiden riskanter Projekte mit hohen Renditechancen – versucht die Corporate Governance Leitlinien aufzuzeigen und transparente, von Interessenkonflikten freie, an Marktgegebenheiten orientierte Verfahren zu gewährleisten.

II. TRENNUNG VON EIGENTUM UND KONTROLLE

Die Trennung von Eigentum und Kontrolle ist ein charakteristisches Merkmal von großen börsennotierten Aktiengesellschaften. Diese Gesellschaften sind grundsätzlich gekennzeichnet durch ein angestelltes Management, das nicht gleichzeitig Eigentümer der eingesetzten Kapitalien ist, aber dennoch wesentliche Entscheidungs- und Kontrollbefugnisse über das Vermögen der Gesellschaft ausüben kann. Die Entscheidungs- und Kontrollbefugnisse der Anteilseigner hingegen in der Regel weitgehend beschränkt, so dass sie auf die Kompetenz und Integrität des Managements, das letztlich ihr Vermögen verwaltet, vertrauen müssen. Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass das Management die Ziele der Aktionäre nicht vollumfänglich verfolgt. Aus der Sicht der Aktionäre besteht insbesondere das Risiko, dass sich die Manager nicht genügend für das Unternehmen einsetzen und sich nicht schnell genug neuen Herausforderungen stellen, ihnen anvertraute Vermögenswerte oder ihre Position zum eigenen Nutzen verwenden oder ihre eigene Position auf Kosten der Aktionäre und der Gesellschaft stärken. Fehlentscheidungen durch inkompetente oder treuwidrig handelnde Manager können schon im Einzelfall zu Schäden in Milliardenhöhe führen, die nicht nur die Anteilseigner betreffen,

sondern auch von der Allgemeinheit zu tragen sind². Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, ob es nachhaltige Gründe gibt, aus denen heraus die Anteilseigner einer Gesellschaft auf die Kontrolle über die Gesellschaft und ihrer Vermögenswerte teilweise verzichten. Im Folgenden werden nun die Gründe dargestellt, die eine Trennung von Eigentum und Kontrolle rechtfertigen. Dabei wird grundsätzlich zwischen drei Kategorien unterschieden: gesellschaftsmotivierte Gründe, gesellschaftermotivierte Gründe und anreizbezogene Gründe.

A. GRÜNDE FÜR DIE TRENNUNG VON EIGENTUM UND KONTROLLE

1. Gesellschaftsmotivierte Gründe

Gesellschaftsmotivierte Gründe sind Gründe, die primär aus strategischen, operativen oder finanziellen Gegebenheiten einer Gesellschaft resultieren³.

a. Finanzierung der Gesellschaft

Durch die zunehmende Globalisierung der Märkte und damit einhergehenden Herausforderungen für die Geschäftstätigkeit von Unternehmen sehen sich viele Unternehmen einem immer stärkeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Die dynamischen Veränderungen in Wirtschaft, Wissenschaft und Gesellschaft erfordern von jedem Unternehmen in zunehmendem Maß, eine optimale Finanzierung zu realisieren. Sie ist die Grundvoraussetzung für den nachhaltigen wirtschaftlichen Erfolg die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens. Insbesondere bei großen Unternehmen ist die Realisierung einer optimalen Finanzierungsstruktur mit hohem Kapitalbedarf verbunden. Denn nahezu jede betriebliche Maßnahme - wie z.B. grundlegende Rationalisierungen, Innovationen, Erweiterungen, die Anpassung an neue Marktgegebenheiten – löst meist erheblichen Kapitalbedarf aus. Um den Kapitalbedarf zu decken wird meist auf Fremdkapital gesetzt. Die Zuführung von Fremdkapital erweist sich jedoch in vielen Fällen als eng begrenzt. Die Finanzierung mit Fremdkapital scheitert meist aus zwei Gründen: einerseits fehlen adäquate Sicherheiten, mit denen ein Fremdkapitalgeber sein Engagement absichern könnte; andererseits ist der Cashflow in den ersten Jahren oft negativ, was einen sinnvollen Kapitaleinsatz – Zinszahlung und Tilgungsleistung – unmöglich macht. Besonders in der Anfangsphase eines Unternehmens kann folglich nicht auf Fremdkapital zurückgegriffen werden, so dass nur Eigenkapitalgeber in Frage kommen. Das

² **EISENBERG**, Melvin A.: The Structure of Corporation Law, Columbia Law Review, Vol. 89, s. 1471.

³ **HILPISCH**, Jves J.: Gründe für die Trennung von Eigentum und Kontrolle, s.11, http://www.innovalue.de/backoffice/pdf/120614709947_e4581b72eca.pdf, 22.10.2008.

Engagement eines Eigenkapitalgebers führt dann zwangsläufig zu einer Trennung von Eigentum und Kontrolle, bei welcher der Eigenkapitalgeber der Prinzipal und der Unternehmer der Agent ist. Der Gründer lässt sich darauf ein, da er sein Vorhaben ansonsten eventuell gar nicht realisieren könnte (Hilpisch, 2003, s. 11).

b. Lebensdauer der Gesellschaft

Ein weiterer Aspekt ist die Lebensdauer der Gesellschaft. Sie hängt u.a. von der Trennung von Eigentum und Kontrolle. Ohne eine Trennung von Eigentum und Kontrolle würden Gesellschaften nur dann weiterleben können, wenn ein Nachfolger für den Gründer zur Verfügung steht, der bereit bzw. in der Lage ist, auch die Kontrolle über die Gesellschaft zu übernehmen. Denn die Bedeutung der Rolle, die der Gründer in der Gründungsphase innehat, wird mit einem Wachstum der Gesellschaft höchstwahrscheinlich abnehmen und ab einer gewissen Größe nicht mehr gegeben sein. In einer solchen Situation würde die betroffene Gesellschaft eher dazu neigen, das Unternehmen – wenn auch unter anderer Kontrolle – fortzuführen, um die Arbeitsplätze, das Know-how, die Kundenbeziehungen usw. zu bewahren. In diesem Kontext kann die Trennung von Eigentum und Kontrolle auch aus der Sicht des Gesellschafters vorteilhaft sein. Erreicht der Gründer ein gewisses Alter, wird er gegebenenfalls nicht mehr arbeiten wollen oder können. Ihm ist aber in aller Regel daran gelegen, weiterhin die Früchte seines Lebenswerks zu ernten. Ohne die Möglichkeit einer Trennung von Eigentum und Kontrolle wäre dies nicht umsetzbar. Ebenso kann er mit dieser Möglichkeit seine Eigentumsrechte auf Erben übertragen, ohne dass diese dazu verpflichtet wären, in der Gesellschaft tätig zu werden. Die Trennung von Eigentum und Kontrolle löst damit das Problem, dass Gesellschaften „ewig“ leben können, während die Eigentümer nur eine begrenzte Lebenserwartung haben⁴.

2. Gesellschaftermotivierte Gründe

a. Spezialisierung

Die Trennung zwischen Eigentum am Unternehmen und Steuerung des Unternehmens führt zu einem Spezialisierungsvorteil für die Anteilseigner. Die Leitungsbefugnis wird dem Prinzipal-Agent-Ansatz entsprechend den Managern übertragen, welche besondere Fähigkeiten zur Führung von Unternehmen aufweisen. Dies kann von Vorteil sein, wenn der Eigentümer die berufsspezifisch notwendigen Voraussetzungen nicht erfüllt. Der Spezialisierungsaspekt ermöglicht es auch, dass visionäre, engagierte Gründer Projekte verwirklichen, ohne über das dafür

⁴ HILPISCH, s. 13.

notwendige Kapital zu verfügen. Spezialisierte Eigenkapitalgeber – wie z.B. Venture Capital-Unternehmen – statten Gründer mit Eigenkapital aus und werden damit zu (Mit-) Eigentümern⁵.

b. Diversifikation

Ein Einzelunternehmer, der einen Großteil seines Vermögens in seinem Unternehmen gebunden hat, ist überproportional hohen Risiken eingesetzt. Seine Investition in das Unternehmen in Form von Finanzkapital kann durch eine Krise mit anschließender Insolvenz auf einen Schlag verloren gehen. Dieses Risiko kann jedoch durch eine Streuung auf verschiedene Anlagearten vermindert werden. Der Unternehmer hat nämlich die Möglichkeit, an vielen Unternehmen eine Kapitalbeteiligung zu halten und damit eine optimale Risikoreduzierung durch Diversifikation in einem Portefeuille von Beteiligungen zu erreichen. In einem Insolvenzzenario hätte er dann einen Teil seines Vermögens, von dem er - zumindest befristet – zehren könnte⁶.

c. Konsum

Benötigt ein Eigentümer, der einen Großteil seines Vermögens in seiner Gesellschaft gebunden hat, liquide Mittel, so kann/muss er einen Anteil an der Gesellschaft veräußern. Es ist dabei unerheblich, ob er diese Mittel benötigt, um seinen Konsum (Haus, Auto etc.) zu finanzieren oder um anderen Verpflichtungen (Steuerschuld, Bußgeld etc.) nachzukommen. Eine solche Veräußerung an einen Investor oder über die Börse zu Realisierung von geschaffenen Werten führt wiederum zu einer Trennung von Eigentum und Kontrolle⁷.

3. Anreizbezogene Gründe

Anreizbezogene Gründe sind die Gründe, die aus einem Ziel resultieren, eine Angleichung der Interessen von Eigentümern und anderen Akteuren (Angestellten, Kunden, Lieferanten, gesellschaftliche Interessengruppen wie Gewerkschaften) zu realisieren. Die Eigentümer profitieren direkt über Ausschüttungen und Wertsteigerungen. Durch eine Beteiligung von Dritten an der Gesellschaft werden diese auch zu Eigentümern, wodurch es auch ihr Anreiz wird, im Interesse der Gesellschaft zu handeln und den Wert der Gesellschaft zu steigern. Im Allgemeinen hat die Bedeutung dieser Stakeholder, eine positive Anreizwirkung. Kunden werden bevorzugt Aufträge an solche Gesellschaften vergeben, an denen sie beteiligt sind,

⁵ HILPISCH, s. 14.

⁶ HILPISCH, s. 15.

⁷ HILPISCH, s. 15.

das sie dadurch indirekt profitieren. Lieferanten werden gegenüber Gesellschaften, an denen sie beteiligt sind, tendenziell keine überhöhten Preise in Rechnung stellen und bei Lieferengpässen bevorzugt liefern. Eine Beteiligung von Wettbewerbern kann einen vernichtenden Wettbewerb verhindern oder neue Vertriebskanäle öffnen. Eine Beteiligung von Fremdkapitalgebern kann wiederum dazu führen, dass die Interessen zwischen Eigen- und Fremdkapitalgebern angeglichen werden. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen wird ein Unternehmer deshalb häufig einen Vorteil darin sehen, gewisse Stakeholder an seiner Gesellschaft zu beteiligen⁸.

B. PRINZIPAL-AGENT-PROBLEMATIK

Die Trennung von Eigentum und Kontrolle weist nicht nur Vorteile auf. Sie ist auch mit Nachteilen verbunden. Die Nachteile dieser Trennung liegen vor allem in möglichen Interessengegensätzen zwischen den Kapitalgebern und Unternehmensleitung. Theoretisch sind solche Interessenkonflikte mit der Agency-Theorie zu erklären.

1. Agency-Theorie

a. Untersuchungsgegenstand der Agency-Theorie

Untersuchungsgegenstand der Agency-Theorie, die zuerst in einem Aufsatz von Jensen und Meckling erörtert wurde⁹, ist die Analyse und Gestaltung von Auftragsbeziehungen zwischen einem Prinzipal und einem Agenten. Nach dieser Theorie beauftragt der Prinzipal einen Agenten, in seinem Namen bestimmte Handlungen vorzunehmen bzw. Leistungen zu erbringen, in der Regel deshalb, weil er zu wenig Zeit hat, die Aufgaben wahrzunehmen, welche mit einer unternehmerischen Tätigkeit einhergehen, oder es fehlen ihm mitunter finanzielle Ressourcen sowie technisches und/oder organisatorisches Know-how. In dieser Hinsicht ist die Delegation von Aufgaben an andere Personen ein notwendiger Schritt. Dabei erwartet der Prinzipal vom Agenten, dass sich dieser voll und ganz für die Auftragsbefriedigung einsetzt, also nicht seine eigenen Ziele, sondern die Ziele des Prinzipals verfolgt. Er kann jedoch das Engagement und/oder die Qualitäten seines Agenten nur mit Einschränkungen erkennen und sieht – wenn überhaupt – nur das Ergebnis dessen Bemühungen. Demgegenüber hat der Agent einen Informationsvorsprung, da er sein eigenes Verhalten im Hinblick auf Erfolg besser beurteilen kann. Er kennt seine Handlungen, seine Absichten und seine Eigenschaften in der Regel genauer

⁸ HILPISCH, s. 15.

⁹ JENSEN, Michael / MECKLING, William: Theory of the Firm. Journal of Financial Economics, Vol. 3, Nr. 4, s. 327.

und früher, als sie dem Prinzipal deutlich werden oder ihm sogar auf Dauer verborgen bleiben. Bei unterstellter Nutzenmaximierung des Agenten könnte dieser diese Informationsasymmetrie zu Ungunsten des Prinzipals für seine eigenen Zwecke durch entsprechendes Handeln ausnutzen. Denn sein Verhalten wird durch Nutzenfunktion und nicht durch diejenige des Prinzipals definiert. Der eigennützig rational handelnde Agent verfolgt zuerst die eigenen Interessen. Die Interessen des Prinzipals wird er soweit wahren, als die Rahmenbedingungen ein solches Verhalten attraktiv oder zumindest ratsam erscheinen lassen¹⁰.

b. Ursachen für das Entstehen von Agency-Problemen

Hauptursache für das Entstehen von Agency-Problemen ist die asymmetrische Verteilung von Informationen zwischen Prinzipal und Agent¹¹. Spremann unterscheidet zwischen „Qualitätsunsicherheit“, „Hold-up“ und „Moral-Hazard-Problemen“ der Informationsverteilung¹². Im ersten Fall kennt der Prinzipal bestimmte, unveränderliche (bzw. nicht mehr kostenlos veränderbare) Eigenschaften des Agenten oder der von ihm angebotenen Leistungen vor Vertragsabschluss nicht. Er kann also die Qualität der angebotenen Leistung „ex-ante“ nicht beurteilen. Da der Agent dem Prinzipal falsche Tatsachen vorspielen kann, besteht die Gefahr, dass es zu „Adverse Selection“ kommt, dass also systematisch unerwünschte Vertragspartner ausgewählt werden. Als Beispiel dafür dient das berühmte „Lemons“-Modell von Akerlof. Er sagt, Käufer von Gebrauchswagen könnten – wenn überhaupt – nicht kostenlos die Qualität des angebotenen Gebrauchswagen beurteilen, so dass sie in einem Markt, in dem sowohl gute als auch schlechte „Lemons“-Gebrauchswagen angeboten werden, zum Beispiel einen Erwartungswert für die Qualität bilden und nur einen niedrigen Preis zu zahlen bereit sind, als sie für einen guten Wagen zahlen würden. Damit würden systematisch die Anbieter guter Gebrauchswagen aus dem Markt gedrängt, so dass am Ende nur noch schlechte Gebrauchswagen angeboten würden¹³. Diese Verhaltensunsicherheit wird auch „hidden characteristics“ genannt¹⁴.

Der „Hold-up“, welcher auch als „hidden intention“ bekannt ist, tritt im Gegensatz zur Qualitätsunsicherheit erst nach Vertragsabschluss auf. Goldberg bezeichnet mit

¹⁰ **VON DER CRONE**, Hans C.: Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft. Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Band 119, Heft 2, s. 242.

¹¹ **FRITSCH**, Michael / **WEIN**, Thomas / **EWERS**, Hans J.: Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 7. Aufl., Verlag Vahlen München, s. 282.

¹² **SPREMANN**, Klaus: Asymmetrische Information. Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Heft 5/6, s. 562.

¹³ **AKERLOF**, George A.: The Market for “Lemons”. Quarterly Journal of Economics, Vol. 89, s. 488.

¹⁴ **SPREMANN**, s. 561.

„Hold-up“ das opportunistische Ausnutzen von Vertragslücken. Da es unmöglich ist, in Verträgen alle Fälle und Varianten abschließend zu regeln, besitzt der Agent noch einen (juristischen) Freiraum für die tatsächliche Ausgestaltung der Gegenleistung. Diese kann dann vom Agenten bewusst gestalten werden, wobei es darauf ankommt, ob er sich partnerschaftlich, großzügig und kulant, oder eher egoistisch, kleinlich und formaljuristisch verhält. Das Verhalten des Agenten, das noch dessen Willen unterliegt, bleibt nicht verborgen, sondern zeigt sich offen¹⁵.

Bei „Moral-Hazard-Problemen“ – man spricht auch von „hidden action“ – unterliegt das Verhalten des Agenten noch dessen Willen, die vom Agent gewählte Aktion bleibt aber dem Prinzipal auch „ex-post“ verborgen. Der Prinzipal delegiert eine Aufgabe an einen Agent, der für seine Leistung entlohnt wird. Das Problem liegt hier darin, dass es dem Prinzipal zwar möglich ist, das Ergebnis der Delegation zu beobachten; er kann aber nicht das Anstrengungsniveau oder die Sorgfalt des Agenten beurteilen. Das Ergebnis der Aktion des Agenten hängt nämlich einerseits von einer der endogenen Variable, dem Anstrengungsniveau des Agenten, und andererseits von exogenen, von beiden Parteien nicht beeinflussbaren und vom Prinzipal nicht beobachtbaren Faktoren ab¹⁶.

c. Agency-Kosten

Die Interessenkonflikte zwischen Managern und Anteilseignern, die aufgrund der Trennung von Eigentum und Kontrolle in einer Aktiengesellschaft entstehen, führen indirekt zur Agency-Kosten. Unter Agency-Kosten versteht man Kosten, die daraus resultieren, der Prinzipal im Agency-Problem Aufwendungen tätigt, um die Missbrauchmöglichkeiten des Agenten einzuschränken¹⁷. Agency-Kosten setzen sich aus drei Komponenten zusammen: Erstens zeitigt der Prinzipal Kosten zur Überwachung und Kontrolle des Agenten (Monitoring Costs). Zweitens entstehen Ausgaben im Bemühen, eine „glaubhafte Bindung des Verhaltens des Agenten“ zu erzeugen (Bonding Costs). Und drittens erfährt der Prinzipal einen Residualverlust (Residual Loss). Dieser entsteht dadurch, dass der Agent nicht so gewinnorientiert handelt, wie der Prinzipal handeln würde¹⁸.

¹⁵ **GOLDBERG**, Victor P.: Regulation and Administered Contracts. Journal of Economics and Management Science, Vol. 7, s. 439.

¹⁶ **ARROW**, Kenneth J.: Wo Organisation endet. Gabler Verlag, Wiesbaden 1980, s. 34.

¹⁷ **ERLEI**, Matthias / **LESCHKE**, Martin / **SAUERLAND**, Dirk: Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl., Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart 2007, s. 75.

¹⁸ **JENSEN** / **MECKLING**, s. 308.

2. Corporate Governance

Wie die Anteilseigner dafür sorgen können, dass die von ihnen beauftragten Manager tatsächlich ausschließlich in ihrem Interesse das Unternehmen leiten, ist die Grundproblematik der beschriebenen Agency-Theorie. Dieses Problem zu lösen oder zumindest zu verringern, ist das Ziel einer guten Corporate Governance. Im Folgenden soll ein Einblick gegeben werden, was genau unter dem Begriff „Corporate Governance“ zu verstehen ist und welche Elemente und Mechanismen sich Corporate Governance bedient.

a. Begriffsbestimmung

Für den aus dem Englischen kommenden Begriff „Corporate Governance“ gibt es keine deutsche bzw. türkische Entsprechung, die den gesamten Sachverhalt hinreichend korrekt wiedergibt. Etymologisch lässt sich der Begriff „Corporate“ auf das lateinische „Corpus“ zurückverfolgen, was englisch „Corporation“ ergeben hat. Corporation steht für die deutsche „Körperschaft“. Die Ursprünge des Wortes „Governance“ hingegen sind sowohl im Lateinischen als auch im Griechischen zu finden. Der lateinische Ursprung „gubernare“ steht ebenso wie das griechische „kybernetes“ für das deutsche „steuern“. Basiert man auf diesem Wortstamm, so gelangt man ungefähr zur wörtlichen Übersetzung: „Steuerung einer Körperschaft bzw. Gesellschaft“. Ob sich daraus jedoch eine exakte Definition des Begriffs „Corporate Governance“ ableiten lässt, ist angesichts der Vielgestaltigkeit von Mechanismen und Instrumentarien, welche die impliziten Vertragsbeziehungen zwischen Managern und Aktionären beeinflussen und somit den Kern des Problemkreises „Unternehmenskontrolle“ bilden, zweifelhaft.

Wie schwer es ist, zu einer einheitlichen Begriffsbestimmung zu gelangen, zeigt eine kurze und mehr oder weniger zufällige Auswahl von Definitionsversuchen. Eine der ersten der Begriffsdefinitionen findet sich im „Cadbury-Report“ aus England, welche die folgende Formulierung enthält: „Corporate Governance is the system by which companies are run“ (Ziff. 2.5. des Cadbury-Reports). Im italienischen „Preda Code“ sind es die Regeln, nach denen Unternehmen geführt werden (Ziff. 2.1. des Preda Codes). Eine ähnliche Definition ist in der Einleitung des schweizerischen „Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance“ zu finden, welche die Corporate Governance charakterisiert als die „Gesamtheit der auf das Aktionärsinteresse ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben“. Die „Organisation for Economic Co-operation and Development“ (OECD) beschreibt

hingegen Corporate Governance als die „Wechselbeziehungen zwischen allen unmittelbar und mittelbar durch die institutionellen Entscheidungsfindung beteiligten Akteuren ... (die) durch die institutionellen Rahmenbedingungen sowie durch das Regulierungsumfeld geprägt (werden)“ bzw. als „Struktur von Beziehungen und entsprechenden Verantwortlichkeiten in einer aus Aktionären, Bord-Mitgliedern und Managern bestehenden Kerngruppe zur bestmöglichen Förderung der nötigen Wettbewerbsleistungen, um das Hauptziel eines jeden Unternehmens verwirklichen zu können“.

An dieser Stelle ließe sich noch eine Vielzahl von weiteren Definitionsversuchen anführen. Am Ende wird jedoch festzustellen bleiben, dass eine abschließende Definition des Begriffs „Corporate Governance“ nicht zu erreichen ist. Der Grund dafür liegt nach Böckli, der sich aus schweizerischer Sicht intensiv mit dem Begriff „Corporate Governance“ und der internationalen Entwicklung auseinandergesetzt hat¹⁹, vor allem in der angelsächsischen Methodik²⁰, wo es nicht um elegante Begriffsdefinitionen, sondern vielmehr um die Herausarbeitung von funktionalen Zusammenhängen geht²¹.

b. Entwicklung der Corporate Governance

Die Grundproblematik von Delegationsbeziehungen wurde schon vor Entstehung der Agency-Theorie erkannt. So hegte Adam Smith in seiner im Jahre 1776 publizierten Schrift über den Wohlstand der Nationen Zweifel an den Erfolgchancen von Aktiengesellschaften. Er wies darauf hin, dass mit der Delegation einer Aufgabe an einen Agenten nicht nur Vorteile sondern durchaus auch Nachteile verbunden sein könnten. Da die Direktoren der Aktiengesellschaften mit anderer Leute Geld als mit ihrem eigenen wirtschaften, könne man, so Smith, nicht erwarten, dass sie darauf mit der gleichen sorglichen Wachsamkeit achten, wie die Partner einer Personengesellschaft häufig auf das ihre. Sie würden wie Verwalter eines reichen Mannes sehr dazu neigen, die Inachtnahme von Kleinigkeiten als der Ehre ihrer Herren zuwiderlaufend zu betrachten und würden sich sehr leicht dieser Pflicht entschlagen. Nachlässigkeit und Vergeudung müssten deshalb stets mehr oder minder in der Geschäftsleitung dieser Gesellschaften obwalten²². Die von Smith gehegten

¹⁹ **BÖCKLI**, Peter: Corporate Governance auf Schnellstrassen und Holzwegen. Der Schweizer Treuhänder, 74. Jg., s. 152.

²⁰ **PROWSE**, Stephen: Corporate Governance in an International Perspective: Legal and Regulatory Influences on Financial System Development. Federal Reserve Bank of Dallas (Hrsg.). Economic Review, s. 8.

²¹ **BÖCKLI**, s. 134.

²² **SMITH**, Adam: Untersuchung der Natur und Ursachen von Nationalreichtümern. (Jubiläumsausgabe), Band. II, Berlin 1879, s. 254.

Bedenken, dass die Manager weniger sorgfältig mit dem Kapital umgehen würden als die Aktionäre, wurden auch von Rudolf von Jhering geteilt. Jhering stand der damals aufkommenden Aktiengesellschaft äußerst kritisch gegenüber und schrieb 1893: „Solange das eigene Interesse am Steuerruder des Rechts sitzt, gibt es sich selber nicht preis; sowie aber das Steuerruder fremden Händen anvertraut wird, ist diese Garantie, welche das eigene Interesse gewährt, hinweggefallen, und die Gefahr heraufbeschworen, dass der Steuermann den Kurs dahin richte, wohin sein Interesse, nicht das fremde es wünschenswert macht²³. Umso pointierter umschrieb der deutsche Bankier Carl Fürstenberg den Interessenkonflikt zwischen Aktionären und Managern: „Aktionäre sind dumm und frech-dumm, weil sie anderen Leuten ohne ausreichende Kontrolle ihr Geld anvertrauen; frech, weil sie Dividenden fordern, also für ihre Dummheit auch noch belohnt werden wollen.“²⁴. Diese Aussage spiegelte lange Zeit die Einstellung der Aktiengesellschaften zu ihren Aktionären wider.

Richtig in Gang gekommen ist diese Diskussion über Manager, die bei der Publikumsaktiengesellschaft eigene Interessen systematisch auch zum Schaden der Anteilseigner verfolgen, mit einem klassischen Buch, das Adolf Berle und Gardiner Means 1932 unter dem Titel „The modern corporation and private property“ veröffentlicht haben. In ihrer wegweisenden Studie von 1932 hatten die beiden Professoren aus der Columbia University gezeigt, dass in 44% der von ihnen untersuchten amerikanischen Unternehmen die Anteile derart breit gestreut waren, dass von einer „Herrschaft der Manager“ über diese Unternehmen gesprochen werden musste. In nur 11% der Unternehmen gab es eindeutige Mehrheitsaktionäre. Aufgrund des von ihnen beobachteten Trends zur Verteilung des Eigentums auf viele Anteilsbesitzer gingen sie von einer historischen Entwicklung zur Trennung von Eigentum und Kontrolle aus.

Das eigentliche Schlagwort „Corporate Governance“ erschien aber nach den Recherchen von Böckli erstmals 1976 in einem Buch von Courtney C. Brown, „Putting the Corporate Board to Work“, in den USA²⁵. Bedeutung gewann es jedoch erst 1987, als das „California Public Employees Retirement System“ (CalPERS), größter Pensionsfonds der Vereinigten Staaten von Amerika, darauf drängte, dass die Leitung von Unternehmen primär auf die Interessen der Anleger gerichtet sein muss. CalPERS machte ständig Schlagzeilen mit seinen Interventionen auf Hauptversammlungen,

²³ **JHERING**, Rudolf von: Der Zweck im Recht, 3. Aufl., Verlag Keip, Leipzig 1898, s. 218.

²⁴ Zitiert nach **GÜNTHER**, Thomas / **OTTERBEIN**, Simone: Die Gestaltung der Investor Relations am Beispiel führender deutscher Aktiengesellschaften. Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 66. Jg., Heft 4, s. 390.

²⁵ **BÖCKLI**, s. 134.

vor Gericht und in der Presse. Um das Verhalten von Konzernen zu korrigieren, veröffentlichte der Fonds für die kalifornischen Staatsbediensteten zudem eine Liste von Unternehmen, die durch besonders schlechte wirtschaftliche Leistung oder mangelhafte Corporate Governance auffällig geworden waren. Nach einer Studie der Wilshire Associates haben die Anforderungen von CalPERS zu einer Überrendite bei den von ihnen beeinflussten Unternehmen geführt. Während sich 96 Prozent der Unternehmen in den fünf Jahren vor Beeinflussung durch CalPERS schlechter entwickelten als der „Standard & Poor’s 500-Index“, erzielten diese Unternehmen in den darauf folgenden fünf Jahren eine Überrendite von 14 Prozent. Eine weitere, in den Jahren 1990 bis 1999 bei 1.500 Unternehmen durchgeführte Studie bestätigt diesen so genannten „CalPERS Effect“. Anhand 24 untersuchter Kriterien konnte festgestellt werden, dass gegenüber anderen Unternehmen eine 8,5 Prozent höhere Performance erzielt werden konnte²⁶.

So kam es zunehmend zu einer Diskussion über Corporate Governance, welche durch ein Forschungsprojekt des „American Law Institute“ (ALI) kräftig gefördert wurde. Auch die „Securities and Exchange Commission“ (SEC) und die „New York Stock Exchange“ (NYSE) beschäftigten sich mit dem Thema, was unter anderem zum „Blue-Ribbon-Report“ über die Unabhängigkeit der Audit-Funktion und über das Audit Committee führte. In jüngster Zeit erlebte die Diskussion von Corporate Governance einen neuen Aufschwung, welcher durch diverse Unternehmensskandale ausgelöst wurde. Die spektakulären Pleiten von Unternehmensriesen wie Enron, Adelphia und Worldcom aufgrund korrupter Buchhaltung und mangelnder Überwachung zerstörten das Vertrauen der Anleger in US-amerikanische Unternehmen. Um diesen Vertrauensverlust wieder zu beheben, hat der US-Kongress am 30. Juli 2002 die Sarbanes-Oxley Act - ein Corporate Governance Kodex in Gesetzesform - verabschiedet, welche die Schaffung einer Serie weitreichender neuer Regelwerke zur Verbesserung der Corporate Governance und zur Stärkung des angeschlagenen Anlegervertrauens vorschrieb. Am 29. August 2002 ist die erste SOA-Einführungsverordnung in Kraft getreten. Am 24. Juli 2002 verabschiedete der Verwaltungsrat der NASD neue Bestimmungen für die Corporate Governance der am NASDAQ Stock Market notierten Gesellschaften und am 1. August 2002 verschärfte der Verwaltungsrat der New York Stock Exchange ebenfalls die Corporate Governance Bestimmungen.

Der Startschuss für die Corporate Governance-Diskussion in Europa erfolgte 1992 durch den sogenannten „Cadbury-Report“ und den dazu gehörenden „Code of

²⁶ GOMPERS, Paul A. / ISHII, Joy L. / METRICK, Andrew.: Corporate Governance and Equity Prices. Quarterly Journal of Economics, Vol. 118, Nr. 1, s. 144.

Best Practice“. Der nach Sir Adrian Cadbury benannte Bericht aus England befasste sich mit der internen Strukturierung, Funktionsweise und Zusammensetzung von Unternehmensleitung. Seit der Einführung des Cadbury Reports in England hat sich das Erstellen von Corporate Governance Kodex weit über West-Europa verbreitet und zunehmend an Bedeutung gewonnen. Mittlerweile haben viele kontinentaleuropäische Staaten bereits überarbeitete und vervollständigte Versionen von solchen Kodex erstellt, um möglichst hohe Transparenz zu gewährleisten. Um diese verschiedenen Länder-Kodex zu synthetisieren und somit eine internationale Mindeststandards für die Corporate Governance zu schaffen, hat die OECD im Jahre 1999 „Grundsätze der Corporate Governance“ aufgestellt (Im Jahre 2002 forderten die Mitgliedsregierungen die OECD auf, die Grundsätze zu überarbeiten, um den neuen Entwicklungen und Herausforderungen im Unternehmenssektor wirksam zu begegnen). Diese Grundsätze appellieren an die Mitgliedsregierungen, für einen effektiven Regulierungsrahmen zu sorgen und fordern die Unternehmen zu mehr Verantwortungsbewusstsein und Transparenz auf. Sie empfehlen den institutionellen Investoren, öffentlich zur Geschäftspolitik von Unternehmen Stellung zu nehmen und verantwortungsvoller zu handeln. Des Weiteren befürworteten sie eine Stärkung der Rechte für alle Aktionäre, die sie in die Lage versetzt, sich zur Vergütung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern äußern zu können. Sie fordern auch größere Transparenz und Offenlegung von Informationen, um Interessenskonflikten vorzubeugen.

c. Funktion der Corporate Governance

Eine prägnante Definition des Begriffs „Corporate Governance“ ist, wie soeben erwähnt, nicht zu erreichen. Die Tatsache, dass praktisch jeder etwas anderes unter dem Begriff „Corporate Governance“ versteht, gehört nach Böckli zu der schillernden Natur dieses aus dem angelsächsischen Bereich stammenden Begriffs²⁷. Gemäß Böckli ist man sich heute immerhin einig, dass in Corporate Governance zwei verschiedene Elemente unauflösbar verbunden sind. Demnach geht es bei der Corporate Governance in erster Linie um die „Balance im inneren Dreieck“ zwischen der Führungsfunktion des Managements, der Oberleitungs- und Überwachungsfunktion des Board of Directors bzw. Verwaltungsrates und der Prüfungsfunktion von Revisoren. Die Corporate Governance befasst sich aber auch mit der zweckmäßigen Zusammensetzung und Strukturierung des Verwaltungsrats als Gremium. Sie widmet sich gleichzeitig dem „Kräftegleichgewicht im äußeren Dreieck“ zwischen dem Unternehmen, dem Kapitalmarkt und den weiteren Anspruchsgruppen. Dabei geht es in erster Linie um die Kontrolle der Unternehmensspitze (Verwaltungsrat

²⁷ BÖCKLI, s.134.

und Management zusammengenommen) durch die auf nachhaltige Wertsteigerung ausgehenden Aktionäre, insbesondere die institutionellen Anleger, insgesamt um die Einbettung der unternehmerischen Funktionen in die Interessensphäre der Eigner²⁸.

4. Kontrollmechanismen der Corporate Governance

Die Corporate Governance umfasst eine Vielzahl von Mechanismen, die zu einer effizienten Interessenharmonisierung beisteuern. Generell wird zwischen internen und externen Kontrollmechanismen unterschieden. Bei der internen Kontrolle soll eine Überwachung der Unternehmensführung durch Mechanismen innerhalb des Vertragsnetzes einer Gesellschaft erreicht werden. Dagegen beruhen die externen Kontrollmechanismen auf der Einflussnahme externer Kräfte auf das Unternehmen und sein Management²⁹.

a. Interne Kontrollmechanismen

Zu den internen Kontrollmechanismen gehören die Überwachung durch Aktionäre, die Überwachung durch institutionelle Investoren, die Überwachung durch Kontrollgremien, die Gläubigerüberwachung sowie die Überwachung durch andere Vertragspartner. Insbesondere die Aktionäre eines börsennotierten Unternehmens haben die Möglichkeit, ihre Unzufriedenheit mit dem Management und seinem Verhalten durch Verkauf von Aktien (exit/voting on foot) oder durch Ausübung des mit dem Eigenkapitalanteil verbundenen Stimmrechts (voice) auszudrücken³⁰. Wenn genügend Aktionäre mit Verkauf von Aktien auf unzulängliche Leistungen des Managements reagieren, so bestraft der Aktienmarkt das Management mit sinkenden Börsenkursen und setzt es auf diesem Weg unter Druck³¹.

Großaktionäre von Publikumsaktiengesellschaften, bei denen es sich zumeist um strategische Investoren handelt, können ebenfalls eine große Bedeutung für die Corporate Governance besitzen. Maßgeblicher Kontrolleinfluss der Großaktionäre resultiert aus dem sogenannten „Free-Rider-Effekt“. Demzufolge ist es für die an einem Abkommen Beteiligten vorteilhafter, sich selbst wenig zu engagieren und von den Anderen mehr einzufordern. So profitiert man mit geringem eigenem

²⁸ **BÖCKLI**, s. 133f.

²⁹ **JENSEN**, Michael: The Modern Industrial Revolution, Exit, and the Failure of Internal Control Systems. *Journal of Finance*, Vol. 48 Nr. 3, s. 831.

³⁰ **WITT**, Peter: Konsistenz und Wandlungsfähigkeit von Corporate Governance Systemen, *Zeitschrift für Betriebswirtschaft*, Band 71, Ergänzungsheft 4, s. 76.

³¹ **DE PURRY**, David: Corporate Governance – Herausforderung für die Unternehmensführung, *Der Schweizer Treuhänder*, s. 1030.

Aufwand durch die Anstrengung der Anderen. Dieser Effekt ist auch bei Publikumsaktiengesellschaften zu beobachten. Da die Ausübung der Stimmrechte in der Regel mit signifikanten Kosten verbunden, verzichten die Kleinaktionäre häufig auf die Ausübung der eigenen Stimmrechte, die ihnen nur einen vernachlässigbaren zurechenbaren Nutzen bringt. Stattdessen profitieren sie von der Kontrollausübung durch Grossaktionäre³².

Um sich vor Schädigungen durch Managements zu schützen, neigen Fremdkapitalgeber in der Regel dazu, nur kurzfristige Kredite zu gewähren. Damit ergibt sich für ein Unternehmen, das sich zum größten Teil über einen Kapitalmarkt finanziert, immer wieder die Notwendigkeit, neue Kredite zu beantragen und entsprechende Kreditwürdigkeitsprüfungen über sich ergehen zu lassen³³. Die Befürwortung oder Ablehnung der Kreditvergabe hängt nämlich u.a. kritisch vom Ruf der entsprechenden Gesellschaft am Kapitalmarkt ab³⁴. Ein Unternehmen, das keine gute Position im Ratingprozess erzielt, wird entweder keine Kredite bekommen oder einen deutlich höheren Zinssatz für die Kapitalbereitstellung leisten müssen. Vor diesem Hintergrund besteht für die Manager von Unternehmen, die sich mit Fremdkapital finanzieren, Anreiz, Corporate Governance – Regeln zu beachten. Denn die Beachtung von Corporate Governance-Grundsätzen könnte möglicherweise dazu beitragen, dass das betreffende Unternehmen ein günstigeres Rating erhält bzw. eine ungünstigere Einstufung verhindern. Dies würde seine Kreditwürdigkeit erhöhen und damit die Finanzierungskosten für das Unternehmen ganz erheblich beeinflussen.

b. Externe Kontrollmechanismen

Sind auf Grund der strukturellen und rechtlichen Gegebenheiten im Unternehmenssektor die internen Kontrollmechanismen nicht ausreichend vorhanden oder nicht wirksam genug, ist es erforderlich, von außen derart auf die Unternehmen einzuwirken, dass eine optimale Unternehmensführung erreicht wird. Dabei kann die Disziplinierungswirkung auf die Geschäftsführung auf verschiedene Weisen erzielt werden. Zum einen üben verschiedenste Marktkräfte einen permanenten Wettbewerbsdruck auf Unternehmen und deren Management aus. Wird diesem Druck der Märkte, seien es Kapitalmärkte, Arbeitsmärkte für Manager, Produkt- und Beschaffungsmärkte oder der Markt für Corporate Control (Unternehmenskontrolle), nicht nachgegeben, drohen erhebliche wettbewerbliche Nachteile, welche bis zur Verdrängung aus diesen Märkten führen können. Insofern setzt allein die Existenz

³² WITT, s. 75.

³³ WITT, s.75.

³⁴ SCHLEIFER, Andrei / VISHNY, Robert: A Survey of Corporate Governance, in Journal of Finance, Vol. 52 Nr. 2, s.749.

funktionsfähiger kompetitiver Märkte starke Anreize für das Management, effizient und damit im Sinne der Eigentümer zu agieren³⁵.

c. Gesetzliche Kontrollmaßnahmen

Allerdings ist kaum ein Markt weltweit frei von Friktionen wie z.B. Transaktionskosten, unvollkommene Information, Fairnessnormen oder Einfluss konjunktureller Störungen, die seine Funktionsfähigkeit und Effizienz und damit auch den Wettbewerb auf diesem Markt beeinträchtigen. Dort, wo der Markt allein nicht in der Lage ist, aktionärgerechte Anreizstrukturen für das Management zur Verfügung zu stellen, ist der Schutz von Investoren vor Schädigung durch eigennützige Manager durch entsprechende Gesetze und Regulation zu gewährleisten. Ohne solchen Schutz würde bei den Investoren nur geringe Bereitschaft bestehen, den Unternehmen Eigenkapital zur Verfügung zu stellen, so dass sich kein liquider Aktienmarkt entwickeln könnte. Dies würde zudem zur Finanzierungsdefiziten und höheren Kapitalkosten führen, welche die Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Unternehmen einschränken würde³⁶.

III. ERGEBNIS

Aktionäre stellen Unternehmen finanzielle Mittel in Form von Eigenkapital zur Verfügung. Im Gegenzug erhalten sie mit der Aktie einen Anspruch auf das Kapital. Es ist jedoch zu beobachten, dass Eigentum und Kontrolle auseinander fallen. Nach der Prinzipal-Agenten-Theorie führt die Trennung von Eigentum und Kontrolle zu Interessenkonflikten zwischen Eigentümern und Management. Durch die Trennung von Eigentum und Kontrolle entsteht unter Umständen das Problem, dass die Ziele des Managements nicht mit der Zielsetzung der Unternehmenseigner übereinstimmen. Da das Management in der Regel nicht Eigentümer des Unternehmens ist, profitiert es auch nur in begrenztem Maße von seinen eigenen Entscheidungen bzw. trägt auch nur begrenzt die Kosten seines Handelns. Es ist durchaus möglich, dass das Management andere geschäftspolitische Interessen verfolgt als die Anteilseigner. Es sind also Anreiz- und Kontrollmechanismen nötig, die erstens gewährleisten, dass das Management die Interessender Eigentümer - aber auch sonstiger für den Unternehmenserfolg wichtiger Gruppen (den sog. „Stakeholdern“ wie Mitarbeiter, Lieferanten, Kunden etc.) - auch tatsächlich bei der Führung des Unternehmens beachtet und zweitens gleichzeitig ;sicherstellen, dass die Anteilseigner in die Lage versetzt werden, das Management angemessen kontrollieren zu können.

³⁵ WITT, s. 75.

³⁶ HELMIS, Sven: Corporate Governance in Deutschland: Eigentums- und Kontrollstrukturen und rechtliche Rahmenbedingungen in der „Deutschland AG“. Arbeitsberichte aus dem „Institute for Mergers & Acquisitions“ (IMA) Nr. 03/02, s. 15.

Es sind „Spielregeln“ für den Interessenausgleich von Management und Anteilseignern notwendig, die ihren Beitrag dazu leisten, das Vertrauen der Investoren in das Unternehmen zu gewinnen und sie zu veranlassen, dem Unternehmen ihr Kapital über einen längeren Zeitraum zur Verfügung zu stellen. Solche Regeln verbergen sich letztlich hinter dem Begriff „Corporate Governance“.

Corporate Governance spielt auf das funktionale Zusammenspiel je in einem inneren Dreieck, dem sogenannten Innverhältnis, und einem äußeren Dreieck, dem sogenannten Außenverhältnis, sowie zwischen diesen beiden Kräftefeldern ab. Im Innenverhältnis wird eine ausgewogene Regelung der Beziehungen zwischen der Geschäftsführung, dem Verwaltungsrat und der Revisionsstelle bezweckt. Im Außenverhältnis hingegen soll ein Ausgleich zwischen den Interessen des Unternehmens, den Anlegern im Kapitalmarkt sowie der Aktionäre und weiterer Betroffenen erreicht werden.

BİBLİYOGRAFYA

AKERLOF, George A.: The Market for “Lemons”. Quarterly Journal of Economics, Vol. 89, 1970, s. 488-500.

ARROW, Kenneth J.: Wo Organisation endet. Gabler Verlag, Wiesbaden 1980.

BÖCKLI, Peter: Corporate Governance auf Schnellstrassen und Holzwegen. Der Schweizer Treuhänder, 74. Jg., 2000, s. 133-152.

DE PURRY, David: Corporate Governance – Herausforderung für die Unternehmensführung, Der Schweizer Treuhänder, 1995, s. 1029-1036.

EISENBERG, Melvin A.: The Structure of Corporation Law. Columbia Law Review, Vol. 89, 1989, s. 1461-1525.

ERLEI, Matthias / LESCHKE, Martin / SAUERLAND, Dirk.: Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl., Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart 2007.

FRITSCH, Michael / WEIN, Thomas / EWERS, Hans J.: Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 7. Aufl., Verlag Vahlen, München 2007.

GOLDBERG, Victor P.: Regulation and Administered Contracts. Journal of Economics and Management Science, Vol. 7, 1976, s. 426-441.

GOMPERS, Paul A. / ISHII, Joy L. / METRICK, Andrew: Corporate Governance and Equity Prices. Quarterly Journal of Economics, Vol. 118, Nr. 1, 2003, s. 107-155.

GÜNTHER, Thomas / OTTERBEIN, Simone: Die Gestaltung der Investor Relations am Beispiel führender deutscher Aktiengesellschaften. Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 66. Jg., Heft 4, 1986, s. 389-417.

HELMIS, Sven: Corporate Governance in Deutschland: Eigentums- und Kontrollstrukturen und rechtliche Rahmenbedingungen in der „ Deutschland AG“. Arbeitsberichte aus dem „Institute for Mergers & Acquisitions“ (IMA) Nr. 03/02, 2002.

HILPISCH, Yves J.: Gründe für die Trennung von Eigentum und Kontrolle.. (http://www.innovalue.de/backoffice/pdf/120614709947_e4581b72eca.pdf). online erişim tarihi: 22.10.2008)

JENSEN, Michael: The Modern Industrial Revolution, Exit, and the Failure of Internal Control Systems. Journal of Finance, Vol. 48 Nr. 3, 1993, s. 831-880.

JENSEN, Michael / MECKLING, William: Theory of the Firm. Journal of Financial Economics, Vol. 3, Nr. 4, 1976, s. 305-360.

JHERING, Rudolf von: Der Zweck im Recht, 3. Aufl., Verlag Keip, Leipzig 1898.

PROWSE, Stephen: Corporate Governance in an International Perspective: Legal and Regulatory Influences on Financial System Development. Federal Reserve Bank of Dallas (Hrsg.). Economic Review: 2-15, 1994.

SCHLEIFER, Andrei / VISHNY, Robert: A Survey of Corporate Governance, in Journal of Finance, Vol. 52 Nr. 2, 1997, s. 737-783.

SMITH, Adam: Untersuchung der Natur und Ursachen von Nationalreichtümern. (Jubiläumsausgabe), Band. II, Berlin 1879.

VON DER CRONE, Hans C.: Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft. Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Band 119, Heft 2, 2000, s. 235-271.

WITT, Peter: Konsistenz und Wandlungsfähigkeit von Corporate Governance Systemen, Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Band 71, Ergänzungsheft 4, 2001, s. 73-85.

İCRA VE İFLÂS HUKUKUNDA “FESAT KARIŞTIRMA” VE “MALİN ESASLI NİTELİKLERİNDE HATA”YA DAYANAN İHALENİN FESHİ NEDENLERİ

THE REASONS IN THE ANNULMENT OF COMPETITIVE BIDDING UNDER THE EXECUTION AND BANKRUPTCY LAW ACCORDING TO THE “RIGGING AN AUCTION” AND “THE MISTAKES IN THE MAIN QUALIFICATIONS OF THE GOODS”

Alper BULUR*

ÖZET

Bir kamusal işlem olan cebri açık artırma ile satışın (ihalenin) hukuka uygunluğunu şikâyet üzerine denetleyen icra mahkemesi, söz konusu işlemin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık belirlemesi halinde, cebri icra işlemi iptal eder (m. 134). Artırma öncesi yapılan işlemler sırasında veya artırma işlemi sırasında, artırmamanın usulüne uygun bir biçimde ilerlemesini engelleyen kanuna ve ahlaka aykırı davranışlar, artırmaya fesat karıştırma olarak değerlendirilir. Alıcının, artırma sonunda ihale ile mülkiyetini kazandığı malın önemli (esaslı) niteliklerinde hataya düşmüş (veya düşürülmüş) olması, ihalenin feshi nedeni olarak kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler : İhale, İhalenin Feshi, Şikayet.

ABSTRACT

The Court of Execution audits the legality of the forced auction sale (bidding), a public transaction. If the Court determines a disability which effects the mentioned transaction, then it cancels the compulsory performance transaction itself (EBL art. 134). Transactions before or during the time of auction shall consider as to rig a competitive bidding process, if these transactions are illegal and immoral acts which are preventing the auction to proceed as regard by the law. It is admissable as a reason for the annulment of a competitive bidding that if the buyer (taker) found himself in a position that he had a mistake in the essential qualities of the good (or if he/she was directed by others to buy it mistakenly).

Key Words : Competitive Bidding, Annulment of the Competitive Bidding, Claim.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Cebri icra hukukunun temel ilkelerinden biri, borçlunun borcunu rızası ile ödemediği durumlarda, alacaklının alacağını borçlunun mallarının paraya çevrilmesi sonucunda para olarak almasıdır. Hacz edilmiş olan herhangi bir malın veya ekonomik değeri olan hakların, alacağı karşılığında alacaklıya devri mümkün değildir. Zira cebri icra (takip) hukuku da devlet aracılığıyla yürütülen bu süreci ifade eder¹. Eğer borç, para ile ifade edilebiliyorsa, borçlunun mallarına el konular, bu mallar satılır ve alacaklı söz konusu malların bedeli ile tatmin edilir².

Paraya çevirme, “rehin yahut haciz altında veya iflâs masasında bulunan malların ve hakların, o husustaki kanun hükümlerine göre pazarlık veya açık artırma ile satılıp para haline getirilmesidir”³. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, “paraya çevirme” ve “ihale” kavramları farklı anlamlar taşımaktadır.

Paraya çevirme işlemi, bir süreci ifade eder ve açık artırma suretiyle yapılabileceği gibi, pazarlık suretiyle de yapılabilir. Açık artırma, bu süreçte uygulanan yöntemlerden sadece biridir (İİK m. 114, 123⁴). İhale ise, kanun koyucunun öngördüğü ve aradığı şartlar çerçevesinde, en uygun peyi süren alıcıya taşınır veya taşınmazın mülkiyetinin geçtiği aşama ve anı ifade eder⁵.

Açık artırma ile satım, cebri artırma ve ihtiyari artırma olmak üzere ikiye ayrılır. Cebri artırmada; malikin rızası olmadan, başkasının yararına, kanun koyucunun öngördüğü şartlara uyararak ve resmi memur aracılığıyla yapılan bir artırma söz konusudur. Buna karşılık, ihtiyari artırmada, borçlunun rızası aranır ve adi satım hükümleri uygulanır⁶ (BK m. 225-231). Bu nedenle cebri artırma ve ihale, özel hukuk

¹ Muşul, T.: İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2005, s. 78; Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin Özkan, M./Özekes, M.: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2006, s. 44.

² Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2006, s. 30-31; Üstündağ, S.: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 2-3.

³ Arslan, R.: İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s. 33; Türk Hukuk Lügatı, Ankara 1998, s. 277.

⁴ Sadece “m.” kısaltması ile gösterilen maddeler, İcra ve İflâs Kanunu’na aittir; diğer kanunlar ayrıca belirtilmiştir.

⁵ Aslan, E. K.: İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi, İzmir 2004, s. 3; Özekes, M.: İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle Yapılan Artırma (Tamamlayıcı Artırma) (DEÜHFD 2003/1, s. 167-184), s. 168-169.

⁶ Arıkan, M.: Gayrimenkul Satımı (AD 1965/2, s. 204-226), s. 221; Aşık, İ.: İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 42-44; Kuru, B.: İcra ve İflâs Hukuku, C. II, İstanbul 1990, s. 1197, dn. 3; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 343; Yavuz, C.: Borçlar Hukuku Dersleri – Özel Hükümler, İstanbul 2000, s. 20.

İhalenin Feshi Nedenleri

karakterli bir satım sözleşmesi değil; bir takip hukuku tasarrufudur ve kamusal bir işlem niteliğindedir⁷.

Açık artırma suretiyle satış, paraya çevirme işlemi bakımından hem taşınır⁸ (m. 114-118) hem de taşınmazlar⁹ (m. 123-133) için kural olarak kabul edilmiş bir yöntemdir. Bunun yanında, taşınır kapsamında değerlendirilen alacakların ve hakların paraya çevrilmesi bakımından kanun koyucu bazı özel hükümlere de yer vermiştir (m. 120-121). Ayrıca kanun koyucu, taşınır mallara özgü olmak üzere bazı istisnai durumlarda pazarlık yolu ile satışa¹⁰ olanak tanımıştır¹¹ (m. 119). İcra hukukunda, taşınmazların istisnai de olsa, pazarlık yolu ile satılması mümkün değildir¹². Tarafların anlaşması ve tüm ilgililerin kabul etmesi dahi bu sonucu değiştirmez¹³.

Türk Medeni Kanunu'nun 699/III. maddesi hükmü nedeni ile ortaklığın giderilmesi amacıyla yapılan satışlarda, açık artırma ile satış yönteminin uygulanacağı söylenebilir (TMK m. 699/III, 703/II). Zira ortaklığın giderilmesi konusunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK m. 571) İcra ve İflâs Kanunu'na atıf vardır ve İcra ve İflâs Kanunu'nda kural olarak açık artırma ile satış kabul edilmiştir¹⁴ (İİK m. 114, m. 123).

Paraya çevirme işlemi ile ilgili önemli ilkelerden birisi de borçlunun sadece alacaklının alacağına yetecek oranda malının paraya çevrilmesi ve bu miktara ulaşılmca paraya çevirme işleminin son bulmasıdır (m. 109). Bununla beraber,

⁷ Akıntürk, T.: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2005, s. 215; Akyazan, S.: Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi, İstanbul 1959, s. 74; Aral, F.: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003, s. 190; Arıkan, s. 220-221; Aşık, s. 60; Erturgut, M.: İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2000, s. 32, 34-35; Olgaç, S.: Gayrimenkullerin Cebri Satışlarında Artırma Şartnameleri ve Hukuki Özellikleri (AD 1964/5-6, s. 488-502), s. 489-490; Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1984, s. 306; Tercan, E.: İflâsın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996, s. 219; Yavuz, s. 113.

⁸ Nelerin taşınır olduğu hakkında bkz. TMK m. 762; TK m. 1242/III; İİK m. 23/son, m. 94/I, c. 7.

⁹ Nelerin taşınmaz olduğu hakkında bkz. TMK m. 704, 998; İİK m. 23/son, m. 136; Maden K. m.40.

¹⁰ Pazarlık yolu ile satış hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özmumcu, S.: Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul 2005, s. 27-417.

¹¹ Aslan, s. 4; Tercan, s. 218.

¹² Sadece iflâs yolu ile takipte (m. 241) ve mal varlığının terki sureti ile konkordatoda (m. 309/e) alacaklılar, taşınmazın pazarlık yolu ile satılmasına karar verebilirler; Bununla beraber, üzerinde rehin hakkı bulunan mallar, ancak rehin hakkı sahibi alacaklıların onayı hâlinde pazarlık yolu ile satılabilirler (Üstündağ, S.: İflâs Hukuku, İstanbul 2007, s. 185).

¹³ Olgaç, s. 488; İflâs yolu ile takipte, alacaklıların kararıyla, bazı malların açık artırma ve bazı malların da pazarlık yolu ile satılmasına dahi karar verilebilir (Üstündağ – İflâs, s. 186).

¹⁴ Gökçe, Z.: Tüm Yönleriyle İzale Şüyu Dava ve Takipleri, Ankara 2000, s. 528.

paraya çevirme işlemi sonunda elde edilen miktar yetersiz kalırsa, icra memuru tamamlama haczi yapabilir ve alacaklının satış talebine gerek olmadan bu malları paraya çevirebilir (m. 139).

Bir cebri icra işlemi ve kamusal işlem olan paraya çevirmenin¹⁵, belli kurallar ve yöntemlerle, düzenli, hızlı ve ilgililer bakımından güven duygusu verecek şekilde yapılması gerekir. Eğer paraya çevirme işlemi, bu unsurları içermiyorsa ve işlemi sonuçlandıran ihale kararı, Kanun'a aykırı veya şüphe uyandıracak biçimde gerçekleşmişse, ilgililer yapılan ihalenin feshini icra mahkemesinden şikâyet yolu ile isteyebilirler¹⁶.

İhalenin feshi konusu, sonuçları bakımından oldukça önemlidir. Öncelikle, paraya çevirme işleminin uzamasından dolayı, alacaklının alacağına kavuşması uzar; ayrıca, alıcının ve cebri artırmalara katılmayı düşünen ilgililerin, cebri artırma yolu ile yapılan satışlara güveni sarsılır ve artırmalara olan ilgi azalır. Bununla beraber, artırma öncesinde veya artırma sırasında yapılan yolsuz bir işlem nedeniyle, artırma konusu mal hukuka aykırı olarak, normal değerinin altında bir bedel ile paraya çevrilmiş ise, yapılan işlem icra mahkemesi tarafından iptal edilir ve başta borçlunun olmak üzere, tüm ilgililerin yararı korunmuş olur.

I. GENEL OLARAK İHALENİN FESHİ NEDENLERİ

Cebri açık artırma yolu ile yapılan satış, adi bir satış sözleşmesi gibi değerlendirilemez. Bu nedenle, cebri açık artırma yolu ile yapılan bir ihalenin feshi, İcra ve İflâs Hukuku çerçevesinde sonuçlandırılır. İhalede bir yolsuzluk olduğunu ileri süren ilgili, bu iddiasını genel mahkemelerde açacağı bir dava ile değil, İcra Mahkemesi'nde şikâyet yolu ile ileri sürmelidir (m. 134/II). İhalenin feshini düzenleyen m. 134 hükmü, "Taşınmazların Satışı" başlığı altında yer bulmuş olmasına rağmen, söz konusu fesih usulü, taşınmazların cebri açık artırma yolu ile satışı bakımından da uygulanır¹⁷.

İhale ile satılan bir malın mülkiyeti alıcıya geçmiş olacağından (m. 134/I), "icra memurunun yaptığı işlemi şikâyet süresi içinde değiştirebileceğine veya geri

¹⁵ Cebri artırma ile satışın bir "sözleşme" değil de "kamusal bir işlem" olması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, s. 52-58.

¹⁶ İhalede bir usulsüzlük bulunsa bile, icra memurunun kendiliğinden satışın düşürülmesine karar verme yetkisinin bulunmadığı ile ilgili olarak bkz. 12. HD, 19.03.1987, 8089/3773 (Uyar, T.: İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, C. 1-2, Ankara 2002, s. 702-703).

¹⁷ Akyazan, s. 72; Kuru – II, s. 1429; Kuru, B.: İcra ve İflâs Hukuku – El Kitabı, İstanbul 2004, s. 534, 599-600; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 376; Muşul, s. 605; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 254; 12. HD, 17.05.1993, 3705/9116 (Kaçak, N.: İcra ve İflâs Hukukunda İhale İşlemleri ve İhalenin Feshi Davaları, Ankara 2006, s. 193).

İhalenin Feshi Nedenleri

alabileceğine” ilişkin kural burada uygulanmaz. Yapılan ihalenin bozulması için, mutlaka İcra Mahkemesi’nde şikâyet yoluna gidilmelidir¹⁸.

İİK m. 134’te, “ihalenin neticesi ve feshi” başlığı yer almaktadır. “İhalenin feshi” kavramı, gerek öğretide gerek mahkeme kararlarında genellikle kullanılmaktadır¹⁹. BK m. 226’nın başlığında ise, “müzayedenin butlanı” ifadesi yer almaktadır. Aslında bu maddede ifade edilmek istenen de butlan veya fesih kavramları değildir²⁰. Buradaki durum, artırmaya fesat karıştırılması halinde ilgililerin artırımın iptalini isteyebilecek olmalarıdır²¹.

İİK m. 134/II’de, BK m. 226’ye yapılan atıf ile düzenlenmek istenen de aslında, ihalenin feshi değil, ihalenin iptalidir²². Söz konusu maddede düzenlenen konu, sözleşmeden dönme değildir, zira ortada hukuken geçersiz kılınan bir sözleşme yoktur. Ortada bir sözleşme olmayınca, sözleşmenin taraflarından birinin beyanı ile ileriye yönelik bir fesih de söz konusu olmayacaktır. İhalenin feshi isteminin (şikâyetinin) icra mahkemesine yapılacağına ilişkin bir hükme yer verilerek, bu durum, ilgili maddede de açıkça ifade edilmiştir²³.

Bu değerlendirmelerden yola çıkarak, m. 134’te yer alan ihalenin feshi kavramı ile asıl ifade edilmek istenenin, “bir kamusal işlem olan cebri açık artırma ile satışın (ihalenin) hukuka uygunluğunu şikâyet üzerine denetleyen icra mahkemesinin, söz konusu işlemin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık belirlemesi hâlinde, cebri icra işlemini iptal etmesi” olduğu söylenebilir²⁴.

Bununla beraber, Kanunda, doktrinde ve uygulamada “fesih” terimi kullanıldığı için, “iptal” olarak anlamak üzere, biz de çalışmamızda bu ifadeyi kullanmaya devam edeceğiz.

¹⁸ Pekcanitez, H.: İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 78.

¹⁹ Arslan, s. 72.

²⁰ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda, 818 sayılı BK’nun 226. maddesine karşılık gelen, m. 280’in kenar başlığında, “müzayedenin butlanı” ifadesi yerine “artırımın iptali” ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu tasarının gerekçesinde, burada fesihten söz edilemeyeceği ve yapılan ihalenin, sonuçları geriye etkili olacak bir biçimde iptal edilmiş kabul edileceği belirtilmiştir.

²¹ Tandoğan, s. 316-317.

²² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 375; Üstündağ – İcra, s. 284.

²³ Ortaklığın giderilmesi yolu ile yapılan satışların feshine ilişkin davaların Sulh Hukuk Mahkemesi’nde görüleceği ile ilgili olarak bkz. 12. HD, 08.06.2000, 8515/9461 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 1398).

²⁴ Arslan, s. 73; İcra ve iflâs hukukunda “ihalenin feshi” kavramından ne anlaşılması gerektiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bulur, A.: İcra ve İflâs Hukukunda İhalenin Feshi Kavramı ve Satışa Hazırlık İşlemleri Öncesi ile İlgili Fesih Nedenleri, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul 2008, s. 769-771.

İİK m. 134'te ihalenin feshi nedenleri, sınırlı sayıda sayma yöntemi ile belirtilerek gösterilmemiştir. İhalenin feshi nedenleri, doktrin²⁵ ve Yargıtay uygulanmasında²⁶, artırmaya hazırlık aşamasındaki hatalı işlemler, ihale aşamasındaki hatalı işlemler, ihaleye fesat karıştırılmış olması ve alıcının taşınmazın önemli nitelikleri hakkında hataya düşmüş (veya düşürülmüş) olması olarak sayılmıştır. Bunun yanında, artırmaya hazırlık işlemleri öncesinde var olan bir kanuna aykırılık veya yolsuzluk nedeniyle de ihalenin feshi talep edilebilir²⁷. Söz konusu durumlar, daha çok, satış talebi ile ilgili fesih nedenleridir²⁸.

İhalenin feshinin kimler tarafından istenebileceği m. 134/2'de sınırlı olarak sayılmıştır²⁹. Buna göre, satış isteyen alacaklı³⁰, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar icra mahkemesinden şikâyet yolu ile ihalenin feshini³¹ talep edebilirler³².

Tüm ihalenin feshi taleplerinin duruşmalı olarak incelenmesi gerekir³³. Bununla beraber, eğer iki taraf da usulüne uygun olarak çağırıldıkları halde duruşmaya gelmezse³⁴, HUMK m. 409 gereğince dosya işleminden kaldırılamaz ve esas hakkındaki incelemenin sürdürülüp gereken kararın verilmesi gerekir³⁵.

İcra mahkemesinin, hem taşınırılar hem taşınmazlar bakımından, yapılan ihalenin

²⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 376; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 254-255; Üstündağ – İcra, s. 284-287.

²⁶ 12. HD, 27.04.2006, 6204/9213 (Kaçak, s. 214).

²⁷ Bulur, s. 773.

²⁸ Kuru – El Kitabı, s. 600-601.

²⁹ “...süreklilik kazanan Dairemiz içtihatlarına göre, ilgililerin tümünün birlikte davayı kabul etmeleri halinde ihalenin feshine karar verilmesi gerekir...” 12. HD, 13.06.2006, 10901/12672 (Kaçak, s. 205).

³⁰ “...Tapu kaydında paydaş olmasa bile, bir başka takip nedeniyle haciz koyduran alacaklı da kendi dosyası dışındaki takip nedeniyle yapılan ihalenin feshini (tapu sicilindeki ilgili sıfatıyla) isteyebilir...” 12. HD, 22.05.2006, 7968/10788 (Kaçak, s. 216).

³¹ “...ihalenin feshi talep edilmiş olsa bile, satış bedeli derhal veya 130. maddeye göre verilen süre içinde nakden ödenmek zorundadır...” 12. HD, 28.04.2006, 6116/9391 (Kaçak, s. 215-216).

³² Kuru – El Kitabı, s. 610-612; Üstündağ – İcra, s. 288-291.

³³ Uyar, T.: Tetkik Mercinde Yargılama Usulü (YD 1980/3, s. 339-351), s. 341.

³⁴ Uyar, satış ilanının ilgililere tebliğ edilmemesi veya artırma tutanağında tellalın imzasının bulunmaması gibi bazı usulsüzlüklerin dosya üzerinde yapılacak inceleme ile belirlenebileceğini ve tarafların ayrıca duruşmaya çağırılmasına gerek olmadığını düşünmektedir (Uyar – Usul, s. 347).

³⁵ 12. HD, 21.03.2006, 3119/5803 (Kaçak, s. 229); 12. HD, 27.02.2001, 2842/3668 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 1384).

feshi talebinin kabulü veya reddi doğrultusunda vermiş olduğu kararlar³⁶, ister süre ister esasa ilişkin olsun³⁷, alacak, mal veya hakkın kıymetinin 4030 (dörtbinotuz)³⁸ TL'ni geçmesi şartı ile temyiz edilebilir³⁹ (m. 363/I, c. 9).

II. ARTIRMAYA FESAT KARIŞTIRILMIŞ OLMASI

1. Genel Olarak Fesat Karıştırma

İlk olarak “fesat” kavramının sözlük anlamını incelediğimizde, bu kavramın, bozukluk, karışıklık, kargaşalık ve ara bozuculuk anlamlarını taşıdığını görürüz. “Fesat karıştırmak” ise, ara bozmak, ortalığı karıştırmaya çalışmak, insanları birbirine düşürecek işler yapmak, hile yapmak anlamlarını taşır⁴⁰.

Açık artırma yolu ile yapılan satışlarda, artırma öncesi yapılan işlemler sırasında veya artırma işlemi sırasında, artırmanın usulüne uygun bir biçimde ilerlemesini engelleyen olumsuz davranışlar söz konusu olursa, artırmaya fesat karıştırıldığından söz edebiliriz⁴¹. Bir başka ifadeyle, açık artırmanın, kanun koyucu tarafından öngörülen usulde yapılmasını ve bu doğrultuda ihale kararı verilmesini etkileyen durum ve davranışlar, fesat karıştırma olarak nitelendirilebilir⁴². Burada, söz konusu olumsuz davranışların, kasıtlı veya kasıtsız yapılmış olmalarının bir önemi yoktur⁴³.

2. İhalenin Feshi Nedeni Olarak Fesat Karıştırma

A. Genel Olarak

İİK m. 134/II'de, cebri açık artırma yolu ile satışlar bakımından da BK m. 226 hükmünün uygulanacağı ifade edilmiştir. BK m. 226'nın kenar başlığı, “Müzayedenin Butlanı”dır. Söz konusu madde incelendiğinde, madde hükmü ile ifade edilmek istenenin, açık artırmaya fesat karıştırılması durumunda, yapılan işlemin iptalinin

³⁶ Bununla beraber, İcra Mahkemesi'nin satışa hazırlık, artırma şartnamesi, mükellefiyetler listesi ile ilgili işlemler hakkında vermiş olduğu kararlar kesindir ve temyiz edilemez (Pekcanitez, s. 170).

³⁷ 12. HD, 21.10.1999, 11490/12608 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 1400-1401).

³⁸ Söz konusu parasal sınır 2009 yılı için geçerlidir. İİK'na, 4949 sayılı K. m. 102 ile eklenen Ek madde 1 uyarınca, her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere, yukarıdaki parasal sınır, önceki yılda uygulanan parasal sınırın 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi uyarınca Maliye Bakanlığı'na her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır.

³⁹ Pekcanitez, s. 169; Uyar – İhalenin Bozulması, s. 1368.

⁴⁰ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara 2005, s. 692; Yılmaz, E.: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2004, s. 372.

⁴¹ Kuru – II, s. 1440.

⁴² Uygur, T.: Borçlar Kanunu – Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 5, Ankara 2003, s. 5375.

⁴³ Arslan, s. 137.

istenebileceği olduğu anlaşılmaktadır. Kanuna veya ahlaka aykırı tertiplerle artırmayı olumsuz etkilemek suretiyle, artırmaya fesat karıştırılmış olunur (BK m. 226).

BK m. 226 hükmünde yer alan “kanuna aykırılık” kavramı ile ifade edilmek istenen, belli bir kanun hükmünün ihlal edilmiş olması değil⁴⁴, genel olarak hukuka aykırılıktır⁴⁵. Bir eylemin ne zaman hukuka aykırı kabul edileceği görüşü, bütün hukuk sistemi dikkate alınarak belirlenebilir. Eylemin hukuk kaynaklarından herhangi birine aykırı olması yeterli kabul edilir. Bir eylem kanuna aykırı olabileceği gibi, tüzüklere, yönetmeliklere ve hatta bir kurumun (Örneğin, Adalet Bakanlığı’nın) çıkardığı genelgelere de aykırı olabilir⁴⁶. Burada önemli olan konu, hukuka aykırılıkta, daima emredici kuralların ihlalinin söz konusu olduğudur⁴⁷. Bir başka deyişle, emredici nitelikte olmayan kurallara aykırılık sorumluluğa yol açmaz. Emredici hukuk kuralları, genel olarak, başkalarının can ve malvarlığı güvenliğini koruyucu kurallardır. Bununla birlikte, bir eylemin hukuka aykırı olarak değerlendirilebilmesi için, failin böyle bir kuralın varlığından haberdar olması zorunlu değildir. Zira, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi burada da geçerlidir⁴⁸.

Açık artırma sırasında, artırmanın seyrinin⁴⁹, ahlaka aykırı davranışlar ile olumsuz olarak etkilenmesi de olasıdır. Genel olarak, dürüstlük kurallarına aykırı olan her türlü söz, yazı ve eylem, açık artırmanın ve sonucunun olumsuz olarak etkilenmesi anlamında artırmaya fesat karıştırma olarak değerlendirilebilir⁵⁰.

Hukuka aykırılık, genel olarak ahlaka aykırılığı da kapsar. Bir eylemin ahlaka aykırılık nedeniyle haksız fiil sorumluluğu doğurabilmesi için, sadece ahlaka aykırı olması yeterli olmayıp, “zarara bilerek sebebiyet verme” kastını içermesi de gereklidir. Hukuka aykırılıkta ise, haksız fiil sorumluluğuna yol açması bakımından, eylemin “zarara kasten veya ihmal sonucu sebep olması” bir önem taşımamaktadır⁵¹. Hemen belirtmek gerekir ki, cebri icra takibi sırasında gerçekleşen her kanuna ve ahlaka aykırılık ihalenin feshi kapsamı içine girmez; sadece artırmanın seyri

⁴⁴ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın, 818 sayılı BK’nun 226. maddesine karşılık gelen 280. maddesinde, “kanuna aykırılık” ifadesi yerine “hukuka aykırılık” ifadesine yer verilmiştir.

⁴⁵ Arslan, s. 138; Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.: Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 395.

⁴⁶ Pekcanitez, s. 58.

⁴⁷ Aşık, s. 45.

⁴⁸ Kılıçoğlu, M. A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 196.

⁴⁹ “İhalenin feshi ancak, ihale tarihine kadar vaki olan usulsüzlükler ve ihale sırasındaki fesat nedeniyle istenebilir...” 12. HD, 14.11.2003, 18939/22574 (www.kazanci.com.tr)

⁵⁰ Akyazan, s. 93; Arslan, s. 138.

⁵¹ Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s. 549; Kılıçoğlu, s. 197.

İhalenin Feshi Nedenleri

ve sonuçlanması ile ilgili olan kanuna ve ahlaka aykırı durumlar bu kapsamda değerlendirilir⁵².

Yapılan özel anlaşmalarla, artırma gününden önce veya artırma sırasında, satışa çıkarılan malın gerçek değerinin bulunabilmesi için açık bir rekabet ortamının oluşmasına ve ulaşılan en yüksek değer üzerinden ihalenin yapılmasına engel olunması, artırmaya fesat karıştırma olarak değerlendirilir⁵³. Artırmanın normal koşullarda vereceği sonucu bozmaya yönelik bir takım tedbirlerin alınmış olması da bu bağlamda kabul edilir⁵⁴. Artırmanın sağlıklı şekilde yürütülmesini engelleyen davranışlar da ihalenin feshi nedeni olarak sayılmıştır⁵⁵.

Artırmaya fesat karıştırıldığı iddiası, diğer fesih nedenlerinde olduğu gibi (m. 134/II, c. 3) taraflar gelmediği takdirde evrak üzerinde incelenemez. Fesat nedeninin var olup olmadığı mutlaka duruşma yapılarak tespit edilir⁵⁶. Şikâyet dilekçesinde “fesat iddiası”na yer verilmiş ise, bu durum mutlaka İcra Mahkemesi’nce araştırılmalıdır⁵⁷. Şikâyet eden kişi, eğer dilekçesinde “fesat sebeplerini duruşmada açıklayacağını” bildirmişse, şikâyetçi olan kimseye fesat sebepleri hakkında açıklama yapma olanağı verilmeden davanın⁵⁸ sonuçlandırılmaması gerekir⁵⁹.

Açık artırma işlemi ile ilgili olarak ihaleye fesat karıştırıldığı iddiası, her türlü delil ve bu arada tanık delili⁶⁰ ile ispat edilebilir^{61,62}. Bununla beraber, ihaleye fesat

⁵² Arslan, s. 139; Pekcanitez, s. 59.

⁵³ Kuru – El Kitabı, s. 604; Üstündağ – İcra, s. 285.

⁵⁴ Postacıoğlu, İ. E.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 521.

⁵⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 255.

⁵⁶ 12. HD, 27.05.1985, 15496/5173 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 965).

⁵⁷ 12. HD, 27.02.1986, 8642/2242 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 963).

⁵⁸ Şikâyet, icra ve iflâs hukukunda düzenlenmiş kendine özgü bir hukuki çaredir (Pekcanitez, s. 34), burada “dava” terimini kullanmamızın nedeni, Yargıtay’ın (kanımızca yanlış olarak) dava terimini tercih etmiş olmasıdır; Şikâyetin hukuki niteliği ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, s. 20-40; İhalenin feshi talebinin bir dava olmadığı, şikâyet niteliğinde olduğu ile ilgili bir karar için bkz. 12. HD, 27.12.2005, 21865/26223 (Kaçak, s. 231).

⁵⁹ 12. HD, 11.12.1984, 9465/12807 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 968-969).

⁶⁰ Uyar, T.: İcra Hukukunda İhalenin Neticesi ve Feshi (ABD 1975/6, s. 797-807), s. 803; 12. HD, 21.02.2005, 215/3309 (Kaçak, s. 187).

⁶¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 379; Muşul, s. 609.

⁶² 12. HD, 17.05.1999, 6093/6475 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 930-931); Fesat iddiasına ilişkin olarak gösterilmiş olan tanıkların tümünün dinlenilmemiş olmasının bozma sebebi sayılacağı ile ilgili bkz. 12. HD, 10.12.1986, 4626/14048 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 958-959); Tek bir tanığın ifadesi ile dahi ihaleye fesat karıştırıldığının anlaşılması halinde, ihalenin feshine karar verilmesi gerekeceği ile ilgili bkz. 12. HD, 09.05.1983, 6954/7753 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 969-970).

karıştırmak aynı zamanda bir suç olarak kabul edildiğinden (m. 345b/I), bu konuda yemin teklif edilemez⁶³ (HUMK m. 246/II, m. 352).

İhale bedelinin ödenmemesi nedeniyle, icra memuru tarafından m. 118'e veya m. 133'e göre ihalenin kaldırılmış olması, ihalenin "fesat nedeniyle" feshi için şikâyet yoluna gidilmesine engel olmaz⁶⁴. Benzer şekilde, artırma konusu malın tahmin edilen değerinden daha yüksek bir bedelle ihale edilmiş olması, ihalenin "fesat nedeniyle" feshi için şikâyet yoluna gidilmesine engel olmaz⁶⁵.

Açık artırma ile ilgili olarak, artırmaya fesat karıştırma davranışı, artırmayı yöneten memur, borçlu, alacaklı, artırmaya katılanlar veya bu kişiler adına hareket eden üçüncü kişiler tarafından yapılmış olabilir. Buna karşılık, ihaleye kendisi fesat karıştırmış olan kimseler⁶⁶; ihaleye katıldıktan sonra, ihaledeki düzeni bozucu ve fesat sayılacak olayları gördüğü halde ihaleden çekilmeyen ve üzerine ihale yapılan kimseler⁶⁷; diğer alıcılarla anlaşarak ihaleye katılmamış olan kimseler⁶⁸ "fesat nedeniyle" ihalenin feshini talep edemezler⁶⁹.

B. Artırmayı Yöneten Memurun Artırmaya Fesat Karışması

Artırmayı yöneten icra memurunun, artırmayı, hukuk ve genel ahlak kuralları ile bağdaşmayacak biçimde, artırmaya fesat karıştırmak düşüncesiyle veya dikkatsizlikle (gereken özeni göstermeden) yönetmesi fesih nedeni olarak kabul edilir. İcra memurunun, cezai veya m. 5 anlamında hukuki bir sorumluluğunun bulunup bulunmaması, memurun artırmayı etkileyen olumsuz davranışının ihalenin feshi nedeni sayılması bakımından önemli değildir⁷⁰. Benzer şekilde, artırmayı yöneten memurun, söz konusu davranışları kendiliğinden veya bir çıkar karşılığında yapmış olması önemli değildir; artırma sonucunun olumsuz yönde etkilenmiş olması, böyle bir davranışın ihalenin feshi nedeni sayılması için yeterlidir⁷¹.

⁶³ Kuru – El Kitabı, s. 604; 12. HD, 03.04.1986, 10088/3838 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 962).

⁶⁴ Uyar, T.: İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle İhalenin Feshi (İBD 1976/1-4, s. 156-162), s. 157; 12. HD, 11.07.2006, 12299/15204 (Kaçak, s. 197); İİD, 21.01.1964, 390/756 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 976).

⁶⁵ 12. HD, 14.06.1993, 5883/10615 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 948).

⁶⁶ "Borçlunun olay çıkararak ihale mahalline girmesi ve olayların meydana gelmesine sebebiyet vermesi nedeniyle, Ceza Mahkemesince de bu olay sebebiyle mahkum edildiğinden, kendi fesadına dayalı olarak ihalenin feshini istemesi yasal değildir." 12. HD, 26.04.2002, 6068/8802 (Kaçak, s. 212); 12. HD, 05.05.1988, 3781/6029 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 957).

⁶⁷ 12. HD, 22.01.1987, 5175/493 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 957-958).

⁶⁸ 12. HD, 19.02.2001, 2336/3026 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 919).

⁶⁹ Kuru – II, s. 1446; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 378; Pekcanitez, s. 100.

⁷⁰ Arslan, s. 139.

⁷¹ Arslan, s. 140.

İhalenin Feshi Nedenleri

Artırmayı yöneten memurun artırmaya fesat karıştırmasına örnek vermek gerekirse: borçlu ile yapılan anlaşma sonucunda satışın ertelenmiş olduğunun alıcılara da bildirilmesine rağmen, icra müdürü tarafından satışın yapılmış olması⁷²; icra müdürünün artırma sırasında şartnameye uygun olmayan bilgiler vermiş olması (örneğin, satışa konu taşınmaz ikinci sınıf tarihi eser iken, ihale şartnamesinde birinci sınıf tarihi eser olarak gösterilmiş ise, bu durum ihaleye olan ilgiyi ve katılımı azaltıcı nitelikte olduğu için, yapılan ihalenin feshi gerekir⁷³); icra memurluğunca satışın durdurulmasına dair verilen kararın, İcra Mahkemesi tarafından satışa on dakika kala kaldırılmış olması, katılımı olumsuz yönde etkileyeceğinden, yapılan ihalenin feshi gerekir⁷⁴. Usulsüz tebliğin varlığının kabul edilmesinden sonra, borçluya yapılan ödeme emri tebliği tarihinin düzeltilmesi üzerine borçlunun itirazı takibi durdurmuş olmasına rağmen, takip kesinleşmiş gibi yapılmış olan ihalenin feshi gerekir⁷⁵. Satışın durdurulduğunun ilan edilmesinden sonra satış yapılırsa, “fesat nedeniyle” ihalenin feshi gerekir⁷⁶. Satış memurunun ileri sürülen peyleri herkese tam olarak duyurmadan, ihaleyi aceleye getirerek yapması⁷⁷; açık artırmanın yapıldığı yerin düzenini ve disiplinini sağlayamaması⁷⁸; satış memurunun kendi adına başkasını ihaleye sokması⁷⁹ gibi durumlar, artırmaya, artırmayı yöneten memur tarafından fesat karıştırılmasına örnek oluşturur.

C. Borçlunun Artırmaya Fesat Karıştırması

Hukuka veya ahlaka aykırı olarak, artırma konusu malın daha yüksek bir bedel ile satılması için çeşitli davranışlarda bulunan borçlu, artırmaya fesat karıştırmış kabul edilir⁸⁰. Borçlunun, malın gerçek değerinden daha fazla bedelle ihale edilebilmesi için, artırmayı yöneten memura bu konuda çaba göstermesi için yarar sağlaması veya vaad etmesi, artırmaya katılacak olan kimseleri kendi olanakları ile misafir etmesi bu anlamda artırmaya fesat karıştırma olarak değerlendirilir⁸¹.

Borçlunun, artırma konusu malın değerini ve ihale bedelini yükseltmek

⁷² 12. HD, 08.05.2000, 6954/7753 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 929).

⁷³ 12. HD, 02.04.1996, 2626/4393 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 939-940).

⁷⁴ 12. HD, 22.11.1995, 16052/16447 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 941).

⁷⁵ 12. HD, 25.05.1988, 4160/6674 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 956).

⁷⁶ 12. HD, 21.01.1985, 15/300 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 967-968).

⁷⁷ Uyar – İhalenin Bozulması, s. 915.

⁷⁸ Arslan, s. 139.

⁷⁹ Arslan, s. 140.

⁸⁰ Kuru – II, s. 1440.

⁸¹ Arslan, s. 140.

⁸² Arslan, s. 140-141.

için, malı alma niyeti olmayan kişileri ihaleye dahil edip fiyat arttırması veya örneğin malın bulunduğu alan ile ilgili daha iyi bir imar düzenlemesi yapılacağı yönünde söylemlerde bulunarak gerçeğe aykırı beyanlarda bulunması, arttırmaya fesat karıştırma olarak değerlendirilir. Bunun yanında, eğer borçlu, ihalenin hiç gerçekleşmemesi veya gecikmesi amacıyla; örneğin, “ağlayanın malı gülene hayır getirmez” gibi söylemlerde bulunursa, bu durumlar da arttırmaya fesat karıştırma olarak değerlendirilir⁸².

Borçlu, masrafı kendine ait olmak üzere, şartnameyi dilediği araçlarla ilan edebilir (m. 114/III, c. 2, 126/IV). Bu şekilde yapılan özel ilan ile borçlunun arttırmaya katılacak olanları yanıltması olasıdır. Böyle bir durumda, borçlunun ihaleye fesat karıştırdığından söz edilebilir; ancak, yapılan özel ilan nedeniyle hataya düşüldüğünden bahisle ihalenin feshi talep edilememelidir⁸³. Zira m. 114/III, c. 3 hükmüne göre, yapılan bu özel ilan, resmi işlemlere etki etmemekte ve böyle bir talep hakkına olanak vermemektedir.

Ç. Arttırmaya Katılanların Arttırmaya Fesat Karıştırması

Arttırmaya katılan kimseler, kendi başlarına veya katılan diğer kişiler ile anlaşmak suretiyle arttırmaya fesat karıştırabilirler. BK m. 19/II ve m. 20/I uyarınca, artırmanın işleyişi ile ilgili olarak rekabeti sınırlayıcı veya ortadan kaldırıcı sözleşmeler geçersizdir. Böyle bir sözleşme ile kararlaştırılan yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olmasının (örneğin, vaad olunan paranın ödenmemesi veya az ödenmesinin), ihalenin feshine bir etkisi olmaz. Ahlakla aykırı bir biçimde dürüstlük kurallarına uygun olmayan davranışlarla artırmanın sonucunun etkilenmiş olması, ihalenin feshinin talep edilebilmesi için yeterlidir⁸⁴. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında yapılan böyle bir anlaşma ile umulan sonucun elde edilememesinin bir önemi yoktur, açık artırmanın normal koşullar altında yapılmasına engel olunmuş olması yeterlidir.

Bir alıcının, önceden yapılan (birinci ve ikinci) ihalede ileri sürdüğü ve ödemediği peye nazaran, daha sonra m. 133'e göre yapılan ihalede daha az bir peyi ileri sürerek artırma konusu malı alması, iyi niyetle bağdaşmadığı için, sonradan yapılan ihalenin feshi talep edilebilir⁸⁵. İhale bedelinin ödenmemesi nedeniyle, alıcıdan önce en yüksek peyi ileri süren katılımcıya artırma konusu malın teklif edilmesi ve bu kişi tarafından üç gün içinde teklifin kabul edilmemesi veya cevapsız bırakılması (m.

⁸³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 237; Postacıoğlu, s. 484-485.

⁸⁴ Arslan, s. 141-143.

⁸⁵ 12. HD, 19.12.2000, 19477/20303 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 926); 12. HD, 23.10.2000, 15083/15615 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 927).

İhalenin Feshi Nedenleri

133/c. 2) üzerine, malın icra müdürü tarafından m. 133'e göre tekrar artırmaya çıkarılmasında da aynı durum söz konusu olur⁸⁶.

Artırmaya katılan kimselerin artırmaya fesat karıştırmasına başkaca örnekler vermek gerekirse: ihale sırasında, ihaleye katılmak isteyen kişilerin ihaleye girmelerinin engellenmesi⁸⁷; alıcılara, ihaleden çekilmeleri için para teklif edilmiş olması⁸⁸; ihaleye girmek isteyen kişiler arasında bir anlaşma yapılmış olması ve aralarından sadece birinin ihaleye katılıp malı satın alması⁸⁹; ihale sırasında, bir kısım kişilerin diğer bir kısım kişiler tarafından dövülmüş olması⁹⁰; tarafların, ihaleyi yapacak olan memura, "ihalenin durdurulması" konusunda anlaşmış olduklarını bildirmeleri nedeniyle ihaleye girmek isteyen diğer kimselerin girmekten vazgeçmeleri, ancak buna rağmen ihalenin yapılmış olması⁹¹ örnek olarak gösterilebilir.

Benzer şekilde, alacaklının satıştan feragat ettiğini bildirmesi, bu nedenle diğer alıcıların ihaleye katılmaması, ancak alacaklının bu konudaki tutanağı imzalamadan ihale yerinden ayrılması, bunun üzerine icra memurunun alıcı olmaması nedeniyle ihaleyi ikinci artırma gününe ertelemesi ve ikinci artırma gününde malın daha düşük bir bedelle ihale edilmesi⁹²; alacaklı vekilinin, "satışın durdurulması" konusunda, asıl takibin yapıldığı icra müdürlüğünden satıştan bir gün önce aldığı talimatı, satışı yapacak olan talimat icra müdürlüğüne satıştan bir gün sonra ibraz etmiş olması⁹³ yapılan ihalenin normal şartlar altında gerçekleşmediğini gösterir ve bu durumda yapılan ihalenin feshi talep edilebilir.

Örnekleri çoğaltmak gerekirse; alacaklı-alıcının, "masraf olmasın, ihaleden ben alıp sana vereyim" diyerek borçluyu kandırması ve bu nedenle borçlunun ihale bedelinin artırılması amacıyla müşteri sağlamasının engellenmiş olması⁹⁴; ihalenin kimin üzerinde kalacağı konusunda alıcılar arasında bir anlaşma yapılmış olması⁹⁵;

⁸⁶ Artus, A: İhalenin Feshi ve Farkının Tahsili (AD 1943/1-2, s. 300-305), s. 302; 12. HD, 08.02.2000, 846/1765 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 927).

⁸⁷ Muşul, s. 608; 12. HD, 15.05.1986, 12064/5793 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 930).

⁸⁸ 12. HD, 18.03.1997, 3032/3239; 12. HD, 26.01.1995, 709/770; 12. HD, 22.10.1990, 7163/10294 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 935).

⁸⁹ 12. HD, 04.03.1996, 2820/2800 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 940).

⁹⁰ 12. HD, 25.10.1994, 12391/13018 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 946-947).

⁹¹ 12. HD, 15.04.1993, 2059/6825 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 949-950).

⁹² 12. HD, 16.02.1993, 12950/2900 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 950).

⁹³ 12. HD, 20.02.1990, 8791/1427 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 954-955).

⁹⁴ 12. HD, 09.05.1988, 8910/6177 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 957).

⁹⁵ 12. HD, 09.07.1981, 4173/6431 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 964-965); Aynı şekilde, alıcılar ile bir kısım hissedarların, taşınmazın satış bedeli üzerinde yazılı belge ile anlaşmalarının ihalenin feshi sebebi sayılması ile ilgili bkz. 12. HD, 12.04.1979, 2539/3397 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 971).

bir kısım alıcının, satışa çıkarılan taşınmazların nitelikleri hakkında, ihaleye katılmak isteyen diğer alıcıları tereddüde düşürecek beyanlarda bulunması⁹⁶; artırmaya giren alacaklının, diğer taliplilere “ihalenin bittiğini ve taşınmazın kendisine satıldığını” söyleyerek onların satışa girmemelerini sağlaması⁹⁷ ihalenin normal koşullar içinde yapılmadığını gösterir ve bu nedenle yapılan ihalenin feshi talep edilebilir.

Artırmaya katılmak isteyen alıcının, satış konusu taşınmaz üzerinde rehin hakkı bulunan bir kimse ile satışa konu taşınmaza önerilecek bedel üzerinde bir anlaşma yapması, onun artırmaya katılmamasını veya kendisinden daha fazla pey sürmemesini, kendisinin daha sonra ona borçludan olan alacağını ödeyeceğini söylemesi, ahlaka aykırı bir biçimde ihaleye fesat karıştırmak olarak değerlendirilir. Zira, böyle bir anlaşma nedeniyle, malın gerçek değeri ile ihale değeri arasında bir fark ortaya çıkar ve ihale normal koşullar altında yapılmamış olur⁹⁸.

İhale sırasında orantısız olarak, normal ölçülerin üzerinde pey sürülmesi, bu nedenle diğer katılımcıların artırmaya katılmaktan çekinmeleri ve böyle bir ihaleden sonra, öngörülen süre (10 günü⁹⁹ geçmeyen bir süre, m. 130) içinde ihale bedelinin ödenmemesi üzerine, artırma konusu malın bir önceki en yüksek pey sürene ihale edilmiş olması, ahlaka aykırı olarak ihaleye fesat karıştırmak kapsamında değerlendirilir¹⁰⁰. Zira söz konusu davranışla, artırma konusu malın, değerinden daha düşük bir bedel ile satılma olasılığı ortaya çıkacaktır. Benzer şekilde, tek başına ihaleye katılan bir alıcının, teklifini kendiliğinden artırması; ihaleye girilmesini önleyici, talebi azaltıcı ve taliplileri tereddüde düşürücü bir davranış olduğu için, ahlaka aykırı bir biçimde ihaleye fesat karıştırmak olarak değerlendirilir ve bu nedenle ihalenin feshi talep edilebilir¹⁰¹.

D. Üçüncü Kişilerin Artırmaya Fesat Karıştırması

Açık artırma ile yapılan satışlarda, hukuka ve ahlaka aykırı olarak ihaleye fesat karıştıran kimseler, artırma işleminin dışında kalan üçüncü kişiler olabilir veya

⁹⁶ 12. HD, 17.06.1985, 509/6011 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 965).

⁹⁷ 12. HD, 07.06.1977, 5818/5730 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 973-974).

⁹⁸ Arslan, s. 143-144.

⁹⁹ “Maddeyle, satılan malı alan kimsenin bedeli yirmi gün yerine on günlük mühlet içerisinde ödemesi zorunluluğu getirilerek, sürenin kısaltılması suretiyle takibin hızlandırılması ve alacaklının alacağına daha çabuk ulaşması amaçlanmıştır.” (Hükümet Gereği, m. 37).

¹⁰⁰ 12. HD, 25.05.1995, 7099/7550 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 943); 12. HD, 08.10.1990, 2303/9646 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 944).

¹⁰¹ 12. HD, 30.09.1986, 15052/9763 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 961).

İhalenin Feshi Nedenleri

bu kimseler belli olmayabilir. Burada önemli olan, bir şekilde artırmanın normal seyrinin olumsuz olarak etkilenmiş olmasıdır¹⁰².

Artırmaya üçüncü kişilerin fesat karıştırmasına örnek vermek gerekirse: ihaleye girmek isteyenlerin, (olay yerine gelen 35-40 kişi tarafından uyarılarak) ihaleye sokulmamaları¹⁰³; taşınmazın çocuk parkı olacağı, belediyece yıkılacağı, istimlak edileceği dedikodusunu yaymak¹⁰⁴; “ağlayanın malı, gülüne hayır getirmez” şeklinde manevi telkinde bulunulması¹⁰⁵ ihalenin normal şartlarda gerçekleşmesine engel olan nedenlerdir ve bu nedenlere dayanarak, yapılan ihalenin feshi talep edilebilir.

Satış saatine az bir süre kala, artırma yerinde (örneğin adliyede) yapılan bomba ihbarı üzerine, satışın beş dakika gecikme ile başlamış olması nedeniyle artırmaya bazı alıcıların katılamamış olması olasılığı vardır. Böyle asılsız bir ihbar nedeniyle, artırma konusu mal ile ilgili talepleri azaltıcı, potansiyel alıcıların artırmaya katılmasını önleyici ve alıcıların can güvenlikleri bakımından endişe verici nitelikte bir durum ortaya çıkmaktadır. Söz konusu durum, hukuka ve ahlaka aykırı bir şekilde artırmaya fesat karıştırma olarak kabul edileceğinden, yapılan ihalenin feshi talep edilebilir¹⁰⁶.

Bu konudaki örnekleri çoğaltmak gerekirse: ihaleden önce ve ihale sırasında, tartışmaların çıkması ve olaya polisin müdahale etmesi¹⁰⁷; artırma sırasında, “satılan taşınmazın mezarlık olduğu” şeklinde bağırılması¹⁰⁸ artırmanın normal koşulların dışında yapıldığını gösterir ve bu nedenlere dayanılarak ihalenin feshi talep edilebilir. Benzer şekilde, borçlu vekilinin görev ve yetkilerini kötüye kullanarak, müvekkiline ait taşınmazın kendi adına ve ucuz bir bedelle ihalesini sağlaması, hukuka ve ahlaka aykırı olarak artırmaya fesat karıştırma olarak kabul edilir. Kamu düzenini ilgilendiren bir durum söz konusu olduğu için, yapılan ihalenin feshi, süresiz şikâyet yolu ile talep edilebilir¹⁰⁹.

Tüm bunların dışında, Yargıtay’ın daha önceki uygulamalarına baktığımızda, artırma konusu malın çok düşük bir bedelle (örneğin, tahmin edilen değerinin

¹⁰² Arslan, s. 145.

¹⁰³ 12. HD, 27.01.2000, 17437/907 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 929).

¹⁰⁴ 12. HD, 03.05.1994, 5704/5796; 12. HD, 15.02.1990, 661/1275 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 947).

¹⁰⁵ 12. HD, 24.09.1992, 3484/10790 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 953).

¹⁰⁶ 12. HD, 08.04.1992, 2707/4455 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 954).

¹⁰⁷ 12. HD, 08.04.1982, 2561/2947 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 970).

¹⁰⁸ İİD, 25.02.1958, 1164/1110 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 976-977).

¹⁰⁹ İİD, 27.02.1967, 1330/2031 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 975-976).

altıda hatta sekizde biri) satılmasını önlemek ve borçluyu korumak amacıyla, artırma bedelinin çok düşük olduğu ihalelerde, “artırmanın normal şartlar altında yapılmaması” nedenine dayanarak, kendiliğinden bir artırmaya fesat karıştırma örneği ortaya çıkardığını görmekteyiz¹¹⁰. Söz konusu uygulama, birinci artırma sonunda öngörülen asgari miktara ulaşamaması nedeniyle yapılan ikinci artırmada, sadece satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların ve paraya çevirme ve paylaşırma giderlerinin üzerinde bir miktara ulaşılmasının yeterli olduğu dönemde geçerli olan bir uygulamaydı. Ancak, 15.06.1985 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan ve 15.07.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3222 sayılı Kanun’la, hem taşınır¹¹¹ (m. 116/II) hem taşınmazlar¹¹² (m. 129/II) bakımından, ikinci artırmalar sırasında malın ihale edilebilmesi için, malın tahmin edilen değerinin asgari yüzde ellisinin sağlanması şartı getirilmiştir. Daha sonra, 25.11.1988 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan 3494 sayılı Kanun’la, söz konusu asgari sınır yüzde kırka çekilmiştir ve günümüzde de halihazırda yüzde kırk oran geçerlidir. Dolayısıyla, günümüzde (daha doğrusu, 15.07.1985 tarihinden sonra) borçlunun, Yargıtay’ın önceden öngördüğü gibi bir olumsuzlukla karşılaşma olasılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle, Yargıtay yeni uygulamalarında, taşınmazın düşük bir bedelle satıldığı iddiasını tek başına artırmaya fesat karıştırma olarak değerlendirmemektedir¹¹³.

Benzer şekilde, karşı tarafın ihaleye girmemesi yönünde sarf edilen ve tehdit unsuru içermeyen sözler¹¹⁴; ihaleye katılıp pey sürmüş olan ve ihale üzerine yapılan kişinin daha sonra, “sinirlenerek bu şekilde pey sürdüğünü” ileri sürmesi¹¹⁵; hissedarların kendi aralarında veya temin ettikleri kişilerle anlaşıp, taşınmazın yüksek bir fiyatla satılmasını sağlamak için anlaşma yapmış olmaları¹¹⁶, borçlunun kefillerinin, artırmaya aralarından birinin katılıp hepsi adına pey sürmesi konusunda

¹¹⁰ 12. HD, 29.01.1980, 9630/582; İİD, 10.07.1973, 7685/7480 (Arslan, s. 133, dn. 72).

¹¹¹ “Mahcuz malların ihale yoluyla satışında, birinci artırmada kıymetinin %75’ini bulması aranmakta ise de ikinci artırmada mal en çok artırmanın üstünde bırakılmaktadır. Bunun sonucu, ikinci artırmada mahcuz mallar büyük çoğunlukla çok düşük fiyatla satılmakta ve borçluların mağduriyetlerine sebebiyet vermektedir. Bu mahzuru bertaraf için, 116. maddenin ikinci fıkrası değiştirilmekte, ikinci artırmada satışın yapılabilmesi için malın tahmin edilen kıymetinin %50’sini bulması şartı getirilmekte ve borçluların aşırı zarar görmesi önlenmektedir.” (Hükümet Gerekçesi).

¹¹² “...116. maddede yapılan değişikliğe paralel olarak 129. madde de ele alınmakta ve aynı gerekçelerle değiştirilmekte gayrimenkul ihalelerinde ikinci artırmada %50 şartı getirilmektedir.” (Hükümet Gerekçesi).

¹¹³ 12. HD, 07.02.1990, 13794/814 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 955).

¹¹⁴ 12. HD, 08.11.1995, 14317/15469 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 942).

¹¹⁵ 12. HD, 25.11.1988, 11537/14298 (YKD 1989/6, s. 843).

¹¹⁶ 12. HD, 20.01.1984, 10563/333 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 969).

anlaşmış olmaları¹¹⁷ hukuka ve ahlaka aykırı kabul edilmez ve bu nedenlere dayanarak ihale

ihale

III. Alıcının Malın Esaslı (Önemli) Niteliklerinde Hataya Düşürülmüş Olması

1. Genel Olarak Esaslı Hata Kavramı

Açık artırma yolu ile paraya çevirme işlemi sürecinde, alıcının, artırma sonunda ihale ile mülkiyetini kazandığı malın önemli niteliklerinde hataya düşürülmüş olması, m. 134/VI, c. 1 hükmüne göre ihale

Borçlar Kanunu'nda da “esaslı hata” kavramı ile ilgili bir tanımlama bulunmamaktadır. Sadece, BK m. 24'te esaslı hata örnekleri dört bent halinde sayılmıştır. Doktrin ise¹²¹, söz konusu örneklerden hareketle çeşitli esaslı hata tanımlamaları yapmış ve örnekleri çoğaltmıştır. Genel olarak, iş hayatında geçerli olan dürüstlük kurallarına göre, hataya düşen taraf bakımından, sözleşmenin zorunlu unsuru olarak değerlendirilen belli bir özellik ile ilgili bir hata söz konusu ise, esaslı hatanın varlığından söz edebiliriz¹²².

Yine genel olarak, bir kimsenin olayları yanlış algılaması, bunları yanlış değerlendirmiş olması, beklenti ve tahminlerinin isabetsiz olması “hata” olarak değerlendirilir. Bu bakımdan incelediğimizde, hata kavramı daima bilmeme ve istememeyi ifade eder; kasıt, bilme ve isteme unsurlarını içinde barındırmaz. Bununla birlikte, sözleşmelere güven ilkesi gereği, kişinin her hatasını ve tahminindeki

¹¹⁷ Arslan, s. 144.

¹¹⁸ Arslan, s. 147.

¹¹⁹ Kılıçoğlu, s. 125.

¹²⁰ Uyar – İhale

¹²¹ Eren, s. 345-354; Kılıçoğlu, s. 125-138; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 427-437.

¹²² Kuru – El Kitabı, s. 604; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 428; von Tuhr, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Ankara 1983, (Çev.: Cevat Edege), s. 281-283.

yanılığını iptal sebebi saymaya olanak yoktur. Bu nedenle, Borçlar Kanunu’muzda sadece “esaslı hata” bir geçersizlik nedeni olarak öngörülmüştür¹²³.

Borçlar Kanunu’nun 23. maddesinde, “Akit yapılırken esaslı bir hataya duçar olan taraf, o akit ile ilzam olunamaz.” şeklinde yer alan ifadeye dayanarak, kanun koyucunun her hatayı değil, sadece esaslı hatayı bir iptal sebebi olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Esaslı hata durumlarını, beyan hataları ve temel hatası olarak iki grupta toplayabiliriz. Beyan hatalarını da sözleşmenin niteliğinde hata, sözleşmenin konusunda hata, kişide hata ve ivazda hata olarak dört gruba ayırabiliriz¹²⁴. Temel hatasını ele aldığımızda ise, burada iradenin oluşması aşamasında; bir başka ifadeyle, sözleşmenin temelinde ortaya çıkan bir hata söz konusu olduğu için bu duruma “temel hatası” denilmekte olduğunu görmekteyiz. Kural olarak, BK m. 24/II’de yer alan “Akdin yalnız saiklerine taalluk eden hata, esaslı değildir.” ifadesinden hareketle, kişilerin sözleşmelerdeki beklentilerinin veya tahminlerinin gerçekleşmemiş olması tek başına bir geçersizlik sebebi oluşturmaz¹²⁵. Ancak kural bu olmakla beraber, bazı durumlarda, iradenin oluşması aşamasında hataya düşülmüş olması ve bunun dikkate alınmaması, oldukça haksız durumlara neden olabilir. Bu nedenle, iradenin oluşması aşamasındaki hataya, belirli şartların varlığı söz konusu olduğunda, istisnai olarak dikkat edilmesi gerekir. Bu şartlar, sözleşmenin kurulmasında, kişinin iradesinin oluşması aşamasında bir hataya düşülmüş olması; kişinin düştüğü hatanın, sözleşmenin esaslı unsurlarıyla ilgili olması; ticari doğruluk kurallarının, bu hatayı esaslı saymaya elverişli olmasıdır¹²⁶. Temel hatasının meydana gelmesi için, hata edenin kusurlu olup olmaması bir önem taşımaz¹²⁷.

Bu tanımlamaların tümünden hareketle şunu söyleyebiliriz, eğer hata, iş hayatında (benzer hukuki işlemlerde) geçerli dürüstlük kurallarına göre, artırma konusu malın alıcı tarafından artırma sırasında pey sürerken dikkate aldığı (veya alması gerektiği) belli özelliklere ilişkin ise; bu hata, m. 134/VI anlamında ihalenin feshi nedeni olarak kabul edilen esaslı bir hatadır¹²⁸.

¹²³ Kılıçoğlu, s. 125-126.

¹²⁴ “Beyan hatası” kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 127-129; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 433-437.

¹²⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 430.

¹²⁶ Kılıçoğlu, s. 130; von Tuhr, s. 285.

¹²⁷ Eren, s. 352.

¹²⁸ Arslan, s. 148; Kuru – II, s. 1448; Kuru – El Kitabı, s. 604; Uygur, s. 5376.

2. İhale

nin Feshi Nedeni Olarak Malın Esaslı Niteliklerinde Hata

Açık artıma yolu ile satışta, alıcının ihale sonunda mülkiyetini kazandığı malın önemli niteliklerinde hataya düşürülmüş olması durumunda; alıcının, borçlar hukuku alanında yer bulan, sözleşmeler ile ilgili irade bozukluğuna ilişkin kurallar ile korunmasına ve bu kuralların uygulama alanı bulmasına her zaman gerek olmayabilir. Eğer alıcı malın önemli niteliklerinde hataya düşmüş (veya düşürülmüş) ise, bunun nedeni, artırma şartnamesinin veya artırma ilanının hatalı veya eksik düzenlenmesi ya da artırmayı yöneten memurun alıcıya malın önemli nitelikleri hakkında tam ve doğru bir bilgi vermemiş olması olabilir. Böyle bir durumda, artırma şartnamesinin veya artırma ilanının kanuna uygun olarak hazırlanmaması (veya yapılmaması) ya da artırmayı yöneten memurun artırma sırasında yolsuzluk yapmış olması olasılığı söz konusu olur¹²⁹. Bu şekilde ortaya çıkmış olan nedenlere dayanarak, İİK hükümlerine göre ihale

nin feshi istenebileceğine göre, BK'nda yer alan ve sözleşmeler hakkında uygulanan hataya düşme ve iradenin bozulmuş olması nedenlerine başvurmaya gerek olmayacaktır¹³⁰.

Bir sözleşmede irade bozukluğu söz konusu olduğunda, sözleşmenin doğurduğu hukuki sonuçların bertaraf edilmesi ve bu hukuki sonuçlarla bağlı kalmamak için, bu yöndeki iradenin karşı tarafa iletilmesi yeterlidir (BK m. 31). Cebri açık artırma ile satışta ise, işlemin kamusal işlem niteliğinde olması nedeniyle, ihaleden sonra ortaya çıkan durumun eski hale getirilebilmesi için, ihale

nin feshi talebi ile icra mahkemesine başvurmak gerekecektir. BK m. 31'e göre, sözleşmede hataya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmadığını, hatanın anlaşılmasından itibaren bir yıl içinde karşı tarafa bildirirse, sözleşmeyi geçersiz hale getirebilir. Buna karşılık, cebri artırma ile satışta, ihale ile mülkiyet alıcıya geçer¹³¹ (m. 134/I, BK m. 231/I), dolayısıyla ihale ile ortaya çıkan hukuki durum askıda değildir ve icra mahkemesi ihalenin feshine karar verinceye kadar geçerli olmakta devam eder¹³².

Bu konuyu bir örnekle açıklamamız yerinde olacaktır. Yargıtay'ın önceki uygulamalarına baktığımızda, yapılan ihale sırasında ortaya çıkan bir hatanın, m. 134/VI kapsamında fesih nedenleri mevcut iken, doktrin tarafından da haklı olarak eleştiriyeye maruz kalacak şekilde, BK m. 24 ve m. 31 hükümlerine göre

¹²⁹ Akyazan, s. 93; 12. HD, 21.04.2006, 5711/8612 (Kaçak, s. 183); Postacıoğlu, s. 482.

¹³⁰ Arslan, s. 149.

¹³¹ Korkut, H.: İcraen Satışı Yapılmış Gayrimenkullerin Tahliyesine Dair İcra ve İflas Kanunu'nun 135. maddesi (İBM 1943, s. 778-780), s. 779.

¹³² Aslan, s. 17; Özdiil, Z.: Taşınmaz Mal Edinmede İyiniyet Kurallarıyla İlgili Yeni Bir Uygulama (YD 1980, C. 6, s. 486-491), s. 490.

değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararlar verildiğini görmekteyiz¹³³. Örneğin, satış konusu taşınmazın tahmini değerini hesaplamak için sınırları belirlenirken, yanlışlıkla artırma konusu taşınmazın sınırları aşılar komşu taşınmazla birlikte bir değerlendirme yapılmış ve komşu taşınmaz da satış konusu taşınmaz ile birlikte satılmıştır. Burada, hacedilmemiş bir taşınmazın, yanlış düzenlenmiş bir şartname nedeniyle, kanuna aykırı olarak paraya çevrilmesi durumu söz konusudur. Bu durumda, BK m. 24 ve m. 31 hükümlerini uygulamaya olanak yoktur¹³⁴. Bu doğrultuda, borçlu olmadığı halde taşınmazı ihale yolu ile satışa çıkarılan ve satılan kişi, yapılan ihalenin feshini, süresiz şikâyet yolu ile icra mahkemesinden talep edebilecektir¹³⁵.

3. İhalenin Feshi Nedeni Olan Esaslı Hata Durumları

Açık artırma yolu ile satışta, alıcının, malın önemli niteliklerinde hataya düşmüş (veya düşürülmüş) olmasına örnek vermek gerekirse: satışa konu hisse senetlerinin, borsadaki işlem yasağı nedeniyle borsa dışı kaldığının ve ekonomik değer taşımadığının anlaşılması¹³⁶; gerçekte taşınmazın ½ hissesi satışa çıkarıldığı halde, taşınmazın tamamının satışa çıkarıldığı şeklinde bir düzenleme yapılmış olması ve durumu tapu işlemi yapmak üzere başvurduğunda öğrenen alıcının, bu tarihten itibaren ihalenin feshini isteyebileceği¹³⁷; icra müdürlüğünün yazısına göre, imar planında otopark olarak ayrılmış olan yerin, satış ilanında, yedi katlı inşaat yapımına uygun olduğunun belirtilmiş olması¹³⁸ gibi durumlarda, “esaslı hata” nedeniyle yapılan ihalenin feshi talep edilebilir.

Bunlara ek olarak, şartnamede, satışa çıkarılan bilgisayarın ana işlem kartı ve bilgi depolama parçasının bulunmadığının açıklanmamış olması¹³⁹; satılan taşınmazların ilan edilen imar durumu ile son imar durumu arasında, müşteriye yanıltıcı aykırılık (çelişki) bulunması¹⁴⁰; alıcının, ihalede satın aldığı taşınmazın imar durumunun değişmiş olduğunu, daha önceden sit alanı içine alınmış olduğunu ve kendisinin bu durumu bilmeden taşınmazı satın aldığını ileri sürerek ihalenin feshini isteyebileceği¹⁴¹; satın alınan taşınmazın yüzölçümünün tapu kaydı, şartname ve

¹³³ 12. HD, 27.12.1977, 10936/11109 (Arslan, s. 150, dn. 11).

¹³⁴ Aksi yöndeki uygulama için bkz. İİD, 23.02.1950, 3932/1027 (Arslan, s. 150, dn. 12).

¹³⁵ Arslan, s. 150.

¹³⁶ 12. HD, 21.05.1998, 4709/5793 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 982).

¹³⁷ 12. HD, 21.09.1995, 9745/11798 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 982).

¹³⁸ 12. HD, 14.09.1993, 8129/13247 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 982-983).

¹³⁹ 12. HD, 05.04.1993, 1569/5618 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 983).

¹⁴⁰ 12. HD, 06.11.1985, 12296/9154 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 985-986).

¹⁴¹ Kuru – El Kitabı, s. 605; 12. HD, 25.04.1983, 1783/3164 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 986).

İhalenin Feshi Nedenleri

ilanda belirtilenden daha az olduğunun anlaşılması¹⁴²; taşınmazın ihalesinin, istimlak edildiği belirtilmeksizin yapılması¹⁴³; satın alınan çiftliğin, askeri yasak bölge dahilinde kaldığının sonradan anlaşılması¹⁴⁴ gibi durumlarda da yapılan ihalenin feshini, “esaslı hata” nedenine dayanarak talep etmek mümkündür.

Bununla beraber, Yargıtay uygulamasından ve içtihatlarından yola çıkarak, bazı “hata” hallerinin, yapılan ihalenin feshini “esaslı hata” nedenine dayanarak talep etme hakkı vermediğini söyleyebiliriz. Söz konusu durumlara örnek vermek gerekirse, borçlunun oğlu olan şikâyetçinin, satışı yapılan yerin hangi taşınmazla ilgili olduğu konusunda bilgi sahibi olmamasının, hayatın olağan akışına aykırı olacağı ve bu neden ileri sürülerek yapılan ihalenin feshinin talep edilemeyeceği¹⁴⁵; şartname ve ilanda, satışa çıkarılan taşınmazın parsel numarasının yanlış gösterilmesinin, maddi hatadan kaynaklanan bir durum olması nedeniyle, “esaslı hata” nedenine dayanarak ihalenin feshinin talep edilemeyeceği¹⁴⁶ bu konuya örnek olarak gösterilebilir.

Benzer şekilde, niteliği ilanda “tarla” olarak açıklanan taşınmazı, çok katlı binalar yapmak üzere satın alacak olan kişilerin, taşınmazın niteliği hakkında ayrıca Belediye İmar Müdürlüğü gibi ilgili yer ve kurumlardan bilgi almış olmalarının, hayatın olağan akışına uygun olduğu ve davacıların sübjektif beklentilerinde hataya düşmüş olmalarının ihalenin feshini talep hakkı vermediği¹⁴⁷ de bu konuya bir başka örnek olarak gösterilebilir.

Alıcının, satılan taşınmazın önemli niteliklerinde hataya düşmesi (veya düşürülmesi) ve buna dayanarak yapılan ihaleyi “esaslı hata” nedeniyle feshettirmek istemesi, genel olarak, artırma şartnamesinde veya ilanında artırma konusu malın durumu hakkında tam ve doğru bilgilere yer verilmemesinden kaynaklanır. Bununla beraber, ihalenin feshine neden olabilecek durum, artırmayı yöneten memurun hatalı davranışından kaynaklanmış da olabilir. Örneğin, tellal bulunamaması nedeniyle tellal olarak görevlendirilen mübaşirin, satılan taşınmazın mahalle adını yanlış bağırması durumunda, “esaslı hata” nedeniyle, yapılan ihalenin feshi talep edilebilir¹⁴⁸.

¹⁴² Kuru – El Kitabı, s. 605; İİD, 10.03.1958, 1461/1466 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 987-988).

¹⁴³ İİD, 25.05.1953, 2485/2734 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 988).

¹⁴⁴ İİD, 11.11.1950, 949/4673 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 988).

¹⁴⁵ 12. HD, 11.12.2000, 19213/19606 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 981).

¹⁴⁶ 12. HD, 04.12.2000, 18547/18994 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 981).

¹⁴⁷ 12. HD, 13.08.1987, 4143/5822 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 983-985).

¹⁴⁸ 12. HD, 19.01.1978, 41/134 (Uyar – İhalenin Bozulması, s. 986-987).

Esaslı hata nedeniyle ihalenin feshini isteme hakkı, sadece bunu istemekte yararı bulunan alıcıya aittir. Alıcı dışındaki diğer ilgililer (örneğin, alacaklı veya borçlu), böyle bir nedene dayanarak yapılan ihalenin feshini talep edemezler¹⁴⁹. Zira, böyle bir talepte bulunmaları, “yarar yokluğu” (m. 134/VII) nedeniyle mümkün değildir¹⁵⁰.

Açık artırma yolu ile yapılan ihalelerde, “malın esaslı niteliklerinde hata” ortaya çıkmasının dışında, m. 134/VI hükmünde yer almayan, hile ve ikrah gibi diğer irade bozukluklarının ortaya çıkması halinde, BK’nun 28. ve devamı maddeleri uygulama alanı bulamayacak; somut olaya göre, borçlu, alacaklı, artırmaya katılanlar, artırmayı yöneten memur veya üçüncü kişilerin artırmaya fesat karıştırmış olması söz konusu olacaktır¹⁵¹. Aynı şekilde, gabin de cebri açık artırma ile satışta uygulama alanı bulmaz¹⁵².

Açık artırma yolu ile ihale edilen bir mal, kamulaştırma, mahkeme kararı veya doğal afet nedeniyle, ihale kararından önce borçlunun mülkiyetinden çıkmış olabilir. Böyle bir durumda, artırmayı yöneten memurun BK m. 20/I’den hareketle sözleşmenin konusuz kaldığını belirleme yetkisi yoktur. Bununla beraber, artırma konusu mal üzerine ihale edilen alıcı, süresiz şikâyet yolu ile icra mahkemesine başvurarak, ihale konusunun mevcut olmadığını tespit ettirebilir¹⁵³.

SONUÇ

Borçlu, borcunu rızasıyla ve zamanında ödemez ise, alacaklı hakkını korumak ve alacağına kavuşmak için devlet yardımına başvurabilir. Alacaklının başvurusu üzerine, borçluya karşı bir icra takibi veya borçlunun iflâsa tâbi olması durumunda iflâs yolu ile takip yapılacaktır. Yapılan icra takibi sonucunda haczedilen mallar paraya çevrilecektir. İcra takip işlemlerinin en önemli aşamalarından birisi olan paraya çevirme ve ihalenin, fesih nedeni olabilecek herhangi bir yolsuz işlem söz konusu olmadan yapılması, takibin bütün ilgililerinin ve kamunun yararına olacaktır.

Açık artırma yolu ile yapılan satışlarda, artırma öncesi yapılan işlemler sırasında veya artırma işlemi sırasında, artırmamanın usulüne uygun bir biçimde ilerlemesini engelleyen Kanuna ve ahlaka aykırı olumsuz davranışlar söz konusu olursa,

¹⁴⁹ Uyar – İhalenin Neticesi, s. 801.

¹⁵⁰ Uyar – İhalenin Bozulması, s. 980.

¹⁵¹ Akyazan, s. 77-79; Arslan, s. 152-153; Aksi görüş için bkz. Üstündağ – İflâs, s. 188, dn. 167/a.

¹⁵² Akyazan, s. 79.

¹⁵³ Akyazan, s. 76.

İhalenin Feshi Nedenleri

artırmaya fesat karıştırıldığından söz edilebilir. Bir başka ifadeyle, açık artırmanın, kanun koyucu tarafından öngörülen usulde yapılmasını ve bu doğrultuda ihale kararı verilmesini etkileyen durum ve davranışlar, fesat karıştırma olarak nitelendirilebilir. Artırmaya fesat karıştırma davranışı, artırmayı yöneten memur, borçlu, alacaklı, artırmaya katılanlar veya bu kişiler adına hareket eden üçüncü kişiler tarafından yapılmış olabilir.

Açık artırma yolu ile paraya çevirme işlemi sürecinde, alıcının, artırma sonunda ihale ile mülkiyetini kazandığı malın önemli (esaslı) niteliklerinde hataya düşmüş (veya düşürülmüş) olması, m. 134/VI, c. 1 hükmüne göre ihalenin feshi nedeni olarak kabul edilmiştir. Genel olarak iş hayatında geçerli olan dürüstlük kurallarına göre, hataya düşen taraf bakımından, sözleşmenin zorunlu unsuru olarak değerlendirilen belli bir özellik ile ilgili bir hata söz konusu ise, esaslı hatanın varlığından söz edebiliriz.

Cebri açık artırma ile paraya çevirme işlemi, Kanuna veya olaya aykırı bir durum gerçekleşmeden yapılabilir ise; ihale, herhangi bir fesih nedeni ortaya çıkmadan, en kısa süre içerisinde yapılabilecek ve bu sayede kamusal bir işlem olan ihaleye olan güvenin korunması ve artması sağlanabilecektir. Alacaklı, alacağına daha hızlı bir şekilde kavuşabilecek; aynı şekilde, artırma konusu mal gerçek değerinden satılacağı için borçlu da bu durumdan fayda sağlayacaktır. Bunun yanında, artırma konusu mal üzerinde hakkı olan üçüncü kişilerin, söz konusu hakları da korunmuş olacaktır.

İfade edilen şekilde usulüne uygun bir ihalenin yapılabilmesi için, ihaleyi gerçekleştirmek ile görevlendirilmiş icra memurunun, çalışmamızda değindiğimiz ve fesih nedeni olabilecek durumları da göz önüne alarak, konu ile ilgili tüm kurallara titizlikle uyması ve özen göstermesi gerekmektedir. Bunun yanında, başta borçlu ve alıcı olmak üzere, alacaklıların ve diğer ilgililerin de dürüstlük kurallarına uymaları ve ihalenin yapılması konusunda icra memuruna yardımcı olmaları gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, T.:** Borçlar Hukuku – Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri, B. 11, İstanbul 2005.
- Akyazan, S.:** Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi, İstanbul 1959.
- Aral, F.:** Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003.
- Arıkan, M.:** Gayrimenkul Satımı, AD 1965/2, s. 204-226.
- Arslan, R.:** İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984.
- Artus, A.:** İhalenin Feshi ve Farkının Tahsili, AD 1943/1-2, s. 300-305.
- Aslan, E. K.:** İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi, İzmir 2004.
- Aşık, İ.:** İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- Bulur, A.:** İcra ve İflâs Hukukunda İhalenin Feshi Kavramı ve Satışa Hazırlık İşlemleri Öncesi ile İlgili Fesih Nedenleri, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 767-776.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003.
- Erturgut, M.:** İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2000.
- Gökçe, Z.:** Tüm Yönleriyle İzalei Şüyu Dava ve Takipleri, Ankara 2000.
- Kaçak, N.:** İcra ve İflâs Hukukunda İhale İşlemleri ve İhalenin Feshi Davaları, Ankara 2006.
- Kılıçoğlu, M. A.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 6, Ankara 2005.
- Korkut, H.:** İcraen Satışı Yapılmış Gayrimenkullerin Tahliyesine Dair İcra ve İflas Kanunu'nun 135. maddesi, İBM 1943, s. 778-780.
- Kuru, B.:** İcra ve İflâs Hukuku, C. II, İstanbul 1990 (Kuru – II).
- Kuru, B.:** İcra ve İflâs Hukuku – El Kitabı, B. 1, İstanbul 2004 (Kuru - El Kitabı).
- Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.:** İcra ve İflâs Hukuku, B. 20, Ankara 2006.
- Muşul, T.:** İcra ve İflâs Hukuku, B. 1, İstanbul 2005.
- Olgaç, S.:** Gayrimenkullerin Cebri Satışlarında Artırma Şartnameleri ve Hukuki Özellikleri, AD 1964/5-6, s. 488-502.

*İhale*nin Feshi Nedenleri

Özdil, Z.: Taşınmaz Mal Edinmede İyiniyet Kurallarıyla İlgili Yeni Bir Uygulama, YD 1980, C. 6, s. 486-491.

Özekes, M.: İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle Yapılan Artırma (Tamamlayıcı Artırma), DEÜHFD 2003/1, s. 167-184.

Özmumcu, S.: Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul 2005.

Pekcanitez, H.: İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986.

Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin Özkan, M./Özekes, M.: İcra ve İflâs Hukuku, B. 4, Ankara 2006.

Postacıoğlu, İ. E.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.

Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1984.

Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 1993.

Tercan, E.: İflâsın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996.

Türk Hukuk Lügatı, B. 4, Ankara 1998.

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, B. 10, Ankara 2005.

Uyar, T.: İcra Hukukunda İhalenin Neticesi ve Feshi, ABD 1975/6, s. 797-807 (Uyar – İhalenin Neticesi).

Uyar, T.: İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle İhalenin Feshi (İBD 1976/1-4, s. 156-162 (Uyar – Bedelin Ödenmemesi).

Uyar, T.: Tetkik Merciinde Yargılama Usulü, YD 1980/3, s. 339-351 (Uyar – Usul).

Uyar, T.: İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, C. 1-2, Ankara 2002 (Uyar – İhalenin Bozulması).

Uygur, T.: Borçlar Kanunu – Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 5, Ankara 2003.

Üstündağ, S.: İcra Hukukunun Esasları, B. 8, İstanbul 2004 (Üstündağ – İcra).

Üstündağ, S.: İflâs Hukuku, B. 7, İstanbul 2007 (Üstündağ – İflâs).

von Tuhr, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Ankara 1983, (Çev.: Cevat Edege).

Yavuz, C.: Borçlar Hukuku Dersleri – Özel Hükümler, B. 1, İstanbul 2000.

Yılmaz, E.: Hukuk Sözlüğü, B. 8, Ankara 2004.

BOŞ

KOOPERATİF ORTAKLIĞINDAN ÇIKMA VE ÇIKAN KİŞİNİN HAKLARI

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Erdem CAN*

ÖZET

Kooperatifler, ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını emek ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli, tüzelkişiliği bulunan ortaklıklardır.

Kooperatife giriş ve çıkışta kural olarak açık kapı ilkesi benimsenmekte ancak çıkma serbestisi bazı kısıtlamalara tabi tutulmaktadır. Çıkma çeşitli şekillerde gerçekleşmektedir. Bildirim yaparak çıkma genel bir çıkma şeklidir. Bazı hallerde çıkma, haklı bir nedene dayanabilir. Belirli şartların oluşması durumunda çıkmanın kendiliğinden gerçekleşmesi de mümkündür. Örneğin ölüm, tüzel kişiliğin kaybı, görev veya hizmetin sona ermesi, taşınmazın veya işletmenin devri. Olağanüstü bir durumun ortaya çıktığı bazı hallerde de ortağa çıkma bildiriminde bulunma hakkı tanınmaktadır. Örneğin şahsi sorumluluğun ağırlaştırılması, ek ödeme yükümlülüğü getirilmesi, kooperatifin devri halinde ortağın çıkma bildiriminde bulunması, nitelikli giriş sisteminde eksiklik bulunması.

Kooperatiften çıkan kişiye çeşitli sorumluluklar yüklenmekte ve bazı haklar tanınmaktadır. Çıkan kişi kooperatifin borçları ile ek ödemelerden sorumlu tutulmakta ve bazen de tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Buna karşılık çıkan kişi ayrılma payını talep etme hakkına sahip olmaktadır.

Anahtar kelimeler:

Kooperatif, kooperatif ortaklığı, kooperatiften çıkma, açık kapı ilkesi, ayrılma payı.

SUMMARY

Secession from a Cooperative Membership and Rights of the Seceded.

Cooperatives are legal entity incorporations of variable partners and variable capitals that are founded by legal or natural entities to provide and protect the

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

economical interests and especially the professional or daily life needs of their members with endeavors and financial contribution of members through mutual aid, solicitation and recognition.

For becoming a member of cooperatives or secession from the membership an open door policy is applied, however, the right of secession is subjected to certain limitations. Secession can be done in variable ways. Secession through notification is a common succession method. In certain cases, secession might be based on reasonable causes. Also, the secession may result from the appearance of certain conditions. For instance, death, loss of the legal entity, end of duty or service, conveyance of premises or business may cause secession. In certain cases where unexpected conditions occur, these conditions grant a right to secede for the member. For instance, aggravation of personal responsibilities, imposition of additional payments, and notification of the member because of the conveyance of the cooperative, deficiencies in qualified entry system will grant a right to secede for the member.

Seceded member bears certain responsibilities and certain rights. Seceded shall bear responsibility for the debts of the cooperative and for the additional payments and in certain cases is imposed to pay compensation. On the other hand, the seceded has a right to request his secession share.

Key words:

Cooperative, Cooperative Membership, Secession from Cooperatives, Open Door Policy, Secession Share.

GİRİŞ

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun¹ 5146 sayılı Kanun² ile değiştirilen 1'nci maddesi hükmüne göre kooperatif; tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıktır³.

Kooperatifin amacı, ticari işletmeler gibi gelir elde etmek değil, ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını sağlayıp korumaktır. Bu amaca ulaşmak için karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet yöntemleri kullanılır⁴.

5146 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile kooperatiflerde sermaye zorunlu bir unsur haline gelmiştir. Kooperatiflere giriş ve çıkışın serbest olması nedeniyle ortak sayısının değişmesine paralel olarak sermaye miktarı da değişmektedir. Sermaye bazı kooperatifler bakımından önemli olmakla birlikte, yapı kooperatifleri gibi bazı kooperatiflerde sembolik bir değer taşımaktadır⁵. Bu tür kooperatiflerde ortaklardan alınan sermaye payı (ortaklık payı); ortağın ödemesi gereken arsa payı, konut taksitleri ve ara ödemelerine oranla daha düşük kalmakta ve hatta önemini yitirmektedir. Yine aynı Kanun, gerçek kişiler yanında tüm tüzel kişilerin⁶ kooperatif kurmasına, kuruluşuna yardım veya önderlik etmesine imkân tanımış bulunmaktadır.

¹ RG. 10.05.1969 tarih ve S.13195.

² RG. 07.05.2004 tarih ve S.25455.

³ Eski 1163 sayılı Kanun m.1 hükmü; "Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla, gerçek ve kamu tüzel kişileri ile özel idareler, belediyeler, köyler, cemiyetler ve dernekler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli teşekküllere kooperatif denir" şeklindeydi.

⁴ ŞİMŞEK, Edip, Kooperatif Ortaklıklar, Ankara 1981, s.16; ERÇİN, Ferhat, Türk Hukukunda Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Ayrıcı Özellikleri, İstanbul 2004, s.86-89.

⁵ KAÇAK, Nazif, Konut Yapı Kooperatifleri, Ankara 2004, s.49.

⁶ Kooperatifler Kanunu'nun 5146 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değiştirilen 9. maddesine göre; kamu ve özel hukuk tüzel kişileri, amaçları bakımından ilgilendiği kooperatifin kuruluşuna yardımcı olabilir, önderlik edebilir ve ortak olabilir. Değişiklikten önce şirket, sendika, vakıf gibi tüzel kişiler kooperatiflere ortak olamamaktaydı. 5146 sayılı Kanun'un Hükümet Genel Gerekçesi'ne göre; "... üretim ve pazarlama faaliyetlerini limited veya anonim şirketler kurmak suretiyle birleştirerek büyümeye çalışan küçük sanayicimizin, özellikle küçük işletmelerin yoğun olarak faaliyet gösterdiği; küçük sanayi siteleri, toplu işyeri siteleri, organize sanayi bölgeleri gibi kooperatiflere ait alanlarda bu şirketler aracılığıyla yatırım yapma eğilimleri önünde bir engel oluşturmakta ve gerek kooperatiflerin gerekse kooperatiflerce yapılan işyerlerinin büyümesini ve verimli çalışmasını engellemektedir. Avrupa Birliği üyesi ülkelerde de kooperatiflere tüzel kişilerin ortak olmasını engelleyen hükümler bulunmamaktadır" (Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. KAÇAK, s.46-47).

Kooperatif ortaklığı (üyeliği); ortağın çıkması⁷ (ayrılması, istifası) ya da kooperatifin çıkarma kararı vermesi ile sona ermektedir. Makalemizde çıkma hakkının niteliği, kullanılması ve çıkmaya bağlı haklar incelenmektedir.

I. KOOPERATİFTEN ÇIKMA HAKKI

A. Kooperatiflerde Açık Kapı İlkesi

Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesine göre, kooperatifler değişir ortaklı, değişir sermayeli teşekküllerdir. Kooperatiflerde "açık kapı ilkesi" benimsenmiş olduğundan; kooperatife giren veya çıkan ortak sayısı değişebilmekte ve buna bağlı olarak sermaye miktarı artmakta veya azalmaktadır⁸. Kanun bazı hallerde açık kapı ilkesine istisnalar getirmekte bazen de ana sözleşme ile istisnai düzenleme yapılmasına imkân tanımaktadır. Örneğin kooperatife giriş serbestisine bir istisna teşkil eden KK m.8/II hükmünde, yapı kooperatiflerinin konut, işyeri ve ortak sayısının genel kurulca belirleneceği ve yönetim kurulunun kooperatife bu sayının üzerinde ortak kaydedemeyeceği ifade edilmektedir⁹.

Ana sözleşme ile getirilen ortaklığa girme ve ortaklıktan çıkma ile ilgili şartlar dolaylı olarak açık kapı ilkesini sınırlandırmaktadır¹⁰. Bu şartlar Kooperatifler Kanunu'nun 11. maddesi ile BK m.18-29 ile MK m.2,23 hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla geçerli olur. Bazı hallerde ortaklığa alınma veya ortaklıktan çıkma belli koşulların yerine getirilmesine bağlı tutulabilir. Ancak çıkma hakkı ana sözleşme ile tamamen ortadan kaldırılamaz (KK m.11/II). Çıkma hakkının kullanılması durumunda kooperatiften hiçbir talepte bulunulmayacağı kararlaştırılmaz.

⁷ Hukukumuzda "çıkma" kelimesi yerine "ayrılma" veya "istifa" kelimeleri de kullanılmaktadır. İstifa kelimesi daha ziyade idare hukuku alanında kullanıldığından, ayrılma kelimesi ise edilgen bir anlama da geldiğinden, makalemizde ortağın iradesini daha iyi ifade eden "çıkma" terimini kullanmayı tercih etmiş bulunmaktayız.

⁸ TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B.10, İstanbul 2005, s.950; TEKİNALP, Ünal, Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sıfatının Kazanılması ve Yitirilmesi, İstanbul 1972, s.91-92; ERİŞ, Gönen, Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Ankara 2001, s.353; AYKAN, Filiz, Kooperatif Üyeliğinden Çıkarılma ve Çıkarılma Kararına İtiraz Davası, Ankara 2007, s.27; ERÇİN, s.91.

⁹ Yapı kooperatifleri, ortaklarının ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla konut ve işyeri inşa etmek üzere kurulduğu için, belli bir plan ve program çerçevesinde hareket etmek ve inşaat ruhsatını da bu sayıya göre almak zorundadırlar. Bu yüzden konut ve işyeri sayısı ile ortak sayısının sınırlandırılması gerekmektedir.

¹⁰ Yargıtay 11. HD. 13.12.1974 tarih ve E. 2697, K. 3620 sayılı hükmüne göre; "Kooperatife girişte olduğu gibi çıkışta da açık kapı ilkesi geçerlidir" (ERİŞ, s.19-20, 309).

B. Çıkma Hakkının Niteliği ve Sınırlandırılması

Kooperatifler Kanunu'nun çıkmaya ilişkin hükümlerinin kaynağı, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 842-845'nci maddeleridir. Kooperatifler Kanunu'nun 10. maddesine göre her ortağın kooperatiften çıkma hakkı bulunmaktadır. Kooperatifler Kanunu, Borçlar Kanunu ve diğer kanunlar çıkma hakkının kullanılmasını ve bunun sınırlarını belirlemektedir. Ancak ana sözleşme ile çıkma hakkının aşırı derecede sınırlandırılması veya tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir¹¹. Nitekim Kanun'un 11. maddesine göre, bir ortağın hiçbir surette kooperatiften çıkamayacağına dair bağlamalar hükümsüzdür. Emredici nitelikteki bu düzenleme, çıkma hakkının vazgeçilemez ve bertaraf edilemez bir hak olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bir kooperatif ortağı, kanun ve ana sözleşmede öngörülen düzenlemelere uymak kaydıyla her zaman kooperatiften çıkabilir. Bu kurala aykırı olarak ana sözleşmeye konan hükümler geçersizdir¹². Çıkma hakkı, mutlak bir ortaklık hakkı niteliğindedir. Kanun, ortağa kooperatif ile ilişkisini tek taraflı bir irade açıklaması (çıkmanın ihbarı) ile kesebilme imkânı tanımaktadır¹³.

Çıkma serbestisinin hiçbir kısıtlamaya tabi tutulmaması, bazı hallerde kooperatif telafisi imkansız zararlara uğratabilmektedir¹⁴. Çıkma nedeniyle kooperatif mevcudiyetinin tehlikeye düşmesi halinde ana sözleşmeye, ayrılmak isteyen ortağın muhik bir tazminat ödemesine ilişkin bir hüküm konabilir (KK m.10, c.2). Çıkma tazminatı, çıkma serbestisinin kooperatifin varlığını tehlikeye düşürmemesi, ona bir zarar vermemesi düşüncesiyle kabul edilen bir hükümdür¹⁵. Ayrılmaya tazminat istenebilmesi için buna ilişkin hükmün kooperatif ana sözleşmesinde yer alması gerekir. Böyle bir hüküm konmamışsa, kooperatifin varlığı tehlikeye düşse dahi tazminat ödeme yükümlülüğü doğmamaktadır¹⁶. Ancak hakkın kötüye kullanılması durumunda, genel hükümlere göre tazminat talep edilebilmesi mümkündür.

Çok ortaklı, ekonomik yapısı güçlü kooperatiflerde bir veya birkaç ortağın çıkması genellikle kooperatifi etkilememekte, mevcudiyetine tesir etmemektedir. Çıkma kooperatif mevcudiyetini tehlikeye düşürücü nitelikte değilse, ana sözleşmeye salt çıkma nedeniyle tazminat ödenmesi şartı konmamalıdır. Ancak unutulmamalıdır ki

¹¹ BECCHIO, Bruno/WEHINGER, Urs/FARHA, Alfred S./SIEGEL, Stanley, Swiss Company Law, 2nd Edition, Kluwer Law International, Switzerland 1996, s.170.

¹² ÇEVİK, Orhan Nuri, Kooperatifler Kanunu, Ankara 2003, s.55; ERİŞ, s.308.

¹³ TEKİNALP, s.138; ERİŞ, s.309.

¹⁴ AYKAN, s.31

¹⁵ İsviçre BK m.842/II hükmünde, çıkmanın ciddi bir zarara sebep olması halinde ayrılmaya tazminat istenebileceğini ifade edilmektedir.

¹⁶ ERİŞ, s.303-304.

her hak gibi çıkma hakkı da dürüstlük kuralına (MK m.2) uygun olarak kullanılmalıdır. Ortak, çıkma hakkını dürüstlük kuralına aykırı kullanır ve bu yüzden bir zarara sebep olursa, kooperatif ana sözleşmesinde hüküm bulunmasa dahi Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre kendisinden tazminat talep edilebilmesi mümkündür.

Kooperatifler Kanunu'nun 52. maddesine göre, ortakların mali yükümlülüklerini ağırlaştırılan genel kurul kararına muhalif kalan ve kararın ilanından itibaren üç ay içinde çıkma bildiriminde bulunan üyelerden ayrılma tazminatı talep edilemez. Bu düzenleme sayesinde, çıkma ile kooperatif mevcudiyeti tehlikeye düşse dahi çıkan kişinin ana sözleşmede öngörülen ayrılma tazminatını ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Böylece ayrılma tazminatının çıkma hakkını kısıtlayıcı bir unsur olarak ortaklar aleyhine kullanılması engellenmektedir.

Çıkma hakkına ilişkin diğer bir kısıtlama, Kooperatifler Kanunu'nun 11/I hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre, kooperatiften çıkma hakkının kullanılması ana sözleşme ile en çok beş yıl süreyle sınırlandırılabilir. Ana sözleşmede beş yıl içinde çıkmayı yasaklayan bir hüküm varsa, ortağın bu süre içinde çıkma hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda ortağın yaptığı tek taraflı çıkma bildirimini hukuki sonuç doğurmamaktadır.

Ortağın kooperatiften çıkma hakkı ana sözleşme ile beş yıldan fazla süre ile sınırlandırılmaz. Kanaatimizce ana sözleşme ile çıkma hakkına ilişkin olarak beş yıldan fazla getirilen süre sınırlandırmaları, kanunun emredici hükmü karşısında kısmi butlan yaptırımına tabi tutulmalı ve azami süre beş yıl olarak kabul edilmelidir. Ana sözleşme ile çıkma hakkı beş yıl süre ile sınırlandırılmış olsa dahi haklı ve önemli sebeplerle bu süreden evvel kooperatiften çıkılabileceği hususunda ana sözleşmeye hüküm konması mümkündür (KK m.11/II).

II. KOOPERATİFTEN ÇIKMA HALLERİ

A. Bildirim Yaparak Çıkma

Kooperatifler Kanunu'nun 10. maddesine göre, her ortağın kooperatiften çıkma hakkı bulunmaktadır. Kanun'un 12. maddesine göre çıkma hakkı, bildirme yani çıkmanın kooperatife ihbar edilmesi suretiyle kullanılır¹⁷. Çıkma bildirimini¹⁸, gerçek veya tüzel kişi ortak tarafından tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılan

¹⁷ AYKAN, s.29-30; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s.968.

¹⁸ İsviçre Borçlar Kanunu'nun İngilizce versiyonunda "notice of withdrawal" terimi kullanılmaktadır.

Kooperatif Ortaklığından Çıkma Ve Çıkan Kişinin Hakları

bozucu yenilik doğuran bir haktır¹⁹. Ortağın çıkma iradesini açıklaması ile çıkma gerçekleşmekte, ayrıca kooperatifin bunu kabul etmesine veya onaylamasına ihtiyaç bulunmamaktadır²⁰. Çıkmanın gerçekleşmesi ile birlikte ortaklıktan doğan hak ve yükümlülükler sona ermektedir.

Kooperatifler Kanunu'nun 55. maddesinde, kanun ve ana sözleşme hükümlerine göre kooperatifin faaliyetlerini yöneten ve onu temsil eden icra organı yönetim kurulu olarak kabul edildiğinden, çıkma bildirimini de yönetim kuruluna yapılması gerekmektedir²¹. Kanaatimizce bu bildirim çıkmanın koşulu değil, ispat vasıtasıdır. Çıkma için yönetim kurulunun iznine ya da onayına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bildirim, sadece ortağın çıkma iradesinden kooperatifin haberdar olması, çıkma iradesinin ve çıkma tarihinin kooperatif tarafından öğrenildiğinin ispat edilmesi açısından önem taşımaktadır. Çıkmanın haricen öğrenilmesi veya ortağın eylemlerinden çıkma iradesinin açıkça anlaşılması ya da bunların ispat edilmesi halinde ayrıca çıkma bildirimini yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

3476 sayılı Kanun m.3 ile değişik KK m.14/III, c.1 hükmüne göre; kooperatif ortaklığı devredilebilir. Bu, devir sözleşmesi ile gerçekleştirilir. Yargıtay; kooperatifin özel statüsünün olmaması ve herhangi bir kısıtlılık halinin ileri sürülmemesi durumunda kooperatif payının devri için devir sözleşmesinin yapılmış olmasını yeterli görmektedir²². Kanaatimizce ortaklık hakkının bir başkasına devrinin kooperatife bildirilmesi de çıkma bildirimini olarak değerlendirilebilir²³. Devreden kişi, devrin kooperatife bildirilmesi ile ortaklıktan çıkmış olur. Buna karşılık devralan kişinin ortaklık sıfatını kazanıp kazanmaması ise ayrı bir husustur²⁴. Yönetim

¹⁹ ÇEVİK, s.141; AYKAN, s.30; GUTZWILLER, Max, Die Genossenschaft, Zürich 1972, N.1-2; ŞİMŞEK, s.67; ERİŞ, s.306'da ortaklıktan çıkmanın örtülü olarak da istenebileceğini ileri sürmektedir; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s.968'de çıkma bildirimini yönetim kuruluna yöneltilen, tek taraflı, süreye bağlı, hesap yılı sonunda hüküm ifade eden, kabulünden kaçınılabilen ve reddedilebilen bir irade beyanı olarak ifade edilmektedir.

²⁰ ÖZMEN, Kemal, Konut ve İşyeri Yapı Kooperatifleri ve Uygulaması, B.5, İstanbul 2000, s.46.

²¹ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s.968; AYKAN, s.29'da bu yetkinin KK m.13 hükmünün dolaylı yorumundan yönetim kuruluna verildiğinin anlaşıldığını, ana sözleşme ile genel kurula verilebileceğini, KK m.54 gereği genel kurul yerine temsilciler kurulu mevcutsa temsilciler kuruluna verilebileceğini, bu haller dışında başka bir organa verilemeyeceğini ileri sürmektedir.

²² Yargıtay 14. HD. 14.12.2004 tarih ve E. 8744, K. 8712 (Legal Hukuk Dergisi "LHD" Yıl 3, S.25, Ocak 2005, s.202-203.

²³ Payın devrinin kooperatife bildirilmesi ile çıkma gerçekleşmekle birlikte, kooperatifin kabul etmesine kadar pay kooperatife bırakılmış durumdadır.

²⁴ TEKİNALP, s.166'da belirtildiği üzere; devir, yalnız taraflar arasında geçerli olup hiçbir şekilde kooperatife karşı ileri sürülemez. Bu halde sözleşme hala yürürlükteyse; yönetime ilişkin haklar devredene, mali haklar devralana ait olur.

kurulu, devralan kişinin ortaklık için gerekli nitelikleri taşıdığı kanaatine varırsa onu ortaklığa kabul eder²⁵.

Yargıtay bir kararında²⁶ ortağın çıkma bildirimini yapmaksızın yatırdığı paranın iadesi ile üye olmadığının tespiti talebini, çıkma iradesinin açıklanması şeklinde yorumlamıştır. Yargıtay bir başka kararında²⁷; kooperatiften çıkmanın, çıkma kararı ile olabileceği gibi buna yönelik eylem ve işlemlerin yapılmasıyla da gerçekleşebileceğini, sözcülemi, ortağın yatırdığı aidatları geri almasının kooperatiften çıkma anlamına geleceğini kabul etmiştir²⁸.

Çıkmanın gerçekleşebilmesi için kooperatif ortağının ana sözleşmeye uygun olarak çıkma iradesini açıklaması yeterli kabul edilmelidir. Kooperatifler Kanunu'nun 13. maddesine göre; yönetim kurulu, ana sözleşmeye uygun olarak yapılacak isteğe rağmen, bir ortağın kooperatiften istifasını kabulden kaçınırsa, ortak çıkma iradesini noter aracılığı ile kooperatife bildirir. Bildirim tarihinden itibaren çıkma gerçekleşir. Bu hüküm, çıkma için kooperatifin kabulüne ihtiyaç bulunmadığını, bildirim yapılmasının yeterli olduğunu göstermektedir²⁹. Yönetim kurulunun istifayı kabul etmemesi veya hiç dikkate almaması, çıkma hakkını ortadan kaldırmamaktadır³⁰. Yönetim kurulunun istifayı kabul etmemesi, genelde çıkma hakkının ana sözleşmeye uygun kullanılmadığı gerekçesine dayanır. Bu durumda ortak yönetim kurulu ile aynı görüşte değilse, çıkma iradesini bu kez noter aracılığı ile kooperatife bildirmelidir. Kooperatifler Kanunu'nun 13. maddesine göre çıkma, çıkma bildiriminin noter vasıtasıyla kooperatife tebliğ edildiği tarih itibarıyla gerçekleşir. Bildirimin noter vasıtasıyla yapılması ispata ilişkin bir husustur³¹. Nitekim Yargıtay bir kararında KK

²⁵ 3476 sayılı Kanun m.3 ile değişik KK m.14/III, c.2 hükmü, bu konuda yönetim kuruluna bir takdir hakkı tanımakta, devralan kişiyi ortaklık niteliklerini taşımadığı gerekçesiyle ortaklığa kabul etmekten kaçınma imkânı vermektedir. Devralan kişinin üyeliği kazanmasında kooperatif açısından herhangi bir sakınca bulunmaması halinde yönetim kuruluna ortaklığa kabulden kaçınma imkânı tanınmamaktadır. Aynı yönde Yargıtay 14. HD. 14.12.2004 tarih ve E. 8744, K. 8712 (LHD, Yıl 3, S.25, Ocak 2005, s.202-203).

²⁶ Yargıtay 11. HD. 13.12.1974 tarih ve E. 2697, K. 3620 (TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s.969).

²⁷ Yargıtay 11. HD. 16.09.1993 tarih ve E. 3491, K. 5528 (ERİŞ, s.410-411).

²⁸ Yargıtay 11. HD. 19.01.1993 tarih ve E. 5683, K. 200 sayılı hükmünde; ortağın kooperatife yatırdığı aidatları ön koşulsuz olarak almasını, çıkma iradesinin gösterilmesi şeklinde yorumlamıştır (ERİŞ, s.512).

²⁹ TEKİNALP, s.139.

³⁰ Kanaatimizce; ana sözleşmeye uygun olarak yapılan istifayı yönetim kurulunun kabulden kaçınması veya reddetmesi çıkma hakkını etkilememekte, sadece bu durumda çıkma bildiriminin ispata noter vasıtasıyla yapılması koşuluna bağlanmaktadır.

³¹ İspat açısından çıkma bildiriminin herhangi bir şekilde tabi olmadığı ve bu arada noter vasıtasıyla yapılabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. TEKİNALP, s.139'da noter vasıtasıyla yapılan ikinci bildirim teknik anlamda bir bildirim değil, itiraz olarak kabul etmektedir. Kanaatimizce; ilk

Kooperatif Ortaklığından Çıkma Ve Çıkan Kişinin Hakları

m.13 hükmünü esas alarak³²; "...davacı ortak, çıkma isteği hakkında olumlu veya olumsuz bir kararın verilmesini makul süre içinde beklemeli ve makul süre geçince yine makul bir süre içinde çıkışını bildiren noter ihtarnamesi göndermelidir. Davacı bu yola gitmediğine göre, ortaklığın devam ettiğinin kabulü gerekir" şeklinde hüküm kurmuştur.

Kooperatif yönetim kurulu, ana sözleşme çerçevesinde ortağın çıkma hakkının doğmadığı veya bu hakkı usulüne uygun kullanmadığı neticesine varırsa, çıkma bildiriminde bulunan gerçek veya tüzel kişiden üyelik yükümlülüklerini yerine getirmesini talep edebilir. Örneğin üyelik aidatı yürütüp bunun ödenmesini talep ve dava edebilir, hatta borç nedeniyle ortaklıktan çıkarma yoluna gidebilir. Buna karşılık çıkma ihbarında bulunan kişi -haklı olarak- ana sözleşme çerçevesinde çıkma hakkını kullandığını ve artık ortak olmadığını, borcunun bulunmadığını ileri sürerek icra takiplerine itiraz edebilir, menfi tespit davası açabilir, açılan davaların reddini talep edebilir ya da çıkma bildirimini ile ortaklık sıfatının ortadan kalktığının tespitini mahkemeden isteyebilir.

Kooperatifler Kanunu'nun 12. maddesine göre, çıkma ancak bir hesap senesi sonu için ve en az 6 ay önceden haber verilme suretiyle yapılır. Ana sözleşmede daha kısa bir süre belirtilmesi halinde hesap senesi içinde de ortaklıktan çıkmak mümkündür. Bu hükümle çıkma ihbarına otomatik sonuç bağlanmamakta, kooperatifin sürpriz bir çıkma nedeniyle zor durumda kalması engellenmektedir. Şayet bir ortak hesap yılı sonu itibariyle kooperatiften çıkmak isterse, durumu en az 6 ay önceden kooperatife bildirmelidir. Kanunda belirtilen minimum altı aylık süreye uyulmadan yapılan çıkma bildirimini, bir sonraki hesap yılı için yapılmış sayılmalıdır.

Hesap yılı sonu, kooperatif ana sözleşmesine göre belirlenir. Ana sözleşmede hesap yılı sonunun hangi gün olduğu açıkça belirtilmemişse takvim yılının son günü, hesap yılının sonu olarak kabul edilir. KK m.12/c.2 hükmüne göre; ana sözleşmeyle 6 aydan kısa bir süre öngörülerek hesap yılı içinde çıkmaya müsaade edilmesi mümkündür. Yani, ana sözleşme ile hem 6 aylık sürenin kısaltılmasına, hem hesap yılı içinde çıkmaya müsaade edilmesine hem de bu iki düzenlemenin bir arada yapılmasına imkân tanınmıştır.

bildirim inkâr edilmekte ve aksi ispat edilememekte ise, noter kanalıyla yapılan (ikinci) bildirimini ilk bildirim olarak kabul etme zorunluluğu doğmaktadır. Kanunun 13. maddesinde, bildirimini noter vasıtasıyla yapılması koşul olarak getirilmiş olsa da, açılan bir dava dolayısıyla, mahkeme aracılığıyla yapılan bir çıkma bildirimini de evleviyetle geçerli kabul edilmelidir.

³² Yargıtay 11. HD. 06.02.1978 tarih ve E. 111, K. 332 (yayınlanmamıştır).

B. Haklı Nedenlerle Çıkma

Hukukumuzda kooperatife giriş ve çıkışta açık kapı ilkesi benimsenmiş bulunduğundan, çıkma için usulüne uygun bir bildirim yapılması gerekli ve yeterlidir. Çıkmanın haklı bir nedene dayandırılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Çıkma hakkı mutlak bir ortaklık hakkı olduğundan, ortağın hiçbir suretle kooperatiften çıkamayacağına ilişkin düzenlemeler hükümsüzdür. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 843/I hükmüne paralel şekilde Kooperatifler Kanunu 11/I hükmü, bu kurala bir istisna getirmiştir. Bu hükme göre, kooperatiften çıkma hakkının kullanılması, ana sözleşme ile en çok 5 yıl süre ile sınırlandırılabilir³³. Ancak ana sözleşmeye hüküm konarak 5 yıllık süre dolmadan ortaklara haklı ve önemli sebeplerle kooperatiften çıkma imkânı tanımıştır (KK m.11/II). Böylece ana sözleşme hükmü ile çıkma hakkını sınırlandıran 5 yıllık süre, yine ana sözleşme hükmü ile haklı nedene dayanılarak azaltılabilmekte veya ortadan kaldırılabilir.

Bir gerçek veya tüzel kişi, belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle mesleki veya günlük ihtiyaçlarını emek ve parasal katkıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla bir kooperatife ortak olmaktadır. Kişinin kooperatife üye olma gerekçesinin sonradan ortadan kalkması halinde, çıkma için haklı neden oluşmaktadır. Haklı neden ortaklıktan, diğer ortakların tutumundan veya ortağın şahsından doğabilir³⁴. Önemli fikir ayrılıkları, menfaatlerin ters düşmesi, ortağın çıkarlarının zarar görmesi, meslekte değişiklik, kooperatifin faaliyet alanında değişiklik, sağlık durumu gibi haller ana sözleşmede haklı sebep olarak gösterilmektedir.

Doktrinde bir fikre göre; haklı nedenin varlığı halinde çıkma bildiriminde bulunacak ortağın KK m.12 hükmünde yer alan süreye uygun hareket etmesi gerektiği gibi hesap yılı sonunun esas alınmasına da gerek bulunmamaktadır. Zira haklı sebebin mevcudiyeti böyle bir bekleme imkân vermemektedir³⁵. Kanaatimizce; aksi ana sözleşme ile kararlaştırılmamışsa, 12. maddede öngörülen 6 aylık süre ile çıkmanın hesap yılı sonunda yapılabileceğine ilişkin kanuni düzenlemelerin tamamlayıcı hukuk kuralı olarak uygulanması gerekmektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 843/II hükmünde, ortaklıktan haklı sebeplerle çıkma halinde dahi uygun bir ayrılma tazminatı istenebileceği ifade edilmektedir. Doktrinde

³³ Ana sözleşmede beş yıl içinde çıkma hakkının kullanılmayacağına ilişkin herhangi bir sınırlandırma bulunmaması durumunda ortak, kanundaki diğer hususlara uymak kaydıyla her zaman çıkma hakkını kullanabilir.

³⁴ AYKAN, s.33; TEKİNALP, s.145.

³⁵ TEKİNALP, s.145.

Kooperatif Ortaklığından Çıkma Ve Çıkan Kişinin Hakları

bazı yazarlar³⁶ haklı sebebin kooperatifin tek taraflı hareketinden veya kusurundan kaynaklanması halinde ayrılma tazminatı istenemeyeceğini veya miktarının daha az takdir edilebileceğini ileri sürmektedirler.

Hukukumuz bakımından çıkma tazminatı istenebilmesi, çıkmanın kooperatif mevcudiyetini tehlikeye düşürmesi ve bu hususta ana sözleşmede hüküm bulunması koşuluna bağlanmıştır (KK m.10). Kanunda haklı sebeplerle kooperatiften çıkan ortakta tazminat istenebileceği yönünde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Çıkma serbestisi karşısında bir ortağın yardımlaşma ve dayanışma gibi amaçlarla girdiği bir kooperatiften haklı bir sebebinin bulunmasına rağmen ancak tazminat ödeyerek çıkması düşüncesi, KK m.1'de ifadesini bulan kooperatiflerin kuruluş amaçlarıyla bağdaşmamaktadır.

C. Çıkmanın Kendiliğinden Gerçekleştiği Haller

1. Ortağın ölmesi veya tüzel kişiliğın sona ermesi

Gerçek kişi ortağın ölümü ile ortaklık sıfatı sona erer (KK m.14/I). Ortak tüzel kişi de olabileceğinden, tüzel kişiliğın herhangi bir nedenle sona ermesi halinde de ortaklık sıfatı kendiliğinden sona erer. Ölüm, gerçek kişinin kooperatif üyeliğini sona erdiren doğal bir olaydır. Ortağın ölmesi halinde KK m.14/II hükmüne göre; ana sözleşmede gösterilecek şartlarla ölen ortağın mirasçuları kooperatifin ortağı olabilirler³⁷. Mirasçuların ortaklık sıfatını kazanmaları, ana sözleşmede gösterilen belli koşulların yerine getirilmesine bağlı tutulabilir³⁸. Ana sözleşmede ölen ortağın ortaklık payına ilişkin bir hüküm bulunmaması halinde pay Medeni Kanun'un miras hükümleri çerçevesinde mirasçılara intikal eder³⁹. Mirasçılar kendiliğinden ve belirli şartları yerine getirerek kooperatif ortağı olamazlar. Kooperatif ortağı olabilmek bakımından mirasçılar üçüncü kişilerle aynı durumdadırlar.

Kooperatifler Kanunu'nun (3476 sayılı Kanun⁴⁰ m.2 ile değişik) 8. maddesine göre, gerçek kişilerin kooperatif ortağı olabilmeleri için medeni hakları kullanma yeterliliğine sahip olmaları gerekmektedir. Yönetim kurulu, ortaklar ile ortak olmak için müracaat edenlerin ana sözleşmede gösterilen ortaklık şartlarını taşıyıp

³⁶ GERWIG, Max, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Bern 1967, s.247.

³⁷ İsviçre Hukuku'nda, mirasçuların ortak sıfatını kazanabilmeleri için kooperatifte yazılı müracaatta bulunmaları gerekmektedir (BECCHIO/WEHİNGER/FARHA/SIEGEL, s.171).

³⁸ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s.971.

³⁹ KK m.17/II, c.3 hükmüne göre, mirasçuların kooperatiften olan hakları ve alacakları beş yılda zamanaşımına uğramaktadır.

⁴⁰ RG. 25.10.1988 tarih ve S.19970.

taşımadıklarını araştırmak zorundadır. Örneğin kooperatife üye olabilmek için kişinin reşit olması gerekir. Reşit olmayan kişi ortaklığa kabul edilmemelidir. Aksi takdirde ortaklık sıfatı kazanılamaz. Ancak reşit olmadığı halde ortaklığa alınan ve ortaklığa karşı tüm yükümlülüklerini yerine getiren kişi sonradan reşit hale gelmişse, onun hakkında verilen çıkarma kararı iyiniyet kurallarına aykırı kabul edilmektedir⁴¹. Medeni hakları kullanma ehliyeti sonradan kaybedilmişse, ortaklık sıfatı kendiliğinden sona ermez. Bu durumda yönetim kurulunun 16. madde çerçevesinde çıkarma kararı vermesi mümkündür.

2. Görev veya hizmetin sona ermesi

Kooperatifler Kanunu'nun 15. maddesine göre; ortaklık sıfatının bir görev veya hizmetin yerine getirilmesine bağlı olması durumunda, bu görev veya hizmetin sona ermesi ile ortaklık sıfatı kendiliğinden sona erer. Ancak ana sözleşmeye hüküm konularak görev veya hizmet sona erse dahi ortaklığın devam edeceği kararlaştırılabilir. Aksi takdirde görev veya hizmetin hitamına bağlı olarak ortaklık sıfatı da sona erer.

Ortaklık sıfatı kooperatifte bazı görevleri ve hizmetleri yapan kişilere görevleri dolayısıyla verilebilir. Örneğin bir sosyal yardımlaşma ve dayanışma kooperatifinin lokantasının açısına ortaklık verilmesi. Böyle bir halde görev devam ettiği sürece ortaklık devam eder, görev sona erdiğinde ortaklık da sona erer. Buna karşılık geçmişte kooperatife hizmet eden bu çalışanların görevleri sona erdiğinde ortaklığın devam etmesi isteniyorsa, ana sözleşmeye bu yönde açık bir hüküm konması gerekmektedir. Örneğin ana sözleşme ile hizmet sona erdiğinde ortaklığın devam edeceği hükme bağlanmışsa, yapı kooperatifinin tesisat ustasına hizmeti karşılığında payına düşen konut verilmelidir.

3. Taşınmazın veya işletmenin devredilmesi

Kooperatifler Kanunu'nun 15/II maddesine göre; ana sözleşmede ortaklık sıfatının kazanılması, bir taşınmazın mülkiyetine bağlı hakların kullanılmasına veya bir teşebbüsün işletilmesine bağlı tutulabilmektedir. Bu durumda taşınmazın veya teşebbüsün mülkiyeti aynî sermaye olarak konmuş olmamaktadır. Mülkiyet hakkı ortakta kalmaya devam etmektedir.

Taşınmazın veya işletmenin üçüncü kişilere devredilmesi veya temlik edilmesi halinde ortaklık sıfatının yeni malike veya işletmeyi devralan kimseye geçeceği ana sözleşmede hüküm altına alınabilir (KK m.15/II). Ana sözleşmede bu yönde bir

⁴¹ Yargıtay 11. HD. 14.03.1995 tarih ve E. 564, K. 1957 sayılı karar (yayınlanmamıştır).

hüküm mevcut değilse; salt devir ve temlik işleminin yapılmış olması, yeni malik veya işletmeyi devralan kişiyi kendiliğinden ortak haline getirmemektedir. Kanun koyucu bu hükümlerle kooperatifin devamlılığını sağlamayı ve kooperatifin işlettiği işletmenin faaliyetini sürdürmesi suretiyle kooperatif amacının gerçekleşmesini hedeflemektedir⁴².

Taşınmaz mülkiyetine bağlı hakların kullanılmasına veya teşebbüsün işletilmesine⁴³ dayanan ortaklık sıfatı, ana sözleşmede bu yönde hüküm varsa taşınmazın veya işletmenin devri ile devralana geçmekte yani devralan veya yeni malik ortak haline gelmektedir. Kooperatifler Kanunu 15/II hükmüne göre; taşınmaz mala ilişkin bu tür bir iktisabın üçüncü kişilere karşı muteber olması için tapu siciline bu yönde bir şerh verilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce MK m.840/I hükmü çerçevesinde, taşınmaz üzerinde kooperatif lehine bir “taşınmaz yükü” tescil edilmesi halinde de aynı sonuca varmak mümkündür. Bu durumda tapu sicilinin aleniyeti dolayısıyla durumu bilmeyen üçüncü kişiler iyiniyet iddiasında bulunamazlar.

D. Olağanüstü Sebeplerle Çıkma

1. Şahsi sorumluluğun ağırlaştırılması veya ek yükümlülük konması

Kooperatifler Kanunu'nun 31/I maddesinde, kooperatif ana sözleşmesi ile ortaklara ek ödeme yükümlülüğü getirilebileceği ifade edilmektedir. Kooperatifler Kanunu'nun 34. maddesine göre, ortağa yeni kişisel sorumluluklar veya malî yükümlülükler getirilmesi ya da bunların ağırlaştırılması için ana sözleşme değişikliği gerekmektedir.

Doktrinde bir fikre göre⁴⁴ yapı kooperatifleri tarafından alınan bina veya inşaat giderleri (inşaat fonu) ile maliyet artışları nedeniyle toplanan paralar ek ödeme niteliği taşımamaktadır. Bu tür ödemelerle kooperatifin amacına ulaşması yani bina ve inşaatın tamamlanması hedeflenmektedir. Ortaklar, sermaye payı (ortaklık payı) dışında, kooperatif amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak için genel kurulca kararlaştırılan giriş aidatı, arsa payı bedeli, inşaat fonu, alt yapı taksiti gibi adlar altında bu gider taksitlerini ödemekle yükümlüdürler. Ek ödeme niteliği taşımayan

⁴² AYKAN, s.37.

⁴³ Borçlar Kanunu m.179 çerçevesinde yapılan her türlü işletmenin (ticari işletme veya esnaf işletmesi) devri bu kapsamdadır.

⁴⁴ ERİŞ, s.789 ve ÖZMEN, s.67; ARPACI, Abdülkadir, Kooperatifler Kanunu ve Uygulaması, İstanbul 1989, s.179'da aksi görüşü savunmaktadır.

bu bedellerin ödenmesine ilişkin genel kurul kararlarının, ana sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ortaklar cetvelinde imzası bulunan ortakların salt çoğunluğu ile alınması gerekmektedir⁴⁵.

Ek ödemelerden elde edilen gelirler ancak bilanço açıklarını kapatmak amacıyla kullanılabilir (KK m.31/I). Ek ödeme yükümlülüğü koyma konusunda yetkili organ genel kuruldur⁴⁶. Hüküm emredici nitelik taşıdığından genel kurul yönetim kuruluna ek ödeme yükümlülüğü getirme yetkisi veremez⁴⁷. Ortağın kişisel sorumluluğunun veya bir mali yükümlülüğünün ağırlaştırılması halinde ortağa kooperatiften çıkma imkânı tanınmaktadır. Kanun ortağın iradesine aykırı olarak mali yükümlülüklerinin arttırılması halinde ona bu karara uyma zorunluluğu getirmemiş, çıkma hakkını tanıyarak menfaatler dengesine uygun bir yaklaşım sergilemiştir.

Kooperatifler Kanunu'nun 52/I hükmüne göre; ortakların şahsi sorumluluklarını ağırlaştıran veya onlara ek ödeme yükümlülüğü getiren kararların alınmasında bütün ortakların $\frac{3}{4}$ 'ünün rızası aranmaktadır. Normal koşullarda genel kurul kararları tüm ortakları bağlar⁴⁸. Ancak Kanun, alınan bu kararın, karara muhalif kalan ve kararın ilanından itibaren üç ay içinde ortaklıktan ayrıldığını bildiren üyeleri bağlamayacağını ifade etmektedir. Kanun'un 52/III hükmüne göre; mali yükümlülüklerini ağırlaştıran genel kurul kararına muhalif kalan kooperatif üyelerinin ortaklıktan çıkma hakkını kullanabilmeleri için, kararın ilanından itibaren üç ay içinde çıkma bildiriminde bulunmaları gerekmektedir. Süresi içinde yapılan çıkma bildirimini, kararın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli olur. Çıkma, kararın yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla gerçekleşir. Bu halde ortak, genel kurul kararının ilan edildiği tarihte ortak sıfatını kaybetmekte; ortaklıktan doğan hak ve yükümlülükleri sona ermektedir.

2. Devredilme suretiyle dağılan kooperatifin ortaklarının çıkma bildirimini

Kooperatifler Kanunu'nun "Birleşme suretiyle dağılma" başlıklı 84. maddesi, bir kooperatifin bütün aktif ve pasifleriyle bir başka kooperatif tarafından devralınması suretiyle dağılması halini düzenlemektedir. Bu tür birleşmelerde, öncelikle birleşen kooperatiflerin genel kurullarının bu yönde bir karar alması gerekmektedir⁴⁹.

Kooperatifin dağılmasının tescili⁵⁰ ile ortaklar da bütün hak ve borçları ile

⁴⁵ ÖZMEN, s.67.

⁴⁶ ERİŞ, s.697; Yargıtay 11. HD. 03.03.1980 tarih ve E. 1183, K. 1003 (ERİŞ, s.701).

⁴⁷ Yargıtay 11. HD. 06.03.1978 tarih ve E. 862, K. 974 (ERİŞ, s.700-701).

⁴⁸ ERİŞ, s.790.

⁴⁹ ERİŞ, s.1176.

⁵⁰ Kooperatifin dağılmasının tescili ticaret sicilini tutan memurluktan istenir. Borçları ödendikten ya da teminata bağlandıktan sonra kooperatifin kaydı terkin ettirilir (KK m.84/b.7).

Kooperatif Ortaklığından Çıkma Ve Çıkan Kişinin Hakları

birlikte devralan kooperatife katılmış olurlar (KK m.84/b.8). Ancak bu düzenleme tüm ortakları bağlayıcı ve mutlak bir kural değildir. Aktif ve pasiflerin birleşmesi neticesinde⁵¹ dağılan kooperatifin ortakları için şahsi sorumluluk veya ek ödeme yükümlülüğü doğduğu veya ağırlaştığı takdirde birleşme kararı, ancak bütün ortakların 3/4 'ünün çoğunluğu ile verilebilir. Kanun'un 84/b.11 hükmü çerçevesinde; bu karara katılmamış olan ortak, dağılan kooperatifin genel kurul kararının ilanından itibaren 3 ay içinde çıkma ihbarında bulunabilmektedir. Aktif ve pasifleriyle devralınmak suretiyle dağılan kooperatif dağılma kararının tescil ve ilanı ile tüzel kişiliğini kaybetmektedir. Hukuken mevcut olmayan bir kooperatife üye olunamayacağı için, burada teknik anlamda bir çıkmadan da söz edilemez.

3. Özelliikli giriş sisteminde eksiklik sebebi ile çıkma bildirimini

Kooperatifler Kanunu'nun 8/I maddesine göre; kooperatife ortak olmak isteyen gerçek ve tüzel kişiler, kooperatif ana sözleşmesi hükümlerini bütün hak ve ödevleriyle birlikte kabul ettiklerini belirten bir yazı ile kooperatif yönetim kuruluna başvururlar. Kooperatif, ortaklarına kendi varlığı dışında şahsi bir sorumluluk veya ek ödeme yükümlülüğü getiriyorsa, ortak olma isteği bu yükümlerin yazılı olarak kabul edilmesi halinde hukuki değer taşır. Ortaklığa giriş sırasında bu yükümlülükten haberdar olmayan veya bunları yazılı olarak kabul etmiş bulunmayan ortak, ilgili yükümlülüğün mevcudiyetini öğrendikten sonra KK m.52/III hükmü gereği çıkma bildiriminde bulunabilir⁵². Böyle bir çıkma bildiriminde bulunmaması halinde ortak, söz konusu şahsi yükümlülükleri veya ek ödemeleri kabul etmiş sayılmalıdır.

E. Ana Sözleşmede Düzenlenen Diğer Çıkma Halleri

Ana sözleşmede ortaklara çıkma hakkı tanıyan başka sebepler gösterilebilir. Ortağa kayıtsız ve şartsız olarak kooperatiften çıkma hakkı tanınabilir. Yasada belirlenen usullere uymak kaydıyla ana sözleşmede çıkmayı gerektiren sebepler çıkma yöntemi ve çıkmaya bağlanan sonuçlar serbestçe düzenlenebilir.

III. KOOPERATİFTEN ÇIKMANIN SONUÇLARI

A. Çıkan Kişinin Sorumlulukları

1. Kooperatif borçlarından ve ek ödemelerden sorumluluk

Kural olarak ortaklıktan çıkan kimse, ortaklık yükümlülüklerinden kurtulur. Kooperatifi veya kooperatifin alacaklılarını korumak amacıyla bu kurala bazı

⁵¹ Kanun m.84'ün başlığında bu hali "birleşme" olarak nitelendirmiş ancak madde metninde "devralma" terimini kullanmıştır.

⁵² TEKİNALP, s.115.

istisnalar getirilmiştir. “Bir ortağın ayrılmasından veya kooperatifin dağılmasından sonra sorumluluk” başlıklı Kooperatifler Kanunu 36/I maddesine göre; sınırsız veya sınırlı sorumlu bir ortak ölür veya diğer bir sebeple kooperatiften ayrılırsa⁵³ ayrılmanın kesinleştiği tarihten başlayarak bir yıl veya ana sözleşme ile tespit olunan daha uzun bir süre içinde kooperatif iflas ettiği takdirde, ayrılmasından önce doğmuş olan borçlar için sorumluluktan kurtulamaz. Bu konuda ana sözleşmeye konan sorumsuzluk kayıtları ile sonradan yapılan anlaşmalar geçersizdir.

Kişi, ortaklıktan çıkmasından sonra doğan kooperatif borçlarından sorumlu tutulamaz. Kural olarak öncekilerden de sorumlu değildir. Ancak çıkmanın kesinleşmesinden veya ortağın ölümünden itibaren bir yıl veya ana sözleşmeyle saptanan daha uzun bir süre içinde kooperatif iflas ederse, kişi (veya ölen ortağın mirası reddetmeyen mirasçuları) önceki borçlardan sorumlu olur. KK m.36/II hükmü uyarınca; aynı şartlar altında veya aynı süre içinde ek ödeme yükümlülüğü de devam eder.

2. Tazminat ödeme borcu

Çıkma bir hak olarak kabul edilmektedir. Ancak çıkma keyfiyetinin kooperatif mevcudiyetini tehlikeye düşürmesi halinde, ayrılmak isteyen ortağın muhik bir tazminat ödeyeceğine ilişkin bir hükmün ana sözleşmeye konması mümkündür (KK m.10). Çıkma tazminatına hükmedilebilmesi için çıkma ile kooperatifin varlığının tehlikeye düşmesi arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Kooperatif varlığını tehlikeye düşüren hallerin neler olduğu konusu geniş yorumlanmalıdır. Şayet kooperatif küçük bir kooperatif ise illiyet bağı daha kuvvetli, büyük bir kooperatif ise illiyet bağı daha zayıf olmaktadır. Çok sayıda ortağın çıkma bildiriminde bulunması kooperatif varlığını tehlikeye düşürme konusundaki illiyet bağına güçlendirmektedir.

Ana sözleşmeye hüküm konularak, kooperatifin varlığını tehlikeye düşürebilecek haller sınırlı surette sayılabilir. Böyle sınırlayıcı bir düzenleme mevcut değilse uygun illiyet bağı bulunup bulunmadığı her somut olayda araştırılmalıdır. Çıkmanın kooperatif mevcudiyetini tehlikeye düşürüp düşürmediği konusunda tereddüte düşülmesi halinde mahkeme bilirkişi incelemesi yaptırır⁵⁴. Kooperatif mevcudiyetinin tehlikeye düştüğü ve çıkma ile kooperatif mevcudiyetinin tehlikeye düşmesi arasında

⁵³ Kanun metninde “ayrılırsa” ibaresi yoktur. Bu ibare kaynak İsviçre BK m.876/I’de mevcuttur.

⁵⁴ Yargıtay 11. HD. 13.04.1992 tarih ve E. 2342, K. 4778 (ERİŞ, s.510); Yargıtay 11. HD. 15.09.1992 tarih, E. 2148, K. 9010 (ERİŞ, s.511-512); Yargıtay 11. HD. 16.12.1996 tarih, E. 8424, K. 8808 (ERİŞ, s.522).

Kooperatif Ortaklığından Çıkma Ve Çıkan Kişinin Hakları

uygun illiyet bağı bulunduğu tespit edilirse hakim, olumsuz durumun oluşmasında çıkmanın tesirini gözетerek tazminat miktarını tayin eder.

KK m.10'daki "muhik" tazminat ile neyin kastedildiği açık değildir⁵⁵. Ayrılma tazminatı zarar şartına değil kooperatif varlığını tehlikeye düşürme şartına bağlanmakta olup zararın mevcudiyeti ile ilgili değildir. Ana sözleşmede tazminat ödeneceği ve tazminatın miktarı açıkça gösterilebilir. Tazminat miktarı belirtilmemişse, mahkeme somut olayın niteliğine göre hakkaniyetin gerektirdiği tazminat miktarını takdir eder.

Ayrılma tazminatı bir cezai şart değildir. Çıkma hakkını sınırlandırmak veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla ayrılma tazminatı adı altında düzenlenen ancak cezai şart niteliği taşıyan ana sözleşme hükümleri, KK m.11/III ve BK m.18-20 karşısında hükümsüzdür.

B. Çıkan Kişinin Hakları

1. Hakların kapsamı ve niteliği

Çıkma halinde hem ortağa hem de kooperatife bazı haklar tanınmakta ve taraflar arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır. "Kooperatiften çıkan veya çıkarılan ortaklarla hesaplama süresi ile yükümlülük" başlıklı Kooperatifler Kanunu'nun 17. maddesinde, bir yandan çıkan ortağın sermaye ve mevduat haklarına dokunulamayacağı ifade edilmekte; diğer yandan da çıkan ortağın kooperatiften talep edebileceği iade ve ödemelerin kooperatif varlığını tehlikeye düşürecek nitelikte olması halinde kooperatife ödemeyi geciktirme imkânı tanınmaktadır⁵⁶. Çıkma, kooperatif mal varlığını tehlikeye düşürecek nitelikte değilse, kooperatif genel kurulu iade ve ödemeleri geciktiremez. Ancak iade ve ödeme yapılması neticesinde kooperatif mevcudiyeti tehlikeye düşüyorsa, ana sözleşmede daha kısa bir süre öngörülse dahi bu ödeme genel kurul tarafından üç yıla kadar ertelenebilir.

Kooperatifler Kanunu'nun 17/III maddesinde, çıkan veya çıkarılan ortağın sermaye veya mevduatından kısmen ya da tamamen yoksun bırakılmasına dair şartların geçerli olmadığı hükme bağlanmaktadır. Kooperatif sermayesi, ortakların taahhüt ettikleri payların toplam tutarıdır⁵⁷. Hükümde ifade edilen mevduattan ne

⁵⁵ TEKİNALP, s.143.

⁵⁶ Aksi takdirde kooperatifin mal varlığını kaybetmesi tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Bu tehlike, kooperatifin büyüklüğüne göre bir tek ortağın ayrılması ile doğabileceği gibi, birkaç ortağın veya ortakların çoğunun ayrılması ile de doğabilir.

⁵⁷ Kooperatiflerde sermaye miktarı değişken niteliktedir. Taahhüt edilen sermayenin taksitler halinde ödenmesi mümkündür.

anlaşılması gerektiği duraksama yaratacak niteliktedir⁵⁸. Ana sözleşmeye hüküm konarak veya ana sözleşmede değişiklik yapılarak çıkan kişinin sermaye hakkından ve mevduatından yoksun bırakılması mümkün olmadığı gibi; kooperatif ile ortak arasında yapılan anlaşmayla veya ortağın tek taraflı taahhüdü ile bu haklardan yoksun bırakılması da mümkün değildir⁵⁹. Ayrılan ortağa yapılacak ödemenin asgari miktarı, sermayeye katılma borcu ve mevduat için ödediği miktarın toplamından az olamaz⁶⁰.

Çıkan kişinin kooperatif varlığı üzerinde sermaye ve mevduat dışında iadesini talep edilebileceği başka hakları bulunup bulunmadığı, şayet varsa bunların nelerden ibaret olduğu ana sözleşmede gösterilmelidir. Ana sözleşmede böyle bir hak tanınmamışsa; kooperatif mal varlığı üzerinde bir alacak hakkı doğmaz⁶¹. Ana sözleşmede hüküm bulunması koşuluyla, kooperatif amacının gerçekleşmesini sağlamak üzere genel kurulca ortaklardan alınmasına karar verilen ve tahsil edilen altyapı, arsa, inşaat, giriş aidatı, aidat ve benzeri giderlerin veya gider taksitlerinin iadesi talep edilebilir.

Konut yapı kooperatifleri, ana sözleşmede gösterilen işler tamamlandıktan sonra bireysel mülkiyete geçilmesi ve konutların ortaklar adına tescil edilmesiyle amacına ulaşmış sayılmaktadır. Ortak lehine mülkiyet veya irtifak hakkı tanınması halinde bu aynı haklar ortağın şahsi malvarlığına geçmiş olacağından iadeye konu bir hak söz konusu olmamaktadır. Ancak ayrılan kişinin bunlardan doğan borç ve yükümlülükleri devam edecektir.

2. Ayrılma payının hesaplanması ve ödenmesi

Kooperatiften çıkan veya çıkarılan ortağın veya mirasçılarının kooperatif varlığı üzerinde hakkı bulunup bulunmadığı, varsa nelerden ibaret olduğu ana sözleşmede gösterilmelidir. Bu haklar yedek akçeler hariç olmak üzere, ortağın ayrıldığı yıl bilançosuna göre hesaplanmalıdır (KK m.17/I). Buna göre çıkan kişinin gider payı tespit edilmeli, bu miktar düşüldükten sonra kalan miktar kendisine ödenmelidir⁶².

⁵⁸ ERİŞ, s.502; TEKİNALP, s.167-168'de sermaye veya "mevduat" ibarelerini kullanmakta, kavramlar arasında bir ayrım yapmamaktadır İade bakımından iki kavram aynı kapsamda değerlendirilmektedir.

⁵⁹ Yargıtay 11. HD. 29.03.1990 tarih, E. 2420, K. 2701 sayılı ilamında "...davacının kooperatife karşı verdiği taahhütnamede, ortağın kooperatiften çıkması halinde ödediği miktarın %20'sinin kesileceğine dair hüküm geçerli olmaz" gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur (ERİŞ, s. 509).

⁶⁰ Sermayenin kısmen tüketilmiş olması hali bu durumun istisnasıdır.

⁶¹ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, s.979; ŞİMŞEK, Edip, Kooperatif Ortaklıklar, Ankara 1981, s.95-96.

⁶² Yargıtay 11. HD. 12.06.1975 tarih, E. 2379, K. 3946 (ERİŞ, s.504).

Kooperatif Ortaklığından Çıkma Ve Çıkan Kişinin Hakları

Ayrılma payı genel kurul onayı ile bilançonun kesinleşmesinden sonra muaccel hale gelir. Uygulamada ana sözleşmeye bu hakların, bilançonun kesinleşmesinden bir ay sonra muaccel olacağı yönünde hüküm konmaktadır⁶³. Nitekim Yargıtay bir kararında, Kanun'un 17. maddesinden ayrı olarak tip ana sözleşmenin 15. maddesi uyarınca, devir dışındaki bir nedenle ortaklığı sona erenlerin sermaye ve diğer alacaklarının o yılın bilançosuna göre hesaplanarak, bilanço tarihinden itibaren 1 ay içinde geri verileceğini, burada önemli olan hususun bilançonun genel kurulca kabulü ile kesinleşmesi olduğunu, buna göre bilançonun genel kurulca kabul edildiği tarihin tespit edilerek, bu tarihten ancak 1 ay sonra davacı alacağının muaccel hale geleceğini ve temerrüdün bu tarihte oluşacağını, somut olayda ise davacının ortaklıktan ayrıldığı 2000 yılının bilançosunun 10.03.2001 tarihli genel kurulda kabul edilerek kesinleştiğini, mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde davalının temerrüt tarihinin saptanması ile faizin bu tarihten itibaren başlatılması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulmasının doğru olmadığı sonucuna varmış ve yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁶⁴.

Gider payı hesaplanırken satış değeri, efektif değer, cari değer dikkate alınmaz. Nitekim Yargıtay bir kararında; kooperatif üyeliğinden istifa eden kişinin uğradığı zararın tazminine ilişkin bir davada davacının kooperatif üyeliğinden istifa ettiğini, kendisine isabet eden bağımsız bölümün rayiç değerinin 32.500.000.000 TL olduğunu belirttiği ve aylık ve peşin ödemeleri dolayısıyla kooperatife yaptığı katkının değerlendirilerek bu bedelin ödenmesini talep ettiği davada kooperatif üyeliğinden ayrılan ortağın, yıl sonu bilançosuna göre payına düşen miktarı alabileceğini; davalının 03.05.2001 tarihinde istifa ettiğini, 2001 genel kurulunun 17.03.2002 tarihinde yapıldığını, kooperatifin 21.05.2003 tarihinde 8.000.000.000 TL geri ödeme yaptığını; yerel mahkemece, genel kurulda 30.04.2003 tarihinde ödemenin kararlaştırıldığı ve bu tarihte geri ödemenin muaccel hale geldiğini ve tamamının ödendiği gerekçesiyle davanın reddine karar verildiğini; Kooperatifler Kanunu m.17/I ve ana sözleşme m.15 hükmüne göre, devir dışında bir sebeple ortaklığı sona erenlerin sermaye ve diğer alacakları o yılın bilançosunun genel kurulca kabulünden 1 ay sonra muaccel olacağının belirtildiği yani çıkan kişinin alacağı hesaplanırken öncelikle ayrıldığı yıl bilançosuna göre payına düşen miktarın belirlenip bundan genel giderler düşülerek kooperatife karşı tüm edimlerini yerine getiren ortağın ayrılma payının bulunacağı hususları ifade edilerek ayrılma payı ile

⁶³ Süre koşuluna uyulmaksızın yapılan çıkma bildirimine dayanılarak açılan alacak davası, alacak henüz muaccel olmadığından reddedilmelidir.

⁶⁴ Yargıtay 11. HD. 24.01.2005 tarih, E. 2004/3813, K. 2005/192 (LHD, Yıl 3, S.26, Şubat 2005, s.720-722).

muacceliyet tarihinin tespit edilmesi gerektiği neticesine vararak yerel mahkeme kararını bozmuştur⁶⁵.

Ana sözleşmede ayrılan kişinin yerine yeni ortak alınması durumunda gider taksitlerinin derhal ödeneceği hükme bağlanmışsa bilançonun yapılmasını beklemeye gerek yoktur⁶⁶. Yine kooperatifin ayrılan ortak için ödeme yapmayı kabul etmesi durumunda da bilançonun beklenmesine gerek bulunmamaktadır⁶⁷.

Kooperatife aynî sermaye konması halinde bunların neler olduğu ve biçilen değer ana sözleşmede gösterilmelidir. Aynî sermayenin mülkiyetinin kooperatif malvarlığına geçmesi dolayısıyla, çıkan kişiye sermaye bedeli olarak aynî ödeme yapılamamakta ancak biçilen değer ödenebilmektedir⁶⁸. Nitekim Yargıtay bir kararında⁶⁹ kooperatife mali katkı olarak çimento veren ortağın kooperatiften ayrılması halinde bunun aynen iadesinin hukuken mümkün olmadığına, çimentonun veriliş tarihindeki parasal değeri kadar ödeme yapılmış sayılacağından ancak bu bedelin istenebileceğine hükmetmiştir.

Ayrılma payının tespitinde yedek akçeler hesaba katılmaz (KK m.17/I). Doktrinde bu yedek akçelerin hangileri olduğu hususu tartışmalıdır. İsviçre doktrinindeki bir fikre göre⁷⁰; kooperatif öz varlığının, sermaye ile yedek akçeler toplamından borçların çıkarılması neticesinde bulunabileceği ve bu yüzden yedek akçe deyimiyle sadece kanuni yedeklerin kastedildiği ileri sürülmektedir. Bu fikre göre, ayrılma payının hesabında yıllık bilançodaki kanuni yedek akçeler dikkate alınmamalı, diğer yedek akçeler dikkate alınmalıdır. Alman hukukunda, ayrılan ortağa ayrılma payı verilmekte, buna karşılık kooperatif mal varlığı üzerinde ve dolayısıyla da yedekler üzerinde herhangi bir hak tanınmamaktadır. Yedekler kavramı da kanuni yedek akçeler ile açık ve gizli yedek akçeleri kapsayacak biçimde geniş yorumlanmaktadır⁷¹. Aksi durumun kabulünün kooperatif kavramının mahiyetine ters düşeceği ifade edilmektedir. Sonuç olarak ayrılma payı, kooperatiften ayrılan ortağın o yıl bilançosunda belirlenen (*Geschäftsguthaben*⁷²) miktar olarak kabul edilmektedir.

⁶⁵ Yargıtay 11. HD. 10.10.2005 tarih ve E. 2004/12062, K. 9548 (LHD, Yıl 3, S.36, Aralık 2005, s.4325-4327).

⁶⁶ Yargıtay 11. HD. 11.09.2000 tarih, E. 2000/5559, K. 2000/6606 (yayınlanmamıştır).

⁶⁷ Yargıtay 11. HD. 24.01.1992 tarih, E. 162, K. 299 (ERİŞ, s.509-510).

⁶⁸ Yargıtay 11. HD. 31.03.1995 tarih, E. 7379, K. 2760 (ERİŞ, s.517).

⁶⁹ Yargıtay 11. HD. 20.04.1987 tarih, E. 2367, K. 2300 (ERİŞ, s.507).

⁷⁰ GERWIG, s.250.

⁷¹ GERWIG, s.251.

⁷² Ortağın, ortaklık sıfatına bağlı bir alacak hakkıdır. Ortağın kooperatife yaptığı ödemeler ile buna ilave edilen kârdan zarar çıkarıldıktan sonra kalan miktarı ifade eder.

Kooperatif Ortaklığından Çıkma Ve Çıkan Kişinin Hakları

Kanunun 17/II maddesinin birinci cümlesine göre kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürecek nitelikteki iade ve ödemeler, ana sözleşmede daha kısa bir süre tespit edilmiş olsa bile genel kurulca, üç yılı aşmamak üzere geciktirilebilir. Kooperatifana sözleşmesinde, çıkan ortağın kooperatifteki alacaklarının ödenmesinin yönetim kurulu kararı ile geciktirilebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmasına rağmen yönetim kurulu böyle bir karar almamış ise ayrılan kişinin hakları hemen ödenmelidir⁷³. Geciktirmeye ilişkin bir genel kurul kararı, ödemenin kooperatif mevcudiyetini tehlikeye düşüreceği gerekçesine dayanmalıdır. Gereksiz olan veya keyfi nitelikteki genel kurul kararları hukuka aykırıdır⁷⁴. Ödeme yapılması halinde kooperatif mevcudiyeti tehlikeye düşecek olsa bile kooperatif genel kurulu ödemenin peşin veya taksitler halinde yapılmasına karar vermişse, bu karara uyulması gerekir⁷⁵. Kooperatif mevcudiyetinin tehlikeye düşüp düşmediği belirlenirken ortağın ayrıldığı yıl bilançosu yanında, bilançodan sonra kooperatife alınan yeni ortakların getirdiği gelirin de dikkate alınması gerekir⁷⁶.

Çıkma keyfiyetinin kooperatif mevcudiyetini tehlikeye düşürmesi halinde, ayrılmak isteyen ortağın muhik bir tazminat ödeyeceğine ilişkin bir hüküm ana sözleşmeye konabilmektedir (KK m.10). Kanaatimizce; ana sözleşmede böyle bir hüküm bulunması nedeniyle çıkan kişinin ayrılma tazminatı ödemek zorunda kalması, kooperatiften ayrılma payını istemesine engel teşkil etmemektedir. Hatta ikisinin takas edilmesi dahi mümkündür.

Çıkan kişi ile mirasçılarının alacak ve hakları bunları isteyebilecekleri günden başlayarak beş yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır (KK m.17/II, c.3).

SONUÇ

Kooperatife giriş ve çıkışta kural olarak açık kapı ilkesi benimsenmektedir. Ancak bu ilke bazı hallerde kanun hükmü ile bazı hallerde ise ana sözleşmeye konan hükümlerle sınırlandırılmaktadır. Ancak ana sözleşme ile çıkma hakkının aşırı derecede sınırlandırılması veya tamamen ortadan kaldırması mümkün değildir

Çıkma hakkı, mutlak bir ortaklık hakkı niteliğindedir. Ortak, kanun ve ana sözleşmeye uymak kaydıyla her zaman kooperatiften çıkabilir. Bu kurala aykırı olarak ana sözleşmeye konan hükümler geçersizdir. Kanun, ortağa kooperatif ile

⁷³ Yargıtay 11. HD. 26.10.1984 tarih, E. 4670, K. 5111 (ERİŞ, s.507).

⁷⁴ Yargıtay 11. HD. 22.06.1992 tarih, E. 1359, K. 7902 (ERİŞ, s.511).

⁷⁵ Yargıtay 11. HD. 01.07.1993 tarih, E. 5280, K. 4867 (ERİŞ, s.513-514).

⁷⁶ Yargıtay 11. HD. 17.02.1994 tarih, E. 3831, K. 1148 (ERİŞ, s.515-516).

ilişkinini tek taraflı bir irade açıklaması (çıkmanın ihbarı) ile kesebilme imkânı tanımaktadır.

Çıkma serbestisinin hiçbir kısıtlamaya tabi tutulmaması, bazı hallerde kooperatifi telafisi imkansız zararlara uğratabilmektedir. Çıkma nedeniyle kooperatif mevcudiyetinin tehlikeye düşmesi halinde ana sözleşmeye, ayrılmak isteyen ortağın muhik bir tazminat ödemesine ilişkin bir hüküm konabilir. Ayrılma tazminatı istenebilmesi için buna ilişkin hükmün kooperatif ana sözleşmesinde yer alması gerekir. Böyle bir düzenleme mevcut değilse, kooperatifin varlığı tehlikeye düşse dahi tazminat ödeme yükümlülüğü doğmamaktadır.

Ortak, çıkma hakkını dürüstlük kuralına aykırı kullanır ve bu yüzden bir zarara sebep olursa, kooperatif ana sözleşmesinde hüküm bulunmasa dahi genel hükümlere göre kendisinden tazminat talep edilebilmesi mümkündür.

Ortağın kooperatiften çıkma hakkı ana sözleşme ile beş yıldan fazla süre ile sınırlandırılmaz. Ana sözleşme ile çıkma hakkına ilişkin olarak beş yıldan fazla getirilen süre sınırlandırmaları, kanunun emredici hükmü karşısında kısmi butlan yaptırımına tabi olmalı ve azami süre beş yıl olarak kabul edilmelidir.

Çıkma bildirimini, gerçek veya tüzel kişi ortak tarafından tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Ortağın çıkma iradesini açıklaması ile çıkma gerçekleşmekte, ayrıca kooperatifin bunu kabul etmesine veya onaylamasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bildirim çıkmanın koşulu değil, ispat vasıtasıdır. Çıkma için yönetim kurulunun iznine ya da onayına ihtiyaç bulunmamaktadır. Çıkmanın haricen öğrenilmesi veya ortağın eylemlerinden çıkma iradesinin açıkça anlaşılması ya da bunların ispat edilmesi halinde ayrıca çıkma bildiriminin yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Kooperatifler Kanunu'nun 12. maddesine göre, çıkma ancak bir hesap senesi sonu için ve en az 6 ay önceden haber verilmek suretiyle yapılır. Ana sözleşmede daha kısa bir süre belirtilmesi halinde hesap senesi içinde de ortaklıktan çıkmak mümkündür. Ana sözleşme ile hem 6 aylık sürenin kısaltılmasına, hem hesap yılı içinde çıkmaya müsaade edilmesine hem de bu iki düzenlemenin bir arada yapılmasına imkân tanınmıştır.

Çıkma hakkı mutlak bir ortaklık hakkı olduğundan, ortağın hiçbir suretle kooperatiften çıkamayacağına ilişkin düzenlemeler hükümsüzdür. Kooperatiften çıkma hakkının kullanılması, ana sözleşme ile en çok 5 yıl süre ile sınırlandırılabilir. Ancak ana sözleşmeye hüküm konarak 5 yıllık süre dolmadan ortaklara haklı ve önemli sebeplerle kooperatiften çıkma imkânı tanınmıştır.

Kooperatif Ortaklığından Çıkma Ve Çıkan Kişinin Hakları

Kişisel sorumluluğunu veya mali yükümlülüğünü ağırlaştırarak genel kurul kararına muhalif kalan kooperatif üyelerinin ortaklıktan çıkma hakkını kullanabilmeleri için, kararın ilanından itibaren üç ay içinde çıkma bildiriminde bulunmaları gerekmektedir. Süresi içinde yapılan çıkma bildirimini, kararın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli olmaktadır. Böylece ortağın iradesine aykırı olarak mali yükümlülüklerin arttırılması halinde onun bu karara uyma zorunluluğu ortadan kaldırılmış ve çıkma hakkı tanınarak menfaatler dengesine uygun bir yaklaşım sergilenmiştir.

Kişi, ortaklıktan çıkmasından sonra doğan kooperatif borçlarından sorumlu tutulamaz. Kural olarak öncekilerden de sorumlu değildir. Ancak çıkmanın kesinleşmesinden veya ortağın ölümünden itibaren bir yıl veya ana sözleşmeyle saptanan daha uzun bir süre içinde kooperatif iflas ederse, kişi veya ölen ortağın mirası reddetmeyen mirasçıları, önceki borçlardan sorumlu olur. Aynı şartlar altında veya aynı süre içinde ek ödeme yükümlülüğü de devam eder.

Çıkma bir hak olarak kabul edilmekle birlikte, çıkma keyfiyetinin kooperatif mevcudiyetini tehlikeye düşürmesi halinde, ayrılmak isteyen ortağın muhik bir tazminat ödeyeceğine ilişkin bir hükmün ana sözleşmeye konması mümkündür. Çıkma tazminatına hükmedilebilmesi için çıkma ile kooperatifin varlığının tehlikeye düşmesi arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

Ana sözleşmeye hüküm konarak veya ana sözleşmede değişiklik yapılarak çıkan kişinin sermaye hakkından ve mevduatından yoksun bırakılması mümkün olmadığı gibi; kooperatif ile ortak arasında yapılan anlaşmayla veya ortağın tek taraflı taahhüdü ile bu haklardan yoksun bırakılması da mümkün değildir.

Çıkan kişinin kooperatif varlığı üzerinde sermaye ve mevduat dışında iadesini talep edebileceği başka hakları bulunup bulunmadığı, şayet varsa bunların nelerden ibaret olduğu ana sözleşmede gösterilmelidir. Ana sözleşmede böyle bir hak tanınmamışsa; kooperatif mal varlığı üzerinde bir alacak hakkı doğmaz. Ana sözleşmede hüküm bulunması koşuluyla, kooperatif amacının gerçekleşmesini sağlamak üzere genel kurulca ortaklardan alınmasına karar verilen ve tahsil edilen altyapı, arsa, inşaat, giriş aidatı, aidat ve benzeri giderlerin veya gider taksitlerinin iadesi talep edilebilir.

Çıkan kişinin hakları, yedek akçeler hariç olmak üzere ortağın ayrıldığı yıl bilançosuna göre hesaplanmalıdır. Buna göre çıkan kişinin gider payı tespit edilmeli, bu miktar düşüldükten sonra kalan miktar kendisine ödenmelidir. Ayrılma payı genel kurul onayı ile bilançonun kesinleşmesinden sonra muaccel hale gelmektedir.

Ana sözleşmede ayrılan kişinin yerine yeni ortak alınması durumunda gider taksitlerinin derhal ödeneceği hükme bağlanmışsa bilançonun yapılmasını beklemeye

gerek yoktur. Yine kooperatifin ayrılan ortak için ödeme yapmayı kabul etmesi durumunda da bilançonun beklenmesine gerek bulunmamaktadır.

Kooperatife aynî sermaye konması halinde bunların neler olduğu ve biçilen değer ana sözleşmede gösterilmelidir. Aynî sermayenin mülkiyetinin kooperatif malvarlığına geçmesi dolayısıyla, çıkan kişiye sermaye bedeli olarak aynî ödeme yapılamamakta ancak biçilen değer ödenebilmektedir.

Ayrılma payının ödenmesinin geciktirilmesine ilişkin genel kurul kararı, ödemenin kooperatif mevcudiyetini tehlikeye düşüreceği gerekçesine dayanmalıdır. Gereksiz olan veya keyfi nitelikteki genel kurul kararları hukuka aykırıdır. Ödeme yapılması halinde kooperatif mevcudiyeti tehlikeye düşecek olsa bile kooperatif genel kurulu ödemenin peşin veya taksitler halinde yapılmasına karar vermişse, bu karara uyulması gerekmektedir.

Çıkan kişi ile mirasçılarının alacak ve hakları bunları isteyebilecekleri günden başlayarak beş yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır.

Kooperatif Ortaklığından Çıkma Ve Çıkan Kişinin Hakları

KAYNAKLAR

- AYKAN**, Filiz Kooperatif Üyeliğinden Çıkarılma ve Çıkarılma Kararına İtiraz Davası, Ankara 2007.
- BECCHIO**, Bruno/
WEHINGER, Urs/
FARHA, Alfred S./
SIEGEL, Stanley Swiss Company Law, 2nd Edition, Kluwer Law International, Switzerland 1996.
- ÇEVİK**, Orhan Nuri Kooperatifler Kanunu, Ankara 2003.
- ERÇİN**, Ferhat Türk Hukukunda Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Ayırıcı Özellikleri, İstanbul 2004.
- ERİŞ**, Gönen Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Ankara 1998.
- GERWIG**, Max Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Bern 1967.
- GUTZWILLER**, Max Die Genossenschaft, Zürich 1972.
- KAÇAK**, Nazif Konut Yapı Kooperatifleri, Ankara 2004.
- ŞİMŞEK**, Edip Kooperatif Ortaklıklar, Ankara 1981.
- TEKİNALP**, Ünal Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sifatının Kazanılması ve Yitirilmesi, İstanbul 1972.
- TEKİNALP**, Ünal
(**POROY**, Reha/
ÇAMOĞLU, Ersin) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B.10, İstanbul 2005.
- ÖZMEN**, Kemal Konut ve İşyeri Yapı Kooperatifleri ve Uygulaması, B.5, İstanbul 2000.

BOŞ

**556 SAYILI MARKALARIN KORUNMASI HAKKINDA KANUN
HÜKMÜNDE KARARNAME'DE 28.01.2009 TARİHİNDE YAPILAN
DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**

EINE UNTERSUCHUNG ÜBER DIE ÄNDERUNGEN DER
MARKENRECHTSVERORDNUNG MIT GESETZESKRAFT (Nr. 556)
VOM 28.01.2009

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin Çağlar*

ÖZET

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK' nın bazı hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ve ceza normlarını içeren 61/A maddesinin 5252 sayılı kanun gereğince Türk Ceza Kanunu hükümleri ile uyumlu hale getirilmesi zorunluluğu sebebiyle kanun koyucu bazı değişiklikler yapmıştır. Ancak bu değişiklikler yapılırken 556 sayılı KHK' nın genel yapısından uzaklaşmış, farklı kavramlar kullanılmış ve KHK' nın zaten bozuk olan yapısı iyice karışık hale getirilmiştir. Aşağıdaki çalışmada kısaca yapılan değişiklikler ele alınmış, değişikliklerin yol açacağı sorunlara temas edilmiş ve sonuç kısmında da öneriler ortaya konmaya çalışılmıştır. Temennimiz 556 sayılı KHK yerine yeni bir kanun yapılmasıdır.

Anahtar kelimeler

Marka, marka hakkına tecavüz, marka koruması, marka hakkına tecavüz suçları, marka cezaları.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Gesetzgeber hat am 28.01.2009 ein Änderungsgesetz über Markenrechtsverordnung mit Gesetzeskraft zugelassen. Der Grund dieser Änderung war einerseits die Nichtigerklärung einiger Vorschriften durch das Verfassungsgericht und andererseits der Anpassungsbedarf der Markenstrafrechtsvorschriften mit dem neuen Strafrecht. Die Änderungen sind in einiger maße respektable aber passen den neuen Begriffen nicht mit den Alten. Es wird unten die Änderungen einzeln untersucht und einige Vorschläge gemacht. Es wäre besser, wenn der Gesetzgeber ein ganz neues Gesetz über Markenschutz zulassen würde.

Schlüsselwörter

Marke, Markenrechtsverletzung, Markenschutz, strafbare Markenrechtsverletzungen, Markenstrafe.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nin bazı maddelerinin (m. 9/I-b, 9/II-b, 61-a ve 61-c, 61-d) Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi¹ ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 5. ve geçici 1. maddeleri uyarınca, özel kanunlarda bulunan ceza hükümlerinin 31.12.2008 tarihine kadar TCK hükümleriyle uyumlu hale getirilmemesi sebebiyle 61/A maddesinde yer alan ceza hükümlerinin uygulanma kabiliyetinin ortadan kalkması üzerine, kanun koyucu, 556 sayılı KHK'nin 9, 61 ve 61/A maddelerinde değişikliğe gitmiştir. Bu değişiklikleri içeren 5833 sayılı Kanun, 21.01.2009 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş ve onaylanarak 28.01.2009 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

Aşağıda 5833 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin getirdiği yenilikler, ilgili maddeler bazında ele alınacak ve bu değişiklikler hakkında değerlendirmeler ortaya konulacaktır.

II. 556 SAYILI KHK m. 9 İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER

5833 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin bir kısmı, 556 sayılı KHK m. 9'da yer alan markadan doğan hakkın kapsamına ilişkindir. Bu maddede değişikliğe gidilmesinin sebebi Anayasa Mahkemesi tarafından birinci ve ikinci fıkralarının "b" bentlerinin iptal edilmesidir. Aslında doğrudan cezai hükümler içermeyen bu bentlere ilişkin iptal kararının temelinde 9. madde hükümlerine atıf yapan 61-a bendi ve bu maddeye atıf yapan 61/A-I-c hükümleri yatmaktadır. Diğer yandan iptal kararının 9. maddeye ilişkin kısmının sadece birinci ve ikinci fıkralarının "b" bentleriyle sınırlı tutulmasının sebebi, Anayasaya aykırılığı ileri süren mahkemenin önündeki uyuşmazlıkla ilgili olarak 9. maddenin sadece bu bentlerinin uygulanacak olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi, anılan hükümleri, Anayasanın 38 ve 91. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Kanun koyucu ise 9. madde ile ilgili değişiklikleri iptal edilen bu iki bent ile sınırlı tutmamış; maddeyi yeniden kaleme almış ve bazı eklemeler yapmıştır.

¹ 556 sayılı KHK m. 61/d hükmünü iptal eden 02.03.2004 tarih ve E. 2002/92 ve K. 2004/25 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı 17.05.2004 tarih ve 25462 sayılı R.G.'de yayınlanmış ve 1 yıl sonra yürürlüğe girmiştir.

556 sayılı KHK m. 9/I-b, 9/II-b, 61-a ve 61-c bentlerini iptal eden 03.01.2008 tarih ve E. 2005/15, K. 2008/2 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, 05.07.2008 tarih ve 26927 sayılı R.G.'de yayınlanarak 6 ay sonra yürürlüğe girmiştir.

Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayoğlu**, Tolga; Anayasa Mahkemesinin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 ve 61. maddelerinin bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.1.2008 tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, FMR 2008 C.8, Sa.4, s. 23vd.

A. m. 9/I-c ile ilgili değişiklikler

5833 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK'nın 9. maddesinde yapılan önemli değişikliklerden biri, birinci fıkranın "c" bendine yapılan eklemedir. Buna göre artık tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak **Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle** tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya **tescilli markanın itibarına zarar verecek** veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması, marka sahibi tarafından önenebilecektir. Bu bent hükmüne, iki ayrı hususta ekleme yapılmıştır.

Öncelikle, tescilli bir markanın korunmakta olduğu mal ve hizmetlere benzer olmayan mal ve hizmetler için dahi bu markanın itibarına zarar verecek kullanımlar da önenebilecektir.

Asıl önemli ekleme ise önceki metinde açık bir şekilde ifade edilmediği için doktrinde tartışmalara² neden olan, bu bent hükmünde ifade edilen korumanın tanınmış markalara ilişkin olup olmadığı hususu ile ilgilidir. Değişik m. 9/I-c hükmü aslında m. 8/IV hükmünün tekrarı haline gelmiştir. Dolayısıyla yeni düzenleme ile sadece Türkiye'de tanınmışlığa ulaşmış olan markaların burada ifade edilen korumadan yararlanabileceği düşünülebilir. Peki Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalar bu bentte ifade edilen korumadan yararlanabilecekler midir? Bu soruyu olumlu yanıtlamak için bir engel yoktur. Eğer Paris Sözleşmesi mükerrer 6. maddesi anlamında tanınmış bir marka söz konusu ise elbette bu bentte ifade edilen korumadan yararlanabilmelidir. Ancak metnin ifadesinin dar yorumlanmak suretiyle sadece m. 8/IV anlamında tanınmış markaların bu korumadan yararlanacağı sonucuna varılmasını önlemek için "...Türkiye'de ulaştığı..." kısmının metinden çıkarılması yerinde olacaktır.

B. m. 9/II-c ile ilgili değişiklikler

Değişiklik ile birlikte 9. maddenin ikinci fıkrasının "c" bendinde yer alan "*işareti taşıyan malın ithali veya ihracı*" ifadesi yerine "*işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması*" hükmü getirilmiştir. "*Gümrük bölgesine girmek veya gümrükçe onaylanmış bir*

² Doktrinde, "tescilli markanın itibarı" ibaresi ile tanınmış markanın kastedildiği görüşü kabul edilmektedir, bkz. **Arkan**, Sabih; Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997, s. 124, 125; **Tekinalp**, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004, §26 N. 17; **Taylan**, Esin Çamlıbel; Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, s. 55; **Güneş**, İlhami; Uygulamada Sınai Mülkiyet Hakları ve Cezaî Koruma, İzmir 2007, s. 233; **Dirikkan**, Hanife; Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 194, 195; **Kaya**, Arslan; Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 243, dpn. 22.

işlem veya kullanıma tabi tutulmak” kavramları 556 sayılı KHK açısından daha önce kullanılmayan, yani bu mevzuata yabancı kavramlardır. Bu kavramlarla neyin kastedildiği ancak gümrük mevzuatı hükümlerine bakılarak tayin edilebilir.

“*Gümrük Bölgesi*” kavramı, 4458 sayılı Gümrük Kanunu m. 2 hükmüne göre, Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesini ifade eder. Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesi ise, Türkiye Cumhuriyeti topraklarını kapsar. Türkiye kara suları, iç suları ve hava sahası gümrük bölgesine dahil kabul edilir. “*Gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak*” tabiri de yine 4458 sayılı Gümrük Kanununun tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre eşyanın, bir gümrük rejimine tabi tutulması³, bir serbest bölgeye girmesi, Türkiye Gümrük Bölgesi dışına yeniden ihracı, imhası, gümrüğe terk edilmesi işlemleri bu kavrama dahil sayılır (m. 3 bent 14).

Diğer yandan bu kavramlar, 556 sayılı KHK hükümlerinde yer alan kavram bütünlüğünü de zedelemektedir. Zira m. 14 hükmünde halen malın ihracı ve ithalinden söz edilmektedir. Aynı şekilde m. 79 hükmü de “*ithalat veya ihracat sırasında taklit markalı mallara el konulmasını isteme hakkı*”ndan söz etmektedir. Bu sebeple yapılan değişiklik yerinde bir değişiklik olarak kabul edilemez. Bunun yerine, 556 sayılı KHK hükümlerinin ve hatta diğer Fikri Mülkiyet Haklarına ilişkin düzenlemelerin birlikte ele alınarak uyumlu bir şekilde değişiklik yapılması uygun olacaktır.

C. m. 9/II-e ile ilgili değişiklikler

9. madde ile ilgili bir başka yenilik de ikinci fıkranın “e” bendi olarak getirilen düzenlemedir. Buna göre; “*işareti kullanan kişinin işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici*

³ 4458 sayılı Gümrük Kanunu m. 3 bent 15 hükmüne göre “Gümrük rejimine tabi tutmak” kavramı;

- a) Serbest dolaşıma giriş rejimini,
 - b) Transit rejimini,
 - c) Gümrük antrepo rejimini,
 - d) Dahilde işleme rejimini,
 - e) Gümrük kontrolü altında işleme rejimini,
 - f) Geçici ithalat rejimini,
 - g) Hariçte işleme rejimini,
 - h) İhracat rejimini;
- kapsar.

kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması" birinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilecektir. Burada özetle, tescilli bir markanın, haklı bir sebep olmaksızın veya marka sahibinin izni olmaksızın internet ortamında, ticari amaçla kullanılmasının yasaklanabileceği düzenlenmektedir.⁴ TPE (Türk Patent Enstitüsü) tarafından internet sitesinde yayınlanmış olan Marka Kanunu Tasarısı Taslağında⁵ da yer alan bu hüküm yerinde bir değişiklik olarak kabul edilebilir. Ancak m. 9/II-e hükmüne aykırı davranışın m. 61/A hükmünde cezalandırılacak eylemler arasında sayılmaması, sonuçta anılan eylemlere karşı marka sahibine etkin bir koruma sağlamaktan uzaktır. Zira değişiklikten önce de tescilli bir markanın izinsiz olarak başkası tarafından ticari amaçla alan adı olarak kullanılması, marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmekteydi.⁶ Ancak korunması 556 sayılı KHK m. 9, 61 ve Ticaret Kanununun Haksız Rekabete ilişkin 56vd. hükümlerine göre mümkün olmaktadır. 9. maddede yapılan değişiklik bu fiillere uygulanabilecek yaptırımlar açısından bir değişiklik getirmeyecektir.

Bu sayılanlar dışında bazı ifade değişiklikleri veya farklılıklar da göze çarpmakla birlikte, bunlar çok önemli görülmediğinden özel olarak ele alınmamışlardır.

III. 556 SAYILI KHK m. 61 İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER

5833 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK m. 61 hükmünde önemli değişiklikler yapıldığı görülmektedir. Öncelikle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen "a", "c" ve "d" bentleri yeniden ele alınmış ve iptal edilmiş olmayan "b" bendi aynen muhafaza edilmiştir. Oysa doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere bu bent hükmüne ihtiyaç yoktur⁷. Zira m. 61-a bendinde atıf yapılan m. 9 (9/I-a, b) bu hususa ilişkin düzenleme içermektedir.

Ayrıca "e" ve "f" bentleri ise tamamen 61. madde metninden çıkarılmıştır.

A. m. 61-a ile ilgili değişiklikler

Yeniden madde metnine dahil edilen "a" bendinde, marka sahibinin izni

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca**, İsmail; Tescilli Markanın Üçüncü Kişi tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 527vd.; **Korkut**, Ömer; Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu, Batider, Aralık 2007, C. XXIV, Sa. 2, s. 501vd.

⁵ Taslak, http://www.tpe.gov.tr/dosyalar/taslaklar/markalar_kanunu_tasarisi_taslagi.pdf adresinde 14.08.2006 tarihinde yayınlanmıştır.

⁶ **Yasaman**, Hamdi/**Ayoğlu**, Yusuf; Marka Hukuku, C. I, İstanbul 2004, s. 492-494.

⁷ **Arkan**, C. II, s. 216; Aksi görüşte **Tekinalp**, §30, N. 13; **Yasaman/Ayoğlu**, C. II, s. 1076. **Özgenç** ise m. 61-b hükmüne değil, m. 61-a hükmüne ihtiyaç olmadığını ve metinden çıkarılması gerektiğini düşünmektedir (**Özgenç**, İzzet, Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, C. III, s. 847).

olmaksızın markayı 9. maddede belirtilen biçimlerde kullanmanın marka hakkına tecavüz sayılacağı düzenlenmiştir. Yeni metin ile artık markanın aynısının m. 9/II hükmünde yer alan biçimlerde kullanılması tecavüz fiili olarak kabul edilebilecektir. Yani marka iktibas yoluyla anılan biçimlerden birine uygun olarak kullanılacak olursa ancak o zaman tecavüz fiili olarak kabul edilebilecektir. Oysa metnin önceki hali, 9. maddenin tamamına atıf yaptığından, bu kullanım biçimleri iltibas suretiyle tecavüz fiili olarak da kabul edilebilmekteydi.

B. m. 61-c ile ilgili değişiklikler

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olması sebebiyle, değişiklik kanunuyla yeniden düzenlenen “c” bendinde ise eski metinde yer alan tecavüz fiilleri (satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak, ticari amaçla elde bulundurmamak) “ithal etmek” fiili haricinde aynen korunmuş; ithal etmek fiili yerine ise “...gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak...” tabiri⁸ kullanılmıştır. 4458 s. Gümrük Kanunu m. 2, m. 3 b.14 ve 15 hükümleri birlikte ele alındığında artık sadece ithal etmek değil, ihraç etmek, transit geçirmek⁹, serbest dolaşıma sokmak, geçici ithalat gibi fiiller de tecavüz fiili olarak kabul edilecektir.

C. m. 61-d ile ilgili değişiklikler

556 sayılı KHK’ nın m. 61-d bendinde tecavüz fiili olarak kabul edilen “*lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek*” fiili ise zaten KHK’ nın ilk metninde de yer alan, ancak Anayasa Mahkemesi tarafından “*suç ve cezalara ilişkin olan bu düzenlemenin kanunla getirilmiş olmadığı*” gerekçesiyle 2.3.2004 tarihinde iptal edilen hükmün yeniden ihdas edilmesinden ibarettir. Kanun koyucu iptal kararı ile yaratılan boşluğu bu şekilde gidermiştir. Ancak tipik bir akde aykırılık hali olan lisansın izinsiz genişletilmesi veya başkasına devredilmesinin marka hakkına tecavüz fiili olarak düzenlenmesi çok yerinde olmamakla birlikte, en azından bu tecavüz fiiline artık suç ve cezaları düzenleyen 61/A maddesinde doğrudan veya yollama suretiyle değinilmemesi yerinde bir yaklaşım olarak kabul edilebilir¹⁰.

⁸ Bu kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda başlık II. B. altında anlatılanlar.

⁹ Değişiklikten önceki haliyle m. 9/II hükmüne dayalı olarak transit geçiş marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmemekteydi, bkz. **Saraç**, Tahir; Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur mu?, Batider 2007, Sa.2, s. 469. Değişiklikten sonra ise artık belirsizlik ortadan kalkmıştır.

¹⁰ Akde aykırılığın bir tecavüz fiili olarak 556 s. KHK m. 61/d bendinde düzenlenmesinin uygun olmadığı yönünde bkz. **Kaya**, s. 260, dñn. 53. Ayrıca 556 sayılı KHK m. 61-d bendi hükmüne m. 61/A maddesinde iki kez atıf yapılarak aynı eylemin iki kere suç tipi olarak düzenlenmiş olmasına yönelik eleştiriler için bkz. **Keskin**, Serap; Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Ankara 2003, s. 142.

D. m. 61-e, f bentlerinin kaldırılması

61. madde ile ilgili en önemli yenilik ise “e” ve “f” bentlerinin tamamen metinden çıkarılmış olmasıdır. Bu bentlerden bir tanesi 61. maddenin “a-c” bentlerinde yazılı fiillere iştirak ve yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak, diğeri ise kısaca bilgi vermektan kaçınmak olarak ifade edilebilecek olan fiillere ilişkindir.

Özellikle bilgi vermektan kaçınmayı tecavüz fiili olarak düzenleyen “f” bendinin yürürlükten kaldırılması isabetli olmamıştır. Zira yürürlükten kaldırılan bu hükmün bir benzerini ülkemizin de taraf olduğu TRIPs Anlaşmasının¹¹ 47 ve 50. maddelerinde görmek mümkündür. TRIPs Anlaşması “Bilgi Edinme Hakkı” başlığını taşıyan 47. maddesinde üye ülkelerin adli mercilere, hakkı ihlal eden kişinin, ihlale neden olan mal veya hizmetlerin üretiminde ve dağıtımında görev alan üçüncü tarafların kimliğini ve dağıtım kanallarını hak sahibine bildirmesini emretme yetkisini verebileceğini hükme bağlamış bulunmaktadır.

Avrupa Birliği düzenlemelerinde, bu yönde açık bir hükme rastlanmasa da Alman Markalar Kanununun 19. maddesinde¹² ve İsviçre Markalar Kanununun 61. maddesinde¹³ bilgi edinme hakkı düzenlenmiştir.

Taklit markalı ürünleri asıl üreten ve piyasaya sunanlar hakkında bilgi edinebilmek ve taklit marka kullanımıyla mücadele¹⁴ için önemli bir rol taşıyan bu hükmün¹⁵ neden yürürlükten kaldırıldığı, ne madde gerekçesinde ne de TBMM görüşmelerinde ifade edilmiştir.

IV. 556 SAYILI KHK m. 61/A İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER

5833 sayılı Kanuna TBMM Genel Kurulunda önerge ile eklenen ve 556 sayılı KHK m. 61/A hükmünü tamamen değiştiren bu düzenlemenin getirilmesinin amacı Anayasa Mahkemesinin iptal kararları değil; Türk Ceza Kanununun Uygulanmasını

¹¹ TRIPs: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çağlar**, Hayrettin; Der Schutz des Markeninhabers nach türkischem und deutschem Markenrecht, Augsburg 2004, Verlag Dr. Kovac, s. 140vd.; **Ingerl/Rohnke**, Markengesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck, München 2003, Vor §§14-19, Rn. 134ff.; **Fezer**, Karl-Heinz, Handbuch der Markenpraxis, Band I, Verlag C. H. Beck, München 2007, 4. Teil, Rn. 598ff.

¹³ **David**, Lucas, Kommentar zum Markenschutzgesetz, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel 1998, Art. 55, Nr. 26; Art. 61, Nr. 15.

¹⁴ **Yasaman/Ayoğlu**, Marka Hukuku, C. II, s. 1021.

¹⁵ Taklit markalı malları ticari amaçla bulunduranların bu eylemlerinin yanında ayrıca bilgi vermektan sebebiyle cezalandırılmalarının adil ve dengeli bir yaklaşım olmadığı savunulmuştur, bkz. **Güneş**, s. 240.

ve Yürürlüğünü düzenleyen 5252 sayılı Kanunun 5 ve geçici 1. maddelerinde yer alan hükümlerdir.

Yeni düzenleme ile değişiklikten önceki hükümde yer alan bazı ilkelerden vazgeçilmiştir. Bunlardan bir tanesi hapis ve para cezalarının seçimlik olarak değil birlikte uygulanacak olmasıdır. Bir diğeri ise m. 61/A içerisinde adli para cezaları için sadece üst sınırın açıkça belirlenmiş olmasıdır. Alt sınırla ilgili bir hüküm bulunmadığı için bu hususta TCK m. 52/I hükmü geçerli olacak ve en az beş gün karşılığı adli para cezasına hükmedilecektir. Yine önceki metinden farklı olarak, başka maddelerde yer alan hükümlere veya başkaca kanunlara yollama yapılmadan, doğrudan düzenleme yoluna gidilmiştir. Bir başka yenilik de para cezalarının Türk Ceza Kanunu hükümlerine uygun olarak gün para cezası sistemine göre tayin edilmiş olmasıdır.

“*Ceza Hükümleri*” başlığını taşıyan 61/A maddesini daha yakından incelemek faydalı olacaktır.

A. Marka Hakkına Tecavüz Suçları

1. Başkasına Ait Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Mal veya Hizmet Üretmek, Satışa Arz Etmek veya Satmak

556 sayılı KHK m.61/A-I’ de, başkasına ait marka hakkına iktibas¹⁶ veya iltibas¹⁷ suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişinin bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı hükmü yer almaktadır.

Her şeyden önce bu fıkra hükmünün nesne-yüklem uyumsuzluğunun düzeltilmesi gerekir. Zira fıkranın ilk cümlesinin ilk kısmında, “başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üretmek” tecavüz fiili olarak kabul edilmiş, bunu müteakip ifade edilen “satışa arz etmek” veya “satmak” fiillerinin nesnesi cümlede yer almamaktadır. Her halde burada, iktibas veya iltibas suretiyle başkasına ait marka hakkına tecavüz edilerek üretilen “malın satışa arz edilmesi veya satılması” ile “hizmetin sunulması” kastedilmiştir.

¹⁶ İktibas: *esk.* 1. Ödünç alma. 2. *ed.* Alıntı (www.tdk.gov.tr); Marka hukuku açısından ise başkasının hak sahibi olduğu bir markanın aynen veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması olarak ifade edilebilir, ayrıca bkz. **Cengiz**, Dilek, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995, s. 6-7.

¹⁷ İltibas: *esk.* Birbirine çok benzeyen iki şeyin karışması, andırışma (www.tdk.gov.tr); İki veya daha çok şeyin – biri öteki sanılacak surette - birbirine benzemesi (**Devellioğlu**, F.; Osmanlıca –Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 2007); Marka hukuku açısından başkasına ait bir markanın karışıklığa neden olacak surette benzerinin kullanılması olarak ifade edilebilir, bkz. **Cengiz**, s. 7vd.

Bu hüküm, değişiklikten önceki m. 61/A-I-c düzenlemesini karşılamaktadır. Söz konusu mülga bent, KHK’ın 61. maddesine atıf yapmakta ve orada yer alan tecavüz fiillerini işleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis veya yirmiyedibin liradan kırkaltıbin liraya kadar para cezası veya her ikisine birden, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmedileceğini düzenlemekteydi.

Yeni düzenleme ile m. 61/A-I’de sayılan suçlar açısından hem hapis cezasının alt ve üst sınırları indirilmiş hem de “ticaretten menetme veya işyerlerinin kapatılması” yaptırımlarından m. 61/A-IV hükmü saklı kalmak kaydıyla vazgeçilmiştir¹⁸. Zira bu fıkra hükmüne göre, bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde bunlara özgü güvenlik tedbirlerine¹⁹ hükümlenilecektir.

Söz konusu fıkrada göze çarpan bir başka yenilik ise “*iktibas veya iltibas*” kavramlarının uzun bir aradan sonra tekrar kullanılmaya başlanmış olmasıdır. Zira bu kavramlar mülga 551 sayılı Markalar Kanunu zamanında kullanılan kavramlardı²⁰ ve 556 sayılı KHK ile bunların kullanımından vazgeçilmişti. Aynı şekilde TTK m. 57/5 hükmünde yer alan iltibas kavramından da, TTK tasarısı²¹ (m. 55,(1), a), 4.) ile vazgeçildiği görülmektedir. Bu eski kavramların yeniden kullanılmaya başlanması ile 556 sayılı KHK’nın kavram bütünlüğü de bozulmuştur. Zira m. 9/I-a hükmünde “*iktibas*” değil, “*tescilli marka ile aynı olan bir işaretin kullanılması*” kavramı, m.9/I-b hükmünde ise “*iltibas*” değil, “*halk tarafından karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması*” kavramı kullanılmaktadır. Üstelik bu kavram karışıklığı yeni getirilen iki madde arasında (m. 9 “*karıştırma*” - 61/A “*iltibas*”), hatta aynı maddenin iki fıkrası arasında (m. 61/A-I “*iktibas*”- VII “*taklit*”) da söz konusudur. Bu farklılığın giderilmesi için “*iktibas veya iltibas*” kavramları yerine “*aynen veya karışıklığa yol açacak şekilde benzerinin kullanılması*” kavramlarının tercih edilmesi uygun olurdu.

61/A-I hükmüyle getirilen bir başka yenilik de, *iktibas* veya *iltibas* suretiyle başkasının marka hakkına tecavüz eden kişinin eylemlerinden sadece bazılarının cezalandırılacak olmasıdır. Bu eylemler, *iktibas* veya *iltibas* suretiyle tecavüz ederek

¹⁸ Mülga 61/A maddesinde düzenlenmiş olan “*ticaretten menetme ve işyerlerinin kapatılması*” yaptırımlarının ceza hukuku ilkelerine uygun olmadığı yönünde bkz. **Özgenç**, s. 862, 864.

¹⁹ Söz konusu güvenlik tedbiri aşağıda IV. B. başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

²⁰ İltibas kavramı 551 sayılı Markalar Kanunu m. 47/I-a hükmünde aynen kullanılmaktaydı.

²¹ 09.11.2005 tarihinde TBMM’ne gönderilen ve 27.09.2007 tarihinde Bakanlar Kurulunca yenilenen Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (S.Sayı 96).

mal veya hizmet üretmek, satışa arz etmek veya satmak şeklinde sınırlandırılmıştır. Bu durumda artık iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilen malı stoklamak, teslim edilebileceğini teklif etmek, başkasına ait markayı izinsiz olarak reklamlarda veya iş evrakında kullanmak, internet ortamında kullanmak, gümrük bölgesine sokmak veya gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak gibi, marka sahibinin 556 sayılı KHK m. 9 ve 61 hükümlerine göre önleyebileceği eylemler, suç sayılmamıştır. Bu sınırlandırma kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak kabul edilebilir. Ancak bu yaklaşım marka hakkının etkin bir biçimde korunmasında zafiyet yaratabilir.

Diğer yandan bu fıkra hükmünde iktibas yanında iltibas suretiyle işlenebilecek tecavüz fiillerinden bazılarına yaptırım öngörülmüş olmasına rağmen, marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenleyen 61. madde ise sadece iktibas suretiyle işlenebilecek tecavüz fiillerine yer vermiştir. Bunun neticesinde garip bir durum ortaya çıkmaktadır; hukuk davasına vücut veren tecavüz fiilleri sadece iktibas suretiyle işlenebilir, buna karşılık suç ve cezaya tabi tecavüz fiilleri hem iktibas hem de iltibas suretiyle işlenebilir.

Açıklanan sebeplerle bu değişikliğin yerinde ve uygun olduğunu söylemek hayli güçtür.

2. Marka Koruması Olduğunu Belirten İşareti Yetkisi Olmadan Kaldırmak

Bir markanın tescilli olduğunun, uluslar arası kabul görmüş ® veya ™ işaretlerinden biriyle gösterilmesi esastır. Eşya veya ambalajı üzerine konulmuş olan, marka koruması olduğunu belirten bu işaretlerden birini yetkisi olmadan kaldıranların, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına mahkûm edileceği hükme bağlanmıştır (KHK/556 m.61/A-II).

Değişiklikten önceki metinde (m. 61/A-I-a) de bu fiil suç sayılmış, ancak bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası veya ondörtbin liradan yirmiyedibin liraya kadar para cezası veya her ikisine birden hükmedilebileceği düzenlenmişti. Hapis cezasının üst sınırının iki yıldan üç yıla çıkarılmış olduğu ve adli para cezası miktarının gün para cezası sistemine uygun hale getirildiği görülmektedir.

3. Yetkisi Olmadığı Halde Marka İle İlgili Hukuki Tasarrufta Bulunmak

556 sayılı KHK m. 61/A-III' de, suç sayılan üçüncü hal olarak, yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satım, devir, kira veya rehin suretiyle tasarrufta bulunan kişinin iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına mahkûm edileceği öngörülmüştür.

Bu düzenleme de yine maddenin yürürlükten kaldırılan metninden değiştirilerek alınmıştır. Değişiklikten önce m. 61/A-I-b bendinde yer alan bu suç için öngörülen hapis cezasının süresi iki yıldan üç yıla kadardı. Bu sürenin üst sınırının artırıldığı görülmektedir.

Bir diğer farklılık da, önceki metinde yer alan “kişinin tasarruf yetkisinin bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde” bu tasarrufta bulunmuş olması koşulundan vazgeçilmiş ve sadece “yetkisi olmadığı halde” bu tasarruflarda bulunmuş olma koşulunun getirilmiş olmasıdır. Önceki düzenleme ile bu suçun hem doğrudan kastla (yetkisinin olmadığını bildiği) hem de olası kastla (bilmesi gerektiği) işlenebileceği açıkça ortaya konmuşken şimdi kullanılan “yetkisi olmadığı halde” kavramı ile neyin kastedildiği yoruma muhtaçtır. İlk bakışta “doğrudan kast”ı esas aldığı izlenimi doğmaktadır.

Ayrıca, cezalandırılacak hukuki tasarruflar satış, devir, kiralama ve rehin ile sınırlandırılmıştır. Artık marka hakkı ile ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehnedeni, bu haklarla ilgili herhangi bir tasarrufta bulunanlar hakkında m.61/A hükmüne dayalı olarak ceza verilemeyecektir.

B. Güvenlik Tedbirleri

Marka hakkına tecavüz sayılan ve m. 61/A ilk üç fıkrasında tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır (m.61/A-IV). Bu düzenleme, önceki metnin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan düzenlemenin kısaltılmış ve biraz da değiştirilmiş bir versiyonudur. Şöyle ki; önceki metinde açıkça yer alan “tüzel kişinin işlenen suçlardan ötürü masraflardan ve para cezasından müteselsilen sorumlu olacağı” ifadesi terk edilmiş ve “tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı” tarzında, TCK m. 60 hükmüne gönderme yapan bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu TCK m. 60 ise tüzel kişiler hakkında alınabilecek güvenlik tedbirlerini; faaliyet izninin iptali ve müsadere olarak belirlemiş ve bu hükmün ancak kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanacağını ifade etmiştir. Tüzel kişilerle ilgili bu kısım önceki düzenleme ile içerik itibarıyla örtüşmektedir.

C. Markanın Türkiye’de Tescilli Olması Zorunluluğu

556 sayılı KHK m.61/A’ da tanımlanan suçlardan dolayı cezaya hükmedilebilmesi için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır. Objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirilebilecek bu şart ile aslında Türkiye’de marka korumasının esas olarak tescil ile kazanılacağına yönelik 556 sayılı KHK m. 6 hükmüne paralel bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu hüküm karşısında, m. 61/A’ da düzenlenen

suçlardan birini, Türkiye’de tescilli olmayan ancak uluslar arası sözleşmeler gereğince Türkiye’de korumadan yararlanan, özellikle tanınmış markalara yönelik olarak işleyen kişi (örn. markayı taşıyan ürün üzerinde yer alan ve markanın korunmakta olduğunu gösteren işareti (®) kaldıran veya markadan doğan hakkı, sahibinin izni olmaksızın hukuki bir tasarrufa konu eden) 556 sayılı KHK hükümlerine göre cezalandırılmayacaktır (KHK m. 61/A-V). Koşulları varsa TTK m. 56vd. (Haksız Rekabet) hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir.

Türk Marka Hukukunun yorumlanmasında en çok başvurulmuş kaynaklardan olan Alman marka hukukunda da, markanın ceza normlarıyla korunabilmesi için Almanya’da tescil şartı aranmamıştır (MarkenG §143). Aynı şekilde İsviçre Hukukunda da bu yönde bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Aslında TPE tarafından hazırlanan ve kamuoyuna sunulan Markalar Kanunu Tasarısı Taslağında da bu tür bir koşul yer almamaktadır.

D. Soruşturma ve Kovuşturma Şartı

Değişiklikten önceki metinde (m. 61/A-II) de yer alan ve marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olması kuralı aynen buraya alınmıştır (m.61/A-VI). Şikâyet hem dava hem de yargılama şartıdır. Buna göre, dava açılabilmesi için hak sahibinin şikâyette bulunması gerektiği gibi; yargılama esnasında şikâyetten vazgeçilmesi halinde de davanın düşürülmesine karar verilmesi gerekir.

Önceki metinden (m.61/A-III) farklı olarak kimlerin şikâyet hakkına sahip olduğunun sayılması yönteminden vazgeçilmiştir. Bir boşluk doğuracak bu durumun derhal düzeltilmesinde zaruret vardır. Bir diğer önemli farklılık da de şikâyet süresi ile ilgilidir. Önceki metinde yer alan iki yıllık şikâyet süresine yer verilmemiş ve TCK m. 73 hükmünde yer alan genel mahiyetteki şikâyet süresinin uygulanmasına imkan yaratılmıştır. Bu süre ise altı aydır. Bu süre, zamanaşımı süresi geçmemek koşuluyla fiilden ve failden haberdar olma tarihinden itibaren işlemeye başlar (TCK m. 73/2).

E. Etkin Pişmanlık

Kanun koyucu, 556 sayılı KHK m. 61/A-VII düzenlemesinde etkin pişmanlığın bir alt türü olan “cezayı tamamen kaldıran şahsi sebep”e yer vermiştir. Buna göre, taklit markalı malı satışı arz eden veya satan kişinin, bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üreticilerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolünmayacaktır. Aslında değişikliktan önce m. 61/f bendinde tecavüz fiili olarak kabul edilen “bilgi

vermekten kaçınmak” fiili, burada, bilgi vermek suretiyle cezayı kaldıran şahsi bir sebep olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak burada sayılan suçların faillerinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmeleri için gerekli diğer koşullar belirtilmemiştir (örn. failin hangi safhada etkin pişmanlık hükmünden yararlanmak için başvuruda bulunabileceği açık değildir).

Bir başka sorun da burada sadece “taklit markalı malı” satışı arz eden veya satan kişinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilecek olmasıdır. Oysa birinci fıkra hükmünde taklit kavramı hiç kullanılmamış, bunun yerine iktibas veya iltibas kavramları tercih edilmiştir. Bu durumda, başkasına ait tescilli bir markanın aynen kullanılması suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş bir malı satışı arz eden veya satan kişi etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır. Aynı durum taklit sayılmayacak kadar benzer bir markanın (iltibas yaratan) kullanılması halinde de söz konusudur.

V. SONUÇ

556 sayılı Markaların korunması hakkında KHK’nın 9, 61 ve 61/A maddelerinde meydana gelen hukuki boşluğun doldurulması amacıyla yapılan kanun değişikliği, getirdiği bazı yeniliklerle önceki metinde eksikliği eleştiri konusu yapılan hususlarla ilgili yerinde düzenlemeler içermekle birlikte bazı hükümleri ile de hem 556 sayılı KHK’nın kavram bütünlüğünü, hem de Fikri Mülkiyet Hukukuna ilişkin diğer düzenlemelerle uyumu bozmuştur.

Yapılan bu değişikliklerden özellikle;

- m. 9/I-c hükmüne tanınmış marka olma şartının eklenmiş olması;
- m. 9/II-e bendinin ilk kez düzenlenmesi ile tescilli markanın izinsiz olarak başkaları tarafından ticari amaçla internette çeşitli şekillerde kullanılmasının yasaklanabilmesi;
- m. 9/II-c ve m. 61-c hükümlerinde ithalat yanında diğer gümrük işlemlerinin de yasaklanabilecek fiiller olarak kabul edilmesi;
- m. 61/A hükmünde yer alan para cezalarının yeni Türk Ceza Kanunu ile uyumlu hale getirilmesi;
- hapis ve para cezalarının birlikte uygulanacak olması ve cezaların artırılması ile marka hakkına tecavüz suçları ile daha etkin mücadele imkanının sağlanması;
- suç ve cezaların doğrudan, yani başka hükümlere veya başka kanunlara yollama yapılmadan düzenleme yoluna gidilmesi suretiyle daha açık ve anlaşılabilir bir ceza rejiminin kabul edilmiş olması

gibi yenilikler yerinde ve ihtiyaçlara uygun telakki edilebilirken;

- m. 9/I-c hükmünde ifade edilen tanınmışlığın, m.7/I-i anlamında mı yoksa m. 8/IV anlamında mı yoksa her ikisini de içerir mahiyette mi olduğunun açıklığa kavuşturulması;
- m. 9/II-c ve m. 61-c hükümlerinde atıf yapılan gümrük işlemlerinin açıkça ve tek tek sayılması (ithalat, ihracat, transit, geçici ithalat vs.) ve 556 sayılı KHK ve diğer Fikri Mülkiyet Hukukuna ilişkin düzenlemelerle uyumlu hale getirilmesi;
- yürürlükten kaldırılan m. 61/f bendinin yeniden madde metnine işlenmesi suretiyle korsanlıkla mücadelenin etkin şekilde yürütülmesinin tekrar sağlanabilmesi;
- m. 61/A-I hükmünde yer alan “iktibas veya iltibas” kavramları yerine 556 sayılı KHK ile daha uyumlu olan “aynen veya karışıklığa yol açacak şekilde benzerinin kullanılması” ifadelerinin tercih edilmesi ve kavram bütünlüğünün sağlanması;
- marka hakkına tecavüz suçlarında şikayet hakkına sahip olanların açıkça düzenlenmesi;
- m. 61/A-VII hükmünde yer alan etkin pişmanlığın sınırlarının daha net bir şekilde ortaya konması;

amacıyla ilgili hükümlerin yeniden ele alınmasında fayda ve zaruret olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Arkan**, Sabih; Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997.
- Ayoğlu**, Tolga; “Anayasa Mahkemesinin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 ve 6. maddelerinin bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.1.2008 tarihli kararı üzerine düşünceler”, FMR 2008, C. 8, Sa.4, s. 23-37.
- Cengiz**, Dilek; Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995.
- Çağlar**, Hayrettin; Der Schutz des Markeninhabers nach türkischem und deutschem Markenrecht, Verlag Dr. Kovac, Augsburg 2004.
- David**, Lucas; Kommentar zum Markenschutzgesetz, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel 1998.
- Devellioğlu**, Ferit; Osmanlıca –Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 2007.
- Dirikkan**, Hanife; Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.
- Fezer**, Karl-Heinz; Handbuch der Markenpraxis, Band I, Verlag C. H. Beck, München 2007.
- Güneş**, İlhami; Uygulamada Sınaî Mülkiyet Hakları ve Cezaî Koruma, İzmir 2007.
- Ingerl**, Reinhard /
- Rohnke**, Christian; Markengesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck, München 2003.
- Kaya**, Arslan; Marka Hukuku, İstanbul 2006.
- Keskin**, Serap; Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Ankara 2003.
- Kırca**, İsmail; “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 527-544.
- Korkut**, Ömer; “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”, Batider, Aralık 2007, C. XXIV, Sa. 2, s. 501-519.

- Özgenç**, İzzet; “Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. III, s. 831-864.
- Saraç**, Tahir; “Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur mu?”, Batider 2007, C. XXIV, Sa. 2, s. 443-470.
- Taylan**, Esin Çamlıbel; Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.
- Tekinalp**, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004.
- Yasaman**, Hamdi/
- Ayoğlu**, Yusuf; Marka Hukuku, C. I, II, İstanbul 2004.

KİŞİLİK HAKKI İHLÂLİNİN VE BORCA AYKIRILIĞIN BİR TÜRÜ OLARAK İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG)

Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU*

ÖZET:

Yerli ve yabancı literatürde mobbing kavramı, işyerinde belli bir çalışana karşı sistematik bir biçimde gerçekleştirilen, dışlayıcı, özgüveni sarsıcı, kimi zaman aşağılayıcı, haksız söz ve davranışlardan oluşan psikolojik bir yıldırma sürecini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Böyle bir psikolojik yıldırma sürecinin, gerek mağdur kişi üzerinde yarattığı tahribat, gerek ülke ekonomisine verdiği zararlar, konuya hukukçuların da duyarsız kalamayacağı bir yüksekliktedir. Nitekim günümüzde birçok gelişmiş ülkenin, işyerinde psikolojik tacizin teşhis ve sonuçlarına yönelik araştırmalar yaptıkları, ayrıca sözkonusu türde tacizlerin önlenmesi ve mevcut taciz eylemlerinin yol açtığı bireysel ve ekonomik zararların giderilmesi için hukuki tedbirler aldıkları görülmektedir. Ülkemizde ise mobbing kavramı, işletme ve psikoloji literatüründeki gelişmelere paralel olarak, hukuk çevrelerince de son yıllarda telaffuz edilmeye başlanmıştır. Türk hukukunda konuya ilişkin son gelişme, Borçlar Kanunu Tasarısı ile işverene, işçilerin psikolojik tacize uğramamaları için gerekli önlemleri alma yükümlülüğünün getirilmesidir. Ancak bunun dışında da işyerinde psikolojik tacizin kişilik hakkının ve borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilmesi mümkündür.

ANAHTAR SÖZCÜKLER:

İşyerinde psikolojik taciz, Psikolojik Yıldırma, Mobbing, Kişilik hakkı, Borç ilişkisinin ihlali

ABSTRACT:

Mobbing concept, in local and foreign literature, is used to express a psychological terrorization process constituting of excluding, shocking self-confidence, sometimes insulting unjust words and behaviors against an employee in workplace. Either destruction on the aggrieved person or damages to the economy of the country caused by such psychological terrorization process are so high that jurists can not be insensitive to the subject. Likewise, it is perceived that today so many developed

* Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Araştırma Görevlisi

countries make researches on emotional abuse in the workplace; furthermore they take judicial measures to prevent such abuse and to eliminate individual and economical damages. Mobbing concept has also been started to be mentioned in our country in the recent years by judicial environment in parallel with the developments in business and psychological literature. The most recent development in Turkish law about the subject is that the liability of the employer to take necessary measures in the workplace in order to prevent emotional abuse of employees which is set under the Code of Obligations draft. However, besides that it is possible to evaluate emotional abuse in the workplace as violation of personality and breach of contractual relationship.

KEYWORDS:

Emotional abuse in the workplace, Psychological terrorization, Mobbing, Personality right, Breach of contractual relationship.

I- GİRİŞ

İşyerinde psikolojik taciz veya dünya genelindeki yaygın adıyla “mobbing”, çalışma hayatının kendisi kadar eski bir olgu; fakat psikoloji ve hukuk literatürü bakımından yeni bir kavramdır. Sözkonusu kavramı psikoloji ve hukuk literatüründe önemli hale getiren husus, uygulamada mobbing türü tacizlere sıklıkla rastlanması ve bu tür tacizlerin gerek işyerlerinin verimliliği, gerek mağdurların kişilikleri üzerinde yarattığı tahribatın yüksekliğidir. Gerçekten mobbing, işyerlerinde fiziksel veya cinsel taciz gibi diğer taciz türlerine oranla daha sık ortaya çıkan¹, dolayısıyla çalışma hayatını ve çalışanların şahıs varlıkları ile manevi bütünlüklerini olumsuz yönde etkileme potansiyeli yüksek olan bir olgudur. Ne var ki bu tür bir taciz, fiziksel veya cinsel tacize göre tanısı daha zor konan, zaman zaman mağdur şahsın kendisinin dahi maruz kaldığı taciz/şiddet eylemine anlam ve isim vermekte zorlandığı, hatta iş yaşamının getirdiği stres ve rekabet ortamı içerisinde kimi zaman normal kabul edilip hoş görülen veya görmezden gelinen bir saldırı tipi teşkil etmekte ve bu sebeple sözkonusu tacizin tanımlanarak çalışma hayatındaki farkındalık düzeyinin artırılması, diğer taciz türlerine göre daha yavaş bir seyir izlemektedir².

Mobbing türü tacizlerin modern hukuklarda açık bir yasal düzenlemeye konu edilmesi de, iş psikolojisi alanındaki tanım ve teşhisinin gecikmesine paralel olarak, ancak 2000’li yıllarda gerçekleşmiştir. Günümüzde İsveç (1994), Fransa (2001), İngiltere (2001), Belçika (2002) ve Polonya (2004) işyerinde psikolojik tacizi açık bir yasal düzenlemeye konu eden başlıca ülkelerdir³. Almanya, Avusturya, İsviçre, İtalya, Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı ülkelerde ise, mobbinge karşı açık koruma öngören bir yasal düzenlemeye rastlanmamakta; bununla birlikte sözkonusu ülkelerin mobbing olgusunu tanıyıp konuya ilişkin çok sayıda araştırma yaptıkları

¹ Bkz. **TINAZ/BAYRAM/ERGİN**, s. 11 vd.

² Avrupa ülkelerinde mobbing konusu ile ilgili, gerek teorik boyutta gerek gözleme dayalı çok sayıda araştırma yapılmakta ve bu araştırmalar doğrultusunda, sözkonusu türde tacizlerin önlenmesi, mevcut taciz eylemlerinin yol açtığı bireysel ve ekonomik zararların da uygun yollardan giderilmesi yönünde tedbir ve uygulamalara gidilmektedir. Ülkemizde ise işyerinde psikolojik taciz ile bunun sosyal ve ekonomik boyutlarına dair çok fazla çalışmaya henüz rastlanmamakta; bununla birlikte, işletme ve psikoloji literatüründe mobbing kavramının hızlı bir biçimde tanınmaya başladığı görülmektedir. Konuya ilişkin olarak bkz. **TUTAR Hasan**, İş yerinde Psikolojik Şiddet, Ankara 2004; **ÇOBANOĞLU Şaban**, Mobbing, İstanbul 2005; **TINAZ Pınar**, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2006; **DAVENPORT Noa / SCHWARTZ Ruth Distler / ELLIOTT Gail Pursell**, Mobbing Emotional Abuse in the American Workplace, Ames, Iowa 2005 (eserin İngilizceden çevirisi için ayrıca bkz. **ÖNERTOY Cem**, Mobbing İşyerinde Duygusal Taciz, İstanbul 2003); **HERRIOT Peter (editor)**, Mobbing and Victimization at Work, Exeter 1996; **LEYMANN Heinz**, Mobbing-Encyklopedia, <http://www.leymann.se/deutsch/frame.html> (19.02.2009). Ayrıca bkz. <http://www.mobbingturkiye.net/index.php> (19.02.2009).

³ Bkz. **TINAZ/BAYRAM/ERGİN**, s. 177 vd. Karşılaştırmalı hukuk bakımından işyerinde psikolojik taciz hakkında bkz. **GÜZEL/ERTAN**, s. 509 vd.

ve bu türde bir tacize uğrayanları, medeni hukuk, borçlar hukuku ve özellikle iş hukukuna ilişkin mevcut düzenlemelerle korumaya çalıştıkları görülmektedir⁴.

Ülkemizde de işyerinde psikolojik taciz (mobbing) olgusu, henüz açık bir yasal düzenlemeye konu olmamıştır. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısının 417. maddesinde, işverene, işçilerin psikolojik tacize uğramamaları için gerekli tedbirleri alma ödevinin yüklendiği görülmektedir⁵. Böylece tasarının yasalaşması halinde, çalışanların mobbinge karşı açıkça korunduğu ülkeler arasına ülkemizin de dâhil olacağı söylenebilir. Bununla birlikte, Türk hukukundaki mevcut bazı düzenlemelerden de işyerinde psikolojik tacize karşı koruma sağlamak amacıyla yararlanmak mümkündür. Bu düzenlemelerin başında, Medeni Kanunumuzun kişilik haklarını koruyucu hükümleri ile Borçlar Kanunumuzun haksız fiil ve borca aykırılığa dair düzenlemeleri gelir. Zira çalışanların uğradığı psikolojik tacizin, her şeyden önce kişilik hakkını ihlâl eden bir davranış olduğu ve aynı zamanda işverenle işçi arasındaki borç ilişkisi bakımından bir borca aykırılık hali teşkil ettiği açıktır.

Bu çalışmada da işyerinde ortaya çıkan psikolojik tacizler, esas olarak, kişilik hakkının ve borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğün ihlâli boyutlarıyla ele alınmış ve bu kapsamda mağdurun başvurabileceği hukuki yollar değerlendirilmiştir.

II- İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG) OLGUSUNUN BELİRLENMESİ

İşyerinde ortaya çıkan mobbing türü taciz, işverenin veya çalışanlardan bir ya da birkaç kişinin, hedef seçilmiş bir kişiye karşı ısrarlı ve sistematik bir şekilde, yıldırıcı, kişinin özgüvenini sarsıcı, zaman zaman aşağılayıcı, dışlayıcı, yok sayıcı, haksız söz ve/veya davranışlar yöneltmesidir⁶. Burada bir kişiye yöneltilen münferit bir veya birkaç haksız davranış değil; özel olarak hedef alınmış belli bir kişinin, maruz kaldığı davranışlardan yılarak çoğu zaman bulunduğu iş ortamından kaçmasına, kimi durumlarda hafiften ağıra doğru seyreden fizyolojik ve psikolojik sorunlar yaşamasına yol açan bir süreç söz konusudur. Bu süreç içerisinde hedefteki kişinin kendisini ifade etmesi engellenir (sözü kesilir, azarlanır, yaptığı iş ve çalışmalar sürekli eleştirilir, başarıları görmezden gelinerek hataları abartılır vb.) veya kişinin sosyal ilişkileri sınırlandırılır (çevresindeki insanlar onunla konuşmazlar, bulunduğu

⁴ Bkz. **TINAZ/BAYRAM/ERGİN**, s. 177 vd.

⁵ Bkz. <http://www.inisiyatif.net/document/tanitim/BKTasari2007/> (19.02.2009).

⁶ Mobbing kavramını literatüre kazandıran İsveçli psikolog Dr. Heinz Leymann'ın tanımına göre mobbing, "bir işletmede veya başka bir organizasyon içinde çalışanların, çoğu zaman tek bir iş arkadaşlarını, astlarını veya üstlerini düşmanca ve ortaklaşa bir tutumla, yoğun bir biçimde ve uzun süre boyunca taciz etmeleri ve haksızlığa uğratmaları durumudur" (bkz. <http://www.leymann.se/deutsch/frame.html>, (19.02.2009).

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

ortamda yokmuş gibi davranılır veya başkalarıyla bir arada bulunamayacağı bir odaya yerleştirilir vb.) yahut itibarına yönelik saldırılar gerçekleştirilir (hakkında asılsız söylentiler çıkarılır, gülünç durumlara düşürülür, lâkap takılır, özel yaşamı, dini veya siyasi görüşleri, milliyeti, kökeni ile alay edilir, cinsel imalar yapılır vb.); kimi zaman mesleki açıdan kendisini göstermesi engellenir (o kişiye özel iş verilmez, verilen işler geri alınır veya kişinin yetenekleri ile bağdaşmayacak anlamsız işler verilir, işi sürekli değiştirilir vb.); hatta kişiye karşı doğrudan fiziksel veya cinsel taciz teşkil edecek saldırılar gerçekleştirilir⁷. Mobbing tipolojisi veya mobbing tipi davranış olarak adlandırılan⁸ bu saldırıların hepsinin tek bir vâkıada toplanmasına gerek yoktur⁹. Bununla birlikte, sözkonusu tipteki davranışların, iş hayatının getirdiği normal rekabet ve çatışma ortamı içerisinde zaman zaman ortaya çıkabileceği ve bu tür davranışların sergilendiği her durumun mobbing olarak değerlendirilemeyeceği de gözden kaçırılmamalıdır. Bu sebeple belli bir taciz süreci mobbing olarak tanımlanırken, bazı noktalar üzerinde özellikle durulmalıdır¹⁰. Buna göre:

-Mobbingde taciz edici davranışların “ısrarlı” ve “sistematik” bir şekilde sürdürülmesi, bu tür bir taciz eylemini, iş yaşamındaki alelade ve münferit çatışma hallerinden ayıran en belirgin noktadır. Mobbing, birbirini takip eden taciz edici davranışların aynı zamanda birbiriyle ilişkili, bağlantılı olması halinde sözkonusu olur. Taciz davranışları arasındaki ilişki, bu davranışların “aynı amaca yönelik olarak” birbirinin devamı halinde gerçekleştirilmesini ifade eder.

-Mobbing türü tacizlerde amaç, hedefteki kişinin kendisine olan güvenini sarsmak, karşılaştığı tacizlerden yılarak iş ortamından uzaklaşmasını sağlamaktır¹¹. “Psikolojik taciz davranışlarının amacı, bu davranışları yapanların menfaatlerinin temininden ziyade rakibin zayıflatılması, ‘rakibin’ dışlanması, izole edilmesidir”¹². Bu sebeple, mobbingin hedefinde, mağdur kimsenin, belli bir davranışı veya belli bir olay karşısındaki tutumu değil, bizzat kendisi yer alır.

⁷ DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 36-37.

⁸ Mobbing tipolojisi, Dr. Leymann’ın, özelliklerine göre 5 gruba ayırarak tanımladığı 45 ayrı taciz davranışına dayanmaktadır. Bu sebeple sözkonusu davranış tiplerine, “Leymann tipolojisi” de denilmektedir, bkz. DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 34 vd.; TUTAR, s. 18. Konuya ilişkin ayrıca bkz. KARABEY Yüksel, “Mobbing Tipolojisi”, http://www.rehabilitasyon.com/action/makale/1/Mobbing_Tipolojisi-1986 (19.02.2009).

⁹ DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 34.

¹⁰ Literatürde, gerçek bir mobbing olgusunun tanımlanabilmesi için, bazı “parametrelerden” yararlanıldığı görülmektedir. Sözkonusu parametreler, “iş ortamı”, “sıklık”, “süre”, “davranış tarzları”, taraflar arasındaki dizeysel eşitsizlik”, “birbirini izleyen evrelerde gelişme” ve “zalimce niyet” olmak üzere yedi kategori halinde ele alınmaktadır, bkz. TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s. 63 vd.

¹¹ BAYRAM, s. 552.

¹² BOZBEL/PALAZ, s. 69.

-Bununla beraber, mağdur kimsenin niteliklerinin mobbing için her zaman belirleyici bir husus olduğu da söylenemez. Gerçekten mobbinge maruz kalan kişinin, diğer çalışanlar için her zaman “güçlü bir rakip”, “üstün niteliklerdeki bir kişi” olmasına gerek yoktur; kimi zaman sadece “farklı özelliklerde olmak”, örneğin, farklı bir cinsiyete, farklı ırk veya etnik gruba mensup olmak, farklı inançlara sahip bulunmak, farklı tarzda giyinmek, farklı bir yaş grubunda olmak, hatta dikkat çekici fiziksel özellikler taşımak, kişilerin bu tür eylemlerin hedefi haline gelmesinde etkili olabilir¹³. Ayrıca, üstler tarafından astlara uygulanan mobbinglerde, “potansiyel bir başkaldırıyı önlemek”; astlar tarafından üstlere uygulanan mobbinglerde ise “örgütsel kararlara dâhil edilmiyor olmaktan kaynaklanan bir tepki veya üst konumdaki kişiye yönelmiş kıskançlık, gıpta” gibi faktörlerin mobbing sürecini başlatmakta etkili olabileceği¹⁴; kimi zaman ise sadece tacizciye ait bir kişilik bozukluğu, sırf eğlence / zevk arayışı içinde bulunmak gibi sebeplerin mobbinge yol açabileceği¹⁵ psikoloji literatüründe dile getirilmektedir. Buna göre mobbingin hiyerarşi ve cinsiyet farkı gözetmeksizin, tüm kültürlerde ve tüm işyerlerinde gerçekleşebilecek bir olgu olduğu, bu nedenle çalışan herkesin mobbinge maruz kalabilme riskinin bulunduğu söylenebilir¹⁶.

-İşyeri ortamı içerisinde psikolojik tacizin, kimin tarafından ve kaç kişi ile birlikte gerçekleştirildiğinin de önemi yoktur. Buna göre taciz, kimi zaman işveren tarafından bir çalışana karşı gerçekleştirilmekte (dikey taciz); kimi zaman ise eşit konumdaki çalışanlar arasında ortaya çıkmaktadır (yatay taciz)¹⁷. Nadir de olsa, astların üste karşı mobbing uygulayabildiği de gözlenmektedir¹⁸. Aynı şekilde psikolojik tacizde bulunan kişinin tek başına hareket etmesi veya birden fazla kimsenin bir grup oluşturacak şekilde taciz eylemlerinde bulunması, mobbingin teşhisi bakımından bir fark oluşturmamaktadır.

-Mobbingde taciz eyleminde bulunan taraf ile tacize maruz kalan taraf arasında “hiyerarşik anlamda olmasa da”, bir eşitsizlik durumu hakimdir. Söz konusu eşitsizlik, tacize uğrayan tarafın her zaman kaybeden taraf durumunda olmasını ifade eder. Başka bir deyişle mobbing sürecinde taraflar arasında fail – mağdur¹⁹ veya saldırgan – kurban ilişkisi vardır. Buna göre, “çatışma sürecinde şayet iki tarafın da kendine

¹³ ÇOBANOĞLU, s. 24.

¹⁴ DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 48-49.

¹⁵ TUTAR, s. 41 vd.

¹⁶ BAHÇE, s. 31.

¹⁷ ÇOBANOĞLU, s. 158.

¹⁸ ÇOBANOĞLU, s. 158.

¹⁹ BOZBEL/PALAZ, s. 69.

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

özgü silahları varsa ve kendilerini korumak amacıyla bu silahlarını kullanıp saldırıda bulunabiliyorlarsa, bir mobbing olgusu sözkonusu değildir. Burada karşılıklı bir rekabet işlemektedir”²⁰.

-Mobbing türü tacizlerin ne kadar süre devam edeceği veya yoğunluğunun ne kadar olması gerektiği hususunda ise kesin bir ölçü ortaya koymak mümkün değildir. Literatürde “en az altı ay devam eden tacizlerden”²¹ veya “üç ayla üç yıl arası devam eden tacizlerden”²² bahsedildiği görülmekte ise de²³, mobbingin teşhisi için taciz eylemlerinin süresinden ziyade, sonuçları üzerinde durulmalıdır. Zira hangi süre ve yoğunluğun neticesinde tazmini gereken bir zararın ortaya çıkmış sayılacağı, psikolojik tacize uğrayan kişinin tahammül seviyesine göre, kişiden kişiye değişebilecek bir durumdur.

-Buna göre, mobbing türü bir tacizden bahsedilen hallerde, genel olarak, mobbinge maruz kalan kişinin fiziksel ve/veya psikolojik sağlığının, düşünsel yeteneklerinin bozulduğu, benlik duygusunun ve özgüveninin zedelendiği, mesleki ve sosyal beceri ve davranışlarının olumsuz yönde etkilendiği görülmektedir. Psikoloji literatürü, yol açtığı zararların ölçüsüne göre mobbingin üç derecesinden bahsetmektedir²⁴. Buna göre, birinci derece mobbingde, mağdur, karşılaştığı tacizler karşısında şaşkınlık ve üzüntü duyar; bunlara karşı koymaya çalışır veya tam tersini yaparak tacizleri hoş görür. Ancak iş ortamına bir antipati duymaya başlar; işinde konsantrasyon gücünü çeker; uyku bozuklukları baş gösterebilir. Bu sürecin devam etmesi, ikinci derece mobbingi ortaya çıkartır. İkinci derece mobbingde mağdur, uğradığı psikolojik tacizin neticesinde yüksek tansiyon, kalıcı uyku bozukluğu, mide problemleri, kilo kaybı veya alımı gibi fiziksel rahatsızlıklar ve psikolojik bunalımlar yaşamaya başlar. Nihayetinde üçüncü dereceye ulaşan mobbing, mağduru iş yapamaz duruma getirir. Bu son aşamada depresyon, panik atak, kalp krizi gibi ciddi rahatsızlıklar baş gösterir; kendini koruma mekanizmasının işlemeze hale gelmesiyle birlikte kendine zarar verme, hatta intihar girişimi gibi ileri derecede davranış bozuklukları

²⁰ TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s. 66.

²¹ DANGAÇ Gönül, “İşyerinde Yıldırma ve Hukuki Çevresi”, http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=95&Itemid=96, (18.02.2009).

²² ÇOBANOĞLU, s. 29.

²³ Leymann, mobbingden bahsedebilmek için taciz eylemlerinin en az 6 aydan beri sürdürülüyor olması gerektiğini ileri sürmüştür. Buna karşılık Harald Ege, mobbingin tespiti bakımından süre unsurunun bazı olaylar bakımından esnetilebileceği görüşündedir. Buna göre, saldırgan davranışların şiddeti ve uygulama sıklığı, tacizcilerin konumu ve sayısı, mağdurda oluşan hasarın ciddiyeti dikkate alınarak üç ay gibi kısa bir sürede ortaya çıkan “hızlı mobbing” olgularından bahsetmek de mümkündür, bkz. TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s. 65.

²⁴ Bkz. DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT, s. 39.

veya üçüncü kişilere yönelik şiddet eylemleri gibi fiziksel ve psikolojik semptomlar ortaya çıkabilir²⁵.

Mobbingin işyerlerinde görülen alelade çatışma hallerinden ayırt edilmesini sağlamak üzere genel hatlarıyla ortaya koymaya çalıştığımız bu noktaların, özellikle olayın gerçekleştiği örgüt ve meslek grubunun yapısının veya daha üst boyutta olmak üzere, içinde bulunulan toplumun sosyal ve kültürel özelliklerinin de dikkate alınarak, her bir somut olay bakımından, ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu bakımdan mobbing, sebepleri, sonuçları ve tipolojisi ile ancak uzman kişilerce teşhis edilebilecek bir olgudur. Hukuk çevreleri bakımından ise mobbing, gerek hedefteki kişinin bu tür saldırılardan hukuki bir zeminde korunması ihtiyacı, gerek ekonomik açıdan yol açtığı zararların büyüklüğü dolayısıyla görmezden gelinemeyecek derecede önemli bir taciz türüdür. Gerçekten Avrupa ülkelerinde mobbing üzerine yapılan araştırmaların sonuçları, iş ve psikoloji çevreleri kadar, hukuk çevrelerinin de konuya dikkatle eğilmelerini gerektirecek boyutlardadır²⁶. Örneğin, “Almanya’da yapılan araştırmalarda, 1,5 milyon çalışanın psikolojik tacize maruz kaldığı, psikolojik tacizin ekonomik bakımdan yaklaşık 13 milyar Euro’luk bir zarara sebebiyet verdiği ifade edilmektedir”²⁷. Avrupa Birliğine üye ülkelerde gerçekleştirilen bir araştırmanın bulguları ise, çalışan nüfusun yaklaşık %8’ine tekabül etmek üzere, en az 12 milyon kişinin mobbinge maruz kaldığını göstermektedir²⁸. Ayrıca Almanya’da intiharların %10’u²⁹, İsveç’te ise %15’i³⁰, işyerinde karşılaşılan psikolojik taciz eylemleri ile ilişkilendirilmiştir. Söz konusu veriler, hukuk doktrin ve uygulamasında da mobbing kavramının tanınıp bilinmesini ve “mobbing bilincinin” bir an evvel oluşturulmasını gerekli kılmaktadır.

III- İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG) OLGUSUNUN TÜRK HUKUKUNDA TANINMASI

İşyerinde psikolojik taciz (mobbing) kavramının, yukarıda vurgulamaya çalıştığımız önemi doğrultusunda, Türk hukukunda da ilgi çekmeye başladığı görülmektedir. Gerçekten son yıllarda hem psikolojik taciz kavramını tanıyan

²⁵ Bkz. **BAHÇE**, s. 19 vd.

²⁶ Çeşitli ülkelerde işyerinde psikolojik tacize ilişkin istatistiksel veriler için bkz. **TINAZ/BAYRAM/ ERGİN**, s. 11 vd.

²⁷ **BOZBEL/PALAZ**, s. 68.

²⁸ Bkz. **TINAZ/BAYRAM/ERGİN**, s.13.

²⁹ **BOZBEL/PALAZ**, s. 68.

³⁰ **DAVENPORT/SCHWARTZ/ELLIOTT**, s. 25.

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

birkaç yargı kararına³¹, hem de doktrinde konuya ilişkin yapılmış bazı çalışmalara rastlanmaktadır³². Ayrıca 1/499 esas sayılı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda kabul edilen metninde de psikolojik taciz kavramına yer verildiği görülmektedir.

A- KONUYA İLİŞKİN YARGI KARARLARI

Türk hukukunda yargı çevrelerinin işyerinde psikolojik taciz (mobbing) konusunda yasama organından önce harekete geçtikleri ve önlerine gelen bazı somut olayları, psikolojik taciz olgusunu dikkate alarak hakkaniyete uygun bir biçimde karara bağladıkları görülmektedir.

Ankara 8. İş Mahkemesinin 20.12.2006 tarih ve E. 2006/19 K. 2006/625 sayılı kararı, mobbing kavramının tanımlanıp, hukuki açıdan değerlendirmesinin yapıldığı ilk karar olarak göze çarpmaktadır³³. Karara konu olan olayda “*Davacı vekili davalı aleyhine dava açarak, ... davacının 7 yıl boyunca görevini başarı ile yerine getirdiğini, 2004 mart ayında oda yönetiminin değişmesiyle yeni yönetimde genel sekreter olarak görev yapan ve davacının amiri durumundaki ... (kişi) ile davacı arasında sebepsiz bir gerginlik yaşanmaya başlandığını, gerek sözlü uygulama gerekse yazılı işlemlerle davacı üzerinde manevi baskı uygulayıp kişilik haklarına saldırdığını davacıya adeta duygusal tacizde bulunduğunu, davacıdan 1,5 yıl boyunca 5 defa yazılı savunma isteyip alınan savunmaların 2 si sonucunda genel sekreter ... in de üyesi olduğu disiplin kurulu tarafından 2.3.2005 tarihinde uyarı, 23.11.2005 tarihinde de haksız olarak kınama cezası verildiğini, yazılı savunmaları ve ibraz ettikleri delillerde incelendiğinde verilen cezaların haksız olduğunu ayrıca TİS in disiplin kurulu uygulamalarına ilişkin ekinde de 1 yıl içinde aynı disiplin suçundan üç kez kınama cezası almış olmanın işten çıkarma nedeni olarak sayılması nedeniyle*

³¹ Bkz. Ankara 8. İş Mahkemesi 20.12.2006 tarih ve E. 2006/19 K. 2006/625 sayılı karar; Yargıtay 9. HD. 30.05.2008 tarih ve E. 2007/3154 K. 2008/13307 sayılı karar; Yargıtay 9. HD. 11.06.2007 tarih ve E. 2006/32353 K. 2007/18337 sayılı karar.

³² Bkz. **TINAZ Pınar / Fuat BAYRAM / Hediye ERGİN**, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2008; **SAVAŞ Fatma Burcu**, İşyerinde Manevi Taciz, İstanbul 2007; **BOZBEL Savaş / Serap PALAZ**, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları”, TISK Akademi, 2007/I, s. 67 vd.; **GÜZEL Ali / ERTAN Emre**, “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2007, S. 14, s. 510 vd; **BAYRAM Fuat**, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2007, S. 14, s. 552 vd; **GÜZEL Ali / ERTAN Emre**, “İşyeri Sendikası Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı (Karar İncelemesi)”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/I, S. 16, s. 149 vd, internet baskısı için bkz. www.calismatoplum.org/sayi16/karar_inceleme_guzel_ertan.doc (20.02.2009).

³³ Söz konusu kararın tam metni için ayrıca bkz. <http://www.martiyazilim.com.tr/marti.php?yol=marti/ictihat/20090309.php> (10.03.2009).

davacının haksız verilen cezalar nedeniyle işten çıkarılma ihtimalinin mevcut olduğunu verilen cezaların haksız olduğunu belirtmiştir. Yaşanan olaylar, haksız alınan savunmalar neticesinde verilen haksız disiplin cezaları ile davacının manevi olarak yıpranıp psikolojik sağlığının bozulduğunu, psikolojik rahatsızlığından dolayı 5 gün rapor alıp ilaç tedavisi uygulandığını, işverenin işçiyi gözetme yükümlülüğü işverenin işçinin kişiliğine saygı gösterme ve işçinin kişiliğini koruma borcunu da içerdiği halde davacının nedensiz yere işini yapmamakla suçlanması, yetersiz olarak değerlendirilip aşağılanması, en basit olaylarda dahi yazılı savunma istenerek taciz edilmesi işveren tarafından şahsi nedenlerle birlikte çalışmak istemediği işçiye psikolojik olarak yıpratıp onu işten ayrılmaya zorlaması iş hayatında yaygın uygulanan bir taktik olduğundan duygusal taciz (mobbing) nedeniyle de davacının manevi yıpranma için fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak şartıyla ... YTL manevi tazminatın da yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir”.

Mahkeme, kararında öncelikle, davacı aleyhine verilen uyarı ve kınama cezalarının mevcudiyetini, ayrıca ilgili TİS ekine göre 1 yıl içinde aynı disiplin suçundan 3 kez kınama cezası almanın işten çıkarmayı gerektirir bir koşul oluşturduğunu ve yargılama devam ederken sözkonusu koşulun gerçekleşmesi sebebiyle davacının iş akdinin de fesh edilmiş olduğunu, dolayısıyla davacı tarafından açılan ve devam etmekte olan bir işe iade davasının da bulunduğunu tespit etmiş ve bu tespitler doğrultusunda aşağıdaki hükme ulaşmıştır:

“MK 2.maddesine ilişkin iyiniyet kuralları, 4857 sayılı yasanın işverenin çalışanlara eşit davranmasına ilişkin olgular birlikte değerlendirildiğinde işverenin işçisini koruma-gözetme sorumluluğunun bulunduğu açıktır. ...

Davacı, kendisi ile ilgili problem çıkmasını önlemek adına bir alt görevde çalışmayı kabul ederek görevini yerine getirirken, tanık beyanlarından da anlaşılacağı üzere işyerinde amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağırarak, iş yapmasını söylemelerine, telefonla konuşurken, konuşmasına aldırılmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağırılarak ‘sen bu işi beceremiyorsun’ gibi sözlü saldırılara, hakaretlere maruz kalmıştır. Kişilik hakları çiğnenmiş, çalışma arkadaşları arasında küçük düşürülmüştür.

Budavranışlar mahkememizce işçiyi yıldıрма, psikolojik baskı uygulayıp genellikle de işten ayrılmasını sağlamaya yönelik davranışlar olarak değerlendirilmiştir. Yine tanık beyanlarıyla doğrulanan, davacının mesai sonrasında ağlama krizine girmesi, psikolojik tedavi görmesi, rapor alması da bu kanaati kuvvetlendirmektedir.

(Mobbing) kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışları içermektedir.

Toplanan delillerden davacıya üstleri tarafından kötü muamele yapıлып aşağılanarak psikolojik taciz uygulandığı, verilen haksız disiplin cezaları sonucu TİS’de yapılan düzenlemeye göre de iş akdinin feshi sonucuna kadar varıldığı dolayısıyla geçimini emeğiyle çalışarak kazanan davacı işçinin maddi ve manevi kayba uğratıldığı kanaatine varılmıştır”.

Mahkemenin kararı Yargıtay tarafından da onanarak kesinleşmiştir³⁴. Söz konusu karar, tanımı, unsurları, hatta amaç ve tipolojisi ile mobbing kavramını Türk yargısına kazandırması açısından son derece önemli ve değerlidir³⁵. Kararın Yargıtay tarafından da onanmasının ardından, mobbing, iş psikolojisi alanında tanınıp kullanılan bir kavram olmanın yanında, “hukuki bir olguyu ifade eden bir kavram” olarak da değerlendirilmeye başlanmıştır. Söz konusu kararın benzer olaylar bakımından bir emsal teşkil ederek, pozitif hukukta henüz düzenlemesini bulmayan mobbing türü tacizlere karşı hukuki bir dayanak sağlayacağı söylenebilir. Nitekim söz konusu kararın yayın organlarında duyurulmasının ardından, bir çok mobbing olayı, dava konusu haline gelmiştir³⁶.

B- TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISININ KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMESİ

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın hizmet sözleşmelerinde “İşverenin Borçları” üst başlığı altında düzenlenen “İşçinin Kişiliğinin Korunması” hükmü³⁷, Adalet

³⁴ Bkz. 9. HD. 30.05.2008 tarih ve E. 2007/3154 K. 2008/13307 sayılı karar.

³⁵ Yargıtayımızın daha önceki bir kararında da işyeri sendika temsilcisine yönelik bazı haksız davranışları “psikolojik taciz” olarak nitelendirdiği görülmektedir, bkz. 9. HD. 11.06.2007 tarih ve E. 2006/32353 K. 2007/18337 sayılı karar. Ancak bu kararında Yargıtay, psikolojik taciz kavramını unsurları ve tipolojisi ile özel olarak tanımlamış değildir. Söz konusu Yargıtay Kararı ve değerlendirmesi hakkında bkz. GÜZEL/ERTAN, Karar İncelemesi, s. 149 vd.

³⁶ Halen görülmekte olan bazı mobbing davaları için bkz. <http://www.mobbingturkiye.net/index.php> (23.02.2009).

³⁷ Söz konusu hükmün Adalet Komisyonu önerisiyle değiştirilmeden önceki metni şu şekildedir: “ m. 416: İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gerektirdiği ölçüde gözetmek ve işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür (I). İşveren, işçinin yaşamını, sağlığını ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Buna göre işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür (II). İşverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine uymaması sonucunda işçinin ölmesi durumunda, desteğinden yoksun kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşılık isteyebilecekleri tazminat, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir (III)”.

Komisyonun önerisi ile aşağıdaki gibi değiştirilmiştir³⁸:

“m. 417: İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin *psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları* ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlâline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir”.

Tasarının 416 ncı maddesinin tamamını kapsayan bu değişikliklerle, Meclis Adalet Komisyonu’nun ifadesiyle “... işçinin onur ve saygı gösterilmek dâhil bütün kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğü düzenlenmiş, cinsel tacizin yanında diğer *psikolojik tacizler de (mobbing)* kişilik değerlerini ihlâl eden sebepler kategorisinde sayılmış, yürürlükteki İş Kanununun 77 nci maddesi ile Borçlar Kanununun konuya ilişkin düzenlemeleri arasında bir bütünlük sağlanmış, hizmet akdinden kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliği konusunda yaşanan tartışmalar, düzenleme ile sona erdirilmiş, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüme ve vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlâline bağlı zararların tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk hukuku hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılmış ve madde teselsül nedeniyle 417 nci madde olarak kabul edilmiştir”³⁹.

Böylece işyerinde psikolojik taciz (mobbing)in, yasama organı tarafından da tanınıp bilinen bir olgu halini aldığı görülmektedir. Tasarının yasalaşması halinde, 4857 sayılı İş Kanunu’nda görülen işyerinde psikolojik tacize ilişkin eksiklik, yeni Borçlar Kanunu ile giderilmiş olacaktır. Bu durumda, esasen iş ve sosyal güvenlik hukuku kapsamında düzenlenmesi beklenen böyle bir konu, isabetli bir biçimde, borçlar hukuku ile de ilişkilendirilmiş ve çalışanların şahıs varlıkları ve manevi bütünlüklerinin özel bir hükümle korunması, sadece İş Kanunu’nun cari olduğu

³⁸ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın hükümet metni, komisyonda kabul edilen metni, genel ve maddelere göre gerekçesi ile Adalet Komisyonun raporu için bkz. <http://www.inisiyatif.net/document/tanitim/BKTasari2007/> (20.02.2009).

³⁹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na ilişkin 12.01.2009 tarihli TBMM Adalet Komisyonu Raporu, s. 37, bkz. <http://www.inisiyatif.net/document/tanitim/BKTasari2007/> (20.02.2009).

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

ilişkiler bakımından değil, tüm hizmet akitleri bakımından sözkonusu edilmiştir. Ayrıca ilgili hükmün son fıkrası uyarınca, işçiyi koruma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin, işçinin uğradığı kişilik hakkı ihlallerinden de açıkça sözleşme sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu kılınması, modern hukuklardaki gelişmelere uygun, isabetli bir tutumdur.

Bununla beraber tasarıdaki hüküm ile işyerinde psikolojik taciz (mobbing) kavramının kapsamlı bir tanımının yapıldığı söylenemez. Gerçekten, sözkonusu hüküm, işverene, işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri alma yükümlülüğünü getirirken, psikolojik taciz olgusunu yasal bir düzeyde “tanınmış” olmakta, fakat “tanımlanmış” olmamaktadır⁴⁰. Dolayısıyla sözkonusu kavramın unsurlarını da içeren hukuki bir tanımının yapılması, başka bir deyişle, içeriğinin belirlenmesi, doktrindeki bilimsel görüşler ve yargı içtihatları ile gerçekleştirilmesi gereken bir husustur.

IV- İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG)İN KİŞİLİK HAKKI İHLÂLİNİN VE BORCA AYKIRILIĞIN BİR TÜRÜ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

A- GENEL OLARAK

İşyerinde psikolojik taciz (mobbing) ile ilgili olarak mevzuatımızda açık ve doğrudan bir düzenlemenin henüz bulunmaması, hukuk sistemimizde bu tür bir tacize uğrayan kimseyi koruyan hiçbir hükmün yer almadığı anlamına gelmez. Gerçekten, özellikle iş hukuku, borçlar hukuku ve medeni hukuk, hatta anayasa ve ceza hukuku mevzuatları bir bütün teşkil edecek şekilde değerlendirildiğinde, mevcut hukuk sistemimizin işyerinde psikolojik tacize uğrayan kimse lehine bir çok hükmü ihtiva ettiği görülür.

Sözkonusu hükümlerin önemli bir kısmı, iş hukuku mevzuatından ziyade, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nda yer almaktadır. Esasında mobbing türü taciz eylemi, her şeyden önce mağdur şahsın kişilik haklarını ihlâl ettiğinden, dolayısıyla aynı zamanda bir haksız fiil oluşturduğundan, bu tür tacizlerin öncelikle Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu kapsamında ele alınması, isabetli bir yaklaşımdır. İşyerinde psikolojik tacizin bu yönü itibariyle değerlendirilmesi, sözkonusu türde taciz eylemlerine sağlanacak hukuki korumanın kapsamını da genişletmektedir. Gerçekten çalışma hayatı sadece İş Kanunu’nun uygulama alanı bulduğu iş ilişkilerinden ibaret

⁴⁰ İşyerinde psikolojik tacizin diğer ülke hukuklarındaki nasıl düzenlendiği hakkında bkz. GÜZEL/ERTAN, Mobbing, s. 510 vd.

olmayıp, bu kanunun kapsamı dışında kalan iş ilişkileri⁴¹ ile özellikle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun uygulandığı işyerleri ya da üniversiteler gibi kamusal çalışma alanlarını da kapsayan bir bütündür ve işyerinde psikolojik tacize yönelik hukuki düzenlemelerin bu alanları da içine alacak bir biçimde değerlendirilmesi icap eder. Ayrıca bu tür bir taciz, evlilik, akrabalık, komşuluk gibi alelade sosyal ilişkiler dışında, her zaman -İş Kanunu kapsamında olan veya olmayan- bir iş ilişkisi dâhilinde gerçekleşmekte olduğundan, sözkonusu tacizin iş ilişkisinin türüne göre borca aykırılık hükümleri altında da değerlendirilmesi mümkündür.

B- KİŞİLİK HAKKININ İHLÂLİ OLARAK İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG)

1- Kişilik Hakkının İhlâli Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)in Borçlar Kanunu m. 41/I ve II Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiilleri düzenleyen 41. maddesinin ilk fıkrası, "Gerek kasden, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur" şeklindedir. Bu hükme göre, bir kimsenin hukuka aykırı bir fiil ile kusurlu olarak başka bir kimseye zarar vermesi şeklinde tanımlanabilecek haksız fiil, sözleşme dışında ortaya çıkan başlıca hukuki sorumluluk kaynağıdır. Haksız fiil ile taraflar arasında önceden kurulmuş somut bir borç ilişkisi değil, objektif ve soyut hukuk kuralları ile herkese yüklenmiş olan bazı genel yükümlülükler ihlâl edilmekte⁴² ve bu ihlâlin neticesinde ortaya çıkan zararı tazmin yükümlülüğü, haksız fiil sorumluluğunun konusunu oluşturmaktadır. Hukuk düzeninin objektif ve soyut hukuk kuralları ile herkese yüklemiş olduğu genel yükümlülükler, başkasının hukukça doğrudan veya dolaylı olarak korunan varlıklarına saygı gösterme yükümlülüğünü ifade eder ve bu yükümlülüğün ihlâli, haksız fiili karakterize eden "hukuka aykırılık unsuru" ortaya çıkartır. Kişilerin hukukça doğrudan doğruya korunan varlıkları, mutlak haklarıdır⁴³. Gerçekten hukuk düzenimiz, mutlak hakları ihlâl eden her davranışı

⁴¹ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin ilk fıkrasına göre, "deniz ve hava taşıma işlerinde", "50'den az işçi çalıştırılan (50 dâhil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde", "aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işlerinde", "bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dâhil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde", "ev hizmetlerinde", "iş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere çıraklar hakkında", "sporcular hakkında", "rehabilite edilenler hakkında", "507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde" bu kanun hükümleri uygulanmaz.

⁴² TANDOĞAN, s. 6-7.

⁴³ "Buna karşılık, kişilerin menfaatini dolaylı olarak koruma amacı güden davranış normlarının ihlâli, (mutlak) hak niteliği taşımayan menfaatlerin ihlâli sonucunu doğurur. Bu tür normlara da 'ferdi veya özel koruma normları' denilir" (EREN, s. 553).

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

doğrudan hukuka aykırı kabul etmekte; sözkonusu hukuka aykırı davranış sonucu bir zarara uğratılan kimseye tazminat hakkı tanımak suretiyle de mutlak haklara belli bir koruma sağlamış olmaktadır⁴⁴. Bu itibarla, mutlak haklar, herkese karşı ileri sürülebilen, herkesin birbirine karşı saygı göstermekle yükümlü olduğu haklar olarak tanımlanabilir⁴⁵ ve mutlak haklar sahası, kişilerin herkesten saygı görmeyi beklemekte haklı oldukları aşgari hukuk sahası olarak nitelendirilebilir.

Kişilerin herkesten saygı görmeyi beklemekte haklı oldukları bu aşgari hukuk sahası, aynı ve fıkri haklar ile kişilik haklarının toplamından oluşur. Mutlak hak niteliğindeki bu hakları üçüncü kişilerin saldırı ve müdahalelerine karşı korumayı amaçlayan davranış normlarına doktrinde “temel koruma normları” denilmektedir⁴⁶. Temel koruma normları, başkasının yaşam hakkıyla birlikte vücut (ruh ve beden) bütünlüğünü ve diğer kişilik değerlerini, ayrıca başta mülkiyet olmak üzere aynı hak ve zilyetliğini koruyan, bu değerleri ihlâl yasağını içeren tüm normlardır⁴⁷. Sözkonusu normları ihlâl eden her insan davranışı, bir mutlak hakkın ihlâli sonucunu da doğuracağından, BK. m. 41/I anlamında hukuka aykırıdır. Doktrin burada “sonucun hukuka aykırılığı teorisi”nden bahsetmektedir⁴⁸. Buna göre, hukuka aykırılığı gideren özel bir sebep (hukuka uygunluk sebebi) bulunmadıkça, bir mutlak hakkın ihlâli sonucunun doğması, hukuka aykırılığın oluşması için yeterlidir; bunun için mutlak hakkı ihlâl eden davranışın da kanun koyucu tarafından ayrıca yasaklanmış olması gerekmez.

İşyerinde ortaya çıkan mobbing türü taciz eylemlerinin de, kişilerin mutlak haklarından olan ve temel koruma normları ile korunan kişilik değerlerini ihlâl ettiğine şüphe yoktur. Gerçekten işyerinde hedefteki kimseyi aşağılayan, dışlayan, yok sayan, onun kendisine olan güvenini sarsan her türlü taciz eyleminin, kişinin ruh bütünlüğü ile sosyal ve manevi kişiliğini ihlâl ettiği; hatta bu tür bir ihlâl en tipik ve kaba bir örnek teşkil ettiği açıktır. Yaşam ve vücut bütünlüğü yanında kişiliğin

⁴⁴ Şüphesiz hukuk sistemimizde mutlak haklara sağlanan koruma, bu tür hakların ihlalleri halinde mağdur kişiye haksız fiil hükümleri çerçevesinde tanınan tazminat hakkından ibaret değildir. Mutlak haklar, medeni hukuk özellikle eşya hukuku ve ticaret hukukunda, hatta anayasa, idare ve ceza hukukları gibi kamu hukuku alanlarında da, sözkonusu hukuk dallarının kendi bünyelerinin gerektirdiği türde tedbir ve hükümlerle ayrı ayrı korunmaktadır.

⁴⁵ Mutlak haklar hakkında bkz. **VELİDEDEOĞLU**, s. 210 vd.

⁴⁶ **EREN**, s. 554.

⁴⁷ Eren, sözkonusu temel koruma normlarına, “dürüstlük kuralına aykırı davranma yasağını içeren normları” da ilave etmektedir (bkz. **EREN**, s. 555).

⁴⁸ Bkz. **EREN**, s. 554.

diğer bir parçasını oluşturan sosyal ve manevi (deruni) kişilik⁴⁹, kişilerin şeref ve haysiyeti, ismi, resmi, özel hayatı gibi değerlerini ve bu değerlerle birlikte, kişinin öz saygı ve güvenini, kendisine ilişkin değer yargısını ifade eder. Bu bakımdan kişilik, sadece sosyal yönü itibarıyla, yani toplumun o kişi hakkındaki objektif bir değer yargısı olarak değerlendirilemez; kişiliğin aynı zamanda öz saygı ve güveni ifade eden sübjektif bir yönü vardır ve hukuk sahasında kişilik değerleri korunurken, bunlar arasında kesin bir ayrıma gidilemez⁵⁰. Dolayısıyla kişiliğin sosyal ve manevi (deruni) yönü bir bütün olarak ifade edilmeli ve kişiliğin korunması noktasında birlikte ele alınmalıdır. İşyerinde yaşanan psikolojik taciz sürecinin işleyişine ve bu sürecin hedefteki kişi için yarattığı tahribata dair bilimsel veriler, hukuki açıdan da kişiliğin sosyal ve manevi yönü ile bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Gerçekten mobbing türü bir taciz süreci sonunda mağdur kişinin psikolojik sağlığının, kendi kendini koruma mekanizmasını işlemez hale getirecek kadar bozulabildiği göz önünde tutulduğunda; bu tür bir tacizin sosyal kişilik yanında, belki de ondan daha fazla, manevi kişiliği, öz saygı ve güveni zedelediği, “iç (sübjektif) onur ve saygınlığı”⁵¹ ihlâl ettiği söylenebilir. Kişiye yönelik hakaret, küfür, iftira, aleni aşağılama, özel hayatına dair asılsız iddialarda bulunma gibi şeref ve haysiyetini ihlâl edici eylemlerin, her koşulda hukuka aykırı olduğu ve - şüphesiz haksız fiilin diğer unsurlarının da gerçekleşmesi ile birlikte- doğrudan bir haksız fiil teşkil ettiği kabul edilebilir. Ancak mobbing türü taciz sürecinin içinde, bu tür davranışlardan ziyade, münferit olarak hukuka aykırı kabul edilemeyecek, fakat sürekli ve sistematik bir biçimde gerçekleştirildiğinde, kişinin öz saygı ve güvenini sarsan, bu anlamda olmak üzere manevi kişiliğini ihlâl eden bir çok davranış da bulunabilmektedir. Örneğin, işyerinde belli bir çalışana yönelik olarak

⁴⁹ Doktrinde kişilik haklarının çok farklı tasnif biçimlerine rastlanmaktadır. Bunlardan en yaygın olanı, kişilerin yaşam hakkı ile ruh ve beden bütünlüğünü ifade eden “maddi bütünlük” ve hürriyet, şeref ve haysiyet, isim, resim, sır çevresi gibi değerlerini ifade eden “manevi bütünlük” kavramları üzerinden yapılan tasniftir (bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, s. 358; AYAN/AYAN, s. 45-46; ZEVLİLER, s. 380 vd. Bunun dışında kişiliğin bazı yazarlarca “fiziki kişilik”, “deruni kişilik” ve “sosyal kişilik” şeklinde tasnif edildiği de görülmektedir (bkz. ÖZTAN, s. 253 vd).

⁵⁰ Doktrinde Kılıçoğlu, şeref ve haysiyet kavramını açıklığa kavuştururken, “iç - dış şeref ve haysiyet”, “hukuksal - ahlâksal şeref ve haysiyet” ve nihayet “toplumsal şeref ve haysiyet” gibi ayrımlar üzerinde durmaktadır. Bu ayrımlara göre, bizim “sosyal kişilik” olarak tabir ettiğimiz kavram, dış ve toplumsal şeref ve haysiyete, “manevi (deruni) kişilik” olarak tabir ettiğimiz kavram ise, iç şeref ve haysiyete tekabül etmektedir. Yazara göre iç şeref ve haysiyette, “bir kimsenin bizzat kendisi hakkındaki değer yargısı, kişinin bizzat kendisine olan saygısı sözkonusudur” (KILIÇOĞLU, s. 63) ve “şeref ve haysiyetin ve buna saldırının tayininde kişinin sübjektif hassasiyeti, şeref ve haysiyet hissi önem taşımaz. ... Hukuk nizamı kişinin sübjektif değer yargısını değil, objektif değer yargılarını korur. Bu nedenle iç şeref ve haysiyet hukuksal korumanın esas amacını oluşturmaz ... Dış şeref ve haysiyet ise bir kimseye onun bulunduğu toplum tarafından verilen değer yargısıdır. Şeref ve haysiyetle ifade edilen bu dış şeref ve haysiyettir” (KILIÇOĞLU, s. 64).

⁵¹ BAYRAM, Mobbing, s. 559.

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

gerçekleştirilen, sürekli eleştirme, hataları abartma, sosyal ortamdaki dışlama, diğer çalışanlarla görüşmeyeceği bir odaya yerleştirme, verilen işleri sürekli değiştirme gibi davranışlar, münferit olarak değerlendirildiğinde doğrudan hukuka aykırı kabul edilemeyebilir; zira bu tür davranışların her hangi bir mutlak hakkı ihlâl ettiğini söylemek zordur. Bununla birlikte, sözkonusu davranışların belli bir yıldırma süreci içerisinde sistematik olarak gerçekleştirilmesi, hedefteki kişinin manevi kişiliğini ihlâl ettiği oranda hukuka aykırı kabul edilmelidir⁵². Kişinin öz saygı ve güvenini yitirmesine yol açan, psikolojik sağlık ve dengesini bozan ve bu suretle kişilik haklarının ihlâli sonucunu doğuran böyle bir taciz sürecini, süreci oluşturan münferit davranışların hukuk düzeni tarafından yasaklanmış olup olmadığına bakmaksızın, “doğurduğu sonuç itibarıyla” hukuka aykırı kabul etmek, mutlak haklar bakımından doktrinde savunulan sonucun hukuka aykırılığı teorisinin de bir gereğidir.

İşyerinde psikolojik taciz, mağdur kişinin ruh bütünlüğü ile sosyal ve manevi kişiliğinin yanı sıra, doktrinde “ekonomik bütünlük/özgürlük”⁵³ olarak tabir edilen iktisadi kişilik değerlerini de ihlâl etmektedir. İktisadi kişilik, bir kimsenin meslek, sanat veya ticaret hayatındaki kişilik değerlerinin toplamı olup; kişilerin, ekonomik hayata serbestçe katılabilmelerini, icra ettikleri meslekte veya sanatta yahut yürüttükleri ticari faaliyetlerde kendilerini geliştirebilme, rekabet edebilme hak ve özgürlüklerini, ayrıca mali-ticari itibar gibi değerlerini ifade eder. O halde belli bir çalışanın işyerine antipati duymasına yol açan, mesleki beceri ve davranışlarını olumsuz yönde etkileyen, işinde motivasyon eksikliği, konsantrasyon güçlükleri yaratan ve neticede kişiyi yıldırarak iş göremez hale getiren psikolojik taciz (mobbing), o kimsenin çalışma hayatına, meslek veya sanatta kendisini gösterebilme, geliştirebilme hak ve özgürlüğüne yapılmış bir saldırı niteliğindedir. Bir kimsenin çalışma hayatındaki, yürüttüğü mesleki, ticari veya sanatsal faaliyetlerdeki beceri ve başarısı, o kimsenin hem toplum içindeki itibarını, hem kendine olan güven ve saygısını belirleyen önemli bir faktördür. Üstelik çalışanların bu tür faaliyetlerden elde ettikleri ücret, çoğu zaman kendilerinin ve ailelerinin hayatlarını devam ettirmelerini sağlayan yegâne gelir kaynağıdır. Bu bakımdan, psikolojik taciz eylemleri ile yıldırılarak iş yerinden uzaklaştırılan ve belki de varoluşu için gerekli olan asgari ihtiyaçlarını dahi karşılayamayacak bir ekonomik duruma düşürülen kimsenin, iktisadi kişilik değerlerinin de en ağır biçimde ihlâl edildiği söylenebilir.

Kanaatimizce, işyerinde psikolojik taciz (mobbing)in ayrıca BK. m. 41/II hükmü kapsamında da değerlendirilmesi mümkündür. Gerçekten, “Ahlâka mugayir bir fiil

⁵² Benzer bir değerlendirme için bkz. **BAYRAM**, Mobbing, s. 559 vd.

⁵³ **AKINTÜRK**, s. 146; **ÖZTAN**, s. 256.

ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur” şeklindeki BK. m. 41/II, mobbing türü taciz vâkıaları bakımından uygulama alanı bulabilecek bir hükümdür. Sözkonusu hüküm ile kanun koyucu, bir başkasına ahlâka aykırı olarak kasten zarar vermeyi, hukuka aykırılık ile eş değerde tutmuş; böylece bir kimsenin hukukça doğrudan veya dolaylı olarak korunan değerleri dışında kalan değerlerinin de kasıtlı ve ahlâka aykırı bir biçimde ihlâlini, haksız fiil sorumluluğunun uygulanmasını gerektirecek bir ihlâl türü olarak kabul etmiştir. Buna göre, işyerinde belli bir çalışana yönelik psikolojik taciz teşkil eden eylemler, belli bir kişilik hakkının ihlâli ile ilişkilendirilemeyip doğrudan hukuka aykırı olarak nitelendirilemeseler dahi, içinde bulunulan çevreye mensup normal ve mâkul kişilerin hak ve adalet duygularını rencide edecek, objektif görüş ve değerlendirmeler ölçüsünce ahlâka aykırılık oluşturacak türde ise⁵⁴, BK. m. 41/II hükmüne göre failin sorumluluğuna hükmedilebilir. Mobbing türü taciz eylemlerinin, her zaman sistematik ve hedefteki kişiyi yıldırım gibi belli bir amaç dâhilinde gerçekleştirildiği dikkate alındığında, uzman kişilerce bu türden bir taciz sürecinin tanısının konulması, ilgili hükümde sorumluluk için aranan “kasıt” unsurunun da gerçekleşmiş sayılması için yeterli kabul edilmelidir.

Borçlar Kanunu m. 41/I ve II hükümleri kapsamında değerlendirilen bir psikolojik taciz süreci, failin haksız fiil hükümleri uyarınca sorumluluğuna meydan verir. Buna göre, sözkonusu tacizin yol açtığı maddi - manevi zararların tazmini BK. m. 42 ve devamı hükümlerine göre gerçekleştirilir. İşyerinde psikolojik tacize uğrayan kimsenin uğradığı zararlar, öncelikle, manevi zarar kapsamında değerlendirilmelidir. Gerçekten, işyerinde uğranılan psikolojik taciz, kişinin manevi bütünlüğüne yapılan bir saldırı niteliğinde olduğundan, böyle bir saldırı neticesinde uğranılan zararlar da öncelikle kişinin şahıs varlığı değerlerinde ortaya çıkan bir azalma niteliğindedir ve BK. m. 49 hükmüne göre talep edilecek manevi tazminat ile giderilir. Bununla birlikte, manevi bütünlüğe yapılan bir saldırının neticesi, her zaman sadece şahıs varlığı değerlerinde bir azalma ile sınırlı kalmayabilir ve mal varlığı değerlerinde de bir azalmaya yol açabilir. Özellikle işyeri gibi, ekonomik anlamda bağımlılığın da sözkonusu olduğu bir ortamda yaşanan taciz süreci, kişinin kariyerini, meslek veya sanatındaki beceri ve yeterlilik düzeyini, kendisini geliştirme imkânını engellediği oranda, şahıs varlığı değerlerinin yanı sıra mal varlığı değerlerinde de bir azalmaya sebebiyet verebilir. Kişiye haksız yere uygulanan ücret kesintisi veya hakkı olan primden ya da aynı yardımlardan mahrum bırakılma şeklindeki davranışların mal

⁵⁴ BK. m. 41/II kapsamında dikkate alınması gereken ahlâk kavramı, “bireysel ahlâk olmayıp, sosyal veya genel ahlâktır. Bununla bazen, mutlak ahlâki değerler, bazen hak ve adalet duygusu, bazen de belirli bir toplumun güncel görüş ve düşünceleri anlaşılır. ... o çevrede yaşayan orta seviyedeki, makul kişilerin görüş ve düşünceleri göz önünde tutulur” (EREN, s. 561).

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

varlığı değerlerinde yarattığı azalma, daha açıktır. Bunun dışında, kişinin uğradığı tacizler sebebiyle yaşadığı fiziksel ve/veya ruhsal sıkıntıların tedavisi için yapmak zorunda kaldığı masraflar da mal varlığı değerlerinde ortaya çıkan bir azalma olarak görülür. Mal varlığında azalma şeklinde ortaya çıkan bu zararların giderilmesi de, açılacak bir maddi tazminat davası ile sağlanır.

İşyerinde psikolojik tacizin BK. m. 41 uyarınca hükme bağlanması, esas olarak taraflar arasında önceden kurulmuş bir borç ilişkisinin mevcut olmaması halinde sözkonusu olur. Buna göre, örneğin fail ve mağdur tarafların her ikisinin de “çalışan” durumunda olması halinde (yatay mobbing) failin sorumluluğu, haksız fiil hükümleri kapsamında değerlendirilir. Buna karşılık böyle bir durumda (yatay mobbingde) “işverenin sorumluluğu”, mağdur işçi ile arasında bulunan iş sözleşmesi sebebiyle akdi sorumluluğa dayandırılır.

2- Kişilik Hakkının İhlâli Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)in Medeni Kanun m. 24 ve m. 25 Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu “Kişiliğin Korunması” üst başlığı altında öncelikle kişiliğin dâhilen (kişinin kendi tasarruf ve eylemlerine karşı) korunmasını düzenleyen m. 23 hükmüne; ardından kişiliği üçüncü kişilerden gelebilecek saldırılara karşı koruma amacı güden 24. ve 25. maddelere yer vermiştir.

Bu hükümler ile kanun koyucu, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin, saldırganlara karşı korunma isteyebileceği hususunu bir ilke olarak belirlemiş (m. 24/I) ve kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırıyı hukuka aykırı kabul etmiştir (m. 24/II). Böylece kişilik haklarının ihlâli durumunda BK. m. 41/ I anlamında hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş olduğu, özel bir hüküm ile tekrarlanmış olmaktadır. Bununla birlikte kişilik haklarının kapsam ve içeriği, ayrıca hangi tür davranışların kişilik haklarına saldırı olarak nitelendirilebileceği kanun hükmü ile değil, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ile belirlenebilecek bir husustur⁵⁵. Nitekim, işyerinde psikolojik taciz (mobbing)in de hedefteki kişinin kişilik haklarının ihlâli sonucunu doğuran bir süreç oluşturduğu, günümüz hukuk doktrin ve uygulaması ile kabul edilmektedir.

Medeni Kanun’un kişiliğin korunmasına dair asıl düzenlemesi, doktrin ve/veya yargı kararları ile kişilik hakkı kapsamında olduğu kabul edilen bir hakkın üçüncü kişilere karşı nasıl korunacağı meselesine ilişkindir. Buna göre kişilik hakkı ihlâl

⁵⁵ BAYRAM, 30. Yıl Armağanı, s. 14. Ayrıca bkz. HELVACI, s. 41 vd.; ÖZTAN, s. 252.

edilen kimse, saldırı devam etmekte ise buna son verilmesini; saldırı sona ermiş ancak etkileri devam etmekte ise, bunun hukuka aykırılığının tespitini mahkemeden isteyebilir (m. 25/I). Hatta ilgili hükme göre, henüz gerçekleşmemiş, fakat bazı belirtilerden yakında gerçekleşeceği anlaşılan bir saldırının önlenmesini talep etmek de mümkündür. Doktrinde, sırasıyla “men (saldırının/tecavüzün durdurulması)”, “tespit (saldırının/tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti)” ve “önleme (saldırının/tecavüzün önlenmesi)” davaları olarak adlandırılan⁵⁶ bu davalara işyerinde psikolojik tacize uğrayan kimse de başvurabilir. Buna göre, kişilik hakkının ihlâli neticesini doğuran mobbing türü taciz süreci halen devam etmekte ise, mağdur kişinin bu süreci oluşturan davranışlara son verilmesini; sözkonusu süreç sona ermiş ancak etkileri devam etmekte ise, saldırıların hukuka aykırılığının tespitini mahkemeden istemesi mümkündür. Aynı şekilde henüz başlamamış fakat bazı emarelerden başlayacağı anlaşılan bir taciz sürecinin, açılacak bir önleme davası ile daha başlamadan bertaraf edilmesi de düşünülebilir. Ancak bunun için mobbing türü taciz eylemlerinin başlayacağına dair ciddi ve yakın bir tehdidin bulunması ve bu hususun davacı tarafından ispat edilmesi gereklidir⁵⁷. Bu bakımdan, işyerinde psikolojik tacizin başladıktan sonra dahi teşhisinin konulmasındaki zorluk düşünüldüğünde, sözkonusu türde bir taciz tehdidinin ispatlanarak bu tür bir önleme davasına konu edilebileceğini kabul etmek, teorik bir yaklaşım olur. Bununla beraber, örneğin, daha önce gerçekleşip etkileriyle birlikte sona ermiş bir mobbing sürecinin varlığı, benzer koşulların tekrar oluşması halinde, yeni bir mobbing sürecinin de yaşanabileceğine dair bir emare oluşturabilir veya iş sözleşmesinin geçersiz bir biçimde feshedilmesinin ardından açtığı davayı kazanarak işine geri dönen bir işçi aleyhine bu tür psikolojik taciz eylemlerinin başlayabileceği öngörülebilir⁵⁸.

Medeni Kanun m. 25/I’de yer alan ve doktrinde koruyucu davalar olarak nitelendirilen bu davalar bakımından, tecavüz/saldırı neticesinde bir zararın doğmuş olması veya saldırganın kusurunun bulunması şartları aranmaz⁵⁹; dolayısıyla davacı tarafından bu hususların ispatı gerekmez. Bununla birlikte, uygulamada mobbing sürecinin varlığının tespiti, çoğu zaman bu iki hususun varlığının tespitini de gerekli kılar. Çünkü işyerinde psikolojik taciz, mobbing tipi davranış olarak adlandırılan

⁵⁶ Bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, s. 415 vd.

⁵⁷ HELVACI, s. 129.

⁵⁸ “Kanımızca iş sözleşmesi geçersiz bir biçimde feshedilen işçi, mahkemeye işine iade edildiğinde, şartları varsa bu davaya başvurabilir. Zira eski işine iade edildiğinde, fesihden önce sorunlu bir dönem yaşadığı ve onun sonrasında bir hukuk mücadelesi verdiği eski işverene bağımlı olarak tekrar çalışmaya başlamıştır ve psikolojik taciz sürecine maruz kalma olasılığı vardır” (BAYRAM, Mobbing, s. 569).

⁵⁹ HELVACI, s. 86.

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

ve sistematik bir biçimde gerçekleştirilen bazı taciz eylemleri ve bu eylemlerin neticesi olarak mağdurda ortaya çıkan bazı fiziksel ve/veya psikolojik rahatsızlıklar ile bütün oluşturan bir süreçtir. Dolayısıyla işyerinde psikolojik tacize uğradığı iddiası ile dava açan bir kimse, uğradığı taciz eylemlerinin yanı sıra, bunların mobbing türü bir taciz olarak nitelendirilmesi için gerekli olan noktalar üzerinde de hakimi ikna etmek zorundadır. Bu bağlamda, örneğin, taciz eylemleri arasındaki bağlantının, bunların hedefteki kişiyi yıldırarak işyeri ortamından uzaklaştırmak gibi bir amaç doğrultusunda gerçekleştirildiğinin, hedefteki kişinin bu taciz eylemleri dolayısıyla fiziksel ve/veya psikolojik sağlığının bozulduğunun ortaya koyulması, hakimde, sözkonusu eylemlerin mobbing türü bir taciz oluşturduğu yönünde kanaat uyandırılması için gereklidir⁶⁰. Aksi halde, MK. m. 25'de anılan hukuki koruma yollarından yararlanabilmek, ancak taciz niteliğindeki davranışların münferiden hukuka aykırı olmaları halinde mümkündür. Örneğin, belli bir çalışana karşı yapılan hakaret, küfür gibi davranışlar veya fiziksel ya da cinsel nitelikli saldırılar, mobbing olarak değerlendirilebilecek bir süreçten bağımsız olarak da hukuka aykırı olduğundan, bu gibi davranışların men'i, önlenmesi veya hukuka aykırılığının tespiti için açılacak davalarda failin belli bir amaç doğrultusunda hareket etmekte olduğunun veya bu davranışlardan mağdurun uğradığı zararın ispatı gerekmez.

Medeni Kanun m. 25, koruyucu nitelikteki bu davaların yanında, kişilik hakları ihlâl edilen kişinin maddi ve manevi tazminat talepleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla bir kazanç elde edilmişse bu kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre iadesini talep hakkını da saklı tutmuştur (MK. m. 25/III). Buna göre, işyerinde psikolojik tacize uğrayan kimse uğradığı zararların giderilmesi için maddi ve manevi tazminat davası açabilir. Nitekim koruyucu davaların aksine tazminat davası için gerekli olan kusur ve zarar şartlarının da, işyerinde psikolojik taciz vâkıaları bakımından tereddüde yer bırakmayacak bir biçimde gerçekleştiği kabul edilebilir. Gerçekten işyerinde ortaya çıkan belli tipteki taciz eylemlerinin mobbing türü bir taciz süreci oluşturduğuna hükmeden mahkeme, failin sözkonusu taciz eylemlerini belli bir amaç doğrultusunda dolayısıyla kusurlu bir biçimde gerçekleştirmiş olduğuna ve mağdurun bu süreçten zarar gördüğüne de hükmetmiş olmaktadır. Bunun dışında sözkonusu maddi ve manevi tazminat talepleri, Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hükümlere tâbidir. Doktrinde, işçisine psikolojik taciz uygulayarak onu işinden istifa ile ayrılmak zorunda bırakan, böylece ödemesi gereken kıdem tazminatını ödemekten kurtulan işverene karşı, MK. m. 25/III uyarınca vekaletsiz iş görme

⁶⁰ İşyerinde psikolojik tacizin ispatı meselesine ilişkin olarak bkz. **SAVAŞ/BOZBEL**, s. 78.

davası da açılabilir; onun malvarlığında bu şekilde oluşan artışın vekaletsiz iş görme hükümleri ile geri alınabileceği de ayrıca savunulmaktadır⁶¹.

C- BORCA AYKIRILIĞIN BİR TÜRÜ OLARAK İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG)

1- İş Sözleşmesinin İhlâli

Mobbing türü bir taciz sürecinin tipik olarak ortaya çıktığı ilişki türü, iş sözleşmesi ilişkisidir. Gerçekten iş sözleşmesi, özellikle, işçinin işverene olan bağımlılığı sebebiyle mobbing türü taciz eylemlerinin ortaya çıkmasına elverişli bir zemin yaratmaktadır. Bu sebeple işyerinde psikolojik taciz olgusunun esas değerlendirilmesi gereken hukuki çevre, iş sözleşmesi olmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu m. 8'e göre "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir"⁶². Bu tanımda da göze çarptığı gibi, iş sözleşmesini karakterize eden ve istisna, vekalet gibi diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en belirgin unsur, işçinin işverene olan bağımlılığıdır. Bu bağımlılık, işçinin işi (hizmeti) işverenin emir ve talimatlarına uygun bir şekilde ve onun denetimi altında gerçekleştirmesini ifade eder⁶³. İş hukuku doktrininde işçinin işverene olan bu bağımlılığının karşılığının, işverenin de işçiyi koruma ve gözetme borcu olduğu belirtilmektedir⁶⁴. Buna göre, işçi, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda ve onun denetimi altında iş görürken, işveren de, onun her türlü kişilik değerini korumak mecburiyetindedir. "İşçinin kişiliğinin korunması, onun yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve haysiyetinin (onurunun), kişisel ve mesleki saygınlığının, özel yaşam alanının, ahlâki değerlerinin, genel olarak özgürlüğünün ve bu arada düşünce özgürlüğü ve sendikal örgütlenme özgürlüğünün korunmasını içerir"⁶⁵ ve "... işçinin haysiyetine, bedensel ve ruhsal bütünlüğüne, kısaca kişiliğine saldırı niteliğinde davranış, söz, jest, yazı gibi haksız ve istihdam edildiği işi tehlikeye sokan veya iş ortamını alçaltan her türlü tutum, bu yükümlülüğün ihlâli demektir. İşçinin kişiliğine açık bir saldırı mahiyetinde olmasa da onu, işyerinde dışlamaya,

⁶¹ TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s. 115.

⁶² Borçlar Kanunu m. 313/T'e göre de "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi, iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder".

⁶³ İş sözleşmesindeki bağımlılık unsuru hakkında bkz. AYDINLI, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 100 vd.

⁶⁴ SÜZEK, s. 346; AYDIN, s. 60; AYDINLI, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 22.

⁶⁵ SÜZEK, s. 346-347.

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

diğer çalışanlarla insani ilişkisini koparmaya yönelik her türlü işveren davranışı ve işlemi de kişilik haklarına saygısızlık olarak değerlendirilmek zorundadır”⁶⁶.

İşverenin gözetme borcunun dayanağı olarak doktrinde başlıca iki hüküm üzerinde durulmaktadır. Bu hükümlerden ilki, mevcut Borçlar Kanunumuzun “İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede, çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaza ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ikamet etmekte ise, sıhhi yatacak yer tedarikine mecburdur” şeklindeki m. 332/I hükmü; diğeri ise 2003’de yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu’nun işverenleri işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almakla yükümlü tutan m. 77/I hükmüdür. Görüldüğü gibi her iki hüküm de, esas olarak iş ve işletme tehlikelerine karşı işçilerin sağlıklarının korunması ve güvenliklerinin sağlanması ile ilgili olup, işçilerin sosyal ve manevi kişiliklerini doğrudan düzenleme konusu yapmış değildir. Bununla beraber, günümüz iş hukuku literatüründe bazı yazarlar, hem BK. m. 332/I hükmünde geçen “çalışmak dolayısıyla maruz kalınan tehlikeler” ifadesinin, işçinin yaşamına ve vücut bütünlüğüne yönelik tehlikelerin yanı sıra, diğer kişilik değerlerine yönelik tehlikeleri de kapsadığını; hem de İşK. m. 77/I’de ifade edilen “iş sağlığı” kavramının işçinin ruh sağlığını da kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiğini, böylece sözkonusu hükümler çerçevesinde işverene psikolojik taciz eylemlerini engelleme yükümlülüğünün de getirilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedirler⁶⁷. Ancak kanaatimizce işverenin gözetim borcu kapsamına işçinin manevi kişiliğinin de dâhil edilmesi, doktrinel bir yorumla genişletilen BK. m. 332/I ve İşK. m. 77/I hükümlerinden ziyade, yukarıda öncelikli olarak ele aldığımız Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun’un ilgili hükümlerinin iş hukukuna yansımalarının sonucudur⁶⁸. Gerçekten mutlak hak karakteri sebebiyle kişilik haklarının ihlâli, her ne kadar kural olarak haksız fiil sorumluluğuna yol açsa da, bu tür bir ihlâlin belli bir borç ilişkisi içerisinde ortaya çıkması halinde, fail aleyhine akde aykırılık hükümlerine de başvurmak mümkündür ve işyerinde psikolojik taciz, akde aykırılık yolu ile kişilik hakkının ihlâl edilmesinin tipik bir örneğini oluşturur⁶⁹. Böylece işçiyi gözetme borcu, BK. m. 332/I ve İşK. m. 77/I’in işverene yüklediği işçinin sağlığını korumak ve güvenliğini sağlamak yönündeki tedbirlerin yanı sıra, onun Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun ile korunan diğer kişilik değerlerinin, manevi

⁶⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 532.

⁶⁷ BOZBEL/PALAZ, s. 74; s. 77. Karşı görüş için bkz. TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s.102.

⁶⁸ Aynı yönde bkz. SÜZEK, s. 347.

⁶⁹ TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s.102.

bütünlüğünün korunması için alınması gereken tedbirleri de içeren geniş kapsamlı bir koruma borcu olarak ortaya çıkar⁷⁰.

İşçiye karşı gerek işveren tarafından, gerek başka bir işçi tarafından gerçekleştirilen ve psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek bazı davranışlar, İş Kanunu'nda fesih yaptırımına bağlanmıştır. Gerçekten İşK. m. 24, “ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlığını taşıyan II. fıkrasında, işverenin, işçinin veya ailesinin üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesini, bu nitelikte davranışlarda bulunmasını veya işçiye cinsel taciz uygulamasını (b. b); işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunmasını, gözdağı vermesini, işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunmasını (b. c); işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması durumunda ise, bu durumun kendisine bildirmesine rağmen gerekli önlemleri almamasını (b. d), işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshi sebepleri arasında düzenlemiştir. Söz konusu durumlar, psikolojik taciz teşkil eden davranışlar olarak değerlendirilebileceği gibi, madde hükmünün tahdidi bir içeriğe sahip olmaması sebebiyle, psikolojik taciz teşkil eden daha başka davranışların da “ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan benzer haller” kapsamına dâhil edilmesi mümkündür. Aynı şekilde, işçi tarafından işverene veya başka bir işçiye yapılan psikolojik tacizler de, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını benzer bir biçimde düzenleyen İşK. m. 25 hükmü kapsamında değerlendirilebilir. Buna göre, işçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması (b. b); başka bir işçiye cinsel tacizde bulunması (b. c); işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması (b. d) ve yine bu sebeplerin tahdidi bir biçimde düzenlenmemiş olmasından hareketle, psikolojik taciz teşkil ettiği kabul edilebilecek benzer hallerde işveren, kendisine veya bir başka işçiye psikolojik taciz uygulayan işçinin iş sözleşmesini, haklı sebeple derhal feshedebilir.

İş Kanunu sözkonusu sebeplerle iş sözleşmesini fesheden tarafın, tazminat haklarını da saklı tutmuştur (İşK. m. 26/II). Sözkonusu tazminat, genel hükümlere göre talep edilebilecek maddi ve manevi tazminat olup⁷¹, akdi sorumluluk esaslarına tâbidir. Zira belli bir işçinin, işyerinde, gerek işveren gerek diğer bir işçi veya işçiler tarafından psikolojik tacize uğratılması, işverenin akdi nitelikteki işçiyi gözetme

⁷⁰ İşçinin korunmasının kapsamına “... işçinin kişiliğine, şeref ve haysiyetine diğer işçilerden ve üçüncü kişilerden gelebilecek müdahale ve tecavüzlere, cinsel tacize karşı işverenin gerekli önlemleri alması İşK. m. 24/II, d) da girer” ÇELİK, s. 169.

⁷¹ ÇELİK, s. 264.

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

borcunun ihlâlini oluşturur. Psikolojik tacizin işverenin kendisi tarafından değil, diğer işçiler tarafından gerçekleştirilmiş olması, tacizi gerçekleştiren işçi veya işçilerin BK. m. 41 vd. ile MK. m. 24 vd. hükümlerinden kaynaklanan kişisel sorumlulukları saklı kalmak üzere, işverenin yine BK. m. 96'ya göre sorumluluğunu doğurur. Kanaatimizce böyle bir durumda borçluyu ifa yardımcısının işlem ve eylemlerinden akdi sorumluluk esaslarınca sorumlu tutan BK. m. 100 hükmüne gitmeye gerek yoktur⁷²; zira burada işverenin sorumluluğu, diğer bir işçinin gerçekleştirdiği psikolojik taciz niteliğindeki davranışlardan değil, bu tür davranışların kendisine bildirilmiş olmasına rağmen mağdur işçiyi korumak için gerekli tedbirleri almamış olmasından dolayıdır. Nitekim İş Kanunu'nda işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını doğuran sebeplerden birisi olarak cinsel tacizin üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi ihtimali üzerinde de durulmakta ve üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği cinsel tacizin de işverence önlenmemesi halinde, işçiye fesih hakkı tanınmaktadır. Bir kimsenin kendi çalışanı dahi olmayan bir başka kişinin davranışından sorumlu tutulması sözkonusu olamayacağına göre, İşK. m. 24/II, b. d'de düzenlenen durum ile tahdidi olmayan madde içeriğine dâhil edilebilecek psikolojik taciz niteliğindeki benzer hallerin, BK. m. 55 veya m. 100'ün aksine, başka bir kimsenin davranışından değil, işverenin bizatihi kendi davranışından sorumluluğuna ilişkin olduğu söylenebilir. Tacizde bulunan işçinin, işveren vekili sıfatını haiz olması durumunda ise, işveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı yaptığı işlemlerden ve üstlendiği yükümlülüklerden doğrudan işvereni sorumlu tutan İşK. m. 2/IV, c. 2 hükmü uygulanır.

İşveren tarafından belli bir işçiye yapılan psikolojik taciz, onun işçiyi gözetme borcunun yanı sıra, "işçilere karşı eşit davranma borcu"nun ihlâli olarak da değerlendirilebilir. İşverenin eşit davranma borcu, işyerinde çalışan işçilere haklı ve makul gerekçeler bulunmadıkça farklı davranılmamasını; başka bir deyişle, işçiler arasında keyfi ayrımlara gidilmemesini, eğer ayrımlara gidilmekte ise, bunun haklı ve makul gerekçelerinin bulunmasını ifade eder⁷³. Buna göre, işverenin işçilerden birisini hedef alan mobbing tipi bazı davranışları, örneğin, işçiyi diğer işçilerden ayrı bir çalışma ortamına yerleştirmesi, işin ve işçinin niteliği elvermesine rağmen ona hiçbir özel iş vermemesi veya verilen işleri geri alması ya da işçiye yetenekleri ile bağdaşmayacak anlamsız işler vermesi, işini sürekli değiştirmesi ve böylece işçinin mesleki açıdan kendisini göstermesini engellemesi, onun işçisine karşı eşit davranma borcunu da ihlâl ettiği anlamına gelir. Hatta işçinin bazı başarılarının görmezden gelinmesi, kendisine bu başarılarının gerektirdiği biçimde farklı muamele edilmemesi dahi, işverenin eşit davranma borcunun ihlâli olarak değerlendirilebilir;

⁷² Aksi yönde bkz. **BOZBEL/PALAZ**, s. 74.

⁷³ **TINAZ/BAYRAM/ERGİN**, s.116; **BAYRAM**, Mobbing, s. 560.

zira doktrinde işçileri arasında farklı davranmasını gerektiren nedenler varken onlara aynı şekilde davranan işverenin, eşit davranma borcunun gereğini yerine getirmiş sayılamayacağı, aksine bu borcu ihlâl etmiş olacağı kabul edilmektedir⁷⁴. Bunun dışında işverenin, münferit bazı davranışları ile eşit davranma borcunu ihlâl etmiş olmasa da, genel olarak “işyerinde sağlamlaştırmakla yükümlü olduğu sağlıklı bir psikososyal ortamın belli bir işçi aleyhine bozulmuş olması” sebebiyle, bir süreç olarak psikolojik tacizden eşit davranma borcunun ihlâli çerçevesinde sorumlu olduğu doktrinde belirtilmektedir⁷⁵. Söz konusu borcun ihlâli neticesinde işçi, İşK. m. 24/II uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir ve işverenin eşit davranma borcunu düzenleyen İşK. m. 5’in VI. fıkrasında öngördüğü “dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminatı”, ayrıca “yoksun bırakıldığı haklarını” talep edebilir. İşçinin, kendisine karşı eşit davranma borcunu ihlâl eden işverene karşı, koşulları varsa, genel hükümlere göre manevi, hatta maddi tazminat talebinde bulunma hakkı da saklıdır⁷⁶.

2- Dürüstlük Kuralının İhlâli

Herkesi haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüst davranmakla yükümlü kılan Medeni Kanun m. 2/I, hukukumuzun genel bir ilkesi ve güven esasının da temelidir⁷⁷. Buna göre bir borç ilişkisinin tarafları, haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken, her şeyden önce, normal, orta zekâlı, dürüst ve namuskâr bir biçimde hareket etmek ve birbirlerinin haklı güvenlerini boşa çıkarmamak zorundadır. Böylece sözkonusu kural, mevcut bir borç ilişkisinde tarafların davranışlarını dürüstlük ölçüsü ile sınırlandırmakta ve bu ölçü dâhilinde hareket edileceği beklentisi içerisindeki tarafların bu beklentilerinin karşılanmasına yönelik bazı yükümlülüklerin de kaynağını teşkil etmektedir. Doktrinde “yan yükümlülükler” olarak ifade edilen⁷⁸ bu yükümlülüklerin, edim menfaatinin gereği gibi teminini sağlamaya yönelik olabilecekleri gibi, alacaklının diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin korunmasına, yani tamamen edim dışı menfaatlerinin teminine yönelik de olabilecekleri kabul edilmektedir. Hatta modern hukuk doktrininde, koruma yükümlülükleri olarak adlandırılan bu ikinci tür yükümlülüklerin, geçerli bir edim ilişkisinin (sözleşmenin) kurulmasından önce, “ilk sosyal temas anında” doğduğu; çünkü tarafların, edim menfaati dışındaki diğer mal ve şahıs varlığı değerlerini karşı tarafın etkisine bu anda açmış oldukları, dolayısıyla bu değerlerine saygı gösterileceğine dair

⁷⁴ Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 537.

⁷⁵ TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s.116; BAYRAM, Mobbing, s. 560.

⁷⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 552.

⁷⁷ AKYOL, s. 6.

⁷⁸ Bkz. EREN, s. 37 vd.

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

karşı tarafa duydukları haklı güvenlerinin bu andan itibaren korunması gerektiği savunulmaktadır⁷⁹. Böylece “edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri”nin kaynağını da, MK. m. 2/I hükmü teşkil etmiş olmaktadır.

Hukukun her alanında dikkate alınması gereken genel bir hukuk ilkesi olarak dürüstlük kuralı, işçi ve işveren arasındaki ilişkide de uygulama alanı bulur⁸⁰. Üstelik iş sözleşmesinin sürekli borç doğuran karakteri ve böyle bir ilişki içerisinde işçinin işverene olan bağımlılığı dolayısıyla dürüstlük kuralının, iş sözleşmelerinde her hangi bir sözleşmede olduğundan daha fazla göz önünde bulundurulması gerekir. Gerçekten sürekli borç doğuran sözleşmeler, ani edimli sözleşmelere göre, taraflar arasında oluşturdukları daha yoğun sosyal temas sebebiyle güven ilişkisinin de daha yoğun ve sıkı bir biçimde ortaya çıktığı sözleşmelerdir. Bunun yanı sıra, iş sözleşmesini hem diğer iş görme sözleşmelerinden hem de sürekli borç doğuran sözleşmelerden ayırarak karakterize eden “bağımlılık unsuru”, taraflar arasındaki güven ilişkisini özellikle ön plana çıkartan en önemli unsurdur. “Çünkü hizmet ilişkilerinin niteliği gereği işin, işverenin emir ve talimatları ile yapılması ve yine işçinin bu işi işverenin hukuki egemenlik alanı olan iş organizasyonu içinde yapması, güven ilişkisi denilen edimden bağımsız sorumluluğu doğuran yapıyı daha da pekiştirmektedir”⁸¹. Bu yapı içerisinde “işçi işe başlamakla sırf emeğini değil aynı zamanda diğer kişilik değerlerini de kendiliğinden (spontane olarak) işverenin hukuki hakimiyet alanı olan işyeri ya da iş organizasyonu içine sokmakta”⁸²; böylece işçinin emeği ile birlikte bir çok kişilik değeri de, birbirinden ayıramaz bir biçimde, işverenin etkisine açık hale gelmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, işverenin belli bir işçiye psikolojik taciz uygulamasının veya başka işçiler tarafından uygulanan bu tür tacizlerin engellenmesi için gerekli önlemleri almamasının, taraflar arasında bulunan güven ilişkisini de ihlâl ettiği söylenebilir.

Söz konusu güven ilişkisinin ihlâli, akdi sonuçlar doğurur. Zira hukuki ifadesini MK. m. 2/I’de bulan güven ilişkisi, taraflar arasında ihlâl fiilinden önce kurulmuş bir borç ilişkisi içerisinde, yani “hakların kullanıldığı ve borçların ifa edildiği” bir hukuki zeminde ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte modern borçlar hukuku doktrini, bu borç ilişkisini sözleşme ilişki ile sınırlı tutmamakta; taraflar arasında ilk sosyal temas anında kurulmuş olan edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin

⁷⁹ Bkz. **EREN**, s. 41 vd. Koruma yükümlülükleri, sosyal temas ve edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri hakkında ayrıca bkz. **DEMİRCİOĞLU**, s. 120 vd.

⁸⁰ **TINAZ/BAYRAM/ERGİN**, s.119.

⁸¹ **AYDINLI**, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri, s. 106.

⁸² **AYDINLI**, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 24.

de MK. m. 2/I'de öngörülen “hakların kullanıldığı ve borçların ifa edildiği” bir hukuki ilişkiye tekabül ettiğini kabul etmektedir. Bu değerlendirme, işçi ile işveren arasındaki iş akdinin herhangi bir sebeple geçersiz olması veya iş hayatında zaman zaman ortaya çıkan “ödünç (geçici) iş ilişkisi” gibi, işçilerle onları geçici olarak hâkimiyet sahası içerisinde bulunduran işveren arasında belli bir iş sözleşmesinin bulunmadığı durumlar bakımından önemlidir. Ödünç veya 4857 sayılı kanundaki ifadesiyle geçici iş ilişkisi, işverenin, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesidir (İŞK. m. 7/I, c. 1). Böyle bir durumda işçi ile ödünç veren işveren arasındaki iş sözleşmesi varlığını sürdürür (İŞK. m. 7/I, c. 1). Dolayısıyla geçici iş ilişkisi, iş sözleşmesinin taraflarını değiştirmez ve işçi ile ödünç alan işveren arasında bir iş sözleşmesi kurulmuş olmaz. “Çünkü burada tarafların iradeleri bir iş akdinin kurulmasına yönelik bulunmamakta, ödünç işçi sadece geçici bir süre için ödünç alan işveren yanında çalışmaktadır”⁸³. Bununla birlikte işçi, iş görme borcunu, ödünç alan işverene, sadakat borcunu ise her iki işverene⁸⁴ karşı yerine getirmekle; ödünç alan işveren ise, işçiyi gözetme, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla, ayrıca işçilere karşı eşit davranmakla yükümlüdür⁸⁵. Böylece, taraflar arasında, geçerli bir iş sözleşmesi bulunmamasına rağmen koruma yükümlülüklerinin mevcut olduğu bir hukuki ilişki ortaya çıkmaktadır. Bu ilişki içerisinde ödünç alan işverene işçiyi koruma yükümlülüklerinin yüklenmesi, aralarında sosyal temas kurulmuş olan tarafların dürüstlük kuralı ve güven esası doğrultusunda hareket etmek zorunda olmalarının bir sonucudur⁸⁶. Bu sonuç, ödünç (geçici) iş ilişkisinin işverenin, kendisi tarafından gerçekleştirilen veya diğer işçiler tarafından gerçekleştirilmesi önlenmeyen mobbing türü taciz eylemlerinden de, akdi sorumluluk esaslarınca sorumlu tutulmasını haklı kılar. Nitekim “...işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır” şeklindeki İŞK. m. 7/IV, c. 2 hükmü de bu yargımızı teyit eder niteliktedir.

V- SONUÇ

İşyerinde psikolojik taciz veya dünya literatüründeki bilinen adıyla mobbing, gerek işyerlerinin verimliliği, gerek mağdurların kişilikleri üzerinde yarattığı tahribatın

⁸³ SÜZEK, s. 258.

⁸⁴ SÜZEK, s. 259.

⁸⁵ SÜZEK, s. 261.

⁸⁶ Benzer bir değerlendirme için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 283.

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

yüksekliği sebebiyle, iş ve psikoloji çevreleri kadar hukuk çevrelerince de dikkate alınması gereken önemli bir taciz türüdür. Nitekim tüm modern hukuklarda olduğu gibi, Türk hukukunda da son yıllarda doktrin ve uygulamanın konu ile ilgilendiği, hatta işyerinde psikolojik taciz kavramının yargı kararlarına girdiği görülmektedir. Bu gelişmeler doğrultusunda hukuk çevrelerinde oluşmaya başlayan “mobbing bilinci”nin en önemli yansıması, Adalet Komisyonunun Borçlar Kanunu Tasarısına yaptığı ilave ile işverene, işyerinde psikolojik tacizi önleme yükümlülüğünün getirilmesi olmuştur. Böylece, tasarının yasalaşması halinde sözkonusu taciz türü, Türk hukukunda da yasal bir düzenlemeye kavuşmuş ve konuya ilişkin 4857 sayılı yeni İş Kanunu’nda göze çarpan eksiklik giderilmiş olur.

Bununla birlikte yasal bir düzenleme ile işverene işyerinde psikolojik tacizi önleme yükümlülüğünün getirilmiş olması -veya olmaması- bu tür bir taciz ile her şeyden önce mağdurun kişilik haklarının ihlâl edildiği hususunu değiştirmemektedir. Gerçekten mobbing türü bir taciz eylemi, hedefteki kişinin özellikle sosyal ve manevi, hatta iktisadi kişiliğinin ihlâlinin en çarpıcı ve kaba örneklerinden birisini oluşturmaktadır. Hukukumuzda mutlak hak olarak kabul edilen ve doğrudan doğruya korunan kişilik değerlerinin bu şekilde ihlâli, BK. m. 41/I anlamında hukuka aykırılık teşkil ederek bir haksız fiil oluşturur. Böyle bir sonuç için, psikolojik taciz oluşturan davranışlardan her birinin ayrı ayrı hukuka aykırı olması gerekmez; sözkonusu davranışların psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek bir sürecin parçalarını oluşturması ve sonuç olarak hedefteki kişinin kişilik değerlerinin zedelenmesine yol açması yeterlidir. Bunun yanı sıra, psikoloji literatüründe “mobbing tipolojisi” olarak tanımlanan taciz eylemlerinin hedefteki kişiyi yıldırma gibi belli bir amaca yönelmiş olması, kanaatimizce, tacizde bulunan kimsenin kasıtlı hareket ettiğinin kabulünü de mümkün kılmaktadır. O halde, işyerinde ortaya çıkan mobbing türü tacizlere karşı, BK. m. 41/II’de düzenlenen ahlâka aykırılık hükmünün de uygulama alanı bulacağı söylenebilir.

Kişilik haklarının ihlâli sonucunu doğurması sebebiyle mobbinge karşı, MK. m. 24 ve m. 25 hükümlerinden yararlanılabileceğine şüphe yoktur. Buna göre, işyerinde psikolojik tacize uğrayan kimse, MK. m. 25/I’de düzenlenen “tecavüzün men’i” veya “hukuka aykırılığının tespiti” davalarını açabilir; hatta henüz başlamamış bir taciz sürecinin potansiyel mağdurunun, mobbing türü taciz eylemlerinin başlayacağına dair ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı hususunda hakimde kanaat uyandırması şartıyla, “tecavüzün önlenmesi davası” açabileceği de kabul edilebilir. İşyerinde psikolojik tacize uğrayan kimse, sözkonusu koruyucu davaların yanı sıra, MK. m. 25/III hükmü uyarınca açacağı tazminat davaları ile uğradığı maddi – manevi zararların giderilmesini de talep edebilir.

Mutlak hak karakteri sebebiyle kişilik haklarının ihlâli, esasen haksız fiil sorumluluğuna yol açsa da, bu tür bir ihlâlin belli bir borç ilişkisi içerisinde ortaya çıkması halinde, fail aleyhine akde aykırılık hükümlerine de başvurulabilir. Nitekim işverenin iş sözleşmesinden doğan borçlarından birisini oluşturan işçiyi koruma ve gözetme borcu, Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun'un kişilik haklarını koruyucu hükümlerinin akdi sorumluluk sahasına olan bir yansımasıdır ve işyerinde psikolojik taciz, borca aykırılık yolu ile kişilik hakkının ihlâl edilmesinin tipik bir örneğini oluşturur. Bunun yanı sıra işçi ile işveren arasındaki iş akdinin herhangi bir sebeple geçersiz olması veya “ödünç (geçici) iş ilişkisi” gibi, işçilerle onları geçici olarak hâkimiyet sahası içerisinde bulunduran işveren arasında belli bir iş sözleşmesinin bulunmadığı durumlarda, dürüstlük kuralı ve güven esasından hareketle benzer bir sonuca ulaşmak ve işyerinde psikolojik tacize uğrayan kimsenin işveren aleyhine akde aykırılık hükümlerine başvurabileceğini kabul etmek mümkündür.

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

KAYNAKÇA:

AKINTÜRK Turgut, Medeni Hukuk, İstanbul 2004.

AKİPEK Jale / AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, C. I, İstanbul 2002.

AKYOL Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006.

AYAN Mehmet / AYAN Nurşen, Kişiler Hukuku, Konya 2007.

AYDIN Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002.

AYDINLI İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, (AYDINLI, Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri).

AYDINLI İbrahim, “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve İktisat Dergisi 2005, C.19, S. 6, s. 21 vd, (AYDINLI, İşçinin Kişiliğinin Korunması).

BAHÇE ÇİSEM, Mobbing Oluşumunda Örgüt Kültürünün Rolü: Bir Örnek Uygulama, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara 2007.

BAYRAM Fuat, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2007, S. 14, s. 552 vd, (BAYRAM, Mobbing).

BAYRAM Fuat, “Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin, İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 11 vd, (BAYRAM, 30. Yıl Armağanı).

BOZBEL Savaş / Serap PALAZ, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları”, TISK Akademi, 2007/I, s. 67 vd.

ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2006.

ÇOBANOĞLU Şaban, Mobbing, İstanbul 2005.

DANGAÇ Gönül,“İşyerinde Yıldırma ve Hukuki Çevresi”, http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=95&Itemid=96, (18.02.2009).

DAVENPORT Noa/

SCHWARTZ Ruth Distler/

ELLIOTT Gail Pursell, Mobbing Emotional Abuse in the American Workplace, Ames, Iowa 2005.

DEMİRCİOĞLU H. Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.

GÜZEL/Ertan, “İşyeri Sendikası Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/I, S. 16, s. 149 vd, (GÜZEL/ERTAN, Karar İncelemesi), internet baskısı için bkz. www.calismatoplum.org/sayil6/karar_inceleme_guzel_ertan.doc (20.02.2009).

GÜZEL Ali

/ **ERTAN Emre**, “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış:Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2007, S. 14, s. 509 vd, (GÜZEL/ERTAN, Mobbing).

HELVACI Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001.

HERRIOT Peter (editor), Mobbing and Victimization at Work, Exeter 1996.

KARABEY Yüksel,“Mobbing Tipolojisi”, http://www.rehabilitasyon.com/action/makale/1/Mobbing_Tipolojisi-1986 (19.02.2009).

KILIÇOĞLU Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1982.

LEYMANN Heinz,Mobbing-Encyklopedia, <http://www.leymann.se/deutsch/frame.html> (19.02.2009).

İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008.

ÖNERTOY Cem, Mobbing İşyerinde Duygusal Taciz, İstanbul 2003.

ÖZTAN Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2002.

SAVAŞ Fatma Burcu, İşyerinde Manevi Taciz, İstanbul 2007.

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2008.

TANDOĞAN Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961.

TINAZ Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2006.

TINAZ Pınar

/Fuat BAYRAM

/Hediye ERGİN, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2008.

TUTAR Hasan, İş yerinde Psikolojik Şiddet, Ankara 2004.

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar, C. I, İstanbul 1956.

ZEVKLİLER Aydın, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1995.

KISALTIMA CETVELİ:

b.	: bend
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
c.	: cümle
E.	: Esas
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
İşK.	: İş Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TİS.	: Toplu İş Sözleşmesi
TİSK.	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
vd.	: ve devamı

5718 SAYILI KANUNUNA GÖRE İŞ AKDİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ¹

Prof. Dr. Vahit DOĞAN²

ÖZET

5178 sayılı MÖHUK'da, önceki düzenlemeden farklı, karşılaştırmalı hukuka paralel olarak akdi ilişkilerin özelliklerini nazara alan bir düzenleme kabul edilmiştir. Akdi borç ilişkileri alanında genel kabul gören irade muhtariyeti ilkesi, iş akdi ve iş ilişkileri alanında, zayıf durumda olan işçinin korunması amacı ile sınırlandırılmıştır. Objektif bağlama kurallarında ise, sıkı irtibatlı yer hukuku esaslı nazara alınmıştır. Bu haliyle, iş akdi alanında yapılan düzenleme AB hukukunda kabul edilen Roma I Tüzüğü ile uyumludur.

Anahtar Kelimler

Akdi borç ilişkileri, milletlerarası iş hukuku, hukuk seçimi, objektif bağlama kuralları

ABSTRACT

IPL act of 5178, differing from the previous version, an arrangement is adopted which takes into consideration the features of the contractual relations in parallel with the comparative law. The principle of freedom of choice, generally accepted in the field of contractual obligations is limited with the goal of the protection of the employee who is in a weaker position in the field of business contracts and business relations. On the other hand, the principle of the law of the country with which it is more closely connected is taken into consideration objective conflict of Laws rules. With its present version, this arrangement in the field of business contract is compatible with the Rome I Regulation adopted by the EU Law.

Key Words

Contractual obligation, international employment law, freedom of choice, objective conflict of Laws

¹ Bu çalışma, 7 Temmuz 2008 tarihlerinde Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret -Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi tarafından İstanbul'da düzenlenen olan "Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Borçlar ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri Sempozyumu"nda sunulan tebliğin gözden geçirilmiş ve geliştirilmiş şeklidir.

² Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

GİRİŞ

27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı MÖHUK'da³ akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuk 24 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelere genel anlamda bakıldığında, akdi borç ilişkileri alanında karşılaştırmalı hukuktaki çağdaş gelişmelere uygun olarak taraf iradelerine yer verildiği görülmektedir. Önceki düzenlemeden farklı olarak, açık irade beyanının yanında zımnî irade beyanı ile hukuk seçiminin de kabul edilmesi isabetlidir. Objektif bağlama kuralları düzenlenirken de, karşılaştırmalı hukuktakine paralel bir düzenleme yapılmış ve prensip olarak akdi ilişkinin sıkı irtibatlı olduğu hukuk yetkili hukuk olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile, akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuk alanında Türkiye'nin üye olmak için çaba gösterdiği Avrupa Birliği mevzuatı ile de büyük ölçüde uyum sağlanmıştır. Her ne kadar Kanun akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında AB Tüzüğünden⁴ önce kabul edilip yürürlüğe konulmuş ise de, tüzük çalışmasının dayanağı olan 1980 yılında imzalanmış ve 1991 yılında yürürlüğe girmiş, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Anlaşmasından ve Tüzüğün hazırlık çalışmalarından büyük ölçüde istifade edilmiştir.

2675 sayılı Kanunda akdi borç ilişkileri tek bir madde (m.24) ile düzenlenmiş, borç ilişkilerinin özellikleri nazara alınmamıştı. Oysa, aynı dönemde bir kısım ülkelerde, örneğin Alman ve İsviçre yürürlüğe giren pozitif düzenlemelerde ve akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair Roma anlaşmasında akitlerin özelliklerini nazara alan bir düzenleme kabul edilmiş ve sosyal içerikli akdi ilişkilerin özelliklerini nazara alan ve sosyal bakımdan zayıf tarafın korunmasına hizmet eden özel koruma hükümlerine yer verilmişti. Türk hukukunda ise, sosyal içerikli akdi ilişkiler diğer akdi ilişkilerden ayrılmamış ve tek bir hükümde ele alınmıştı⁵. Ayrıca, akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde de, farklılıklar söz konusu idi. Taraf iradelerine göre yetkili hukukun tespitinde, yalnızca açık irade beyanı kabul edilmiş, zımnî irade beyanı ile hukuk seçimi nazara alınmamıştı. Objektif bağlama kurallarında ise, ciddi farklılık söz konusu idi. Şöyle ki, Türk hukukunda tarafların uygulanacak hukuku seçmemeleri halinde, akdi ilişkiye ifa yeri hukukunun uygulanacağı kabul edilmekte, aynı dönemde yürürlüğe giren pozitif düzenlemelerde

³ 5718 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 12 Aralık 2007 Tarih ve 26728 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

⁴ VERORDNUNG (EG) Nr. 593/2008 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2008:177:SOM:DE:HTML>

⁵ Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, V., Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması, MHB. 1995, Yıl 15, Sayı 1-2, İstanbul s.21-42; GÜNGÖR, G., Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, s.137 vd.

sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esası kabul edilmişti. 5718 sayılı Kanun'un genel olarak akdi borç ilişkileri alanında özeldir ise, sosyal içerikli akdi ilişkiler alanında uygulanacak hukukun tespitinde çağdaş gelişmelere uygun bir düzenleme olduğunu söyleyebiliriz.

I. Sosyal İçerikli Akdi İlişkilerde Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kabul Edilen Prensipler

Sosyal içerikli akdi ilişkilerde, sosyal bakımdan zayıf olan tarafın korunması amacı ile hukuk düzenlerinde bir kısım tedbirler alınmaktadır. İç hukuklarda alınan tedbirler, sözleşme özgürlüğünü zayıf taraf lehine koruyucu hükümlerle kısıtlama şeklinde tezahür etmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta, milletlerarası nitelikli sosyal içerikli akitlerde taraflara akit statüsünü belirleme yetkisinin tanınıp tanınmayacağı hususu, tarihi gelişim içerisinde muhtelif tartışmalara konu olmuştur. Günümüzde, sosyal içerikli akdi ilişkilerde akdi, ilişkinin sosyal bakımdan zayıf tarafını koruyucu nitelikli hükümlere yer verilmesi gerektiği hususunda görüş birliği vardır⁶.

Akdi ilişkilerin sosyal boyutunu nazara alan pozitif düzenlemelerde, zayıf âkit tarafı koruma gayesi bakımından irade muhtariyetinin farklı kapsamlarda sınırlandırıldığı görülmektedir.

- İrade muhtariyetinin tamamen yasaklanması, başka bir deyişle akdi ilişkinin tâbi olacağı hukukun objektif bağlama kurallarınca belirlenmesi. Bu yöntem İsviçre milletlerarası özel hukuku alanında tüketici akitleri bakımından kabul edilmiştir (IPRG. m.120)⁷.
- Belirli hukuk düzenleri ile sınırlı bir hukuk seçiminin tanınması. Bu çözüm şekline göre âkit taraflar, kanun koyucunun akdi ilişki ile bağlantılı olduğunu önceden objektif olarak tespit ettiği bir kısım hukuk düzenlerini akdi ilişkiye uygulanmak üzere seçilebilecektir. Bu yöntem İsviçre hukukunda iş akitleri bakımından kabul edilmiştir (IPRG. m.121)⁸.
- Zayıf tarafın lehine olmak şartı ile hukuk seçiminin kabul edilmesi. Bu çözüm şekli de Alman hukukunda (EGBGB. m.30), ve akdi borç ilişkilerine

⁶ DOĞAN, Zayıf Âkit, s.21 vd.

⁷ Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, V., Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti, S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi BERKİ ARMAĞANI, Konya 1996, s.(153-179)161 vd; GÜNGÖR, s.70 vd.;

⁸ Bkz. DOĞAN, V., İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, s.60 vd.

uygulanacak hukuka dair Roma I Tüzüğünde iş akitleri bakımından kabul edilmiştir (Tüzük I. m.8).

II. İş Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti

A) Genel Olarak

Yabancı unsur ihtiva eden iş akdi ve iş ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde taraflara yetkili hukuku belirleme imkânının tanınıp tanınmaması hususunda, hukuk seçimini kabul edenler ve reddedenler olmak üzere esas itibarıyla iki farklı yaklaşım bulunmaktadır.

1. İrade Muhtariyetini Reddedenler

Akdi borç ilişkileri alanında tarafların yetkili hukuku tespit etmelerini kabul eden bir kısım yazarlar iş akdinin özelliği dolayısıyla⁹, ancak maddi hukuk alanında kendilerine tanınan sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabileceklerini kabul etmektedirler¹⁰. Daha açık bir ifade ile iş hukuku alanında esas itibarıyla bağlama noktası, işin yapıldığı iş yerinin bulunduğu ülkedir¹¹. Çünkü bir ülkenin sosyo-politik nitelikteki hukukî düzenlemeleri (örneğin: Ananın korunması, çalışma saatleri, çalışma yaşı gibi), bu ülkenin hukuku akit statüsü olarak seçilmiş olsa dahi, bu hükümler kamusal karaktere sahip olduklarından, başka bir ülkedeki iş ilişkilerine uygulanamazlar¹². Diğer bir kısım yazarlar ise, farklı gerekçe ile irade muhtariyetini reddetmektedirler. Bunlara göre, güçlü sosyal koruma ihtiyacı buldukça ve irade muhtariyeti tamamen reddedilmedikçe, objektif akit statüsünün emredici hükümlerinin tamamen veya kısmen yetkili kılınması zorunludur¹³. Eğer böyle yapılmaz, yani âkit taraflardan birisinin sosyal bakımdan korunma ihtiyacının olduğu akdi ilişkiler bakımından objektif akit statüsünün emredici hükümleri de irade muhtariyetinin alanına dâhil edilirse, akdi ilişkinin zayıf tarafı durumunda bulunan

⁹ SCHNORR von CAROLSFELD, L., Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen/ Vandelhoeck/Ruprecht 1954, s. 52; FIKENTSCHER, W., Arbeitsstatut, Prorogation und zugehörigen Grenzen der Parteiautonomie, RdA. 22. (1969), s. (204–208) 206; NUSSBAUM, A., Deutsches internationales Privatrecht, Tübingen 1932, Neudruck der Ausgabe, Aalen 1974, s. 272; DOĞAN, İş Akdi, s.50.

¹⁰ TRINKNER, R., Rechtswahl im internationalen Arbeitsrecht, BB. 1967, s. (1290–1293) 1292; von CAROLSFELD, s. 52, FIKENTSCHER, s.206.

¹¹ NUSSBAUM, s. 272; TRINKNER, s. 1292.

¹² NUSSBAUM, s. 272.

¹³ KROPHOLLER, J., Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei, RabelsZ. 42.(1978), s.(634– 660)648. (Schwächeren Vertragspartei)

işçi korunmasız kalacaktır¹⁴. Bu görüş taraftarları, iş akitlerinde, taraflar arasındaki iktisadi ve sosyal dengesizliklerden dolayı, genel olarak akdi borç ilişkileri alanında kabul edilen sınırsız irade muhtariyetini, akdin zayıf tarafını korumak gayesi ile reddetmektedirler. Bunlara göre, iş akdinin tarafları ancak iç hukuk alanında kendilerine tanınan sözleşme özgürlüğü kapsamında yabancı bir hukuku akit statüsü olarak seçebilirler.

2. İrade Muhtariyetini Kabul Edenler

İrade muhtariyetini kabul eden görüş de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bir görüş, tarafların hukuk seçimine sınırlama yapılmasını doğru bulmazken, diğer görüş taraftarlara sınırlı bir irade muhtariyeti tanınmasını savunmaktadır.

Tarafların hukuk seçimine sınırlama yapılmasını doğru bulmayanlara göre, iş akdinin tarafları da, diğer akdi ilişkilerin tarafları gibi, aynı ölçüde hukuk seçimi imkânına sahiptirler¹⁵. Bunlara göre, akdi ilişki bir bütün olarak taraflarca seçilen hukuka tâbi olacağına göre ve günümüz çağdaş hukuk sistemlerinin hemen hepsinde zayıf tarafın korunma ihtiyacı pozitif düzenlemelerde nazara alındığına göre, hukuk seçiminin tanınması halinde, zayıf âkit tarafı koruyucu hükümlerin bertaraf edilmesi söz konusu olamayacaktır. Çünkü taraflar, aralarındaki akdi ilişkiye A devletinin hukuku yerine B devletinin hukukunun uygulanmasını istemişler ise, bu durumda zayıf âkit tarafın korunması amacı ile konulmuş olan emredici hükümler bakımından da A devletinin değil, B devletinin hukuku uygulama kabiliyetini haiz olacaktır¹⁶.

Sınırlı irade muhtariyetini kabul edenler ise kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan bir kısmı, seçilecek hukukun objektif akit statüsünün işçiye sağladığı korumadan daha iyi koruma sağlaması halinde hukuk seçimini kabul etmektedir¹⁷. Bu görüş, tarafların seçebilecekleri hukuk düzenleri bakımından bir sınır getirmemekte, taraflara akit ile irtibatlı olup olmamasına bakmadan diledikleri bir ülke hukukunu

¹⁴ KROPHOLLER, Schwächeren Vertragspartei, s. 648; KELLER, M., Schutz des Schwächeren im internationalen Vertragsrecht, Festschrift für Frank VISCHER zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, s.(175-188)185. (Schutz des Schwächeren)

¹⁵ GAMILLSCHEG, F., Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisugsrecht), Berlin/ Tübingen 1959, s. 113 vd.; GAMILLSCHEG, F., Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht, ZfA. 14.(1983), s.(307 – 373)322(Ein Gesetz); BIRK, R., Das internationale Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland, RabelsZ. 46. (1982) s. (384-419) 390 vd.(Das internationale Arbeitsrecht)

¹⁶ GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 323; BIRK, Das internationale Arbeitsrecht, s. 391 vd.

¹⁷ DÄUBLER, W., Grundprobleme des internationalen Arbeitsrecht, RIW. 1972, s. (1-12) 8 vd.; DOĞAN, İş Akdi, s. 52 vd. İşçi için daha iyi bir durumun ortaya çıkması teorisi elverişlilik karşılaştırmasında (Günstigkeitsvergleich) nazara alınmaktadır. Bu nedenle bu görüş ile ilgili geniş açıklamaları iş akitlerinde irade muhtariyetinin sınırları ile ilgili kısımda yapacağız.

seçebilme imkânını vermektedir. Hukuk seçiminin kabulü, seçilen hukuk düzeninin, işçiye objektif akit statüsünün emredici hükümlerince sağlanan korumadan daha az bir koruma sağlamaması ön şartına bağlıdır. Taraflarca seçilen hukuk, işçi lehine değilse hukuk seçimi nazara alınmayacaktır. Burada akdi ilişkinin maddi içeriği bakımından bir sınırlama getirilmesi söz konusudur. Bu sınırlama yöntemi, EGBGB. m.30/1'de¹⁸ Roma I Tüzüğü m.8/1'de¹⁹ açık olarak yer almaktadır.

Diğer görüş ise, seçilecek hukuk düzenleri bakımından bir sınırlama yapılmasını kabul etmektedir. Bunlara göre, taraflar yalnızca kanun koyucu tarafından akdi ilişki ile irtibatlı görülen hukuk düzenlerinden birisini seçebilirler. Örneğin, İsviçre hukukunda IPRG. m.121/3'de “Taraflar iş akdini, işçinin mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna veya işverenin iş merkezinin, ikametgâhının veya mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna tâbi tutabilirler”, hükmüne yer verilmektedir. Görüldüğü gibi, hukuk seçiminin bu şekilde sınırlandırılmasında, akdi ilişki kanun koyucu tarafından öngörülmüş hukuk düzenlerinden başka bir hukuk düzeni ile daha sıkı irtibat halinde bulunsun ve hatta bu hukuk düzeninde işçiye koruma bakımından daha elverişli hükümlere yer verilmiş olsa dahi, âkit taraflar bir başka hukuk düzenini akdi ilişkileri bakımından yetkili kılamazlar²⁰.

B) MÖHUK’a Göre İş Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti

1. Sübjektif Bağlama

İş akitlerine uygulanacak hukuk hakkında 5718 sayılı Kanun’un 27/1’de, Alman EGBGB. m.30/1 ve Roma I Tüzüğü m.8/1’e paralel bir hüküm kabul edilmiştir. Buna göre, “İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir”. Görüldüğü gibi, iş akitlerinde taraflara sınırlı bir irade muhtariyeti tanınmış, mutad iş yeri hukukunun işçiye koruyucu hükümleri saklı tutulmuştur²¹. Seçilen

¹⁸ “İş akitlerinde ve iş ilişkilerinde tarafların hukuk seçimi, işçiye 2. fıkraya göre hukuk seçiminin yokluğunda uygulanacak hukukun (objektif bağlama kuralları) emredici hükümlerince sağlanan korumayı onun elinden alacak şekilde yapılamaz”.

¹⁹ Bireysel iş akitleri taraflarca 3 ncü maddeye uygun olarak seçilen hukuka tabidir. Bununla beraber tarafların hukuk seçimi işçiye 2, 3 ve 4 ncü fıkralara göre hukuk seçiminin yokluğunda uygulanacak hukukun (objektif bağlama kuralları) emredici hükümlerince sağlanan korumayı elinden alacak şekilde yapılamaz.

²⁰ KELLER, M./ KREN KOSTKIEWICZ J., IPRG. Kommentar, Zürich 1993., s. 1011.

²¹ Gereğede “Akdi borçlar alanındaki genel yaklaşıma uygun olarak, iş akdi konusunda da hukuk seçimi imkânı kabul edilmiş ve bağlama kuralı düzenlenirken ilk sırayı almıştır. Hukuk seçimi, iş akitlerinin niteliği gereği, ancak işçi lehine ve sınırlı olarak tanınmıştır. Çünkü, taraflarca hukuk seçimi yapılsa bile objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun işçiye koruyan hükümlerinden daha elverişsiz hükümler içermesi hâlinde uygulanması mümkün değildir. Madde, ►

hukukun işçiyi koruyucu hükümlerinin mutad işyeri hukukunca işçiye sağlanan korumadan daha az koruma sağlaması halinde, hukuk seçimi nazara alınmayacaktır. Başka bir ifade ile hukuk seçiminin geçerliliği, seçilen hukukun işçiyi koruyucu hükümlerinin mutad işyeri hukukuna göre daha fazla işçi lehine hükümler içermesi, yani hukuk seçiminin işçinin lehine olması ön şartına bağlanmıştır. Ancak, kanun koyucu hukuk seçiminin ne zaman ve hangi şartlarda işçinin lehine olacağını tespit etmemiştir. İşçi lehine hükümlerin tespit edilebilmesi için, seçilen hukuk ile objektif akit statüsü olarak kabul edilen mutad işyeri hukuku arasında bir karşılaştırma, karşılaştırmalı hukuktaki ifadesi ile²² yararlılık karşılaştırması yapılmalıdır. Yararlılık karşılaştırmasının maddi iş hukuku alanında, sosyal bakımdan koruma düşüncesinin gerçekleşmesine hizmet eden bir ilke olduğu kabul edilmektedir²³. Maddi iş hukuku alanında akit serbestisi esas geçerli olmasına rağmen, bu esas işçinin sosyal bakımdan korunması ihtiyacı yönünde getirilen emredici hükümlerle önemli ölçüde sınırlandırılmaktadır. Emredici hükümlerle akit serbestisinin sınırlandırılmasının yanı sıra, yararlılık prensibinin uygulanması ile de, zayıf durumda olan işçiyi koruma bakımından yeni bir imkân daha sağlanmaktadır²⁴. Çünkü iş akdinin içeriğinin tespitinde yalnız kanun hükümlerinden ve taraflar arasındaki sözleşmeden değil aynı zamanda da toplu iş sözleşmelerinden hareket edilmektedir. Yararlılık prensibi bir taraftan işçinin ve işverenin akit serbestisini sınırlandırırken, diğer taraftan toplu iş sözleşmesinin karşısında âkit taraflar için belirli ölçüde serbest bir alan meydana getirmektedir²⁵.

Yararlılık ilkesi hukukî temelini kolektif iş hukukunda bulmaktadır. Buna göre, “Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir”(TSGLK. m.6/2)²⁶. Bu ilkeye göre, bireysel iş akitlerinde, toplu iş sözleşmesinde yer alan hükümlerden farklı

mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümleri asgari koruma standardı olarak kabul edilmekte ve hukuk seçimi yoluyla bu standardın altına inilmesi engellenmektedir”. bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.htm>

²² Yararlılık karşılaştırması hakkında bkz. SOYER, P. M., Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi, Ankara 1991, s. 19 vd. DOĞAN, İş Akdi, s.61 vd.

²³ SCHNITZER, E., Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Arbeitsrecht, Aalen 1974, s. 16; NIKISCH, A., Arbeitsrecht, band. II., Koalitionsrecht, Arbeitskampf und Tarifvertragsrecht, Tübingen 1959, s. 418; SCHLUNCK, A., Die Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht, München 1990 s. 151; BELLING, D. W., Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, Berlin 1984, s. 15 vd.

²⁴ SOYER, s. 19; SCHNITZER, s. 16.

²⁵ Bkz. SCHNITZER, s. 16; SOYER, s. 19; SCHLUNCK, s. 151.

²⁶ Art.4/3 TVG: Bu hükme göre, bireysel iş akitlerinde yer alan toplu iş sözleşmesine aykırı hükümler, toplu iş sözleşmesinde müsaade edildiği veya işçi lehine hükümleri ihtiva ettiği ölçüde geçerlidir.(Alman Hukuku)

hükümlerin işçi lehine olmak şartıyla yer alabileceğine izin veriyor ise, bu durumda bireysel iş akitlerinde yer alan bu farklı hükümler geçerli, diğer halde, yani izin vermiyor ise, geçersiz olacaktır. Toplu iş sözleşmesi ve iş akdi içerik olarak aynı ilişkiyi düzenlemesine rağmen, yararlılık prensibi, daha iyi şartları ihtiva eden toplu iş sözleşmesi ile daha kötü şartları ihtiva eden bireysel iş akitleri arasındaki geçerlilik ihtilafını çözmektedir.

Milletlerarası özel hukuk alanındaki yararlılık prensibi ile işçiyi korumaya hizmet eden maddi iş hukuku alanındaki yararlılık prensibinin birbirinden ayrılması gereklidir. Milletlerarası özel hukuk alanındaki yararlılık prensibi, belirli menfaatlerin korunmasına yardım etmek ve bu menfaatlerin gerçekleşmesi için daha uygun hukukun uygulanmasını sağlamak veya uygulanacak hukuku sınırlama amacı gütmektedir²⁷. Yararlılık prensibinde hâkim, maddi hukukî sonuçlar itibarıyla eşit şekilde uygulanma kabiliyeti taşıdığı belirlenen hukuk düzenlerinden birisini seçebilecektir.

İş akitleri alanında yararlılık prensibinden maksat, tarafların kendi sübjektif iradeleri ile seçmiş oldukları hukuk düzeninin işçiyi koruyucu nitelikteki hükümlerinin, taraflar hukuk seçimi yapmamış olsalardı uygulanması gereken objektif bağlama kurallarının gösterdiği hukukun işçiyi koruyucu nitelikteki emredici hükümlerinden daha az koruma sağlaması durumunda objektif bağlama kuralının işçiyi koruyucu nitelikteki hükümlerinin olaya müdahalesi imkânını elde etmektir²⁸. Başka bir ifade ile iş hukuku alanında yararlılık prensibi, birbirini takip eden ilgili hukuk kaynaklarının işçinin durumunu kötüleştirmeyip, bilakis yalnızca iyileştirebilecek nitelikte bir prensip olduğu kabul edilmektedir. Yani, bu prensibe göre ilgili hukuk düzenlerinden hangisi daha çok işçi lehine hükümler taşıyor ise, o hukuk olaya uygulanacaktır.

Başka bir ifade ile iş akdinin tarafları, işçinin lehine olmak şartı ile aralarındaki akdi ilişkiye uygulanacak hukuku seçebileceklerdir. Hukuk seçimi, MÖHUK. m.24'e uygun olarak açık irade beyanı veya zımnî irade beyanı ile de yapılabilecektir. Ancak, doktrinde, zayıf tarafın korunması bakımından açık hukuk seçiminin aranmasının isabetli olacağı da savunulmaktadır²⁹.

²⁷ KROPHOLLER, J., Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1994, s. 124 vd. (IPR); SCHLUNCK, s. 158.

²⁸ JUNKER, A., Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992. s. 258 vd.; HEILMANN, F., Das Arbeitsvertragstatut, Konstanz 1991, s. 98 vd.

²⁹ NOMER, E./ŞANLI, C., Devletler Hususi Hukuku, b.16, İstanbul 2008, s.326.

a) Yararlılık Karşılaştırması

Milletlerarası iş hukuku alanında yararlılık prensibinin uygulanması bakımından temel problem elverişli hukukun araştırılmasıdır³⁰. Çünkü pozitif düzenlemelerde konu ile ilgili bir açıklık yoktur. Doktrinde milletlerarası iş akitleri alanında da maddi iş hukukunda kabul edildiği gibi esas itibarıyla, münferit olarak karşılaştırma, toplu olarak karşılaştırma ve grup olarak karşılaştırma³¹ olmak üzere üç değişik yöntem kabul edilmektedir. Şimdi bu karşılaştırma yöntemlerini iç hukukta ve milletlerarası özel hukukta anlaşılış şekilleriyle birlikte incelemeye çalışacağız. Ancak burada hemen bir noktayı açıkça ifade etmekte fayda vardır. İç hukukta toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş akitlerinin karşılaştırmasının yapılmasına rağmen, milletlerarası iş akitlerinde iki farklı hukuk düzeni, objektif akit statüsü – subjektif akit statüsü, arasında bir karşılaştırma yapılmakta ve bu şekilde işçi için elverişli hukuk tespit edilmektedir.

aa) Toplu Olarak Karşılaştırma

Toplu olarak karşılaştırma yöntemine göre, maddi hukukta toplu iş sözleşmesi hükümleri bir bütün olarak bireysel iş akdi hükümleri ile karşılaştırılacaktır. Milletlerarası özel hukukta ise, her iki hukuk düzeninde yer alan kurallar bütünü birlikte nazara alınacak ve bu şekilde karşılaştırma yapılacaktır. Bu yöntem³², iç hukuk bakımından, karşılaştırma yapılacak hükümlerin kapsamı ne kadar geniş olursa elverişliliğin değerlendirilebilmesi de o kadar zor olacaktır, gerekçesi ile Alman doktrininde reddedilmektedir. Örneğin, A devletinin hukuku daha kısa bir fesih süresi kabul ediyor, buna karşılık B devletinin hukukunda açık bir şekilde feshe karşı koruma söz konusu olmasına rağmen, daha az yan haklar sağlanıyor ise, hangi hukukun işçi için daha iyi olduğuna, hangi hukukun işçiye daha iyi koruma sağladığına kim ve nasıl karar verecektir³³?

bb) Tekli Karşılaştırma

Tekli karşılaştırma sistemine göre, maddi hukuk itibarıyla her bir akdi hüküm, diğerlerinden tecrit edilmek suretiyle bu hükme tekabül eden toplu iş sözleşmesi

³⁰ GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 307 vd.; SCHLUNCK, s. 174 vd.; HEILMANN, s. 101 vd.; DOĞAN, İş Akdi, s.59 vd.

³¹ REITMANN,C./ MARTINY, D., Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl., Köln 1988.s. 712 vd.; BIRK, R., Die Bedeutung der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht, RdA. 41.(1988), s. (201– 207) 206 (Die Bedeutung der Parteiautonomie); GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 335; HEILMANN, s. 102 vd.; SCHLUNCK, s. 183 vd.

³² NIKISCH, Band. II, s. 434.

³³ GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 338.

hükümüyle karşılaştırılacaktır. Yapılacak karşılaştırmanın neticesinde, hükümlerden hangisi işçi bakımından daha elverişli ise, bu hüküm olaya uygulanma bakımından nazara alınacaktır. Örneğin, iş akdinde düşük ücret ve fakat uzun süreli tatil hakkı öngörülmüş, buna karşılık toplu iş sözleşmesinde yüksek ücret ve kısa süreli tatil hakkı öngörülmüş ise, bu karşılaştırma yöntemine göre işçi, toplu iş sözleşmesinde yer alan yüksek ücreti ve bireysel iş akdinde yer alan uzun süreli tatil hakkını elde edebilecektir³⁴.

Doktrinde bir kısım yazarlarca³⁵, milletlerarası iş hukuku alanında yararlılık karşılaştırması hususunda tekli karşılaştırma, yani normların tek tek karşılaştırılması suretiyle işçi için elverişli hükümlerin bulunması ve uygulanması yöntemi kabul edilmektedir. Objektif akit statüsündeki işçiyi koruyucu nitelikteki emredici hükümlerle, tarafların akitlerine uygulanması için seçmiş oldukları hukukun bu tür hükümlerinin tek tek karşılaştırılmasının, işçi için, diğer yöntemlerle yapılacak karşılaştırmaya göre daha elverişli olduğunda şüphe yoktur. Karşılaştırma ne kadar dar alanda yapılır ise menfaatlerin işçi lehinde toplanma ihtimali de o kadar fazla olacaktır³⁶. Bu şekilde karşılaştırma yapılarak ilgili hukuk düzenlerinden işçi lehine olan hükümlerin nazara alınması, aleyhine olan hükümlerin dışlanması durumunda, yeni ve fakat hiçbir ülkede uygulanma kabiliyetini haiz olmayan bir hukuk düzeni yaratılmış olacaktır. Aynı zamanda işçiyi korumak adına işverenin cezalandırılması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Oysa milletlerarası iş hukuku bakımından yararlılık prensibinin amacı, yalnızca işçinin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmek değildir³⁷.

cc) Grup Olarak Karşılaştırma

Bu karşılaştırma yöntemine göre toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş akdinin birbirinden farklı hükümler içermesi halinde, bunlardan aşikâr bir şekilde birbirleriyle bağlantısı olan hükümler birlikte nazara alınarak karşılaştırmaya tâbi tutulacaktır³⁸. Yapılacak karşılaştırma neticesinde bu düzenlemelerden hangisi işçinin lehine hükümler içeriyor ise, o nazara alınacaktır. Örneğin: Yıllık izin süresi, yıllık izne hak kazanabilmek için gerekli olan çalışma süresi ve yıllık izin ücreti hususları böyle

³⁴ NIKISCH, (Band. II), s. 433.

³⁵ LORENZ, E., Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW. 33. (1987), s.(569– 584)577(Die Rechtswahlfreiheit); NOMER/ŞANLI, s.327.

³⁶ MARTINY, D., Münchener Kommentar, Band. 7., EGBGB.– IPR, 2. Aufl., München 1990, s. 1688; JUNKER, s. 268.

³⁷ SCHNITZER, s. 68 vd.; REITMANN/ MARTINY, s. 713; JUNKER, s. 268.

³⁸ NIKISCH, (Band. II), s. 434 vd.; BELLING, s. 179.

bir objektif irtibatla birlikte nazara alınmalıdır. Çünkü işçi için tatilin değeri bu üç hususun birleşmesiyle ortaya çıkacaktır³⁹.

Grup olarak karşılaştırma yöntemi, milletlerarası unsurlu iş akitleri alanında da savunulmaktadır⁴⁰. Bu yöntemin milletlerarası iş hukuku alanında yararlılık karşılaştırmasında benimsenmesiyle, özellikle yararlılık prensibine karşı çıkanlarca ileri sürülen, menfaatlerin işçi lehinde toplanması yönündeki eleştirisi bertaraf edilmiş olacaktır. Çünkü bu yöntemde birbirleriyle irtibatlı hükümler birlikte nazara alınıp karşılaştırma yapılmakta ve dolayısıyla menfaatlerin işçi lehine toplanması da ortadan kalkmaktadır⁴¹.

Bize göre grup olarak karşılaştırma yönteminin kabulü isabetli olacaktır. Tekli karşılaştırma yönteminin kabulü demek, hiçbir ülkede pozitif geçerliliği olmayan yeni bir iş hukuku yaratmak olacağı gibi, işçiyi korumak adına işverenin cezalandırılması kabul edilemez. Yapılacak böyle bir karşılaştırma neticesinde seçilen hukukun ilgili hüküm grupları bakımından işçinin aleyhine olduğu, başka bir ifade ile işçiye Türk hukukunda sağlanan korumadan daha az bir korumanın sağlandığı ortaya çıkar ise, bu hüküm grupları bakımından âkit tarafların seçmiş oldukları hukuk değil, bilâkis Türk hukukunun uygulanması uygun olacaktır. Ancak bu halde, âkit tarafların aralarındaki akdi ilişkiye uygulanması için seçmiş oldukları hukuk düzeni tamamen uygulama dışı kalacak demek değildir. Yalnızca ilgili hüküm grupları bakımından seçilen hukuk değil, Türk hukuku uygulanacak ve diğer hususlarda seçilen hukuk uygulanmaya devam edecektir⁴².

b) Karşılaştırma Ölçüsü

Maddi hukuklarda toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş akitleri arasında, milletlerarası iş hukuku alanında ise objektif bağlama kurallarının işçiyi koruyucu nitelikteki emredici hükümleri ile tarafların seçmiş oldukları hukukun aynı nitelikteki hükümleri arasında yapılacak bu karşılaştırma neticesinde bir karar verilecektir⁴³. Hangi hukuk işçi için daha elverişlidir? Sorusuna cevap ararken yapılacak bu değerlendirmenin ölçüsü hususunda doktrinde objektif ve sübjektif olmak üzere iki farklı ölçü savunulmaktadır.

³⁹ NIKISCH, (Band. II), s. 434. Grup olarak karşılaştırma teorisi AB'ye üye diğer ülkelerin maddi hukuklarında da hâkimdir. Bkz. JUNKER, s. 269

⁴⁰ BIRK, Die Bedeutung der Parteiautonomie, s. 206; REITMANN/ MARTINY, s. 712 vd.; SCHLUNCK, s. 185; JUNKER, s. 269; DOĞAN, İş Akdi, s.

⁴¹ SCHLUNCK, s. 186; JUNKER, s. 269.

⁴² DOĞAN, İş Akdi, s.

⁴³ BIRK, Die Bedeutung der Parteiautonomie, s. 206; DÄUBLER, W., Das neue internationale Arbeitsrecht RIW. 33.(1987), s.(249-256)253(Das neue Arbeitsrecht); GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 339; LORENZ, E., Die Rechtswahlfreiheit, s. 577.

aa) Sübjektif Değerlendirme Ölçüsü

Sübjektif değerlendirme ölçüsü taraftarlarına göre, işçi için elverişli kuralların hangisi olduğuna kendisinin karar vermesi gerekir. Çünkü işçi, kendisi için neyin daha elverişli olduğuna en iyi şekilde kendisi karar verebilir⁴⁴.

bb) Objektif Değerlendirme Ölçüsü

Objektif değerlendirme ölçüsüne göre, tarafsız bir gözlemcinin bakış açısından hareket edilecek, “akıllı ve makûl bir işçinin” iş akdi nazara alınarak iş hukuku esasları ve değerleri takdir edilmek suretiyle elverişliliğin tespit edilmesi yoluna gidilecektir⁴⁵. Şayet objektif ölçü geçerli olmasaydı somut olayda, hâkimce tarafsız bir karar verilmesi de mümkün olmazdı⁴⁶. Başka bir ifade ile hâkim değerlendirmeyi yaparken, makûl bir işçi aynı şartlar altında hangi hükmü tercih ederdi ise, işçinin yararını göz önünde tutularak, bu hükmü nazara alacaktır. Örneğin: İşçinin yıllık izin hakkının elinden alınarak, bu süre için çok yüksek ücret teklif edilmesi durumunda, çalışma sürelerinin kısaltılması ve yıllık izin hakkının uzatılması hususunda işçilerin tarihi gelişim içindeki mücadeleleri düşünüldüğünde, makûl bir işçinin yıllık izin hakkını yüksek ücrete tercih etmesi gerektiği kabul edilecektir.

Doktrinde bir kısım yazarlar ise, hâkim tarafından yararlılık değerlendirmesi yapılırken yalnızca bir emare olarak işçinin sübjektif görüş ve arzularının da nazara alınması gerektiğini savunmaktadır⁴⁷.

Milletlerarası özel hukuk alanında da yararlılık karşılaştırması bakımından hâkim görüş, objektif ölçütün nazara alınması yolundadır⁴⁸. Dolayısıyla işçi bakımından elverişli hukukun değerlendirilmesi hususunda, işçinin kendi sübjektif değerlendirmesi değil, bilâkis objektif değerlendirmeler nazara alınacaktır.

2. Objektif Bağlama Kuralı

Genel olarak milletlerarası unsurlu akdi ilişkilerde, taraflar aralarındaki ilişkiye tatbik edilecek hukuka dair bir anlaşma yapmamışlarsa veya yapmış oldukları anlaşma herhangi bir sebepten dolayı geçerli değil ise, bu durumda kanunlarda da açık olarak kabul edildiği gibi, borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, objektif bağlama

⁴⁴ BELLING, s. 176.

⁴⁵ NIKISCH, Band. II., s. 432 vd.; BELLING, s. 176.

⁴⁶ BELLING, s. 176.

⁴⁷ BELLING, s. 176

⁴⁸ MARTINY, s. 1688; JUNKER, s. 276; SCHLUNCK, s. 188 vd.; HEILMANN, s. 107 vd.; DOĞAN, İş Akdi, s.75 vd.

kurallarına göre tespit edilecektir. 5718 sayılı Kanun akdi borç ilişkileri alanında objektif bağlama kurallarını tespit ederken, 2675 sayılı Kanunda ayrı, karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelere uygun bir hüküm kabul etmiştir. Kanun koyucu objektif bağlama kuralı olarak akdi ilişkinin sıkı irtibatlı olduğu yer hukukuna yetki tanımıştır. Ancak, uygulayıcıya yol göstermek amacı ile, soyut anlamda, iş akdinin sıkı irtibatlı olduğunu kabul ettiği bir kısım bağlama noktalarını da kanunda açıkça zikretmiştir.

a) İş Yeri Hukuku (İfa Yeri–Ağırlıklı Edimin İfa Yeri)

Karşılaştırmalı hukukta⁴⁹ ve 5718 sayılı Kanunda, iş akitleri alanında kanun uygulayıcıya yol göstermek amacı ile kabul edilen ilk derece objektif bağlama kuralı, mutad iş yeri hukukudur. 27/2’de, “Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır” hükmü yer almaktadır. Mutad iş yeri hukukunun ilk derece objektif bağlama kuralı olarak nazara alınması kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde hâkim olan doktrin ve mahkeme kararları ile de uyumludur⁵⁰. Mutad iş yeri hukuku, sıkı irtibat esasından hareketle yetkili hukukun tespit edilmesi esası ile de uyumludur. Çünkü, işçi işini sürekli belli bir işyerinde yapıyor ise, iş yerine entegre olması söz konusu olacağından, iş akdi statüsünün sıkı irtibat esasına göre tespitinde en güçlü ölçüt mutad işyeridir. Tabii ki, işçinin işinin sürekli aynı yerde yapması halinde, mutad işyeri hukuku ile işçinin sıkı irtibatının olduğunda şüphe yoktur. Ancak, işçi işini sürekli belli bir yerde yapmıyor ise, bu durumda işyeri nasıl tespit edilecektir?

Karşılaştırmalı hukukta⁵¹ ve Türk hukukunda, işçinin mutad işyerinden başka yerde çalıştırılması, mutad işyerinin değişimine sebep olmuyor, başka bir ifade ile geçici gönderme söz konusu ise, mutad işyeri hukukunun yetkisinin devam edeceği kabul edilmektedir⁵². İşçinin işini mutad olarak yaptığı ülkeden başka bir ülkeye gönderilmesi hangi şartlarda geçici gönderme olarak kabul edilecektir? Kanunda yer alan hükme göre, “İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz”. Hükümden de anlaşıldığı gibi, karşılaştırmalı

⁴⁹ Örneğin: Alman, EGBGB. m.30/2-1 “Hukuk seçiminin yokluğunda iş akitleri veya iş ilişkileri akdin ifasında işçinin mutad olarak kendi işini yaptığı devletin hukukuna tâbidir...”; İsviçre, IPRG. m.121/1 “İş akdi işçinin mutad olarak kendi işini yaptığı devletin hukukuna tâbidir”; ve bir kısım milletlerarası anlaşmalarda -örneğin: Roma I Tüzüğü m.8/2 “tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş akitleri işçinin mutad olarak kendi işini yaptığı devletin hukuku uygulanır ...”.

⁵⁰ Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, İş Akdi, s.78 vd.

⁵¹ Roma I Tüzüğüne göre, İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, mutad işyeri değişmez(8/2-c2)

⁵² Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, İş Akdi, s.80 vd.

hukukta yer alan pozitif düzenlemelere paralel olarak geçici göndermenin ne olduğu açıklanmıştır. Doktrinde geçici göndermeden ne anlaşılması gerektiği hususunda değişik görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre⁵³, göndermenin geçici olup olmadığı hususunda tarafların iradeleri büyük rol oynamaktadır. Eğer taraflar göndermenin geçici olup olmadığı hususunda bir açıklık getirmemişler ise, bu durumda göndermeden önceki yetkili olan hukukun yetkisi devam edecektir.

Diğer bir görüşe göre⁵⁴, soyut olarak kurallar koymaktansa, iş ilişkisinin özel yapısı nazara alınarak geçici göndermenin olup olmadığının tespit edilmesi uygun olacaktır. Daha açık bir ifade ile geçici göndermeler bakımından iş akdi statüsünün yayılmasını (yayımla teorisi) her olayın kendi özel durumunu nazara alarak tespit etmek uygun gözükmektedir.

Bize göre, mutad iş yerine sahip işçinin yabancı bir ülkeye gönderilmesi halinde, bu göndermenin geçici olup olmadığının tespitinde öncelikle tarafların iradelerine bakılması uygun olacaktır. Taraflar kendi aralarında geçici gönderme hususunda anlaşmışlar ve fakat mutad iş yeri hukukunun veya gönderilen ülkenin hukukunun uygulanması hususunda herhangi bir fikir beyan etmemişler ise, mutad iş yeri hukukunun yetkisinin devamı hususunda zımnî iradelerinin uyuşmuş olduğunun kabulü isabetlidir. Fakat taraflar arasında bu yönde bir anlaşma yoksa, işçinin gönderilen yabancı ülkede yapacağı işin niteliğinden hareket edilerek bu göndermenin geçici veya sürekli olup olmadığının tespiti isabetli olacaktır. Ancak, her halükârda, iyi niyet kurallarını aşacak şekilde devam edecek bir zaman diliminin söz konusu olduğu durumlarda geçici göndermeden değil, iş akdi statüsünün değişikliğinden bahsetmek uygun gözükmektedir⁵⁵.

⁵³ LORENZ, E., Das objektive Arbeitsstatut nach dem Gesetz zur Neueregung des internationalen Privatrechts. RdA. 42.(1989), s.(220-228)223 (Das objektive Arbeitsstatut),

⁵⁴ SIMITIS, S., Internationales Arbeitsrecht- Standort und Perspektiven, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard KEGEL, Frankfurt a.M 1977, s.(153-183)168; KELLER/ KREN KOSTKIEWICZ, s.1006.

⁵⁵ TEKİNALP, G., Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, b.9, İstanbul 2006, s. 317; DOĞAN, İş Akdi, s.80 vd.

b) İşverenin Esas İş Merkezi (İşletme Merkezi) Hukuku

Karşılaştırmalı hukukta⁵⁶ ve Türk hukukunda⁵⁷, işçinin işini tek bir devlette yürütmediği, sürekli olarak farklı devletlerde çalıştığı ve bundan dolayı da mutad bir iş yerinin bulunmadığı hallerde, işverenin merkezinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. 5718 sayılı Kanunda da aynı esas benimsenmiştir. Buna göre, “İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir”(m.27/2) Ancak, bu pozitif düzenlemelerde yer alan esas işyeri kavramı iş hukuku terminolojisine değil, ticaret hukuku terminolojisine aittir⁵⁸. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, merkez yeri kavramından işletme merkezinin anlaşıldığını görmekteyiz⁵⁹. Şayet işverenin birden fazla işletme merkezi bulunuyor ise, bu durumda karşılaştırmalı hukuk doktrininde genel olarak işçinin işe alındığı işletme merkezi hukukunun uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁰.

c) Sıkı İrtibatlı Yer Hukukuna Bağlama

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda akitlerden doğan kanunlar ihtilafı alanında “sıkı ilişki” veya “durumun geneli” esas alınarak pozitif düzenlemelerde objektif olarak tespit edilmiş olan bağlama kurallarına istisnalar getirilmiştir⁶¹. Ancak, bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği kanunlarda tespit edilmemiştir. Karşılaştırmalı hukukta, doktrinde⁶² ve mahkeme kararlarında⁶³ akit tarafların

⁵⁶ Örneğin; Alman, EGBGB. m.30/2–2 “İşçi işini bir ve aynı devlette yürütmüyor ise, işçinin işe alınmış olduğu merkezin bulunduğu ülkenin hukukuna ...tâbidir”; İsviçre, IPRG. m.121/2 “İşçi kendi işini mutad olarak birden fazla devlette yürütüyor ise, iş akdi işletme merkezinin, böyle bir yer yok ise, işverenin ikametgâhının veya mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna tâbidir”; ve Roma I Tüzüğü. m.8/3 “ bu maddenin 2 fıkrasına göre iş akitlerine uygulanacak hukukun belirlenmemesi halinde, işçinin işe alınmış olduğu merkezin bulunduğu yer hukuku ... uygulanmalıdır”.

⁵⁷ “İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir”(MÖHUK. m.27/3).

⁵⁸ JUNKER, s. 184.

⁵⁹ GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 333 vd.; SCKLUNCK, s. 24 vd; MARTINY, s. 1691; SCHWIND, s. 466.

⁶⁰ KELLER/ KREN KOSTKIEWICZ, s. 1008.

⁶¹ Art.28/1 EGBGB.; Art.117/1 IPRG (İsv.); Art.1/1 IPRG (Avus.); Art.4/1 EVÜ.

⁶² LORENZ, E., Das objektive Arbeitsstatut, s. 223 vd.; GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 339 vd.; DÄUBLER, Das neues Arbeitsrecht, s. 252 vd.; MARTINY, s. 1692; KROPHOLLER, (IPR), s. 397 vd.; KELLER/ KREN KOSTKIEWICZ, s. 932 vd.–1008 vd.; SCHWIMANN, (IPR), s. 20 vd..

⁶³ BAG. Urt. vom 24.8.1989–2 AZR. 3/89; Ap. Nr.28 zu IPR Arbeitsrecht. BAG Ap.Nr.12 zu IPR Arbeitsrecht; BAG. Ap Nr 20 zu IPR Arbeitsrecht;

vatandaşlığı, işverenin ikametgâhı, akit dili, ücretin ödendiği para, akdin yapıldığı yer, tarafların ikametgâhı, sıkı ilişkinin tespitindeki durumun geneli olarak nazara alınmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esasları doktrinde eleştirilmektedir⁶⁴. Buna göre, sıkı irtibatın tespitinde nazara alınan kriterler hemen hemen aynı şekilde farazi (varsayılan) irade yoluyla hukuk seçiminin tespitinde de nazara alınıyordu. Bu nedenle, sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama şimdiye kadar farazi irade ile hukuk seçiminden ne anlaşılıyor idi ise, ondan başka bir şey değildir. Çünkü milletlerarası özel hukuktaki her normun ödevi sıkı ilişkiyi tespit etmektir. Eğer kanun koyucu bu sıkı ilişkinin tespitini yapamıyorsa, susmalı ve buradan doğan boşluğun doldurulmasını doktrin ve mahkeme kararlarına bırakmalıdır⁶⁵.

Sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama hususunda bu şekilde ciddi bir eleştiri olmasına rağmen, doktrinde ve mahkeme kararlarında sıkı ilişkili yer hukukunun uygulanması hususunda hemen hemen görüş birliği bulunmaktadır. Bunun sebebi de doktrin ve mahkemelerin ya kendi ödevlerini hatırlamak veya hukuk politikası bakımından yanlış bağlama kurallarından kurtulmak istemeleridir⁶⁶.

Maddenin 4 ncü fıkrasında MÖHUK. m.24/4’de yer alan istisna hükmü ile uyumlu olarak, sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esasını kabul etmiştir. Buna göre, “Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir”.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda yukarıda iş akitleri bakımından özel olarak tespit ettiğimiz objektif bağlama kurallarından ayrı ve özel bir bağlama kuralının daha kabul edildiğini görmekteyiz: Sıkı irtibat (*engste, stärkste Beziehung*)⁶⁷. Bu bağlama kuralına göre, akdi ilişki başka bir ülke ile daha sıkı irtibat halinde bulunuyor ise, -yukarıda yalnızca iş akitleri bakımından tespit ettiğimiz- sabit nitelikli objektif

⁶⁴ Geniş bilgi için bkz. SARGIN, F., Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım, AÜHFHD, 2001, s.39 vd. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/290/2642.pdf>)

⁶⁵ KEGEL, G., Internationales Privatrecht, 6. Aufl., München 1987, s. 426;

⁶⁶ KEGEL, s. 192.

⁶⁷ Örneğin; Alman, EGBGB. m.30/2, cümle 2 “Şayet iş akdi veya iş ilişkisinin başka bir devlete daha sıkı bir ilişkiyi gösterdiği, durumun genelinden ortaya çıkarsa, bu durumda bu diğer devletin hukuku uygulanır”; İsviçre, IPRG. m.117/1 “Hukuk seçiminin yokluğunda akit, en sıkı ilişkili devletin hukukuna tâbidir”; ve EVÜ. m.6/2, cümle 2 “Meğer ki iş akdi veya iş ilişkisinin başka bir devlete daha sıkı ilişkiyi gösterdiği durumun genelinden ortaya çıksın, bu durumda bu diğer devletin hukuku uygulanır”, – pozitif olarak düzenlenmiştir.

İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti

bağlama kuralları uygulanmayacak, onların yerine akdi ilişki ile daha sıkı irtibatlı ülke hukuku uygulanacaktır⁶⁸.

Milletlerarası iş akdi ve iş ilişkileri bakımından bu kuralın kabul edilmesinin sebebi, iş yerinin veya şubenin bulunduğu yerin daima yer itibarıyla en iyi bağlama kuralını oluşturmayacağından kanun koyucu tarafından kabul edilmesidir⁶⁹. Başka bir ifade ile iş yeri hukuku veya işçiyi işe alan işletme merkezinin bulunduğu yer hukuku, iş ilişkisinin başka bir devlet ile daha sıkı ilişkisinin bulunmadığı hallerde uygulama alanı bulabilecektir⁷⁰.

SONUÇ

2675 sayılı Kanunda akdi borç ilişkilerinin özellikleri nazara alınmadan tek bir maddede (m.24) düzenlenmişti. 5178 sayılı Kanun, akdi ilişkilerin özelliklerini nazara alan bir düzenlemeye yer vermiştir. Akdi borç ilişkileri ile ilgili yeni hükümlerde bir kısım düzenleme hataları bulunmasına rağmen, iş akdi alanındaki düzenleme karşılaştırmalı hukukta yer alan pozitif düzenlemelere uygundur. Özellikle, üye olmak için uzun zamandan beri çaba sarf ettiğimiz Avrupa Birliği mevzuatı ile önemli ölçüde uyum sağlanmıştır.

⁶⁸ DÄUBLER, Das neue Arbeitsrecht, s. 225.

⁶⁹ LORENZ, E., Das objektive Arbeitsstatut, s. 221.

⁷⁰ DÄUBLER, Das neue Arbeitsrecht, s. 252; KELLER/ KREN KOSTKIEWICZ, s. 1008.

BOŞ

VAKIF SENEDİNDE DEĞİŞİKLİĞE GİDİLMESİ (TMK m. 107, 112 ve 113'ün KAPSAMI ve BİRBİRLERİYLE İLİŞKİSİ)

Yrd. Doç. Dr. Metin İkizler*

ÖZET

Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip varlıklardır. Vakıfların amacı ve örgütü vakfedenin arzusuna göre şekillenir. Bu amaç ve örgüt vakıf senedinde belirlenir ve kural olarak vakıf kurulduktan sonra vakıf senedinde değişikliğe gidilemez. Bu çalışmada vakıf senedinde değişikliğe gidilebilecek durumlar; bu bağlamda Türk Medeni Kanunu'nun 107, 112 ve 113. maddelerinin kapsamı ve bunların birbirleriyle ilişkisi incelenmektedir.

Anahtar Sözcükler: Vakıf, vakıf senedi, vakıf senedinde değişiklik, Türk Medeni Kanunu m. 107, 112 ve 113.

ABSTRACT

Foundations are legal entities constituted by natural or legal persons by dedicating assets for a specific and continual purpose. The intention of the founder is essential and determinative for the organization and purpose of the foundation. The organization and purpose of the foundation are stated in its founding document and in principle they cannot be modified after the establishment. This article reviews the modification of the founding document of foundation. Thus, it focuses on Art. 107, 112 and 113 of Turkish Civil Code and the relationships among them.

Keywords: Foundation, The founding (constitutive) document of foundation, The modification of the founding document of foundation, Art. 107, 112, 113 of Turkish Civil Code.

* Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı öğretim üyesi. Makale üzerinde sarf ettikleri emek ve değerli görüşleri için sayın Hakeme teşekkür ederim.

GİRİŞ

Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır (TMK m. 101/I c.1)¹. Özgüleme (tahsis), amacı gerçekleştirmeye hizmet edecek malların bir tüzel kişilik meydana getirmek niyetiyle ayırt edilmesidir². Özgülemeyi içeren vakıf kurma bir hukuksal işlemle (vakıf kurma işlemi ile) olur³. Bunun için vakfedenin iradesini açıklaması gerekir ki, bu iradenin ortaya konduğu belgeye de vakıf senedi denir⁴. Böylece *vakfeden*, *vakıf kurucusu* ya da *vakıf kuramı* da; vakfın kuruluşunda mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülediğini resmî senet veya ölüme bağlı tasarrufla açıklayan kişi olarak tanımlamak mümkündür⁵.

¹ 743 sayılı eski Medeni Kanun'un (EMK), yeni Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 101. maddesini karşılayan 73. maddesinde de, bir vakıf tanımı yer almaktaydı. Buna göre, vakıf, başlı başına mevcudiyeti haiz olmak üzere, bir malın belli bir amaca özgülenmesiydi. Doktrinde bu tanım eleştirilere uğramaktaydı ve vakfın ayırıcı özelliklerini tam olarak ortaya koymadığı için aslında bir tanım olarak da görülüyordu (Bu yönde bak. Öztan, B.: Tüzel Kişiler, 3. bası, Ankara 2000, s. 107). Bu nedenle vakıf, bir mal veya mal topluluğunun, bir mal varlığının veya gelirinin veya ekonomik değeri olan hakların usulü veçhile belirli ve sürekli bir amaca tahsis edilmesine (özgülenmesine) dayanan tüzel kişi olarak tanımlanıyordu (Öztan, 108; Oğuzman, M.K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.: Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 9. bası, İstanbul 2009, s. 278).

² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 298; ayrıca bak. İşeri, A.: Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf (Tesis), Ankara 1968, s. 52; Doğan, M.: Vakıflarda Mal Varlığı, Ankara 2000, s. 5 vd.

³ Bak. Hatemi, H.: Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969, s. 157; Riemer, H. M.: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, 3. Abteilung, 3. Teilband, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB, 3. Aufl., Bern 1975 (Nachdruck 1981), Art. 80 Nr. 4; Hausheer, H./Aebi-Müller, R.E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005, Nr. 19.10; Schmid, J.: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001, Nr. 1360; Serozan, R.: Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994, s. 92; Sprecher, T./ Salis-Lütolf, U. von: Die Schweizerische Stiftung, Zürich 1999, s. 79; Dural, M./Öğüz, M. T.: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2006, s. 328; Zevkliler, A./Acabey, B./Gökayla, E.: Zevkliler Medeni Hukuk, 6. baskı, Ankara 1999, s. 714; Doğan, 9 vd; Öğüz, M. T.: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul 2007, s. 2.

⁴ Öztan, 123; Akipek/Akıntürk, 684-685.; Tuor, P./Schnyder, B./Schmid, J./Rumo-Jungo, A.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002 (Nachdruck 2006), s. 159; Sprecher/Salis-Lütolf, 84; Hausheer/Aebi-Müller, Nr. 19.11, 19.13; Özellikle eski vakıf senetlerinin edebi yönü ile ilgili olarak bak. Ballar, S.: Yeni Vakıflar Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2000, s. 111-112; 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanunu'na (YVK, RG. 27.02.2008, sayı: 26800) göre, vakıf senedi; mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların, mal varlığını ve vakıf şartlarını içeren belgeyi ifade eder (YVK m. 3). Vakıf senedi, Vakıflar Yönetmeliği'nde daha ayrıntılı olarak tanımlanmıştır: "Vakıf senedi, Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların, adını, amacını, bu amaca özgülenen mal ve hakları, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yerini içeren belgeyi ifade eder" Vakıflar Yönetmeliği (VY, RG. 27.09.2008, sayı: 27010) m. 3/y.

⁵ Yargıtay 18. HD., 01.12.2003 T., E. 2003/8674, K. 2003/9253 (Meşe Yazılım).

Vakıf Senesinde Değişikliğe Gidilmesi

Bir vakfın amacı doğrultusunda varlığını sürdürmesi ve yönetim organlarının da bu amacın gerçekleştirilmesi esastır⁶. Bu nedenle vakfeden tarafından kuruluş senesinde belirlenen vakfın amaç ve örgütlenme biçimi, kural olarak, değiştirilip genişletilemez⁷. Bununla birlikte öyle bazı durumlar oluşabilir ki, vakıf senesinde değişikliğe gidilmesi gerekebilir.

Vakıf senesinde değişikliğe neden olacak durumlar, TMK'da⁸ m. 107, 112 ve 113 altında toplanmıştır. Aşağıda bu maddelerin kapsamı, koşulları ve birbirleriyle ilişkileri incelenmektedir. Böylece vakıf senesinde ne şekilde ve ne zaman değişikliğe gidilebileceği ve bu kuralların nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiği açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

⁶ Riemer, System. Teil vor Art. 80 Nr. 16 vd.; Hausheer/Aebi-Müller, Nr. 19.36; Sprecher/Salis-Lütolf, 68; Schmid, Nr. 1314.

⁷ Schmid, Nr. 1320; Akipek/Akıntürk, 700; Riemer, Art. 85/86 Nr. 6 vd; Ögüz, 99; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, 159, 162; Yargıtay 18. HD, 31.01.2005 T., E. 2004/10957, K. 2005/409 (Sinerji İçtihat Programı); Yargıtay 18. HD, 27.12.2004 T., E. 2004/8309, K. 2005/10091 (Meşe Yazılım); Yargıtay 18. HD, 22.12.2003 T., E. 2002/7274, K. 2005/10203 (Meşe Yazılım); Yargıtay 18. HD, 03.06.2002 T., E. 2002/3669, K. 2002/6289 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

⁸ Bu çalışma Türk Medeni Kanunu'na göre kurulan *yeni vakıfların* vakıf senetlerinde yapılabilecek değişikliklerle ilgilidir. Bu bakımdan *eski vakıfları* kapsam dışı tutuyoruz. Gerçekten de, Türk vakıflar sistemi tabii oldukları kanunlar ya da kurallar açısından birden çok vakıf türü içermektedir. Bunları eski ve yeni vakıflar başlığı altında toplamak mümkündür. Eski vakıflardan; mazbut vakıflarla mülhak vakıflar; 1926 tarihli 743 sayılı EMK'dan önce kurulmuş olan vakıflardır. Cemaat vakıfları 2762 sayılı önceki Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış vakıflarken, Esnaf vakıfları 2762 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce kurulmuş ve esnafın seçtiği yönetim kurulu tarafından yönetilen vakıflardır. 2762 sayılı Kanun 1935 tarihlidir. 5737 sayılı Yeni Vakıflar Kanunu, 743 sayılı EMK ve 4721 sayılı (yeni) TMK'ya göre kurulan vakıfları "yeni" olarak nitelendirmektedir (aynı yönde VY. m. 3/bb). Bu anlamda eski ve yeni her iki Medeni Kanunumuzun hükümlerine göre kurulan vakıflara *yeni vakıflar* denmektedir. İşte TMK hükümleri öncelikle yeni vakıfları hedef alır ve bunlara uygulanır. Nitekim 5737 sayılı Kanun; "Yeni vakıflar; Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulur ve faaliyet gösterirler" diyerek bu durumu açıkça ifade etmiştir. *Yeni vakıf* ifadesinin karşıt kavramı olarak *eski vakıflara* ise, TMK hükümleri ancak onları düzenleyen özel kurallarda bir hüküm yoksa uygulanabilir. Eski vakıflar hakkında geniş bilgi için bak. Ergün, Ö.: Danıştay İçtihatlarında Eski Vakıfların Konumu, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 1995, s. 1 vd.; Eski vakıfların denetimi hakkında bak. Berki, Ş.: Türkiye'de İmparatorluk ve Cumhuriyet Devrinde Vakıf Çeşitleri, Vakıflar D., 1971, s.1-12; Akyıldız, A.: Türk Hukukunda Vakıflar Üzerinde Devlet Denetimi, yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul 1997, s. 1 vd. Zira TMK genel bir kanun olması dolayısıyla, gereksinim duyulduğunda eski vakıflara ilişkin sorunların da –bünyelerine uygun düştüğü ölçüde- bu kurallara göre çözümlenmesi isabetli olacaktır. Bundan başka, kanunla kurulan bazı vakıflar da vardır ki, bunlara yükseköğretim vakıfları, çevre koruma vakıfları, Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı örnek verilebilir. TMK m. 117/III'te özel kanunlarla kurulan vakıflar hakkındaki hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla bunlara ancak özel kanunlarında ayrıca bir düzenleme bulunmayan durumlarda TMK hükümleri uygulanabilir. Bu vakıflar hakkında geniş bilgi için bak. Ballar, 357 vd, 530 vd; ayrıca bak. Em, A.: Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, Ankara 2006, s. 20 vd.

I. TMK M. 107'YE GÖRE VAKIF SENEDİNDE DEĞİŞİKLİĞE GİDİLMESİ

A. Genel Olarak

TMK m. 107'ye göre,

“Vakıf senedinde vakfın amacı ile bu amaca özgülenen mal ve haklar yeterince belirlenmiş ise, diğer noksanlıklar vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan başvurunun reddini gerektirmez.

Bu tür noksanlıklar, tescil kararı verilmeden önce mahkemece tamamlattırılabilir gibi; kuruluştan sonra da denetim makamının başvurusu üzerine, olanak varsa vakfedenin görüşü alınarak vakfın yerleşim yeri mahkemesince tamamlattırılır.

Tescili istenen vakfa ölüme bağlı tasarrufla özgülenen mal ve haklar amacın gerçekleşmesine yeterli değilse; vakfeden aksine bir irade açıklamasında bulunmuş olmadıkça bu mal ve haklar, denetim makamının görüşü alınarak hâkim tarafından benzer amaçlı bir vakfa özgülenir.”

Görüldüğü gibi, TMK m. 107 vakıf senedindeki noksanlıkların giderilmesi ile ilgilidir. TMK'nın 101'den 106'ya kadar olan maddelerini, Kanun koyucu, *A. Vakfın Kuruluşu* başlığı altında toplamıştır. 106 ve onu takip eden 107. madde ise *B. Vakıf Senedi* başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında önce vakıf senedinde bulunması gerekenler sayılmış (TMK m. 106), sonra da bunlarda noksanlığın vakfın kuruluşunu nasıl etkileyeceği ve noksanlıkların nasıl giderileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle TMK. m. 107'yi anlayabilmek için öncelikle vakıf senedinde bulunması gereken hususlara değinmek gerekir. Aşağıda bu hususlara değinildikten sonra TMK m. 107 hükmü üzerinde durulmaktadır.

B. Vakıf Senedinde Bulunması Gereken Hususlar

TMK m. 106'ya göre, *“Vakıf senedinde vakfın adı, amacı, bu amaca özgülenen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yeri gösterilir”.*

Maddeye göre vakıf senedinde bulunacaklar şunlardır:

- vakfın adı,
- vakfın amacı,
- vakfın amacına özgülenen mal ve haklar,
- vakfın örgütlenme ve yönetim şekli,
- vakfın yerleşim yeri.

1. Vakfın Adı

Bilindiği gibi, tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (TMK m. 48). Bu anlamda bir ad seçmek ve bu ad ile anılmak vakıflar için de hak niteliği taşır. Ad üzerindeki hak bir kişilik hakkıdır⁹.

İşte vakıflarda bu ad vakıf kurucusu, yani vakfeden tarafından belirlenmektedir. Vakfın adı serbestçe seçilebilir. Ancak yanıltıcı olmaması açısından vakfın adının amacı ile uyumlu olması gerekir.

Vakıflar kamu kurum ve kuruluşlarının adını alamazlar. Bu yasak 2004 tarihli 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun'la¹⁰ getirilmiştir. Kanun'dan önce kurulmuş olan vakıflarla ilgili sorunları gidermek için daha sonra¹¹ 5072 sayılı Kanuna geçici bir madde eklenmek suretiyle, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten, yani 29.01.2004 tarihinden önce kurulan dernek ve vakıfların kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili almış oldukları adları kullanma hakları saklı tutulmuştur¹².

2. Vakfın Amacı

Vakıfta mal ya da haklar belirli ve sürekli bir amaca¹³ özgülenir. Vakfın amacında belirlilikten kasıt, mal ya da hakların ne için, ne maksatla özgülendiğinde bir

⁹ Bu konuda bak. Özsunay, E.: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982, s. 204; Akipek/Akıntürk, 440 vd, 453; Sprecher/Salis-Lütolf, 75 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 94; Zevkliiler/Acabey/Gökyayla, 435.

¹⁰ RG 29.01.2004, sayı: 25361

¹¹ 17.09.2004 tarih ve 5234 sayılı Kanun (m. 23).

¹² “Somut olayda, yukarıda açıklandığı üzere 5072 Sayılı Yasanın 2. maddesinin (a) ve (d) bentleri uyarınca kuruluş senedinde vakfın adını içeren 1. ve yönetim kurulunun oluşumunu düzenleyen 7. maddelerinde yapılan değişiklikler mahkemece tescil edilmiş ise de -karar tarihinden sonra temyiz incelemesi aşamasında- 21.09.2004 günü yürürlüğe giren 5234 Sayılı Yasanın 24. maddesi ve 5072 Sayılı Yasanın geçici 1. maddesinde öngörülen süre 31.12.2005 tarihine kadar uzatılmış ve eklenen geçici 2. maddede 5072 Sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan vakıfların kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili almış oldukları isimler ile senetlerindeki kamu görevlilerinin unvanlarını kullanma hakları saklı tutulmuştur. Davanın konusu vakıf, anılan yasanın yürürlük tarihinden önce kurulduğu cihetle, kuruluş senedindeki adını kullanma hakkının saklı olduğunun kabulü gerekir.” Yargıtay 18. HD, 07.02.2005 T., E. 2004/7793, K. 2005/409 (Sinerji İçtihat Programı); aynı yönde Yargıtay 18. HD, 27.12.2004 T., E. 2004/8309, K. 2005/10091 (Meşe Yazılım).

¹³ “Amaç, vakfın faaliyetlerinin yöneldiği ve kendisine ulaşılacak üzere vakfın mallarının harcandığı hedeftir.” Zevkliiler/Acabey/Gökyayla, 708.

tereddüdün bulunmamasıdır¹⁴. Vakıflarda amacın, belirli olması kadar, süreklilik taşıması da gerekir: “*Tasarının 101 inci maddesinde yapılan ilave ile vakıfların yeterli mal ve hakları belirli, aynı zamanda ‘sürekli’ bir amaca özgülemeleriyle oluştuğu hususuna açıklık getirilmiştir*”¹⁵.

3. Vakfın Amacına Özgülenen Mal ve Haklar

Sonuçta vakıflar, yeterli mal ve hakların belirli ve sürekli bir amaca özgülenmesiyle oluşan mal topluluklarıdır. Bu nedenle, diğer tüzel kişilere göre, vakıfta mal varlığının daha özel bir anlamı vardır¹⁶. Ne tür mal ve hakların vakfedebileceği ise m. 101/II’de şu şekilde ifade edilmiştir: “*Bir mal varlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar*”.

Özgülenen mal ve hakların vakfın amacının gerçekleştirilmesi için yeterli olması gerekir¹⁷. Aksi takdirde vakfın tescili mahkemece reddedilecek ve vakıf tüzel kişilik kazanamayacaktır. Ancak mahkemenin özgülenen mal ve hakların yetersizliğine dayanarak tescili reddetmeden önce, bu eksikliğin giderilmesi için vakfedene süre

¹⁴ “Amacın belirli olması, vakıf senedinde, malvarlığı değerlerinin tahsis edildiği amacın yeterli açıklıkta belirtilmesini ifade eder” Ögüz, 32; “Bununla anlatılmak istenen, vakfın amacının yeteri kadar açıklıkta belirtilmiş olmasıdır” Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 297; doktrinde, vakfın amacının ne olduğunun doğrudan doğruya veya vakıf senedinin yorumu ile belirlenebildiği bütün hâllerde amacın belli olduğu ifade edilmektedir. Öztan, 122; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 297-298; Köprülü, B.: Medeni Hukuk-Genel Prensipler, Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 2. baskı, İstanbul 1984, s. 567-568; Akünal, T.: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995, s. 118-119; Dural/Öğüz, 340; ayrıca bak., Schmid, Nr. 1310; Sprecher/Salis-Lütolf, 71.

¹⁵ TBMM Adalet Komisyonu Raporundan, bak. Ertaş, Ş./Koç, N.: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, İzmir 2002, s.179 m. 101; Ögüz, 34 dn. 60; <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m-2.htm> (erişim tarihi: 04.05.2009); bu konuda bak. Özsunay, 389; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 298; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 709; Akünal, 265; Ögüz, 34; Ballar, 36.

¹⁶ Vakıfta mal unsuru hakkında bak. Doğan, 1 vd.; Akipek/Akıntürk, 676-677; Ögüz, 49 vd; Riemer, Art. 80 Nr. 24 vd; Schmid, Nr. 1308; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, 157; Sprecher/Salis-Lütolf, 63 vd.

¹⁷ Vakıfta özgülenen mal ve hakların yeterli olup olmadığı amaca göre belirlenecektir. Amacın gerçekleştirilmesi için ne kadar çok kaynak ya da gelir gerekiyorsa mal ve hakkın ya da gelirin de o derece çok olması gerekecektir. Bu yüzden bu konuda önceden kesin bir ölçüt koymak mümkün değildir. Yeterliliğin sağlanıp sağlanmadığına kararı vakfın tescili için başvurulduğunda mahkeme verecektir. Ancak uygulamada, bu özenin gerektiği gibi gösterilmediği ve amacı karşılaması olanaksız miktardaki özgülemelerle vakıf kurulmasına fırsat verildiği görülmektedir. Bu konudaki örnekler için bak. Ballar, 40. Önceden Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan tebliğlerle çözüm aranan bu sorun, 5737 sayılı Kanun’la nihayet kanun düzeyinde ele alınabilmektedir. Bu Kanunla, yeni vakıfların kuruluşunda amaçlarına göre özgülenecek asgari mal varlığının her yıl Vakıflar Meclisince belirleneceği hükme bağlanmıştır (m.5). Dolayısıyla Kanun hükmüne dayanmakla, mahkemelerin artık Meclis tarafından belirlenen asgari miktarın altında mal varlığına sahip vakıfların tescilini reddetmesi gerekecektir. Bununla birlikte 5737 sayılı Kanun’dan sonra da mahkeme, Meclis tarafından belirlenen asgari miktarın üzerinde özgüleme yapılmasının gerekip gerekmediğini kurulmak istenen vakfın amacına göre her somut olayda araştırmalıdır.

vermesi¹⁸ gerekir¹⁹. Nitekim Yüksek mahkeme de, vakfın amacını gerçekleştirmeye yetmeyecek özgülemelerde, öncelikle yetersizliği giderecek miktardaki paranın vakfa özgülenmesi için süre verilmesi ve sonuca göre işlem yapılması görüşündedir²⁰. Kuşkusuz para yerine, taşınır ya da taşınmaz başka malların ya da hakların özgülenmesi suretiyle de yetersizlik giderilebilir.

4. Vakfın Örgütlenme ve Yönetim Şekli

Vakıf senedinde vakfın örgütlenme ve yönetim şekli de belirtilir. Vakfın örgütlenmesi ve yönetim şekline, vakfedenin vakfın organlarını belirlemesi, bunların görevlerini açıklaması vb. gibi örgütlenme ve yönetimle ilgili konular anlaşılır. Bilindiği gibi, vakfın tüzel kişilik kazanmasından sonra vakfedenin artık onun üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkı, onu yönetme ve şekillendirme hakkı bulunmamaktadır²¹. Bu nedenle, vakfın kuruluş aşamasında hazırlanan vakıf senedinde vakfedenin diğer hususlarda olduğu gibi, vakfın işleyişi ve örgütlenmesi hakkında da niyetini açıkça ortaya koyması beklenir. Vakfeden böylelikle vakfın dilediği gibi yönetilmesini ve işlenmesini sağlamış olacaktır.

5. Vakfın Yerleşim Yeri

Vakfın yerleşim yerinin de vakıf senedinde gösterilmesi gerekir²². TMK m. 51 göre, tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir. Bu nedenle, tüzel kişilerin yerleşim yeri öncelikle, kuruluş belgesinde; vakıf için vakıf senedinde gösterilen yerdir²³. Bu yerin

¹⁸ “Mahkemece yapılacak iş; yukarıda açıklandığı şekilde, yeterli olmayan malvarlığının, vakfın geniş kapsamlı amaç ve faaliyetleri de gözetilerek gelir getirebilen taşınır ve taşınmazların ya da belirlenecek yeterli miktarda paranın vakfa özgülenmesiiçin davacı tarafa süre verilip .. hasıl olacak duruma göre karar vermek olmalıdır.” Yargıtay 18. HD, 22.06.2004 T., E. 2004/2642, K. 2004/5261 (Meşe Yazılım); aynı yönde Yargıtay 18. HD, 02.06.2003 T., E. 2003/3024, K. 2003/4661 (Kazancı Hukuk Otomasyon); Yargıtay 18. HD, 24.04.2002 T., E. 2002/1368, K. 2002/4544 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

¹⁹ 5737 sayılı Kanun’un 5. maddesine göre Vakıflar Meclisi tarafından belirlenen asgari miktarın altındaki özgülemeler için de mahkemenin, tescili reddetmeden önce, bu eksikliğin tamamlanması için süre vermesi ve böylece 5737 sayılı Kanun’dan önceki uygulamaya devam edilmesine kanaatimizce bir engel yoktur. Hâliyle bu söylenenler, asgari miktarı aşan özgüleme gerektiren vakıfların tescil aşaması için de geçerlidir.

²⁰ Yargıtay 18. HD, 28.05.1996 T., E. 1996/4867, K. 1996/5461 (YKD., 9/1996, s. 1451; Meşe Yazılım); Yargıtay 18. HD, 02.06.2003 T., E. 2003/3024, K. 2003/4661 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

²¹ Yargıtay 18. HD., 01.12.2003 T., E. 2003/8674, K. 2003/9253 (Meşe Yazılım).

²² Şu hâlde vakfedenin vakfın yerleşim yerini belirleme yetkisi vardır. Bak. Özsunay, 86; Ögüz, 131.

²³ Senet değişikliğini gerektirmeyen aynı yerleşim yeri içerisinde yapılacak adres değişikliğinin, değişiklik tarihinden itibaren 15 gün içinde ilgili vakıflar bölge müdürlüğüne bildirilmesi gerekir [VY. m. 15(1)].

gösterilmemiş olması hâlinde ise, TMK. m. 51 gereği, işlerinin yönetildiği yer yerleşim yeri olacaktır. Maddenin gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu ikincisi, kuruluş belgesinde yerleşim yerinin belirtilmemiş olduğu durumlarda, bu eksiklik tamamlanıncaya kadar veya tamamlanmadığı sürece uygulama alanı bulacak ve böylece kişiler hukukunda kabul edilen *yerleşim yerinin zorunluluğu ilkesinin* gereği sağlanmış olacaktır. Vakıf işlerinin yönetildiği yerden, vakfın günlük yönetim işlerinin yürütüldüğü yer anlaşılmalıdır²⁴.

5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun'a göre, vakıflar, bu kurum ve kuruluşların hizmet binaları ve müştemilatı içinde faaliyet gösteremeyeceğinden, vakfın yerleşim yerinin bu kurum ve kuruluşların hizmet binaları ve müştemilatı içinde bir yer olarak adreslendirilmesi engellenmelidir.

6. Vakıf Senedinde Yer Alabilecek Diğer Hususlar

Kanun koyucu TMK m. 106 ile vakıf senedinin içeriğini sınırlamak amacıyla değildir. Buradaki sayım tahdidi bir sayım olmayıp, senette bulunması gereken asgari noktaları içerir. Vakfeden, bunlardan başka, dilediği konuları vakıf senedinde düzenleyebilir. Hatta vakıf senedi ne kadar ayrıntılı olursa, vakfedenin iradesini o derece iyi yansıtır olduğundan söz edilebilir. Bu nedenle vakıf senedi, aceleye getirilmeden dikkatli bir şekilde hazırlanmalıdır. Vakfeden, amacının tam olarak anlaşılması ve gerçekleştirilmesini ancak böyle sağlayabilir.

Vakıf senedinde yer alabilecek diğer hususlara, vakfın sona ermesi hâlinde mal varlığının tasfiye ve özgülmesine²⁵, sona ermenin belirli kişi ve/veya kuruluşlara özellikle duyurulmasına ilişkin senet hükümleri örnek verilebilir.

²⁴ Bak. Özsunay, 86; özellikle Öğüz, 131, derneklerde; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 210.

²⁵ Vakıflara ilişkin TMK m. 101-117'de mal varlığının tasfiye ve özgülmesine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda TMK m. 53 ve 54'te tüzel kişilere uygulanacak hükümler yer almaktadır. TMK m. 53 tüzel kişilerin mal varlığının tasfiyesine, m. 54 ise tasfiye edilen mal varlığının özgülmesine ilişkindir. Gerçi 5737 sayılı Kanunla vakfın tasfiye sonrası kalan mallarının özgülmesi hususunda vakıflara özel bir düzenlemeye kavuşulmuş, böylece TMK m. 54'ün vakıflara uygulanma olanağı ortadan kalkmıştır. Bu yeni hükme göre; "Sona eren yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar; vakıf senedinde yazılı hükümlere göre, senetlerinde özel bir hüküm bulunmayanlarda ise Genel Müdürlüğün görüşü alınarak mahkeme kararıyla benzer amaçlı bir vakfa; dağıtılan yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar ise Genel Müdürlüğe intikal eder" (YVK m. 27). TMK m. 53'e göre de; "Tüzel kişinin malvarlığının tasfiyesi, kanunda ve kuruluş belgesinde aksine hüküm bulunmadıkça, terekenin resmi tasfiyesine ilişkin hükümlere göre yapılır". Her iki hüküm de –dağıtılarak sona erme hariç– tasfiye ve özgülmenin nasıl gerçekleştirileceği konusunda vakfedene geniş bir belirleme alanı bırakmaktadır.

C. Vakıf Senesindeki Noksanlıkların TMK. m. 107'ye Göre Tamamlanması

TMK m. 107/I'e göre, vakıf senesinde vakfın amacı ile bu amaca özgülenen mal ve haklar yeterince belirlenmiş ise, diğer noksanlıklar vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan başvurunun reddini gerektirmemektedir. Bu durumda vakıf, -TMK m. 106 açısından- vakıf senesinde noksanlıklar olmasına karşın, tescil edilip tüzel kişilik kazanabilecektir. Tescile ve dolayısıyla tüzel kişiliğin kazanılmasına engel olmayan bu noksanlıklar daha sonra TMK. m. 107'ye göre tamamlanacaktır.

TMK. m. 106'da yazılı olan hususların vakıf senesinde bulunması gereken hususlar olduğunda tereddüt etmemek gerekir. TMK m. 107/I bu gerçeği değiştirmez. Fakat 107. maddeyle, bu konuda önemli bir kolaylık sağlanmıştır. Vakıf senesindeki noksanlıkların tüzel kişiliğin kazanılması sonucunu doğuran tescil başvurusunun reddinin gerektirmeyeceği, tescil kararından önce ya da sonra bu noksanlıkların giderilebileceği düzenlenmiştir. Bu yolla -m. 107'de getirilen hükümler-, vakıf kurulmasının kolaylaştırılması yanında hızlandırılması da amaçlanmış olmalıdır. Böylece, senetteki; örgüt, yerleşim yeri ve hatta ad ile ilgili noksanlıklar tescili engelleyici değil, sonradan tamamlanabilir görülmüştür. Ancak önemine binaen tekrar etmek gerekir ki, bu noksanlıklar öyle ya da böyle giderilmelidir ve TMK m. 106 hükmü gereği bu hususlar senette bulunmalıdır.

Uygulamada izlenen yol şudur: Mahkeme, vakıf senedinin mevzuatın aradığı koşulları taşıyıp taşımadığını inceler. Eğer mevzuata bir aykırılık varsa bunun giderilmesi için istemde bulunana süre verir²⁶. Bu süre içinde, mahkemenin kanaati doğrultusunda, bu noksanlıkların giderilip vakıf senedinin yeniden noterden düzenlenmesi gerekir²⁷. Bu yolla, eğer mal artırımını gerekiyorsa yeni mallar senede işlenir ya da çıkarılması gereken kurallar varsa bunlar çıkarılır, değiştirilmesi gerekenler değiştirilir. Örneğin, senette birden çok yerleşim yeri gösterilmişse, mahkemece bunlardan yalnızca birinin seçilmesi ya da başka bir yerin yerleşim yeri olarak belirlenmesi için süre verilir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, *vakıf senesindeki noksanlıkların tamamlanması* geniş anlaşılabilir, değiştirme, düzeltme, çıkarma ve eklemeyi kapsadığı kabul edilmelidir. Vakfeden, eğer mahkemenin çıkarılmasını, eklenmesini ya da değiştirilmesini öngördüğü bir ifade ya da koşulun haklı ya da yasaya uygun olduğunu düşünüyorsa, mahkemenin istemi doğrultusunda hareket etmeyerek tescilin reddi kararı üzerine hükmün temyizi yoluna gidebilir (TMK m. 103).

²⁶ Yargıtay 18. HD, 02.06.2003 T., E. 2003/3024, K. 2003/4661 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

²⁷ Yargıtay 18. HD, 22.06.2004 T., E. 2004/2642, K. 2004/5261 (Meşe Yazılım).

TMK. m. 107, vakıf senedindeki noksanlıkların tescil kararından önce olduğu kadar sonra da tamamlanmasına olanak vermesi yönüyle önemlidir. Aşağıda tescil kararından önce veya sonra gerçekleşmesine göre vakıf senedindeki noksanlıkların tamamlanmasının göstereceği özellikler ayrı ayrı incelenmektedir.

1. Vakıf Senedindeki Noksanlıkların Tescil Kararından Önce Tamamlanması

a. Tescil Kararından Önce Tamamlanması Zorunlu Olan Noksanlıklar

Vakıf senedindeki noksanlıkların tamamlanmasının tescil kararından sonraya bırakılması yolu, vakıf senedinde bulunması gereken tüm hususlar için geçerli değildir. Öyle bazı noksanlıklar vardır ki bunların tamamlattırılması tescilden sonraya bırakılamaz. Gerçekten de TMK m. 107/I gereği, vakıf senedinde vakfın amacı ile bu amaca özümlenen mal ve haklar yeterince belirlenmiş ise, diğer noksanlıklara karşın yapılan başvuru reddedilmeyecektir. Bir başka deyişle, vakıf senedinde vakfın amacına ve ona özümlenen mal ve haklara, her hâlükârda, Kanun'un aradığı şekilde yer verilmiş olması gerekir. Zaten bunlar vakfın tanımında yer alır, yani vakfın vakıf olarak nitelendirilebilmesinin olmazsa olmazlarıdır. Oysa aynı şey vakfın yönetim şekli için, vakfın yönetim şekline ilişkin noksanlıklar için söylenemez, bunlar başvurunun reddi sonucunu doğurmaz. Görüldüğü gibi, vakıf senedinde bulunması gereken tüm hususlara Kanun koyucu tarafından aynı ağırlıkta önem verilmemiştir. Ancak bu demek değildir ki, örneğin, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli önemsizdir. Bir vakfın yönetim organının doğru şekillenmesinin önemi izahı gerektirmez. Vakıf senedinde bulunması gerekenler açısından en az sorun doğurabilecek olanı, kuşkusuz, yerleşim yeridir. Çünkü senette yerleşim yeri gösterilmemiştir²⁸, bunun vakfa –en azından teorik açıdan- bir zararı olmaz: TMK m. 51 devreye girer ve vakfın işlerinin yönetildiği yer yerleşim yeri olarak kabul edilir. Senetten yerleşim yerinin açıkça anlaşılmadığı durumlarda da senette tamamlanması gereken bir noksanlık vardır. Gerçekten, bazen de senette yerleşim yeri gösterilmiş olmakla birlikte, örneğin, iki

²⁸ Ancak hemen belirtelim: TMK m 106'da sayılan hususlardan yalnızca yerleşim yerine senet metninde hiç değinilmemiş olması –TMK m. 51 gereği- önemli bir hukuki sorun doğurmayacaktır. TMK m. 106'da sayılan diğer noktalara ise senette hiç değinilmemiş olması düşünülemez. TMK m. 107/I ve II bunu öngörmemektedir. Örneğin, senet metninde elbette vakfın adı yer alacaktır. Vakfın yönetim organına yer verilecektir. Bunların tamamen yokluğu hâlinde mahkeme vakfın tesciline karar veremez, daha doğrusu bunların belirlenmesi işini sonraya bırakamaz. TMK m. 107/I ve II, bu anlamda, vakfın adının senette yer aldığı, vakfın organının/organlarının ortaya konduğu ve fakat örgütlenme ve yönetim şekli açısından noksanlıklar içeren, örneğin, toplantı usulü ve sayısı, toplantıya çağrı, birden çok organ varsa bunların yetkileri konusunda belirsizlik taşıyan, bu şekilde noksan olan senetlere dayanarak vakfın kurulmasına engel olmayacaktır. Bu hususun, TMK m. 106 ve 107/I ve II'nin birlikte ele alınmasıyla, böyle anlaşılması gerekir.

Vakıf Senedinde Değişikliğe Gidilmesi

ayrı yer, yerleşim yeri olarak gösterilmiş olabilir. Erzurum ve Erzincan gibi. Senet metninden yerleşim yerinin neresi olduğunun rahatlıkla anlaşılacağı bu olasılıkta da, senette -müdahale edilmesi gereken, yerleşim yerine ilişkin- bir noksanlık olduğu açıktır.

TMK m. 107/III'te ise, tescili istenen vakfa ölüme bağlı tasarrufla özgülünen mal ve haklar amacın gerçekleşmesine yeterli değilse; vakfeden aksine bir irade açıklamasında bulunmuş olmadıkça bu mal ve hakların, denetim makamının görüşü alınarak hâkim tarafından benzer amaçlı bir vakfa özgülüneceği düzenlenmiştir. Yukarıda değinildiği gibi, vakıftan söz edebilmek için, amaca yeterli mal ve/veya hakların özgülünmesi gerekir. Eğer bu koşul yerine getirilmezse, vakıf tescil edilemez ve dolayısıyla tüzel kişilik de kazanamaz. Bir başka deyişle vakıf olarak ortaya çıkmaz. Vakfedenin sağlığında kurulacak vakıflar için bu konuda yetersizlik gören mahkeme vakfedenen bunun giderilmesini isteyecek, bu gerçekleşmediği takdirde vakfın tescilini reddedecektir²⁹. Ancak vakfeden ölüme bağlı tasarrufla vakıf kurmak yolunu seçmişse, artık, bu konudaki yetersizliğin giderilmesi için ona başvurulması mümkün olmayacaktır. İşte bu noktada yetersiz de olsa belirli bir amaca özgülünen mal ve hakların akıbetinin belirlenmesi gerekir. Kanun koyucumuz bu sorunu, TMK m. 107/III ile çözmüştür. Ancak unutulmamalıdır ki, bu TMK m. 107/III, yalnızca özgülünenlerin yetersizliği hâlinde uygulama alanı bulur. Bunun dışında kalan vakıf senedinde bulunması gereken noktalarda TMK m. 107/I ve II uygulanır: Mahkeme vakfın yetkili organından vakıf senedindeki noksanlıkların giderilmesini ister. Bununla birlikte, ölüme bağlı tasarrufla yapılan özgülünenin yetersiz olması gibi, benimsenen amacın da Kanun'un aradığı koşulları sağlayacak şekilde belirlenmediği durumlar olabilir. Bu takdirde de vakıf oluşmayacağı için, TMK m. 170/II'ye göre çözümlenemeyecek bir sorun vardır. Zira 107/I gereği, 107/II'ye vakıf senedinde amaç ve özgülüne açısından bir sorun olmadığı durumlarda başvurulabilir. Kanaatimizce, amaçla ilgili bu sorunu da mahkemenin yine m. 107/III göre çözümlenmesi gerekir. Bunun için, Kanun'da bir boşluk olduğunu kabul ederek hâkim, TMK m. 1 hükmünden yararlanabilir³⁰.

TMK. m. 107/III, sadece ölüme bağlı tasarrufla kurulmak istenen vakıfları konu almaktadır. Vakfedenin sağlığında kurulmak istenen vakıflarda özgülünen mal ve hakların amacın gerçekleşmesine yeterli olmadığı durumlara ilgili ise maddede bir

²⁹ Kar. Öğüz, 56-57.

³⁰ Diğer bir çözüm yolu ise, bu durumda vakıf kurulamamış olduğu için mal varlığının mirasçılara geçmesidir. Son olarak şunu da ifade etmek gerekir ki, ölüme bağlı tasarrufla belirlenen amaç ahlaka ve hukuka aykırı ise tüzel kişilik kazanılamayacağı gibi (TMK m. 47/II), benzer amaçlı bir vakfa mal ve hakların özgülünmesinden de zaten söz edilemeyecektir.

hüküm yoktur. Doktrinde, kanun koyucunun ihmalinden kaynaklanan açık bir boşluk olduğunun kabul edilerek, bu sorunun TMK m. 107/III'teki gibi çözümlenebileceği savunulmaktadır³¹. Yani, bu olasılıkta, yeterli özgülemenin sağlanamaması üzerine vakfedene, senette yazılı mal ve hakların, benzer amaçlı bir vakfa özgülenmesine itirazı olup olmadığı sorulacak, mahkeme vakfedenin yanıtına göre hareket edecektir. İtiraz yoksa bu mal ve hakları -denetim makamının görüşünü alarak- benzer amaçlı bir vakfa özgüleyecek; vakfedenin itirazı üzerine ise –kurulmak istenen vakıf tüzel kişilik kazanamadığı için- mal varlığı değerleri vakfedenin mal varlığından çıkmamış olacaktır³². Vakfedene süre verilmesine karşın, senette yazılı amaca mahkemeyi ikna edecek derecede belirlilik getirilmemesi üzerine tescil başvurusunun reddedildiği durumlar için de aynı çözüm tarzı benimsenebilir.

b. Tescil Kararından Önce Tamamlanması Zorunlu Olmamakla Birlikte Mahkemece Tamamlattırılabilir Diğer Noksanlıklar

Vakfın amacı ile bu amaca özgülenen mal ve haklar yeterince belirlenmiş olduktan sonra, vakıf senedindeki diğer noksanlıkların tamamlanması işi tescil kararından sonraya bırakabilir. Ancak mahkeme tescil kararı vermeden önce bu noksanlıkları tamamlattırmak yolunu da seçebilir. Nitekim bu husus TMK m. 107/II'de “Bu tür noksanlıklar, tescil kararı verilmeden önce mahkemece tamamlattırılabilir gibi;... “ denilerek açıkça ifade edilmiştir.

Acaba mahkeme tarafından, bu tür noksanlıkların tescilden önce tamamlanması için vakfedene bir ya da birden çok kez süre verilmiş ve fakat noksanlıklar bir türlü giderilmemişse nasıl hareket edilmelidir? Bu durumda tescil isteminin reddedilebileceği düşünülebilir. Zira TMK m. 107/I'e göre, vakfın amacı ile bu amaca özgülenen mal ve hakların yeterince belirlenmesi ile ilgili olanlar hariç, vakıf senedindeki noksanlıklar vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan başvurunun “reddini gerektirmez”. Son anılan ifade “reddedilmez” kadar kesin ve bununla aynı anlamda görülmediği takdirde –ki böyle görülmeyebilir- mahkeme tescil istemini reddedebilecektir. Ancak kanaatimizce daha isabetli olan, üst üste süreler verilmesine karşın, herhangi bir nedenle bu noksanlıkların tamamlanmadığı durumlarda tescile karar verip, vakfın kurulmasını geciktirmemektir. Sonuçta herhangi bir nedenle tescil öncesi vakfeden tarafından tamamlanmayan ya da tamamlanamayan bu noksanlıklar; tescil sonrası tüzel kişilik kazanan vakıf tarafından sorunsuz tamamlanabilir.

³¹ Öğüz, 57; aksi yönde, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 310.

³² Bak. Öğüz, 57.

c. Tescil Kararından Önce Noksanlıkların Tamamlattırılmasında Yetkili ve Görevli Yargı Mercii

TMK m. 107 gereği, tescil kararından önce ya da sonra olsun, her iki durumda da vakıf senedindeki noksanlıklar mahkemece tamamlattırılacaktır. *Tescil kararından önce* bunları tamamlattırarak ve böylelikle vakıf senedini m. 106'da yazılı koşulları sağlar hâle getirecek makam; tescil başvurusunun yapıldığı mahkemedir. Vakfın tesciline ilişkin başvuru vakfedenin yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesine yapılır (Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük m.5/IV)³³.

d. Tescil Kararından Önce Noksanlıkların Tamamlanmasının Kendisinden İsteneceği Kişi

Tescil başvurusu aşamasında mahkemenin noksanlıkların tamamlanmasını isteyeceği kişi, vakfedendir. Vakfeden tarafından senedin mahkemenin öngördüğü şekilde düzeltilmesi ya da tamamlanması gerekir. Vakıf ölüme bağlı tasarruf yoluyla kuruluyorsa, noksanlıkların tamamlanması hâliyle vakfedenden istenemez. TMK m. 102/III'e göre, vakfın tescili için mahkemeye başvurma vakıf ölüme bağlı tasarrufa dayanıyorsa ilgililerin³⁴ veya vasiyetnameyi açan sulh hâkiminin bildirimi üzerine ya da Vakıflar Genel Müdürlüğüne resen yapılır. Bu olasılıkta, senedi düzenleyene (vakfedene) tescil kararından önce noksanlıklar tamamlattırılmayacağına göre, vakfın tesciline karar verilip, noksanlıkların tamamlanması konusunda etkili olma olanağı vakfa tanınmalıdır.

2. Vakıf Senedindeki Noksanlıkların Tescil Kararından Sonra Tamamlanması

Daha önce ifade edildiği gibi, tescil kararından sonraya bırakılabilecek noksanlıklar, vakfın amacı ile bu amaca özgülünen mal ve hakların belirlenmesine yönelik olmayan senet noksanlıklarıdır. Bu noksanlıkların tescil kararından (tescilden) sonra tamamlanması ile ilgili çeşitli özellikler aşağıda ele alınmaktadır.

a. Tescil Kararından Sonra Noksanlıkların Tamamlattırılmasında Yetkili ve Görevli Yargı Mercii

Tescil kararının verilmesinden sonra, eğer bu kararı veren mahkeme vakfın yerleşim yeri mahkemesi değilse, tescil için dosyayı vakfın yerleşim yeri

³³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 303.

³⁴ Örneğin, mirasçılar, bak. Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük m.5/III ve Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 303.

mahkemesine gönderecektir (TMK m. 104/II). Bu aşamadan sonra ise, vakıf senedindeki noksanlıkların tamamlattırılması bu mahkemeden istenecektir³⁵. Kanunun ifadesine göre, vakfın yerleşim yerindeki mahkemenin görevi -bu olasılıktan *kuruluştan sonra* başlamaktadır. Vakfın kurulmuş sayılması tüzel kişilik kazanması ile olur. O hâlde vakfın yerleşim yeri mahkemesi tescil kararı veren mahkemenin kararına uyarak öncelikle vakfın tescilini sağlamalıdır. Bir başka deyişle, tescil için dosya kendisine gönderilen mahkemenin vakıf senedinde gördüğü bir noksanlığı tamamlattırarak, bundan sonra vakfın tescili yoluna gitmesi yasaya uygun değildir. Zaten maddede *kuruluştan sonra da denetim makamının başvurusu üzerine* bu noksanlıkların mahkemece tamamlattırılması öngörüldüğüne göre, mahkemenin resen (kendiliğinden) vakıf senedini bu yönde incelemeye alması istenmemiştir. Denetim makamından kasıt, Vakıflar Genel Müdürlüğü'dür (5737 sayılı Vakıflar Kanunu m.3, Vakıflar Yönetmeliği m.3/h).

b. Tescil Kararından Sonra Noksanlıkların Tamamlanmasının Kendisinden İsteneceği Kişi

Tescilden yani vakıf tüzel kişilik kazandıktan sonra ise, bu noksanlıkları giderecek olan vakıftır. Vakfın tek organı varsa, yani ihtiyari organlar öngörülmemişse bu konudaki karar, kuşkusuz, vakfın yönetim organınca alınacaktır. Ancak vakfın birden çok organı varsa, yetkili organın belirlenmesinde sorunlar doğabilir. Bu soruna aşağıda TMK m. 112 incelenirken değinilecektir³⁶.

Tescilden sonra senedin tamamlattırılmasında her ne kadar noksanlıkları giderecek vakıf olsa da, mahkeme, olanak varsa, vakfedenin görüşünü alacaktır (TMK m. 107/II). Mahkeme noksanlıklar konusunda vakfedenin görüşünü alarak vakfın yetkili organından buna göre vakıf senedinin tamamlanmasını isteyebilecektir. Tescilden sonra vakfedenen senedin tamamlanmasının istenmemesi ya da vakfedenin sadece görüşünün alınması ile yetinilmesi doğaldır. Çünkü vakıf tüzel kişilik kazandıktan sonra, vakfedenin artık senet üzerinde tasarrufta bulunma hakkı yoktur. Bu yetki ya da hak vakfa aittir³⁷.

³⁵ Bak. dn. 37.

³⁶ Bak. II.D.

³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir'e göre ise (s. 310); "Medeni Kanun m.107'dekidüzenlemeye göre,kuruluştan önce mahkeme, kuruluştan sonra da Vakıflar Genel Müdürlüğünün başvurusu ile mahkeme bu hususları vakfedene tamamlattırır. Vakfedenin ölümü veya bu tamamlamayı yapamayacak durumda bulunması halinde Vakıflar Genel Müdürlüğü, bu hususların tamamlanması için kendi önerilerini belirterek vakfedenin yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesine başvurur".

Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük'e göre ise, "Vakıf senedinde vakfın uzuvları, idare sureti ve temsil tarzı yeteri derecede açık olarak gösterilmemiş ise veya sonradan imkansızlık doğarsa bu noksanlar Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından vakfedene

c. Noksanlıkların Tamamlattırılması İçin Başvuruda Bulunabilecek Makam

TMK m. 107/II'de, vakfın kurulmasına engel olmayacak nitelikteki noksanlıkların tamamlattırılması için denetim makamının mahkemeye başvuruda bulunması öngörülmüştür³⁸. Kuşkusuz, m. 106'da yazılı hususların tamamı vakıf ve vakfın işleyişi açısından önemlidir. Bu nedenle, TMK m. 107/II'de kuruluşun sonra noksanlıkların tamamlattırılmasına yer verilirken, bunun için denetim makamının başvuruda bulunabilmesinin yanında, bizzat vakfın da başvuruda bulunabileceğinin öngörülmesi isabetli olurdu. Zira bu hükümle esasen noksanlıkların giderilmesinin hedeflendiği ortadadır. Yoksa hükmün, başvuru hakkını sadece denetim makamına tanımaya odaklandığını düşünmüyoruz. Gerçekten, vakıf senedinin tamamlanması ile vakıf senedinin 112. ve 113. maddelere göre değiştirilmesi tamamen farklı işlevlere sahip olduğuna göre, vakfa 107. maddeye göre noksanlıkların tamamlanması yolunu kullanma hakkını tanımak gerekir. Yoksa noksanlıkların tamamlanması işinin kuruluşun sonraya bırakıldığı durumlarda, artık sicile kayıtlı, tüzel kişilik kazanmış bir vakfın senedinde değişikliğe gidilmesi söz konusu olacağı için, vakfın bu değişikliği kendiliğinden yapması düşünülemez. Durumuna göre ya TMK m. 112 ya da TMK m. 113'teki koşullara göre hareket etmesi gerekir. Böyle olunca da vakıf, ya haklı bir nedenin varlığını (m. 112) ya da bu noksanlıktan dolayı vakfın amacının vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak derecede etkilendiğini (m. 113) mahkeme önünde ispatlamalıdır. Oysa noksanlıkların tamamlattırılması yolu (m. 107) vakfa açılırsa haklı nedenin ya da diğerinin ispatlanması gerekmez. Mahkeme önünde

tamamlattırılır. Vakfeden ölmüş ise veya noksanları tamamlayamayacak durumda ise veya verilen belirli sürede tamamlamazsa, Vakıflar Genel Müdürlüğü noksanların ikmali için düşüncesi ile birlikte mahkemeye başvurur. Bu noksanlar, vakfın hükümsüzlüğünü gerektirmez". Ancak 1970 tarihli Tüzük'teki bu hüküm 743 sayılı EMK'nın hükmüyle uyumludur. Bu hüküm (m. 77) şöyleydi: "Vakfın bir idare uzvunun bulunması mecburidir. Vakfeden bundan başka lüzumlu göreceği diğer uzuvları, vakıf senedinde gösterebilir. Vakıf senedinde vakfın uzuvları, idare sureti ve temsil tarzı kafi derecede gösterilmemiş olur veya sonradan bir imkansızlık doğarsa teftiş makamı bunları vakfedene tamamlattırır. Vakfedenin ölümü veya bu tamamlamayı yapamıyacak bir durumda bulunması halinde, teftiş makamı noksanların ikmali için düşüncesi ile birlikte mahkemeye müracaat eder". Doğal olarak söz konusu Tüzük hükmünün yeni Kanun'umuzun 107. maddesi karşısında uygulanma şansı kalmamıştır. Zira 107. maddede, bu tür noksanlıkların, tescil kararı verilmeden önce *mahkemeye* tamamlattırılacağı; kuruluşun sonra da denetim makamının başvurusu üzerine, olanak varsa *vakfedenin görüşü alınarak* vakfın *yerleşim yeri mahkemesince* tamamlattırılacağı hükme bağlanmıştır.

³⁸ Gerçekten de, TMK m. 107/II'de kuruluşun sonra noksanlıkların tamamlattırılmasında sadece denetim makamının başvurusundan söz edilmektedir: Tekrarlamak gerekirse, ilgili fıkra şu şekildedir: "Bu tür noksanlıklar, tescil kararı verilmeden önce mahkemeye tamamlattırılacağı gibi; kuruluşun sonra da denetim makamının başvurusu üzerine, olanak varsa vakfedenin görüşü alınarak vakfın yerleşim yeri mahkemesince tamamlattırılır."

başlangıçta senette bir noksanlığın olduğunun ortaya konması ve sicile kaydın bu noksanlıkla yapıldığının ispatlanması yeterlidir.

Kuruluştan sonra noksanlıkların tamamlanmasında, vakıf, Kanun'un çözümüyle birebir uyuşan bir yola da başvurabilir: Noksanlıkların tamamlattırılması amacıyla, m. 107/II'ye göre mahkemeye başvurması için denetim makamına başvuruda bulunabilir. Bu başvuruda, vakfın, senette hangi noktalarda noksanlıkların bulunduğunu, bu noksanlıkların 107. madde kapsamında nasıl ve niçin giderilmesi gerektiğini denetim makamını ikna edecek şekilde gerekçelendirmesi hâliyle gerekecektir. Bu arada, örneğin, vakıf senedinde bir noksanlık gören ancak vakıf yönetiminin aynı kanaati paylaşmadığı bir vakıf yöneticisi (herhangi bir ilgili) de, vakıf senedindeki noksanlıkların tamamlanması yönünde mahkemeden istemde bulunması için denetim makamına başvurabilir. Denetim makamı (Vakıflar Genel Müdürlüğü, VGM) bu başvuruyu haklı görürse m. 107/II'ye göre vakıf senedindeki noksanlıkların tamamlattırılmasını mahkemeden isteyecektir.

II. TMK m. 112'ye GÖRE VAKIF SENEDİNDE DEĞİŞİKLİĞE GİDİLMESİ

A. Genel Olarak

TMK. m. 112 hükmü şu şekildedir:

“I. Yönetimin değiştirilmesi

Haklı sebepler varsa mahkeme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının istemi üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın örgütünü, yönetimini ve işleyişini değiştirebilir.

Mahkeme, denetim makamının başvurusu üzerine, duruşma yaparak yöneticileri görevden alabilir ve vakıf senedinde başka bir hüküm yoksa yenisini seçebilir.”

Görüldüğü gibi, maddenin birinci ve ikinci fıkrasında iki farklı düzenleme bir arada yer almaktadır. Birinci fıkrada vakfın yönetiminin değişmesinden –ki kapsamı daha geniştir- söz edilirken, ikinci fıkra vakfın yöneticilerine yönelmiştir. Vakfın yöneticilerinin değişmesi ya da görevden alınması konumuzla ilgili değildir. Dolayısıyla aşağıda vakıf senedinde değişiklik yapılmasını gerektiren –Kanunun ifadesiyle- vakfın yönetiminin değiştirilmesi üzerinde durulacaktır.

TMK m. 112/I'in uygulanması için gereken koşullar şu şekilde sıralanabilir:

-değişikliğin vakfın örgütüne, yönetimine ya da işleyişine ilişkin olması,

-değişiklik için haklı bir nedenin bulunması

-değişiklik için mahkemeden istemde bulunulmuş olması.

B. Değişikliğin Vakfın Örgütüne, Yönetimine ya da İşleyişine İlişkin Olması

Her ne kadar TMK m. 112'nin başlığı *Yönetimin değiştirilmesi* olsa da madde içeriğinin buna göre çok geniş olduğu görülmektedir. Gerçekten de maddenin sözüne göre; “vakfın örgütünün, yönetiminin ve işleyişinin” değiştirilmesi söz konusudur. Bu açıdan bakıldığında m. 112'nin başlığında yalnızca *Yönetimin değiştirilmesinden* söz edilmesi olsa olsa vakfın zorunlu organının yönetim organı³⁹ olması esasının bir yansıması olabilir. Bu anlamda madde başlığında vakfın yönetiminin⁴⁰ değiştirilmesinden söz etmek yerine örgütünün ve işleyişinin değiştirilmesinden söz etmek aslında daha doğru gözükmektedir⁴¹.

Maddede vakfın örgütünün değiştirilmesinden söz edildiğine göre, yönetim organı kadar –eğer varsa- vakfın seçimlik organlarında yapılacak değişikliklerde de m. 112/I uygulanabilir. Şu hâlde, haklı nedenler varsa, mahkeme vakfın mevcut örgütlenmesine (organizasyonuna) müdahale edebilecektir. Bu yolla mevcut bir organ ortadan kaldırılabilir. Ancak zorunlu organ olduğu için yönetim organının ortadan kaldırılması düşünülemez. Bunun gibi, mevcut bir organın bölünmesi de mümkündür. Örneğin, X vakfında yurt dışına gönderilecek üniversite mezunlarını ve eğitimi desteklenecek çocukları belirleme ve destek miktarına karar verme ile görevli bir yararlananları tespit kurulu varsa, haklı nedenlerle bunun ikiyi bölünmesine ve böylece yeniden yapılanmasına karar verilebilir. Değişikliğin şekli

³⁹ Vakfın yönetim organı hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Avcı, M. Ö.: *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı*, İstanbul 2006, s. 1 vd.

⁴⁰ Doktrinde vakfın yönetim organı, kurul şeklindeyse, yönetim kurulu, mütevelli heyeti ya da idare meclisi/ kurulu adlarıyla anılmaktadır. Organ tek kişiden ibaretse yönetici, vakıf müdürü, idareci ya da mütevelli'den söz edilmektedir. Bak. Akipek/Akıntürk, 693; Öztan, 128; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 720; Ballar, 110; Öğüz, 77; Altunkaya, M.: *Vakıflar Kanunu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2007, s. 1686 dn. 20; İsviçre hukukunda ise vakfın yönetim organını karşılamak üzere, *Stiftungsrat*, *Stiftungsvorstand*, *Kuratorium* ifadeleri kullanılabilir. Schmid, Nr. 1380; Tuor/Schnyder/Schmid, /Rumo-Jungo, 160; Riemer, Art. 83 Nr. 1 vd.; Sprecher/Salis-Lütolf, 119 vd.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nda ise vakıf yöneticisi “...4721 sayılı *Türk Medeni Kanunu ve bu Kanuna göre vakfı yönetmeye ve temsile yetkili kişi veya yetkili organlarda görev alan kişileri*,” ifade eder. Dolayısıyla vakfın yönetim kurulunun bulunduğu durumlarda da, “yönetim kurulu üyesi”, “üye” yerine “yönetici”den söz etmek Kanun'a daha uygundur.

⁴¹ Nitekim Akipek/Akıntürk, TMK m. 112 ile ilgili açıklamalarını *örgütün değiştirilmesi* başlığı altında topluyorlar. Bak s. 699.

ya da yöntemi konusunda bir sınırlama getirilmeyip, takdir hakkı geniş tutulduğuna göre, X vakfındaki yararlananları tespit kurulunun, yurt dışına gönderilecekleri tespit ve eğitimi desteklenecekleri tespit gibi iki kurula ayrılması mümkün olacağı gibi, yararlananları tespit kurulu ve bu destek miktarını tespit kurulu gibi ikiye ayrılması da mümkündür. Hatta durum gerektiriyorsa, mevcut bir organın üçe ya da dörde ve daha fazlasına ayrılması da söz konusu olabilir. Kuşkusuz, haklı nedenler varsa, bunun tam aksine olarak, iki veya daha fazla organın birleştirilmesi de gerekebilir.

Aslında vakfın yönetiminde değişikliğe göre kapsamı çok daha geniş yorumlanabilecek olan ifade, bu maddeye göre, vakfın işleyişinde değişiklik yapılabilmesidir. Kanaatimize göre, vakfın işleyişindeki değişikliklerden vakıf organlarının işleyişine ilişkin kurallardaki değişiklikler anlaşılabilir gibi, vakfın etkinliklerini düzenleyen tüm kurallardaki değişiklikler de anlaşılabilir. Özellikle hükmün kapsamı bu ikincisi gibi anlaşılırsa alanı çok genişlemiş, hemen hemen vakıf senedi ile ilgili –m. 113’ün kapsamına girmeyen- her değişikliği kapsar hâle getirilmiş olur.

C. Haklı Nedenin Varlığı

TMK m. 112’ye göre, vakfın örgütünün, yönetiminin ya da işleyişinin değiştirebilmesi, ancak bu değişikliği haklı kılan bir nedenin ya da nedenlerin varlığına bağlıdır. Eğer değişikliği gerektiren haklı nedenler ortaya konamazsa, mahkeme değişikliğin tescili istemini reddedecektir.

743 sayılı EMK’nın TMK m. 112’yi karşılayan 79. maddesinde bundan farklı bir düzenleme vardı. Buna göre, vakfın yönetiminin değiştirilmesi, vakfın mallarının korunması ya da amacının devam ettirilmesi için bu değişikliğe kesin ihtiyacın olmasına bağlanmıştır. Yeni maddenin gerekçesinde de “*Yürürlükteki metin esas alınmakla birlikte vakfın yönetiminde değişiklik için, ‘kesin ihtiyaç’ yerine ‘haklı nedenler’ aranmıştır*” denilerek bilinçli bir değişiklik yapıldığı ortaya konmuştur. Bununla birlikte, kesin ihtiyaç yerine haklı nedenin kabulü ile amaçlanan ortaya konmamıştır. Bu değişikliğin nasıl bir fark doğuracağı üzerinde durulmamıştır.

Yargıtay, bu konudaki tutumunu ortaya koyduğu bir kararında⁴² şu görüşlere yer vermiştir: “*Türk Medeni Kanununun 112. ve Tüzüğü’nün 25.maddelerine göre de; kesin ihtiyaç hasıl olduğu takdirde ve haklı nedenlerin bulunması halinde, vakfın örgütünde yönetiminde ve işleyişinde değişiklik yapılabilir.*”

⁴² Yargıtay 18. HD, 03.06.2002 T., E. 2002/3669, K. 2002/6289 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

Vakıf Senesinde Değişikliğe Gidilmesi

Bir başka kararında⁴³ da bu görüşünü sürdürmüştür: “*Dava, K.... Türkleri Vakfı'nın kuruluş senesinde yapılan değişikliğin tescili istemine ilişkin olup, davaya konu edilen değişiklik vakfın yönetim biçiminin değiştirilmesi niteliğindedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 112. maddesi ile Türk Medeni Kanunun Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü'nün 25. maddesi uyarınca bir vakfın yönetim biçiminin değiştirilmesi (örgütünde, yönetiminde ve işleyişinde değişiklik yapılabilmesi) için, Vakfın amaçlarını gerçekleştirebilmesi ve faaliyetlerini devam ettirebilmesi açısından böyle bir değişikliğine kesin ihtiyaç duyulmuş olması ve bu konuda haklı nedenlerin bulunması gerekir. Davacı Vakıf tarafından tescili istenen değişikliğe kesin ihtiyaç nedeni bildirilmemiştir. Bu durumda mahkemece, davacı vakfın mevcut yönetim biçimini değiştirmesine (örgütünde, yönetiminde ve işleyişinde değişiklik yapılmasına) kesin gereksinimi olduğu, tescile konu edilen değişiklikleri gerektiren haklı nedenlerin bulunduğu yöntemince araştırılıp saptanmadan.... (karar verilmesi hukuka aykırıdır)..”*

Görüldüğü gibi Yüksek mahkeme, 4721 sayılı Kanun'dan sonra, vakfın yönetim değişikliklerinde hem böyle bir değişikliğe kesin ihtiyaç duyulmuş olmasından hem de bu konuda haklı nedenlerin bulunmasından söz etmektedir. Âdeta eski Kanun ile yeni Kanun hükmünün koşullarını bir arada anmaktadır⁴⁴. Böyle olunca da TMK m. 112 ile eski m. 79 arasında bu bakımdan pratikte bir değişiklik görülmeyecek, *kesin ihtiyaç* ile *haklı nedenlerden* aynı şey anlaşılacaktır. Ama eğer ileride *kesin ihtiyaç* ve *haklı nedenden* farklı şeyler anlaşılacak her ikisi açısından ayrı ayrı değerlendirmeye gidilirse kuşkusuz bu durumda m. 112'nin uygulanması zorlaştırılmış ve hükmün alana daraltılmış olacaktır.

Kanaatimizce, tam aksine, yeni TMK hükmü ile hükmün uygulama alanı genişletilmek istenmiştir. Yani haklı nedenin aranması kesin ihtiyaca göre değişikliklerde daha az katı davranılmasını gerektirmektedir. Kesin ihtiyaç koşulu, bir değişikliğin olmazsa olmaz, muhakkak yapılması gerektiği anlamına geliyorsa; gösterilecek haklı nedenin bu derece ciddi olması artık aranmamaktadır. O hâlde vakfın örgütü, yönetimi ya da işleyişi ile ilgili, yarardan çok vakfa zararı olan ve

⁴³ Yargıtay 18. HD, 11.11.2002 T., E. 2002/10581, K. 2002/10999 (Sinerji İçtihat Programı).

⁴⁴ Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü'nün 743 sayılı EMK'nın tekrarı niteliğinde olan 25. maddesinde kesin ihtiyaçtan söz edilmesi Yargıtay'ın görüşünün dayanağı olamaz. Zira mademki Kanun'daki -Tüzüğü'nün 25. maddesinin dayanağı olan- ifade bilinçli olarak değiştirilmiştir, artık 25. maddenin, eski hükmü korur şekilde uygulanması ve anlaşılması düşünülemez. Tüzüğü'nün 25. maddesine göre; “Vakfın mallarının muhafazası veya gayesinin devam ettirilmesi için, vakfın idare şeklinin değiştirilmesine kesin ihtiyaç hasıl olduğu takdirde, idare uzvu tarafından yetkili asliye mahkemesine başvurulur.” (f. 1).

her şeye karşın gene de uyulmasını gerektirecek derecede vakfedenin arzusuna dayanmayan her kuralın değiştirilmesi için haklı nedenin varlığı kabul edilmelidir. Böylece;

-işlemleri yavaşlatan, vakıf örgütünün verimliliğini azaltan, yönetimi vakfi yönetmekte zorlayan,

-vakfedenin, onlardan doğacak yavaşlamayı, verim azalmasını ya da zorlukları vakfi kurarken görmesine karşın gene de uyulmasını istediği kurallar dışında kalan

kurallar, haklı nedenin varlığından bahisle değiştirilebilecektir. Özellikle vakfedenin olmazsa olmaz görmediği, bilinçli olarak değil de bu güçlüğü sezinleyemediği için getirdiği kurallar, bir de vakfedenin aslında işlevselliğini amaçladığı ancak mevzuat, koşullar, piyasa vb.lerinde sonradan gerçekleşen değişikliklerden dolayı işlevselliğini yitiren kurallar böylece daha kolay değiştirilebilmelidir. Görüldüğü gibi kanaatimizce, haklı nedenin varlığı için sadece kuraldan yeterince verim alınamaması ya da kuralın uygulamayı zorlaştırması yetmez. Vakfeden, vakfi kurarken bu durumun bilincinde olarak, özellikle o kuralın olmasını isteyerek senedi düzenlemişse böyle bir kuralın değiştirilmesinde daha katı davranmak gerekir. Vakıfta esas olan, vakfedenin arzusuna uygunluk olduğuna göre, sırf daha iyisi var diye böyle bir senet kuralı kolayca değiştirilememelidir. Örneğin, vakfeden gereğinden fazla toplanmaya yer veren bir karar usulü benimsemiş olabilir. Bunun sakıncalarını senedini düzenlerken görmesine karşın gene de bu konuda hassasiyet göstermişse bu iradesine saygı duymak gerekir. Ancak, vakfedenin özellikle bunu amaçladığı anlaşılıyorsa –ki bu durum nadiren görülebilir-, hatta böyle olmasını istemediği, sadece hükmün bu sonucu doğuracağını tahmin edemediği düşünülebilir ve buna ek olarak bu güçlüğe katlanılmasının vakıftan beklenmesinin haklı bir nedeni (örneğin, zararından çok yararı) yoksa, tüm bunlar m. 112'nin uygulanması için yeterlidir. Böyle bir durumda kanaatimizce burada, kesin ihtiyaç ölçütü aransaydı; doğurduğu güçlük açık olmasına karşın senet hükmü ile vakıf işleri gene de yürütülebilir ve değişiklik reddedilebilecekken; bugünkü mevzuatta haklı nedenin aranması karşısında bu istem kabul edilebilecektir. Örneğin, vakfın faaliyette bulunduğu her il ya da ilçe için bir yöneticinin atanmasına dair senette yer alan hüküm, vakfın sonradan vakfedenin tahmin edemediği kadar yayılması sonucu birçok yöneticinin⁴⁵ atanmasını gerektirmiş, bu da yönetim organında izdihama ve verimsizliğe yol açmışsa artık m. 112'ye başvurulabilecektir. Bunun gibi, vakfeden tarafından, başlangıçta, vakfın faaliyetlerinin orada daha ağırlıklı olacağı düşünülerek Marmara bölgesinde X faaliyeti için üç, Ege bölgesinde aynı faaliyet için bir

⁴⁵ Bak. yuk. dn. 40.

Vakıf Senedinde Değişikliğe Gidilmesi

sorumlu atanması öngörülmüş ve fakat zamanla vakfın faaliyetleri Ege bölgesinde yoğunlaşmış, bu nedenle vakıf işleri böyle de yürümeye devam etmesine karşın; Marmara bölgesinde üç sorumlunun bulunması anlamına yitirmiş, Ege'deki sorumlu üzerine de gereğinden fazla yük binmişse bu, senet hükmünün değiştirilebilmesi için haklı bir neden olacaktır.

Kanaatimizce, vakfedenin olmazsa olmaz gördüğü senet kurallarının değiştirilmesinde, *doğurduğu güçlük açık olmasına karşın senet hükmü ile vakıf işleri gene de yürütülebiliyorsa* değişiklik reddedilebilecek yani kesin ihtiyaç derecesine varmadıkça haklı nedenin olmadığına hükmedilebilecektir⁴⁶. Şu hâlde, haklı neden kesin ihtiyaca göre daha geniş kapsamlı bir kavram olup, kesin ihtiyaç haklı nedene göre daha katı bir inceleme gerektirmektedir. Bu nedenle, kesin ihtiyaca rastlanan her olayda, vakıf senedinin değiştirilmesini gerektirecek haklı bir neden de gerçekleşmiş olacaktır. Örneğin, vakıf senedinde yönetim organı üyelerinin A üniversitesinin 3 yıl ve daha yeni mezunlarından olması aranmış ve fakat bu üniversite daha sonra kapatıldığı için mezun verememişse senetteki bu kuralın değişmesi için *kesin ihtiyaç* ve dolayısıyla *haklı neden* doğmuş olacaktır.

D. Değişiklik için Mahkemeden İstemde Bulunulması

TMK m. 112'ye göre, vakfın örgütünün, yönetiminin ya da işleyişinin değiştirilmesine mahkeme karar verir. Kanaatimizce, vakfın örgütünün, yönetiminin ya da işleyişinin değiştirilmesinde mahkemeyi ya da m. 112'de yer alan koşulları devre dışı bırakacak hükümler vakfedence vakıf senedine konamaz⁴⁷. Mahkemenin vakfın tescili sırasında bu yöndeki hükümlerin değiştirilmesini şart koşması uygun olacaktır.

TMK m.112 açısından yetkili ve görevli mahkeme vakfın yerleşim yeri Asliye hukuk mahkemesidir. Vakfın örgütünün, yönetiminin ya da işleyişinin değiştirilmesini mahkemeden isteyebilecekler ise, vakfın yönetim organı ile denetim makamıdır⁴⁸.

Adalet komisyonu raporundan anlaşıldığına göre, önceden tasarı metninde vakfın

⁴⁶ Kuşkusuz, vakfedenin iradesinin; vakfın yönetimi, örgütü ya da işleyişine ilişkin vakıf senedindeki herhangi bir kuralın hiç değiştirilmemesi yönünde olduğu anlaşılrsa da gene de TMK m. 112'ye göre o kuralın değiştirilmesi mümkündür.

⁴⁷ Böylece vakıf senedinde, mahkemenin bilgisi ve onayı dışında bir değişiklik yapılamayacaktır. Senede; "vakfın yönetim organı vakfın işleyişinde ya da örgütlenmesinde her zaman değişikliklere gidebilir" gibi genel hükümler konamayacaktır.

⁴⁸ Çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında yararlananların yönetime katılmaları ve vakıftan yararlanma koşulları ile ilgili hükümlerde yapılacak değişiklikler, vakıf senedine göre buna yetkili organın istemi üzerine, denetim makamının yazılı görüşü alındıktan sonra karara bağlanır (TMK m. 110/V).

yetkili organından söz edilirken bu, vakfın yönetim organı olarak değiştirilmiştir⁴⁹. Ancak bu değişikliğin *başvuru* açısından çok fazla pratik önemi yoktur. Zira, vakfın yönetim ve temsil organı, prensip olarak, vakfın yönetim organı olduğuna göre, çoğu olayda vakfın başvuruya yetkili organı gene vakfın yönetim organı olacaktır. O hâlde maddede *yönetim organının istemi üzerine* mahkemece değişiklik yapılacağına ifade edilmesi, bir organ olarak vakfın iradesini dış ilişkide yansıtan organ yönetim organı olduğu içindir. Yoksa iç ilişkide bu konuda karar alma yetkisi pekâlâ başka bir organda olabilir. Yani, kararı hangi organ alırsa alsın mahkemeye başvuru yönetim organı tarafından yapılacaktır. Öte yandan, maddede vakfın “herhangi bir organından” söz etmek yerine, doğrudan vakıftan, vakıf tüzel kişiliğinden söz etmek daha doğru olurdu. Yani, maddede, vakfın bir organının istemi yerine, “vakfın istemi üzerine” ifadelerine yer verilebilirdi. Zira neticede burada tüzel kişi, kişilik sahibi olan vakıftır. Yönetim organı ve varsa diğer organlar, ancak, vakfın bir parçasıdır ve kendi tüzel kişilikleri yoktur. Burada, hukuk düzeninin muhatabı vakıftır, değişiklik isteminde bulunan da aslında vakıftır; doğal olarak, tüzel kişilere ait kurallara uygun şekilde, bu iradesini organları aracılığıyla açıklamaktadır (TMK m. 50/I). TMK m. 112’ye göre hareket etmek için, vakfın örgütü içinde hangi organ değişikliğin gerektiğine ve değişiklik isteminde bulunmaya karar verir sorunu ise, hâliyle vakıflara ait mevzuat ve vakıf senedine göre çözümlenecektir. Bu nedenle, vakfın -bulunması zorunlu- yönetim organından başka organlara da sahip olduğu durumlarda, senet değişikliklerine kimin karar vereceğine, bir başka deyişle senedin hangi organ tarafından değiştirileceğine –ve tamamlanacağına⁵⁰- senette yer verilmesi yararlı olur. Vakıf senedinde bu konuda açık bir hüküm bulunmayan durumlarda ise vakfın en üst organı, en büyük ve yetkili organı araştırılmalıdır. İşte, vakıf içinde senette değişikliğe gidilmesine gerek olup olmadığına bu organ karar verecektir⁵¹.

⁴⁹ Ertaş/Koç, s.195 m. 112; ayrıca bak. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m-2.htm> (erişim tarihi: 04.05.2009).

⁵⁰ Gerçekten de, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 8. maddesinde vakfın organlarının tamamlanmasında *vakıf senedi değişikliğine yetkili organa* göndermede bulunulduğu için, bu bakımdan da yetkili organın senette belirlenmesi yararlı olacaktır.

⁵¹ Senette değişiklik ile ilgili olarak Yargıtay’ın şu kararı bu noktada da aydınlatıcıdır: “Davacı vakfa ait vakıf senedinde; senedin hangi organ tarafından değiştirileceği ve bu değişikliğin nasıl yapılacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte bu konuda vakfın en büyük ve yetkili organının genel kurul (Kurucular Kurulu) olduğu görülmekle, senet değişikliğinin bu organ tarafından kararlaştırılması gerekir. Buna ilişkin olarak genel kurulda yapılan toplantıda Türk Medeni Kanunu’nun 78. maddesinde öngörülen toplantı ve karar yeter sayısının sağlanmadığı anlaşılan toplantıda alınan kararlara dayanılarak düzenlenen değişiklik senedinin tesciline karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 18. HD, 05.06.2006 T., E. 2006/4119, K. 2006/4773 (Meşe Yazılım); ayrıca; “...Vakıf Senedinin 7.maddesinin (d) fıkrasına göre, vakıf senedinin değiştirilmesi konusunda vakıf genel kurulu yetkili iken buna uygun olarak hazırlanan değişiklik senedinde Vakıflar Genel Müdürlüğünün 16.6.2004 tarih ve 9332 sayılı yazısı uyarınca istenilen

Vakıf Senedinde Değişikliğe Gidilmesi

Burada herhâlde en büyükten en çok üyesi olan organ, en yetkiliden de daha önemli sorunları çözmeye yetkili organ anlaşılmalıdır. Bu konuda dernek genel kurulunun görev ve yetkilerini düzenleyen TMK m.80'den⁵² kıyas yoluyla yararlanılabilir. Bu bakımdan, üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma hakkında⁵³ son kararı vermeye yetkili organ en yetkili organ görülebilir. Bunu gibi, diğer organları seçmeye yetkili organın en yetkili organ olduğu kabul edilebilir⁵⁴. Kuşkusuz bunlar vakfın en büyük ve yetkili organını belirlemede ancak somut olaydaki koşullarla destekleniyorsa sonuç alınabilecek ölçütlerdir. Diğer yandan unutmamak gerekir ki, 112. maddeye göre mahkemeye başvurulduğunda, değişikliğe ilişkin vakıf organının aldığı karar ve benimsediği kurallar ancak mahkeme tarafından uygun görülürse kabul edilecektir. Bu söylenenler, m. 112 gibi, vakfın yönetim organını esas alan TMK m. 113 için de geçerlidir.

Burada unutulmaması gereken, vakıf senedinde haklı nedenlerle değişiklik yapılmasına ve ne şekilde değişiklik yapılacağına karar veren organla mahkemeye başvuruda bulunacak organın aynı olmayabileceğidir. Gerçekten de, vakfın senedinde her türlü senet değişikliklerine karar verme yetkisi yönetim organı dışındaki bir –

hususlarda yapılan düzeltmeler için sözü edilen madde uyarınca yeniden vakıf genel kurulundan bu hususta karar alınması gerekirken yetkili olmayan yönetim kurulundan karar alınması da doğru değildir.” Yargıtay 18. HD, 27.12.2004 T., E. 2004/8309, K. 2005/10091 (Meşe Yazılım).

⁵² “Genel kurul, üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma hakkında son kararı verir; dernek organlarını seçer ve derneğin diğer bir organına verilmemiş olan işleri görür.

Genel kurul, derneğin diğer organlarını denetler ve onları haklı sebeplerle her zaman görevden alabilir.”

⁵³ “Vakıflarda üyelik olmaz” hükmünü içeren TMK m. 101/III Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiştir (Karar T.: 17.04.2008, Esas Sayısı: 2005/14, Karar Sayısı: 2008/92. RG T. 28.06.2008 sayı: 26920). Dolayısıyla doktrinde vakfın bünyesine uygunsuzluğu her fırsatta dile getirilen (Öğüz, 80; Akünal, 137; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 705; Akipek/Akıntürk, 672; Öztan, 110; Serozan, 86.) vakfa üyelik yolu bugün için açıktır; vakıfların üye kabul etmesi ve vakfa üye olmak mümkündür. Bu konuda ayrıca bak. Vakıflar Genel Müdürlüğü, Vakıf Yöneticileri ve Vakıflarda Üyelik hakkında Genelge, T. 14.10.2008, sayı: 2008/4 (www.vgm.gov.tr.001_Menu/02_Mevzuat/mevzuat.cfm, erişim tarihi: 10.05.2009).

⁵⁴ Vakfın eğer yönetim kurulunun yanında bir de (bundan ayrıca) mütevelli heyeti varsa ve vakıf senedinde değişikliği yapabilecek organ hakkında açık bir hüküm yoksa, bu yetki genellikle mütevelli heyetinde olur. Zira yönetim kurulu genellikle mütevelli heyeti tarafından seçilmekte ve mütevelli heyeti diğerine göre üst bir organ görünümü arz etmektedir: “Dosyada bulunan davacıya ait vakıf senedinin 12. maddesine eklenmek istenilen fıkra da, mütevelli heyet üyelerinin mazeretsiz olarak üst üste olağan ve olağanüstü iki toplantıya katılmaması veya noterden düzenlenmiş vekaletname ile vekil tayin etmemesi halinde, yönetim kurulunca alınacak karar sonucu bu üyeliklerinin sona ereceği öngörülmekte ise de; vakfın aslı ve en yüksek karar organı niteliğinde olan, yönetim kurulunu seçen, denetleyen mütevelli heyet üyelerinin, kendisinin seçtiği kurulun kararıyla bu üyeliklerinin sona erdirilmesi şeklindeki senet değişikliği de, bu iki kurulun statü ve fonksiyonlarıyla bağdaşmayacağından doğru değildir.” Yargıtay 18. HD., 08.04.2002 T., E: 2002/793, K: 2002/3691 (Kazancı Hukuk Otomasyon).

seçimlik- organa tanınmışsa, vakıf senedinde haklı nedenlere dayanan değişikliği bu organ yapacak, vakfın yönetim organı ise değişikliğin tescili için mahkemeden istemde bulunacaktır.

İster yönetim organı isterse denetim makamı tarafından değişiklik için istemde bulunulsun, mahkemece diğerinin görüşü alınacaktır. Değişiklik isteminin vakıftan gelmediği durumlarda, burada şöyle bir sakınca akla gelmektedir: Kanun denetim makamının başvurusu üzerine değişiklikle ilgili diğerinin; yani, yönetim organının görüşünün alınmasını aramıştır. Oysa, yukarıda değinildiği gibi, vakıf senedinde değişiklik yapılıp yapılmamasına ve değişikliğin esasına karar verme yetkisi vakıf içinde başka bir organa bırakılmış olabilir⁵⁵. Bu durumda ideal olan değişiklik istemi hakkında görüş bildiriminin de bu organ tarafından yapılmasıdır. Bununla birlikte, mevcut düzenleme açısından vakfın yönetim organınca görüş bildirilmiş olması Kanun'un aradığı koşulun gerçekleşmesi için yeterlidir. Pek tabiidir ki, yönetim organının, iç ilişkide değişikliğe yetkili organın bu konudaki görüşünü alarak görüş bildirmesine ya da bu görüşü olduğu gibi vakfın görüşü olarak mahkemeye sunmasına bir engel yoktur. Ancak burada da, “organ”ın görüşü alınır yerine “vakfın” görüşü alınır denilebilirdi. Dolayısıyla gerek TMK m. 112 gerekse TMK m. 113’te denetim makamı tarafından mahkemeye başvurulması hâlinde, “vakfın” görüşünü almak; iç ilişkide bu görüşün nasıl ve hangi organ tarafından oluşturulacağı konusunu ise vakfın kendisine bırakmak –vakfın iç yapılanmasına ve hâliyle vakıf senedine göre çözümlenmek- daha isabetli olabilirdi.

III. TMK m. 113’e GÖRE VAKIF SENEDİNDE DEĞİŞİKLİĞE GİDİLMESİ

A. Genel Olarak

Amacın ve malların değiştirilmesi başlığını taşıyan TMK m. 113’e göre;

“Durum ve koşullardaki değişmeler yüzünden vakıf senedinde yazılı amaca bağlı kalınması vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak hâle gelmiş ise mahkeme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının başvurusu üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın amacını değiştirebilir.

⁵⁵ İsviçre hukukunda, vakfın yönetiminin değiştirilmesinde, vakfın en üst organının görüşünün alınması esası kabul edilmiştir (İsviçre Medeni Kanunu, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB Art. 85). TMK m. 113/1’in karşılığı olan ZGB Art. 86’da, amacın değiştirilmesinde vakfın en üst organına başvuru hakkı tanınmış (ZGB Art 86), esaslı olmayan senet değişikliklerinde de vakfın en üst organının görüşünün alınması istenmiştir (ZGB Art. 86b). Bak. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, 163-164; Schmid, Nr. 1321. Ayrıca bak. dn. 57.

Vakıf Senesinde Değişikliğe Gidilmesi

Amacın gerçekleşmesini önemli ölçüde güçleştiren veya engelleyen koşulların ve yükümlülüklerin kaldırılmasında veya değiştirilmesinde de aynı hüküm uygulanır.

Amaca özgülünen mal ve hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesini veya paraya çevrilmesini haklı kılan sebepler varsa mahkeme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının başvurusu üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra gerekli değişikliğe izin verebilir.”

Madde kapsamında yapılabilecek değişiklikleri ise üç başlık altında toplamak, bu anlamda üçe ayırmak mümkündür:

- amacın değiştirilmesi
- amacı gerçekleştirilmesini güçleştiren koşulların ve yükümlülüklerin değiştirilmesi
- amaca özgülünen malların veya hakların değiştirilmesi

B. Vakfın Amacının Değiştirilmesi

1. Genel Olarak

Vakıflarda vakıf senesinde belirlenmiş olan amacın değiştirilmesi istisnai bir durumdur. Gerçekten de “4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 101. maddesi hükmüne göre vakıf, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluğudur. Kurulmuş olan bir vakfın özgülendiği amaç doğrultusunda varlığını sürdürmesi ve yönetim organlarınca da bu amacın gerçekleştirilmesi esastır. Vakfeden tarafından kuruluş senesinde belirlenen vakfın amaç ve örgütlenme biçimi, zorunluluk doğmadıkça kural olarak vakıf organlarınca değiştirilip genişletilemez”⁵⁶. Bununla birlikte sonradan değişen koşullar vakfın amacının da değişmesini gerektirebilir. Amacın değiştirilebilmesi için TMK m. 113/I’de, vakıf senesinde yazılı amaca bağlı kalınmasının vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak hâle gelmiş olması aranmıştır.

TMK m. 113/I’de vakfın amacının değiştirilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlandığından, Türk hukukunda vakfın yönetim organı ya da bir başka organının hatta vakfedenin sonradan amaç üzerinde dilediği gibi değişiklik yapma hakkı bulunmamaktadır⁵⁷. Hatta, mahkeme kararına bağlanmakla, söz konusu koşulun

⁵⁶ Yargıtay 18. HD, 07.02.2005 T., E. 2004/7793, K. 2005/409 (Sinerji İhtihat Programı); Yargıtay 18. HD, 22.12.2003 T., E. 2002/7274, K. 2005/10203 (Meşe Yazılım).

⁵⁷ Bu konuda önceleri Türk Medeni Kanunu ile benzer hükümlere sahip İsviçre Medeni Kanunu’nda, 2004 yılında kabul edilip 2006 yılında yürürlüğe giren bir değişiklik ile, vakıf senesindeki esaslı olmayan değişiklikler için farklı bir yol benimsenmiştir [Art 86b ZGB, eingefügt durch Ziff. I des BG vom 8. Okt. 2004 (Stiftungsrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2006 (AS 2005 4545 4549; BBl 2003

gerçekleşip gerçekleşmediği de anılanların inisiyatifine bırakılmamış mahkemenin denetimine tabi tutulmuştur.

Değişiklik mahkeme kararına ve hâliyle denetimine tabi tutulduğundan, vakıf senedine herhangi bir nedenle amacın değiştirilmesi konusunda vakfın organlarına yetki veren koşullar da konamamalıdır. Kanaatimizce, m. 113'te eğer vakfeden bu konuyu düzenlememişse devreye girecek, bu bakımdan yedek hukuk kuralı olarak görülebilecek bir kural değil; emredici nitelikte bir kural yer almaktadır. Bu nedenle, vakfın amacının değiştirilmesi daha hafif nedenlere bağlanamaz. Bu anlamda vakıf senedine, Kanun'un amaç değişikliği için zorunlu gördüğü koşulları ortadan kaldıracak hükümler konamaz. Bu nedenle, örneğin, amacın vakfın yönetim organınca her zaman için değiştirilebileceği, genişletilebileceği ya da daraltılabileceğine ilişkin senet hükümleri geçersiz sayılmalıdır. Mahkemenin vakfın tescili sırasında bu hükmün değiştirilmesini şart koşması gerekir.

TMK m. 113/I'in uygulanması açısından yetkili ve görevli mahkeme, vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesidir. Değişiklik için isteminde bulunma hakkı vakfa ve denetim makamına (VGM) tanınmıştır⁵⁸.

2. Vakfın Amacının Değiştirilmesi için Aranan Koşullar

TMK m. 113/I'de vakfın amacının değiştirilebilmesi için, durum ve koşullardaki değişimler yüzünden vakıf senedinde yazılı amaca bağlı kalınmasının vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak hâle gelmiş olması aranmaktadır. Doktrinde buradan hareketle, vakfın amacının değiştirilebilmesi için biri objektif diğeri ise sübjektif olmak üzere iki koşulun gerçekleşmesi aranmaktadır. Objektif koşul, vakfın kurulduğu,

8153 8191)]. İsviçre hukukunda artık bu gibi değişikliklerin yapılmasına vakfın en üst organının görüşü alındıktan sonra denetim makamınca karar verilmektedir. Ancak böyle bir değişiklik için, bunu gerektirici bir nedenin olması ve üçüncü kişilerin haklarının zarara uğratılmaması da aranmaktadır. Esaslı olmayan değişikliklerden, vakıf senedindeki vakfın günlük işleyişine ilişkin olan, vakıf amacına ulaşmak için kaçınılmaz görülemeyecek konulardaki değişiklikler anlaşılabilir. Bu konuda bak. Hausheer/Aebi-Müller, Nr. 19.37; ayrıca bak. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, 164.

2004 yılında kabul edilip 2006 yılında yürürlüğe giren bir başka değişiklikle, İsviçre hukukunda vakfedenin tüzel kişilik kazanmış vakfın amacında, sağlığında ya da ölüme bağlı tasarrufla, değişiklik yapılmasını istemesi de mümkün kılınmıştır [Art 86a ZGB, eingefügt durch Ziff. I des BG vom 8. Okt. 2004 (Stiftungsrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2006 (AS 2005 4545 4549; BBl 2003 8153 8191)]. Bunun için, vakfedenin vakfın amacını değiştirme hakkını vakıf senedinde saklı tutmuş ve vakfın kuruluşunun üzerinden en az on yıl geçmiş olması gerekir. Vakfın amacında bu yolla değişiklik yapılması yönündeki vakfedenin son isteminin üzerinden on yıl geçmiş olması da yukarıda anılan ikinci koşula eşit tutulmuştur. Bu konuda bak. Hausheer/Aebi-Müller, Nr. 19.43-19.44.

⁵⁸ Bu konuda bak. yuk. II.D.

Vakıf Senesinde Değişikliğe Gidilmesi

dolayısıyla amacının belirlendiği zamandaki durum ve koşulların sonradan değişmiş olması hâlinde söz konusu olur⁵⁹. Bu değişimin nedeni sosyal, ekonomik, teknolojik alandaki gelişmeler olabilir⁶⁰. Değişimin vakfa etkisi öyle olmaktadır ki, bunlar karşısında vakfın amacı anlam ve içeriğini yitirmektedir⁶¹. Sübjektif koşul ise, değişen durum ve koşullar dolayısıyla senette yazılı amacın artık vakfedenin iradesi ile uygunluğunu açıktan açığa yitirmiş olmasıdır⁶². Doktrinde, değişen durum ve koşulları vakfeden görebilseydi, onun bile vakfın mevcut amacıyla devam etmesini istemeyeceği ve hatta bizzat amacı değiştirme yoluna gideceği kabul edilebiliyorsa sübjektif koşulun gerçekleştiği ifade edilmektedir⁶³.

Vakfın amacının değiştirilmesi konusunda –doktrinle de uyuşan-⁶⁴ Yüksek mahkemenin düşüncelerini ise şu kararda bulmak mümkündür: “(Vakfın amacı).... vakıf organlarınca değiştirilip genişletilemez. Bununla birlikte vakfın amacı, geçen zaman içinde tamamen değişik bir anlam ve nitelik kazanmış olursa, ancak bu nedenle değiştirilmesi söz konusu olacaktır. Türk Medeni Kanununun 113. ve Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü’nün 26. maddeleri, vakfın asıl amacının niteliği ve kapsamı vakfedenin vakıf senesinde belirttiği isteğine açıktan açığa uymayacak derecede değişmiş olursa, amacın değiştirilmesi için yetkili asliye mahkemesine başvurulacağını hükme bağlamış olup, burada ölçü vakfın değişen koşullar karşısında başlangıçtaki amacın gerçekleştirilmesinin olanaksız duruma gelmesidir. Amacın değiştirilebilmesi için objektif ve sübjektif koşulların birlikte oluşması gerekir. Objektif koşullar bakımından amacın anlam ve içeriğini yitirmesine, sübjektif koşullar bakımından da değişmiş olan amacın artık vakfedenin isteğiyle bağdaşmasına olanak bulunmamasına bağlıdır. Ancak bu iki koşulun gerçekleşmesi durumunda, vakfın amacı, vakfedenin asıl amacına aykırı olmamak kaydıyla, vakıf yönetim organının veya Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün başvurusu üzerine yetkili asliye mahkemesince değiştirilir.”⁶⁵”

⁵⁹ Akipek/Akıntürk, 701; Güneri, H.: Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara 1976, s. 74.

⁶⁰ Köprülü, 596; Akipek/Akıntürk, 701; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 295 dn. 282; Dural/Öğüz, 337.

⁶¹ Akipek/Akıntürk, 701; Güneri, 74.

⁶² Bak ve kar. Akipek/Akıntürk, 701; Güneri, 74.

⁶³ Akipek/Akıntürk, 702; bak ve kar. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 295 dn. 283, aksi yönde Güneri, 76.

⁶⁴ Özellikle, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 295-296.

⁶⁵ Yargıtay 18. HD, 07.02.2005 T., E. 2004/7793, K. 2005/409 (Sinerji İctihat Programı); Yargıtay 18. HD, 22.12.2003 T., E. 2002/7274, K. 2005/10203 (Meşe Yazılım); aynı yönde; “...vakfın amaç ve örgütlenme biçimi, zorunluluk doğmadıkça kural olarak vakıf organlarınca değiştirilip genişletilemez. Bununla birlikte vakfın amacı, geçen zaman içinde tamamen değişik bir anlam

Görüldüğü gibi, Yargıtay'a göre, amacın değiştirilmesi için ölçü; değişen koşullar karşısında vakfın başlangıçtaki amacının gerçekleştirilmesinin olanaksız hâle gelmesidir. Bunun böyle olduğunun kabulü için bazı objektif ve sübjektif koşulların

ve nitelik kazanmış olursa, ancak bu nedenle değiştirilmesi söz konusu olacaktır. Türk Medeni Kanununun 113. ve Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü'nün 26. maddeleri, vakfın asıl amacının niteliği ve kapsamı vakfedenin vakıf senedinde belirttiği isteğine açıktan açığa uymayacak derecede değişmiş olursa, amacın değiştirilmesi için yetkili asliye mahkemesine başvurulacağını hükme bağlamış olup, burada ölçü vakfın değişen koşullar karşısında başlangıçtaki amacın gerçekleştirilmesinin olanaksız duruma gelmesidir. Amacın değiştirilebilmesi için objektif ve sübjektif koşulların birlikte oluşması gerekir. Objektif koşullar bakımından amacın anlam ve içeriğini yitirmesine, sübjektif koşullar bakımından da değişmiş olan amacın artık vakfedenin isteğiyle bağdaşmasına olanak bulunmamasına bağlıdır. Ancak bu iki koşulun gerçekleşmesi durumunda, vakfın amacı, vakfedenin asıl amacına aykırı olmamak kaydıyla, vakıf yönetim organının veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün başvurusu üzerine yetkili asliye mahkemesince değiştirilir.

Somut olayda; tescilli edilmiş olan Uludağ Kültür ve Eğitim Vakfına ait Senedin 4. maddesinde asıl amaç; çalışkan ve kabiliyetli himayeye muhtaç memleket evlatlarına orta, lise, yüksek okul ve teknik okullarda tahsillerini yaptırmak ve bu okulların bütün derece ve kademelerinde okuyan talebelerin pozitif ilimlerle mücehhez milli kültür örf ve adetlerimize bağlı, vatanperver bir duygu ile yetişmelerini temin etmek, bu amaçla ülkemizde ihtiyaç duyulan araştırmacı her türlü teknik eleman maddi manevi ilim ve fen adamlarını yetiştirmek, yetiştirilmiş olanlara destek sağlamak ve yardım etmek, öğrencilerin veya öğretim üyelerinin memleket menfaatlerine uygun her türlü ilmi kültürel ve sosyal araştırma inceleme ve konularda ilgili eser ve yayın hazırlama, çalışmalarını desteklemek ve bu konularda ilgili yayınlar yapmak, kabiliyetli çalışkan öğrencilerden seçilenlerin yurt dışında lisans üstü çalışma masraflarını ilgili kanun ve yönetmeliklere uygun olarak karşılamak, karşılıksız burs vermek, öğrenci yurtları ve pansiyonlar açmak, vakfın gelecekteki inkişaf durumu ve gelişmeler ölçüsünde özel okullar açmak veya yardımcı olmak şeklinde sınırlandırılmıştır.

Dava; vakıf senedinin yukarıda belirtilen amaçlarını düzenleyen 4. maddesinin genişletilmesi ve değiştirilmesi sonucunu doğuracak nitelikte; üniversiteler açmak, kültür değerlerinden olan çeşme, cami gibi tarihi eserlerin tamiri ile bakımını ve korunmalarını sağlamak ve inşa etmek, ihtiyaç sahibi ve felakete uğrayan kimselere ayni ve nakdi yardımda bulunmayı, memleketin yurt içinde ve dışında tanıtıcı her türlü kültürel faaliyette bulunmayı hedefleyen değişikliklerin tescili istemine ilişkindir.

Mahkemece; vakıf senedine eklenmek suretiyle yapılan düzenlemelerin vakfedenin kuruluş sırasında bizzat belirlediği amacın genişletilmesi ve değiştirilmesi sonucunu doğuracak biçimde iradesine aykırılık oluşturduğu gözetilmedentesciline karar verilmesi doğru görülmemiştir." Yargıtay 18. HD, 31.01.2005 T., E. 2004/10957, K. 2005/409 (Sinerji İçtihat Programı); "Burada ölçü, vakfın değişen koşullar karşısında başlangıçtaki amacın gerçekleştirilmesinin olanaksız duruma gelmesidir. Amacın değiştirilmesi için objektif ve sübjektif koşulların birlikte bulunması gerekir. Objektif koşullar amacın anlam ve içeriğini yitirmesini, sübjektif koşullar bakımından da değişmiş olan amacın artık vakfedenin isteği ile bağdaşmasına olanak bulunmamasına bağlıdır. Ancak bu iki koşulun gerçekleşmesi durumunda vakıf yönetim organının veya denetim makamının başvurusu üzerine Mahkemece diğerinin yazılı görüşü de alındıktan sonra vakfın amacı değiştirilebilir.

Somut olayda, Vakfın amacını düzenleyen senedin 3.maddesinin bentlerinde sayılan tüm çalışma ve faaliyetler salt "Ankara Üniversitesi öğrencilerine, öğretim elamanlarına ve personeline" yöneltilmiş ve bu üniversite ile sınırlı tutulmuş iken, bu madde metninden "Ankara Üniversitesi Geliştirme Vakfı" adı çıkartılarak yerine "Ankara Üniversiteleri Vakfı" adı konulmak suretiyle vakfın amacının kuruluş iradesine aykırı olarak değiştirilmek istenildiği anlaşılmaktadır." Yargıtay 18. HD, 27.12.2004 T., E. 2004/8309, K. 2005/10091 (Meşe Yazılım).

bir arada bulunması aranmaktadır. Amacın değiştirilmesini haklı gösterecek objektif koşul; amacın anlam ve içeriğini yitirmesidir. Amanın değiştirilmesindeki subjektif koşul ise, Yargıtay kararlarında; “...değişmiş olan amacın artık vakfedenin isteğiyle bağdaşmasına olanak bulunmamasına bağlıdır...” şeklinde geçmektedir⁶⁶. Bu ifadenin açıklanmaya gereksinimi vardır.

3. Vakfın Amacının Değiştirilmesi için Aranan Koşulların Değerlendirilmesi ve Örneklerle Açıklanması

Görüldüğü gibi, vakfın amacının değiştirilmesi için biri objektif diğeri de subjektif olmak üzere iki koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Objektif koşul, sonuçta vakfın kurulduğu zamandaki durum ve koşullar ile amacın değiştirilmek istendiği zamandaki durum ve koşullar arasındaki değişime, farklılığa dayanmakta; bu farklılıktan dolayı artık amaca bağlılıktan beklenen bir yarar kalmamakta ya da beklentilerin çok altında bir yarar sağlanmaktadır. Kuş Cennetinde konaklayan, belli bir göçmen kuş türünün gereksinimlerinin karşılanması amacıyla kurulan bir vakıf varken, bu kuşların göç yollarını herhangi bir nedenle değiştirerek artık bu bölgeye uğramaması; veyahut A bölgesinde kurulu bir nükleer santral varken, nükleer santrallerin zararlarından o çevreyi ve bölge sakinlerini korumak amacıyla bir vakfın kurulması; ancak daha sonra bu santralin kapatılması durumlarında olduğu gibi. Böyle durumlarda artık objektif olarak, amaç anlam ve içeriğini yitirmiş olmaktadır.

Sübjektif koşulda ise, değişen durum ve koşullar dolayısıyla senette yazılı amaca bağlı kalınması artık vakfedenin vakıf kurmaktaki amacını sağlamamakta, vakfın bu şekilde devamı, vakfedenin istediği sonucu doğurmamaktadır. Yukarıdaki ilk örnekte, vakfeden, vakfı kurduğu sırada, o belli kuş türünün Kuş Cennetinde konaklamayacağını bilseydi, böyle bir amaçla vakıf kurmazdı denilebiliyorsa bu takdirde subjektif koşulun gerçekleştiğinden söz edilebilir. Kanaatimizce subjektif koşula bağlı değerlendirme, vakfın her şeye karşın olduğu gibi devam edip etmemesi ile sınırlı bir değerlendirmedir. Yani, burada vakfedenin iradesinin her şeye karşın vakfın amacının değişmeden kalması yönünde olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu araştırmanın da iki sonucu olabilir: Değişen koşullar sonucunda vakfın amacına bağlı kalmak vakfedenin iradesi ile uyumsuzdur, yahut vakfedenin iradesinin senette yazılı amaca bağlı kalmak konusunda ısrarlı olduğu anlaşılmıştır. Bir başka deyişle vakfedenin amacın değiştirilmesini istemediği açıkça anlaşılmıştır. Bunlardan ilkinde, subjektif koşul da gerçekleştiği için vakfın amacında değişikliğe gidilecektir. İkincisinde ise vakfın amacı değiştirilemeyecektir. Bu takdirde de, iki olasılık doğacaktır: Eğer amacın gerçekleştirilmesi -objektif olarak kendinden

⁶⁶ Benzer ifade için bak. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 726.

beklenen yararı çok az sağlamasına karşın- olanaksız değilse, vakıf devam edecektir. Amacın gerçekleşmesinin olanaksız hâle geldiği anlaşılırsa ise, bu takdirde de TMK. m. 116'nın uygulanması gündeme gelebilecektir. Yani, vakıf sona erecektir⁶⁷. Örneğin o dönemde, senette geçen göçmen kuşların göç yolunun 50 yıl içinde değişeceğine ilişkin bilimsel tahminler bulunmasına ve hatta vakfedenin kendisinin bu sonuçları doğrular çalışmaları olmasına karşın, vakfedenin hiçbir surette amacın değiştirilmesini istemediği anlaşılırsa artık TTK m. 116'nın uygulanması gerekecektir⁶⁸.

Şimdi konunun daha iyi anlaşılması için başlangıçta verdiğimiz diğer örneği de inceleyelim. Örneğimiz şöyleydi: A bölgesinde bir nükleer santral vardı ve vakfeden nükleer santrallerin zararlarından o çevreyi ve bölge sakinlerini korumak amacıyla bir vakıf kurmuştu. Ancak daha sonra bu santral kapatılmıştı. Olayda, objektif açıdan vakfın anlam ve önemini yitirdiği açıktır. Vakfın amacı nükleer santrallere karşı çevreyi ve bölge sakinlerini korumaktır. Ancak özellikle bölgede faaliyet gösteren nükleer santralden çevrenin ve bölge insanların etkilendiği düşünülürse, vakfın bu nükleer santralin zararlarına karşı kurulduğu ya da onun zararları ile mücadele amacıyla örgütlendiği düşünülebilir. Santral kapatıldığı takdirde, gerçi santralin çevre ve bölge sakinleri üzerindeki etkileri ortadan kalkıncaya kadar vakıf devam edebilir ve fakat bundan sonra artık vakıf senedinde yazılı amacın gerçekleştirilmesi önemini yitirecektir. İşte bu aşamada, TMK. m. 113'te yazdığı gibi, durum ve koşullardaki değişmelerden dolayı vakıf senedinde yazılı amaca bağlı kalınmasının vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak hâle gelmiş olup olmadığı incelenmelidir. Objektif koşulun varlığını kabul ettiğimize göre, artık subjektif koşul açısından burada senette yazılı amaca bağlı kalınmasının vakfedenin istediği sonucu doğurup doğurmadığına bakılacaktır: (1) Her ne kadar vakıf senedinde nükleer santrallerden söz edilse de, vakfedenin bölgeyi tehdit eden nükleer santralle, *bizzat onunla* mücadele isteğinde olduğuna kanaat getirilirse bu takdirde vakfedenin isteğine uygun gerçekleştirecek bir amaç değişikliği olanaksız hâle gelmektedir. Bir başka deyişle, (vakfı kurarken) vakfeden –nükleer santralleri değil de- kesin bir şekilde o bölgedeki nükleer santrali hedef aldığından, bu santral kapatıldığında vakfın TMK m. 116'ya göre sona ermesi

⁶⁷ Nitekim TMK m. 116/I'e göre, amacın gerçekleşmesi olanaksız hâle geldiği ve değiştirilmesine de olanak bulunmadığı takdirde, vakıf kendiliğinden sona erer ve mahkeme kararıyla sicilden silinir. Bak. Akipek/Akıntürk, 701; İsviçre hukukunda Schmid, Nr. 1375; Doktrinde burada objektif ve subjektif olanaksızlıktan söz edildiğini; objektif olanaksızlık ile vakfın amacının kesin olarak olanaksız hâle gelmesinin, subjektif olanaksızlık ile ise o vakıf için o amacın gerçekleştirilmesinin olanaksız hâle gelmesinin kastedildiğini belirtelim. Bak. Özsunay, 458; Akınal, 142; İşeri, 218; Dural/Öğüz, 356; Öğüz, 134.

⁶⁸ Aksi yönde, Güneri, 71-72.

düşünülecektir. (2) Vakfedenin amacının yukarıdaki gibi olmadığı anlaşıldığı takdirde ise sübjektif koşul da gerçekleştiğinden vakfın amacı değiştirilebilecektir.

4. Vakfın Yeni Amacının Belirlenmesi

Senette yazılı amacın değiştirilmesi gerektiğine kanaat getirildikten sonra, geriye bu kez vakfın amacının değiştirilmesi, yani vakfın yeni amacının belirlenmesi işi kalmaktadır. Kanun'un ifadesiyle "...mahkeme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının başvurusu üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın amacını değiştirebilir". Dolayısıyla vakfın yeni amacının ne olması gerektiği konusunda mahkeme –pratikte denetim makamının ve vakfın görüşünü aldıktan sonra-⁶⁹ karar verecektir.

Kanaatimizce, yeni amacın belirlenmesinde iki aşamalı bir değerlendirmeye gidilmelidir⁷⁰. Bu iki aşama şunlardır:

- 1- Vakfedenin vakıf kurmadaki amacına uygun olası yeni amaçların (bir bakıma amaç adaylarının) belirlenmesi
- 2- Bundan sonra, olası yeni amaçlar içinden vakfedenin isteğine en yakın ve vakıf için en uygun olanın seçilmesi

Bu ikisinin nasıl uygulanacağını açıklamak için, yukarıdaki örneklere geri dönersek, ilk örnekte, Kuş Cennetinde konaklayan, belli bir göçmen kuş türünün gereksinimlerinin karşılanması amacıyla kurulan bir vakıf varken, bu kuşların göç yollarını herhangi bir nedenle değiştirerek artık bu bölgeye uğramaması söz konusu idi. Yani, amacın değiştirilmesi için aranan objektif koşul gerçekleşmişti. Mahkeme, amacın değiştirilmesi için zorunlu sübjektif koşulun gerçekleştiğine de örneğimizde kanaat getirmiş olsun. Yani vakfedenin, vakfın her şeye karşın olduğu gibi devam etmesi yönünde bir iradesi belirlenmemiş olsun. Bu noktadan sonra artık mahkeme yeni amacı belirlemeye geçecektir. Yeni amacın belirlenmesinde, mahkeme öncelikle vakfedenin vakıf kurmadaki amacını araştıracaktır. Vakfedenin başlangıçtaki amacı, genelden özele doğru; doğal yaşamın desteklenmesi, kuş türlerinin desteklenmesi, belli bir kuş türünün yaşam olanaklarının iyileştirilmesi vb. şekillerde sayılabilir. Kanaatimizce bu sübjektif koşul, başlangıçtaki amacın vakfedenin vakıf senedinde isteğini ifade etme ya da onu şekillendirme, somutlaştırma tarzına değil; bizzat

⁶⁹ Teorik olarak, kuşkusuz, denetim makamı ya da vakıf, vakfın yeni amacının ne olması gerektiği konusunda hiçbir görüş bildirmeyebilirler. Ancak pratikte böyle önemli bir konuda bu ikisinin, özellikle de vakfın suskun kalması düşünülemez.

⁷⁰ Bu konudaki çeşitli görüşler için bak. Güneri, 81 vd.

isteğine, hedefine bir aykırılık olup olmadığını konu alır. Dolayısıyla mahkeme bu koşula uygun olarak alternatif yeni amaçları değerlendirecektir⁷¹. Bunu yaparken mümkün olduğunca özelden genele doğru hareket edilmesi isabetli olacaktır. Bu anlayışla mahkemenin şu bilgilere ulaştığının varsayalım: (1) Kuş Cenneti gibi, kuşlar için çeşitli doğal yaşam alanları Türkiye’de vardır. (2) Bu belli kuş türü Kuş Cennetinde artık konaklamıyor olsa da, başka göçmen kuşlar hâlâ burada konaklamaktadır. (3) Bu belli göçmen kuş türü, Kuş Cennetinin artık 60 ya da 80 km. uzağında konaklamaktadır. Bu ilk değerlendirmeden sonra, *yeni kabul edilecek amacın vakfedenin isteğiyle bağdaşmasına* gelince, mahkeme şu üç soru üzerine yoğunlaşacaktır: Acaba vakfedenin başlangıçtaki amacı Kuş Cenneti ya da başka bir yerde *özellikle bu kuş türünün* mü gereksinimlerinin karşılanmasıdır? Yoksa vakfedenin isteği açısından önemli olan, Kuş cennetindeki göçmen kuşlara çeşitli açılardan yardım etmek olup, belli bir kuş türü seçilerek amaç iyice somutlaştırılmış mıdır, dolayısıyla Kuş cennetindeki herhangi bir kuş türünün desteklenmesi hâlinde yine vakfedenin isteğine uygun hareket edildiği söylenebilecek midir? Yahut vakfeden, kuşlara uygun yaşam ortamı sağlayan herhangi bir yeri mi vakıf kurarak yaşatmak istemektedir, bu bakımdan Kuş Cennetini sadece böyle yerlerden biri olarak mı seçmiştir? Mahkeme, bu gibi çeşitli seçeneklerin içinden vakfedenin isteğine en yakın ve vakıf için en uygun olanı seçecektir. Eğer vakfeden hayatta ise mahkemenin, isteğini bizzat vakfedene sormasında da bir sakınca yoktur. Zaten vakfın (Kanun’un ifadesiyle vakfın yönetim organının) ve denetim makamının görüşünün alınmasında olduğu gibi, mahkemenin vakfedenin görüşü ile bağlı kalması gerekmemektedir⁷². Yeni amaç belirlenirken, vakfedenin isteğiyle bağdaşan –özellikle- birden çok olası yeni amaç varsa, bunların içinden vakfın merkezi, mallarının yeri ve mal varlığının durumu gibi çeşitli açılardan vakıf için de en uygun olanın seçilmesi isabetli olacaktır.

Önceki başlık altında verilen diğer örnek⁷³ açısından da konuyu inceleyelim. A bölgesinde nükleer santrallerin zararlarından o çevreyi ve bölge sakinlerini korumak amacıyla bir vakıf kurulmuş ve fakat bölgedeki nükleer santral kapatılmıştı. Mahkeme amacın değiştirilmesi için aranan iki koşulun gerçekleştiğini olayda belirlemiş olsun.

⁷¹ O hâlde mahkemenin vakfın mevcut amacı ile hiç bağdaşmayan, çocukların okul giderlerinin karşılanması gibi bir amacı *yeni amaç adayı* olarak değerlendirmesi daha başlangıçta mümkün değildir. Benzer sonuçları doğurabilecek görüşler için bak. Güneri, 76 ve 85.

⁷² Özellikle ilk ölçüt için, vakfedenin isteği tamamen farklı yönde olsa bile, örneğin amacın öğrencilere yardım şeklinde ya da bir hayvanat bahçesinin giderlerine katkı şeklinde değiştirilmesini istese bile, vakfın mevcut amacına, yani vakfedenin vakıf kurmadaki amacına sadık kalınması gerekecektir. Ayrıca bak. ve kar. Güneri, 76, 78.

⁷³ Bak. yuk. III.B.3.

Böylece sıra yeni amacı belirlemeye gelecektir. İlk aşamada mahkeme vakfedenin vakıf kurmadaki amacına uygun olası yeni amaçları belirleyecektir. Vakfedenin vakıf kurmadaki amaçları, tehlikeli maddelere karşı çevrenin ve insanların korunması, vakfın kurulmuş olduğu bölgenin ve bölge insanlarının tehlikeli maddelerden korunması, bu bölgenin ve bölge insanlarının nükleer santrallerin zararlarından korunması vb. şekilde soyut olarak belirlenmiş olsun. Daha sonra mahkeme, vakfın faaliyette bulunduğu bölgede sanayi atıklarının çok fazla olduğunu ve bunların insan ve çevreyi tehdit ettiğini belirlesin. Bir başka belirleme ise, bu bölgeye komşu bir bölgede bir nükleer santralin varlığı olsun. Bu aşamadan sonra, mahkeme artık çeşitli seçenekler arasından vakfedenin isteğine en yakın ve vakıf için en uygun olanı belirlemeye çalışmalıdır. Örneğin, vakıfla o bölge insanının ve o çevrenin nükleer santral gibi tehlikeli teknolojilere karşı korunmasının asıl olarak vakfedence hedeflendiği kanaatine varıldığını varsayalım. Bu takdirde, vakfın amacı; o bölge ve çevre için benzer tehlikeler içeren çeşitli fabrika ya da tesislerin bölge insanına ve çevreye verdiği zararlarla mücadele edilmesi şeklinde değiştirilebilir. Yahut vakfedenin özellikle nükleer santrallere karşı bir duyarlılığı varsa, bu durumda o bölgeye yönelik olan amaç genişletilerek daha geniş bir coğrafi bölgeyi ya da tüm ülkeyi kapsar hâle getirilebilir. Bu belirleme yapılırken, vakfı işleyişi de dâhil çeşitli bakımlardan vakıf için de en uygun olanının seçimine özen gösterilmelidir.

C. Vakfın Amacının Gerçekleşmesini Güçleştiren Koşulların ve Yükümlülüklerin Değiştirilmesi

TMK m. 113'te yalnızca amacın değiştirilmesi değil, onun gerçekleşmesini önemli ölçüde güçleştiren veya engelleyen koşulların ve yükümlülüklerin kaldırılması ya da değiştirilmesi de düzenlenmiştir. Hukuk dilinde çeşitli anlamlara gelebilen koşul veya şart, dar anlamıyla⁷⁴, bir hukuki işlemin etkisinin doğumu, düşmesi ya da devam etmesinin, ileride gerçekleşmesi objektif olarak belirsiz bir olaya bağlanması olarak tanımlanabilir⁷⁵. Yükümlülük (yükleme⁷⁶, mükellefiyet) ise karşılıksız bir kazandırmadan yararlanan kimseye, kazandıran tarafından yükletilmiş, belirli bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik bağımlı (fer'i) bir edimdir. Böylece yükümlülükte, kazandırma karşılığında, yararlanana bir şeyi yapma ya da yapmama

⁷⁴ Bak. Akıntürk, T.: Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1970, C. XXVII, sa. 3-4, s. 220 vd

⁷⁵ Koşul hakkında bak. Pulaşlı, H.: Şarta Bağlı İşlemler ve Sonuçları, Ankara 1989, s. 1 vd, 8; Sirmen, L.: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 1 vd; Akıntürk, 219 vd; Eren, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. bası, İstanbul 2003, s. 1115 vd; Antalya, O.G.: Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alicinin Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul 1993, s. 26; Kılıçoğlu, A.: Miras Hukuku, 2. bası, Ankara 2007, s. 132 vd.

⁷⁶ Bak. TMK m. 515.

yönünde bir ödev yüklenmektedir⁷⁷. Vakıf senedinde yer alan hüküm olarak ise yükümlülük, vakfeden tarafından vakfa ya da vakıftan yararlanana yükletilen bir iş, yapma, yapmama vb. bir ödev; koşul ise, geniş anlamda vakfedenin vakfına ilişkin istemlerini yansıtan açıklamalarının tümü, dar anlamda ise vakfedenin, vakfın yönetim biçimi, vakfın gelirlerinin nasıl harcanacağı ve vakfı kimlerin yöneteceğine ilişkin açıklamaları olarak anlaşılmaktadır⁷⁸. Bu anlamda yükümlülüğe, vakfedenin ölümünden sonra mezarının mermerle kaplanması, ölüm yıldönümlerinde kendisi için dua okutulmasının vakfa ya da yararlanana ödev olarak yüklenmiş olması⁷⁹; koşula ise, vakıf mallarının kiraya verilmesinden elde edilecek gelirin belirli bir miktarının *bu*; belirli bir miktarının ise *şu işe* harcanması gibi senet hükümleri örnek verilmektedir⁸⁰. Ancak vakıflar hukuku açısından, koşul ve yükümlülük kavramlarını birbirinden ayırmanın pek de isabetli ve gerekli görülmediğini, sonuç itibarıyla bu ikisinin “görev” anlamını taşıdığının ifade edildiğini de belirtelim⁸¹. Bu anlamda, amacı bilimin yayılması olan bir vakıfta, vakfın her yıl 23 Nisan’da 15 fakir öğrenciyi giydirmesine ilişkin bir senet hükmü bir yükümlülük ya da bir koşul olarak görülebilmektedir⁸². Aslında vakıf senedine yazılı koşul ve yükümlülüklerin, asıl amacın yanında vakfedenin ikinci derecede amaçlarını gerçekleştirmeye yöneldiği, yani ikincil amaç olarak işlev gördüğü söylenebilir⁸³.

Yukarıdaki örneklere bakıldığında, TMK m. 113/II’nin, m. 113/I’de öngörülenden tamamen farklı bir konusunun olduğu açıktır. I. fıkrada bizzat amacın değiştirilmesi söz konusu iken, II. fıkrada amaca dokunulmamakta, mevcut amacın gerçekleştirilmesini güçleştiren koşul ve yükümlülüklerle müdahale edilmektedir. Dolayısıyla ikinci fıkra açısından amacın değiştirilmesi gerekmemektedir⁸⁴. Yalnızca onun gerçekleştirilmesi önündeki engeller kaldırılmaktadır.

Koşul ve yükümlülüklerin değiştirilmesi için, bunların, objektif bakımdan, amacın gerçekleşmesini önemli ölçüde güçleştirmesi ya da engellemesi yeterlidir.

⁷⁷ Bak. Eren, 1118; Kılıçoğlu, 134 vd.; Akıntürk, 233-234.

⁷⁸ Bak. Güneri, 91-92, 94-95.

⁷⁹ İşeri, 87; Güneri, 92.

⁸⁰ Güneri, 95.

⁸¹ Güneri, 97.

⁸² Güneri, 98.

⁸³ Nitekim Güneri, bu ikisini; “İkinci (Fer’i-Tali) Derecede Amaç Kavramı Demek Olan Mükellefiyet ve Şart Kavramları.....” başlığı altında incelemektedir. Bak. s. 91 vd.

⁸⁴ Ballar’a göre ise; “Vakfın asıl amacını ortadan kaldıracak biçimde etkileyen yükümlülükler ile koşullar doğrultusunda da amacın değiştirilmesi bir zorunluluk olacaktır.” s. 230.

Vakıf Senedinde Değişikliğe Gidilmesi

Yani, amacın değiştirilmesinin aksine, burada, sübjektif koşulun gerçekleşmesi aranmamaktadır⁸⁵.

Amacın gerçekleşmesini önemli ölçüde güçleştiren ya da engelleyen koşul ve yükümlülükler şu örnek verilebilir: Bir vakıfta vakfeden yararlananlara yardımın devam koşulunu, bunların her yıl X ülkesindeki bir mekânı ziyaret etmelerine bağlamış olsun. Ancak daha sonra Türkiye ile bu ülke arasındaki ilişkilerin bozulması sonucu, X ülkesi Türk vatandaşlarına çok zor ya da aşırı yüksek harçlarla vize vermeye başlamış olsun. İşte böyle bir koşul ve yükümlülüğün TMK m. 113/II anlamında amacın gerçekleşmesini önemli ölçüde güçleştirdiğinden söz edilebilecektir.

TMK m. 113/II'ye göre, amacın gerçekleşmesini önemli ölçüde güçleştiren ya da engelleyen koşul veya yükümlülüklerin değiştirilmesi için de, amacın değiştirilmesine ilişkin TMK m. 113/I hükmü uygulanır. Böylece yukarıda söylenenler niteliğine uygun düştüğü ölçüde burada da geçerlidir: Her iki değişiklik de, ya vakfın yönetim organı ya da denetim makamı tarafından mahkeme önüne getirilmeli, diğerinin yazılı görüşü alınmadan mahkemece karar verilmemelidir. Aksi takdirde kanuna aykırı davranılmış olur.

Her ne kadar başvuruyu yapacak olan vakfın yönetim organı olsa da, bu konuda karar alma yetkisi vakfın yönetim organında olmayabilir. Bu yetki vakfın en üst, en büyük ve yetkili organında olabileceği gibi, vakıf senedi ile başka bir organa ya da yöneticilerden birine, örneğin yönetim kurulu başkanına da bırakılmış olabilir. Yani, vakfın iç ilişkisinde değişikliğin gerekliliğine ve bunun için mahkemeye başvurulmasına karar verilmesinde yönetim organı –TMK ile- yetkili ya da tek yetkili kılınmamış kabul edilmelidir. Ancak her hâlükârda yönetim organı doğal olarak mahkeme nezdinde vakfı temsil edecektir⁸⁶.

D. Vakfın Amacına Özgülenen Mal ve Hakların Değiştirilmesi

1. Değiştirilmeleri Senet Değişikliği Gerektiren Mal ve Haklar

Değiştirilmesi senet değişikliği gerektiren mal ve haklar, vakıf senediyle vakfa özgülenenlerdir. Gerçekten de, amacın, amacı güçleştiren koşulların değiştirilmesi mümkün olduğu gibi, haklı nedenlerin varlığı hâlinde amaca özgülenenler de değiştirilebilir. Bunun için, öncelikle bu değişimin vakfın yararına olması gerekir. İşte TMK m. 113/III'te geçen, “*Amaca özgülenen mal ve hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesi(nden)...*” bunu anlamak; değişiklik sonucu edinilecek yeni mal ve/

⁸⁵ Bak. İşeri, 209; Güneri, 109-110.

⁸⁶ Bu konuda ayrıca bak. yuk. II.D. altında yapılan açıklamalar.

veya haklardan, mevcut mal ve/veya haklardan hâlihazırda elde edilenden -vakfın amacına hizmet edilmesi noktasında- daha fazla yarar sağlayacak olmak gerekir.

Vakfa özgülenenlerin değiştirilmesi için, amaca hizmet noktasında bunlardan daha yararlı mal ve hakların varlığı tek başına yetmez. Yani bu Kanun'un aradığı tek ölçü değildir. Gerçekten de, tek ölçü bu olsaydı, fiyat ve fiyatı etkileyen piyasa koşullarında görülen her değişim özgülenenlerin de bu maddeye göre değiştirilmesi yolunu açabilirdi. Oysa, mevcut düzenleme yararlılığın yanı sıra bu değişim için başka haklı nedenlerin de bulunmasını aramaktadır. Eğer değişimi haklı gösterecek bir neden ortaya konamazsa, bu yöndeki istemin reddi gerekir.

Böyle bir durumda haklı nedenin ne olabileceğine aslında TMK m. 113/III'ü karşılayan EMK m. 80/A metninden örnek verilebilir. Bu madde şöyleydi (c.1): *“Geliri giderini karşılamayan veya kıymetine uygun gelir getirmeyen vakfın malları, daha yararlı herhangi bir mal veya para ile değiştirilebilir”*. O hâlde, vakfa özgülenen ve kira gelirinden yararlanan çok iyi bir mevkideki bir taşınmaz, son derece eski olduğundan kira bedelleri rayicin çok altında kalıyor ve bakım giderleri oldukça yüksekse, bu binanın yıkılarak yenisinin yapılmasına ya da satılarak bedelinin değerlendirilmesine karar verilebilir. Gerçekten de, TMK'da malların yenisiyle değiştirilmesi kadar satılarak paraya çevrilmesine de olanak tanınmaktadır. Bu konuda bir sınırlama getirmek de isabetli değildir. Bir malın bu bağlamda yenisiyle değiştirilmesi; satılarak yenisinin alınmasını, başka bir malın alınmasını, örnekte olduğu gibi yerine yenisinin yapılmasını vb. tüm olasılıkları kapsamaktadır.

TMK m. 113/III'e göre, mal ya da hakların bu şekilde değiştirilmesi için mahkemeye, vakfın yönetim organı ya da denetim makamı başvuruda bulunabilir. Başvuru üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra karar verilir. Ancak aşağıdaki başlık altında yer verildiği için burada tekrar edilmeyecek olan 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 12. maddesinde bu değişiklik için sadece vakıf yönetiminin başvurusundan söz edilmektedir. Denetim makamının ise görüşünü alınacaktır. Bu düzenleme karşısında, denetim makamına TMK m. 113/III'te tanınan başvuru olanağının devam edip etmediği tartışmalı hâle gelmiştir⁸⁷.

2. Değiştirilmeleri Senet Değişikliği Gerektirmeyen Mal ve Haklar

TMK m. 113/III'teki koşullar ve usul vakfa ait tüm mal veya haklar için

⁸⁷ 5737 sayılı Kanun'un 12. maddesi karşısında, denetim makamının yetkisinin örtülü olarak kaldırıldığı söylenebilir. Ne var ki maddenin gerekçesinden, bu yönde bir değişikliğin hedeflendiği anlaşılamamaktadır. Hâl böyle olunca maddede, denetim makamının bilinçli olarak mı dışarıda tutulduğu, burada zikrine gerek mi duyulmadığı, yoksa hata sonucu mu zikredilmediği belirsiz kalmaktadır.

uygulanmaz. Ancak vakıf senediyle vakfa özgülenenler için uygulanır. Yoksa diğer mal ya da hakların vakfın normal işleyişi içinde alınıp satılması mümkündür⁸⁸. Nitekim 5737 sayılı Yeni Vakıflar Kanunu bunu bir yandan teyit ederken, bir yandan da bazı kurallara bağlamıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 5737 sayılı Kanun'un *Vakıfların mal edinmesi, akar cinsinden olan malların değiştirilmesi* başlığını taşıyan 12. maddesine göre de, yeni vakıflara, başlangıçta özgülenen mal ve haklar, vakıf yönetiminin başvurusu üzerine, bunu haklı kılan sebepler varsa, denetim makamının (Vakıflar Genel Müdürlüğünün) görüşü alınarak mahkeme kararı ile daha yararlı olanları ile değiştirilebilir veya paraya çevrilebilir (f. II). Yeni vakıfların sonradan iktisap ettikleri⁸⁹ mal ve haklar ise bağımsız ekspertiz kuruluşlarınca düzenlenecek rapora dayalı olarak vakıf yetkili organının kararı ile daha yararlı olanları ile değiştirilebilir veya paraya çevrilebilir. Bu bakımdan vakıfların, vakfeden tarafından özgülenenlerin dışındaki, vakıf tüzel kişilik kazandıktan sonra edindikleri mal ya da hakları değiştirebilmeleri veya paraya çevirebilmeleri, bağımsız ekspertiz kuruluşlarından rapor alınmasına bağlanmıştır. Doğrusu bu düzenlemenin, değeri belli bir miktarın üzerindeki sonradan edinilen mal ve haklar için getirilmesi isabetli olurdu.

IV. VAKIF SENEDİNDE DEĞİŞİKLİK SONUCUNU DOĞURAN TMK. m.107, 112 ve 113'ÜN KARŞILAŞTIRILMASI VE BİRBİRLERİYLE İLİŞKİSİ

Vakıf senedinde sonradan gerçekleşen değişikliklerin üç yolu şöyledir:

- TMK m. 107/II'ye vakıf senedindeki noksanlıkların sonradan tamamlattırılması yoluna başvurulması,
- TMK m. 112/I'e göre vakfın örgütü, yönetimi ve işleyişinde yapılacak değişiklikler,
- TMK m. 113'e göre, vakfın amacının değiştirilmesi.

⁸⁸ Öz, T.:Vakıf senedinde Aksine Hüküm Bulunmasına Rağmen Vakıf Mallarının Değiştirilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, 753 vd.; Akipek/Akıntürk, 703; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 291; Dural/Öğüz, 351; Öğüz, 106.

⁸⁹ "Vakıflar; mal edinebilirler, malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilirler." 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 12/I. Ancak "... Vakıf yöneticileri vakfa özgülenen malları vakfeden kişi veya kişilerin arzularını doğrultusunda yönetmek zorundadırlar. Vakıf kurarak hayır işleyen kişi veya kişiler başkasının katkısını istemezler. Öte yandan başkasına ait bir mal ele geçirilerek hayır işlenemez. Yöneticilerin vakfa özgülenmeyen bir taşınmazı kullanmaları da bu nedenle "malik" sıfatıyla olamaz. Karşılıksız olarak başkasına ait bir taşınmaz malı vakfın edinmesi vakıf kurma arzu ve düşüncesi ile bağdaşmaz. Malik sıfatıyla zilyetlikten söz edilemeyeceğinden zilyetlikle edinme koşullarının gerçekleştiği de kabul edilemez." Yargıtay 16. HD, 09.05.2002 T., E. 2002/4873, K. 2002/4337 (Meşe Yazılım); aynı yönde Yargıtay 16. HD, 09.05.2002 T., E. 2002/4872, K. 2002/4336 (Meşe Yazılım).

A. 112. ve 113. Maddenin 107. Madde ile Karşılaştırılması ve İlişkisi

TMK m. 112 ile TMK m. 107 arasındaki ilişki şöyledir: TMK m. 107'ye vakıf örgütünün tamamlattırılması için m. 112'ye ise vakıf örgütünün değiştirilmesi için başvurulur⁹⁰. TMK m. 113 de vakıf senedinin sonradan değiştirilmesi ile ilgilidir. Vakıf senedinin tamamlattırılması (TMK m. 107) ya da o süreçle ilgili değildir. Burada, sonradan ortaya çıkan bazı nedenlerle vakıf senedinin taşıdığı en önemli hükümlerde; amaç ve bu amaca özgülenen mal varlığı değerlerinde bir değişikliğe gidilmektedir. Böylece işlevi açısından TMK m. 107, m. 112 ve 113'ten açıkça ayrılır. TMK m. 107'ye vakıf senedindeki noksanlıklar için başvurulur. Burada vakıf senedinde başlangıçta gerçekleşmiş bir noksanlığın giderilmesi gündeme gelir. Dolayısıyla bu yolla vakıf senedinde değişikliğe gidilse de, vakıf senedinin değiştirildiğinden söz edilemez. TMK m. 112 ve 113'te ise başlangıçta bir noksanlık taşımayan vakıf senedinin, daha sonra, koşullar gereği değiştirilmesi söz konusudur. Bu anlamda her üçü de vakıf senedinde değişikliğe neden olsa da, sadece m. 112 ve 113'te senet değiştirilmektedir. Yukarıda değinildiği üzere, TMK m. 107'ye göre, vakıf senedindeki noksanlıklar, tescil kararı verilmeden önce mahkemece tamamlattırılabilirdiği gibi; kuruluştan sonra da tamamlattırılabilir. Kuruluştan sonra noksanlıkların tamamlattırılmasında sonuçta sicile kaydolmuş ve tüzel kişilik kazanmış bir vakfın vakıf senedinde değişiklik olmaktadır. Bu bakımdan burada gerçek anlamda bir vakıf senedinde değişiklik söz konusudur. Nitekim bu çalışmada bu bakış açısıyla her üç madde de “vakıf senedinde değişikliğe gidilmesi” başlığı altında toplanmıştır⁹¹.

TMK. m. 107/II'de, tescilden sonra noksanlıkların tamamlattırılması için mahkemeye başvuru hakkı yalnızca denetim makamına verilmiştir. Yani vakıf organları için bu yol açık tutulmamıştır⁹². TMK m. 112 ve 113'te ise denetim makamı kadar vakfın yönetim organına da mahkemeye başvurma hakkı açıkça tanınmıştır.

Vakfın örgütü ile ilgili değişiklikler açısından, TMK m. 107'ye göre örgütün tamamlanmasının, m. 112'ye göre ise örgütün değiştirilmesinin mümkün olduğunu görüyoruz. Ancak bazen, vakfın örgütü ile ilgili olarak vakıf senedine konulmak

⁹⁰ “Örgütün tamamlanması, vakfın amacına ve vakfedenin iradesine uygun yapılır. Eğer örgütün tamamlanması mümkün olmazsa, mevcut örgütün değiştirilmesi yoluna gidilmek gerekir.” Akipek/Akıntürk, 699.

⁹¹ Kar. “Şu halde, vakıf senedinde değişiklik yapılması, ancak MK. m. 112-113 hükümlerinde belirtildiği üzere,mümkün olabilecek, MK. m. 112 ve 113'de yer verilen sebeplerin bulunmaması halinde ise vakıf senedinde değişiklik yapılması söz konusu olmayacaktır”. Ögüz, 100.

⁹² Bu konuda bak. yukarıda TMK m. 107 ile ilgili yapılan açıklamalar.

istenilen bir hükmün, senetteki noksanlığın giderilmesine mi yoksa vakıf senedinin değiştirilmesine mi yönelik olduğu sorun doğurabilir. Bu sorun şu şekilde oldukça pratik olarak çözülebilir: Eğer vakıf senesindeki mevcut bir hüküm kaldırılmadan buna ek ya da başka bir hüküm getiriliyorsa *tamamlamadan*; senetteki herhangi bir hüküm kaldırılıyor ya da getirdiği kural değiştiriliyorsa *değiştirmeden* söz edilecektir. Örneğin, vakıf senesinde yöneticilerin A üniversitesi mezunu olması aranırken, herhangi bir üniversite mezununun yönetici olabilmesi ya da yöneticilerin yüksek lisans yapmış olmalarına ilişkin bir kuralın senede eklenmesi isteniyorsa burada bir *değiştirme* söz konusudur. Senette yer alan örneğin, “yöneticilerin çok yaşlı olmaması gerekir” şeklindeki bir kuralın peşine “65 yaş ve üzeri çok yaşlı sayılır” şeklinde bir hüküm konulmak isteniyorsa burada da bir *tamamlama* var kabul edilmek gerekir.

TMK m. 107’ye göre senedin tamamlanması, vakfedenin iradesine uygunluk noktasında da m. 112’nin uygulanmasından farklı özellikler arz eder. TMK m. 107/II açısından tescilden sonra yapılacak tamamlamalarda, vakfedenin görüşü sorulur ve mümkün olduğunca tamamlama bu irade doğrultusunda yapılmalıdır. Burada vakfedenin görüşünün alınması yasal bir zorunluluktur. TMK m. 102 ise vakfedenin iradesine aykırı bir senet değişikliğinin yapılması yolunu tereddütsüz açık bırakmaktadır. Hatta m. 102 açısından esas olan budur. Çünkü sonradan ortaya çıkan haklı nedenler; vakfın örgütü, yönetimi ya da işleyişine ilişkin herhangi bir konunun senette düzenlenenden farklı şekilde düzenlenmesini gerektirmektir: Bu yolla vakfedence vakıf senedine konulan hüküm değiştirilmektedir. Bununla birlikte, vakfeden hayatta ise, bu konuda TMK m. 112’de açık bir hüküm olmamasına karşın, vakfedenin sorunun çözümü hakkındaki görüşünün alınmasına bir engel olmamak gerekir. Unutulmaması gereken, vakfedenin görüşünün, bu olasılıkta, mahkemeyi ya da başvuruda bulunanı bağlayıcı olmadığıdır. Ancak, değişiklik getiren hükmün mümkün olduğunca vakfedenin iradesine göre şekillenmesi, iki çözüm yolu varsa vakfedenin tercih ettiğinin seçilmesi daha isabetli olur. Bu söylenenler kuşkusuz, TMK. m. 113 için de düşünülebilir.

B. 112. Maddenin 113. Madde ile Karşılaştırılması ve İlişkisi

TMK m. 112’ye vakfın örgütüne, yönetimine ya da işleyişine ilişkin senet değişiklikleri için başvurulurken, 113. maddeye senetteki; vakfın amacının, amacın gerçekleştirilmesini güçleştiren koşul ve yükümlülüklerin, bir de amaca özgülünen malların veya hakların değiştirilmesi için başvurulabilir.

Bazı durumlarda, bir başvurunun TMK m. 112’ye göre mi yoksa m. 113’e göre mi değerlendirileceği kolayca belirlenebilir. Özellikle vakfın amacının ve senette yazılı mal ve hakların değiştirilmesi istemlerinde durum böyledir. Bunların

112. maddenin kapsamına girmediği açıktır. Ancak her iki madde açısından da bazı durumlarda sorunun çözümü bu kadar kolay olmayabilir. Özellikle, vakıflar hukukunda koşul; geniş anlamda vakfedenin vakfına ilişkin istemlerini yansıtan açıklamalarının tümü, hatta dar anlamda vakfedenin, vakfın yönetim biçimi, vakfın gelirlerinin nasıl harcanacağı ve vakfi kimlerin yöneteceğine ilişkin açıklamaları olarak kabul edildiğinde bu durum görülebilir. Kastetmek istediğimiz, vakıftaki koşul ve yükümlülüğe verilen şu örnekte açıkça görülmektedir: “*Bir vakfın personeline verilmesi şart edilmiş olan maaş veya ücret şimdiki hale göre, bunların geçimini sağlayamadığı ve zam yapılmazsa görevlerinden ayrılacakları anlaşılır ve aynı maaş ve ücretle bu görevleri yerine getirebilecek başkaca bir yetkili de bulunamayacağı bilirse, o personelin maaş veya ücretleri artırılır. Bunun tersine olarak vakfın geliri, bu giderleri karşılayacak miktarda değilse, kadrolarda daraltmalar yapılarak tasarruf yönüne gidilir*”⁹³. Vakıfta çalışan personelin maaş ya da ücretlerinin TMK m. 112 anlamında vakfın işleyişi ve örgütü ile ilgili bir sorun olarak görülmesi mümkündür. Böyle olunca da, bu konuda bir değişikliğin yapılması hem TMK m. 112 hem de TMK m. 113’ün kapsamında görülebilir. Bu gibi durumlarda TMK m. 112’ye göre hareket edilmesi beklenir. Zira maksat senet değişikliği olduğuna göre, TMK m. 113’e göre daha hafif koşulların arandığı TMK m. 112’nin tercih edilmesi kuvvetle olasıdır. Şu hâlde, vakfın amacın gerçekleştirilmesini güçleştiren koşul ve yükümlülüklerin değiştirilmesinden bahisle TMK m. 113, pratikte ancak, bu senet hükümleri vakfın örgütü, yönetimi ya da işleyişine ilişkin değilse gündeme gelebilecektir. Bununla birlikte, kanaatimizce, koşul ve yükümlülük bu kadar geniş anlaşılmayabilir. Mademki bu ikisi, asıl amacın yanında vakfedenin ikincil amaçlarını gerçekleştirme işlevi görmektedirler, bu nitelikte olmayan senet hükümleri, TMK m. 113 açısından koşul ya da yükümlülük olarak değerlendirilmeyebilir. Bu mantıkla hareket edildiğinde, yukarıdaki örnekte bir koşul ya da yükümlülüğün olduğundan söz edilemez. Vakfeden tarafından belirli zamanlarda hayli önemli giderleri gerektiren büyük konserler düzenlenmesinin öngörülmesinde⁹⁴ ise, bir koşul ve yükümlülük vardır. Bu koşul ve yükümlülüğün TMK m. 113’e göre değiştirilmesi gerekir.

Konunun bir başka boyutu açısından, burada yukarıda TMK m. 112 incelenirken yer verilen bir örneğe tekrar değinmekte yarar vardır: X vakfında yurt dışına gönderilecek üniversite mezunlarını ve eğitimi desteklenecek çocukları belirleme ve destek miktarına karar verme ile görevli bir yararlananları tespit kurulu varsa, TMK m. 112’ye göre haklı nedenlerle bunun ikiye bölünmesine ve böylece yeniden

⁹³ Güneri, 110. Güneri, kendisinin de katıldığı bu örneği; Berki, A.H.: Vakıflar, İkinci Kitap, Medeni Kanunda «Tesis» ve Vakıflar Kanunu Hükümleri, B. 1, Ankara 1950, s. 45-46’dan aktarmaktadır.

⁹⁴ Köprülü, 597.

Vakıf Senesinde Değişikliğe Gidilmesi

yapılanmasına karar verilebilir. Bununla birlikte yukarıdaki örnekte, mahkeme, TMK m. 112'ye göre yapılan başvuru üzerine, yurt dışına gönderileceklerin artık desteklenmemesine karar vererek sorunu çözemez. Aynı zamanda böyle bir değişiklik m. 112'ye dayanılarak istenemez. Zira bu değişiklik vakfın örgütü, yönetimi ya da işleyişi ile ilgili değil, amacı ile ilgilidir ve m. 113'e göre ele alınması gerekir. Dolayısıyla m. 113'ün koşulları gerçekleşmeden bu yönde bir karar verilemez.

TMK m. 112'ye dayanan bir başvuru yapılmış ve fakat değişiklik aslında vakfın örgütü, yönetimi ya da işleyişi ile ilgili değil de vakfın amacı ile ilgili ise, mahkeme başvuruyu reddetmek yerine TMK m. 113'e göre inceleyebilecektir. Hâkimin uygulanacak hukuk kuralını arayıp bulma ödevinin yanı sıra, her iki maddeye göre değişiklik için istemde bulunacak ve görüş bildireceklerin aynı olması buna olanak tanımaktadır. Ancak mahkeme, m. 112'ye göre ileri sürülen haklı neden yüzünden, bu olasılıkta, m. 113'te aranan; *durum ve koşullardaki değişimler yüzünden vakıf senesinde yazılı amaca bağlı kalınmasının vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak hâle gelip gelmediğini* araştıracaktır.

SONUÇ

Türk hukukunda vakıf senesinde değişikliğe gidilmesinin üç yolu vardır. Bunlardan TMK. m 107'de öngörülen yol vakıf senedinin değiştirilmesine değil, ondaki noksanlıkların tamamlanmasına yönelmiştir. Bu nedenle koşulları ve uygulanması açısından diğer iki yoldan; TMK m. 112 ve 113'te öngörülen yollardan açıkça ayrılır. TMK m. 112 ve 113 ise vakıf senedinin sonradan değiştirilmesi ile ilgilidir.

TMK. m. 112'nin uygulanmasında, vakfın örgütü, yönetimi ya da işleyişinde değişikliğe gidilmesini gerektiren bir haklı nedenin varlığı ortaya konulmalıdır. Ancak maddenin açık hükmü karşısında, bu değişikliğe kesin ihtiyacın varlığı artık aranmamalıdır. Haklı neden, kesin ihtiyaca göre değişikliklerde daha az katı davranılmasını gerektirmektedir. Kesin ihtiyaç koşulu, bir değişikliğin kaçınılmaz olduğu anlamına geliyorsa; gösterilecek haklı nedenin ciddiliği bu dereceye varmayabilir. Bu bakımdan, vakfın örgütü, yönetimi ya da işleyişi ile ilgili; işlemleri yavaşlatan, vakıf örgütünün verimliliğini azaltan, yönetimi vakfı yönetmekte zorlayan kurallar, vakfedenin her şeye karşın gene de takip edilmelerini istediği anlaşılıyorsa 4721 sayılı Kanun döneminde çok daha kolay değiştirilebilecektir.

TMK m. 113'e göre, vakfın amacının değiştirilmesi için, vakıf senesinde yazılı amaca bağlı kalınması vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak hâle gelmiş olmalıdır. Bu maddeye göre, vakfın amacının değiştirilmesi için, biri objektif diğeri ise subjektif

olmak üzere iki koşulun gerçekleşmesi gerekir. İlki açısından, durum ve koşullarda öyle değişiklikler olmaktadır ki, bunların sonucunda objektif olarak, vakfın amacı anlam ve içeriğini yitirmiş olmalıdır. Sübjektif koşulda ise, değişen durum ve koşullar dolayısıyla vakfın olduğu gibi devamı, artık vakfedenin vakıf kurmaktaki amacını sağlamamaktadır. Kanaatimizce sübjektif koşula bağlı değerlendirme, vakfın her şeye karşın olduğu gibi devam edip etmemesi ile sınırlı bir değerlendirmedir. Bu iki koşul sağlandıktan sonra yeni amacın belirlenmesine geçilecektir ki, orada da, iki aşamalı bir değerlendirmeye gidilmesi isabetli olacaktır. Şöyle ki, önce, vakfedenin vakıf kurmadaki amacına uygun olası yeni amaçlar belirlenmeli; bundan sonra ise, olası yeni amaçlar içinden vakfedenin isteğine en yakın ve vakıf için en uygun olanı seçilmelidir.

Vakıf senedindeki koşul ve yükümlüklerin değiştirilmesine gelince, burada koşul ve yükümlülüklerin, vakfedenin ikincil derecedeki amaçlarını karşılama işlevi dikkate alınarak dar yorumlanması uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, T.: Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1970, C. XXVII, sa. 3-4, s. 219-247.
- AKİPEK, J. G./AKINTÜRK, T.: Türk Medeni Hukuku, Kişiler Hukuku, C. I, 5. bası, İstanbul 2004.
- AKÜNAL, T.: Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995.
- AKYILDIZ, A.: Türk Hukukunda Vakıflar Üzerinde Devlet Denetimi, yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul 1997.
- ALTUNKAYA, M.: Vakıflar Kanunu Tasarısı Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2007, s. 1679-1712.
- ANTALYA, O.G.: Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul 1993.
- AVCI, M. Ö.: Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı, İstanbul 2006.
- BALLAR, S.: Yeni Vakıflar Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2000.
- BERKİ, Ş.: Türkiye'de İmparatorluk ve Cumhuriyet Devrinde Vakıf Çeşitleri, Vakıflar D. 1971, s.1-12.
- DOĞAN, M.: Vakıflarda Mal Varlığı, Ankara 2000.
- DURAL, M./ÖĞÜZ, M. T.: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2006.
- EM, A.: Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, Ankara 2006.
- EREN, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. bası, İstanbul 2003.
- ERGÜN, Ö.: Danıştay İçtihatlarında Eski Vakıfların Konumu, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 1995.
- ERTAŞ, Ş./KOÇ, N.: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, İzmir 2002.
- GÜNERİ, H.: Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara 1976.
- HATEMİ, H.: Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969.
- HAUSHEER, H./AEBI-MÜLLER, R.E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005.

- İŞERİ, A.: Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf (Tesis), Ankara 1968.
- KÖPRÜLÜ, B.: Medeni Hukuk-Genel Prensipler, Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 2. baskı, İstanbul 1984.
- OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S.: Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 9. bası, İstanbul 2009.
- ÖĞÜZ, M. T.: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul 2007.
- ÖZ, T.: Vakıf Senedinde Aksine Hüküm Bulunmasına Rağmen Vakıf Mallarının Değiştirilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.753 vd.
- ÖZSUNAY, E.: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982.
- ÖZTAN, B.: Tüzel Kişiler, 3. bası, Ankara 2000.
- PULAŞLI, H.: Şarta Bağlı İşlemler ve Sonuçları, Ankara 1989.
- RIEMER, H. M.: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, 3. Abteilung, 3. Teilband, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB, 3. Aufl., Bern 1975 (Nachdruck 1981).
- SCHMID, J.: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001.
- SİRMEN, L.: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.
- SPRECHER, T./ SALIS-LÜTOLF, U. von: Die Schweizerische Stiftung, Zürich 1999.
- TUOR, P./SCHNYDER, B./SCHMID, J./RUMO-JUNGO, A.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002 (Nachdruck 2006).
- SEROZAN, R.: Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994.
- ZEVKLİLER, A./ACABEY, B./GÖKYAYLA, E.: Zevkliler Medeni Hukuk, 6. baskı, Ankara 1999.

KESİN VADELİ İŞLEMLERDE İFA ETMEME: TEMERRÜT VE İMKÂNSIZLIK

Dr. A. Dilşad KESKİN*

ÖZET

Kesin vadeli işlem, ifanın belirli bir anda ya da belirli bir ana kadar gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu işlemidir ve mutlak kesin vadeli işlem ve nispi kesin vadeli işlem olmak üzere iki farklı biçimde ortaya çıkabilir. Mutlak kesin vadeli işlemlerde, ifa zamanı edimin bir unsuru halinde getirilmiş olduğundan, gecikmiş ifa, ifa sayılmaz. İfa zamanının geçirilmesi, edimin imkânsızlaşmasına yol açar. Nispi kesin vadeli işlemlerde ise ifa zamanı önemlidir, ancak sonraki ifa da sözleşmenin amacına hizmet etmektedir. Bu sebeple gecikmiş ifa, temerrüt hükümlerine tabidir.

Anahtar Kelimeler: Kesin Vadeli İşlem, Temerrüt, İmkânsızlık, Süre, Wade.

ZUSAMMENFASSUNG

Ein Fixgeschäft ist ein Rechtsgeschäft, bei dem die Leistung zu einem oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erbracht werden muss. Es gibt zwei Arten von Fixgeschäften: absolutes Fixgeschäft und relatives Fixgeschäft. Bei dem absoluten Fixgeschäft gehört die Leistungszeit zum Vertragsinhalt, so dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellen kann. Bei Nichteinhaltung der Frist tritt Unmöglichkeit ein. Beim relativen Fixgeschäft ist die Einhaltung der vereinbarten Leistungszeit ebenfalls von wesentlicher Bedeutung. Anders als beim absoluten Fixgeschäft ist beim relativen Fixgeschäft die Leistung aber nachholbar, da auch durch eine verspätete Leistung der Vertragszweck noch erbracht werden kann. Eine verspätete Leistung ist noch möglich, mit Ablauf der Leistungszeit gerät der Schuldner aber in Verzug.

Schlüsselwörter: Fixgeschäft, Verzug, Unmöglichkeit, Frist, Termin.

* Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Özel Hukuk Araştırma Görevlisi.

I. GİRİŞ

Borçlu, borcunu alacaklı ile arasındaki borç ilişkisinde belirlenen esaslara uygun şekilde yerine getirmekle yükümlüdür. Buna göre borçlanılan edimin, her yönden borca uygun olarak -gereği gibi- ifası zorunludur. İfanın tam ve doğru bir biçimde gerçekleştirilmesi, taraflar arasındaki borç ilişkisinde tespit edilmiş olan esaslara uygun olması, başka bir ifadeyle taraflarca kararlaştırılmış “belirli bir tarzda” gerçekleştirilmesi anlamına gelir. İfanın tarzı (Erfüllungsmodalität) ya da ifanın unsurları olarak isimlendirilen bu esaslar, ifanın konusu, ifanın tarafları, ifa yeri ve ifa zamanı olarak sıralanabilir¹.

Borç ilişkilerinde vade meselesi, ifanın unsurlarından “ifa zamanı” (Erfüllungszeit) ile ilgilidir. İfa zamanı, bir yandan alacaklının borçludan ifa talebinde bulunabileceği, borçlunun da edimini yerine getirmeye mecbur olduğu zamanı, bir yandan da borcun borçlu tarafından ifa edilebileceği, alacaklının da, haklı bir sebep bulunmadıkça, ifa amacıyla kendisine sunulan edimi kabul etmek zorunda olduğu anı gösterir².

BK m. 74 hükmüne göre kural, borcun doğar doğmaz, hemen ifasının talep edilebilmesidir. Bununla birlikte borcun, taraflar arasındaki anlaşma, işin mahiyeti veya bir kanun hükmü gereği vadeye bağlı olması da mümkündür³. Borcun ifası için vade kararlaştırılması, borcun doğumu anı ile ifa zamanının birbirinden ayrılması anlamına gelir. Böylece vadeye bağlanmış bir borçta alacaklı, borcun ifasını ancak vade gelince talep edebilir⁴; başka bir ifadeyle borç, vadenin gelmesi ile muaccel olur⁵. Taraflar, vadeyi çoğu kez borçlunun yararına olmak üzere kararlaştırırlar. Bu sebeple borçlunun, kendi lehine konulmuş bir yetkiden vazgeçerek vaktinden önce ifada bulunması mümkündür. Ancak alacaklının, ifa teklifini kabul etmeye mecbur olması için, ifanın vaktinde yapılmasında “akdın hükmünden veya mahiyetinden veya hal icabından” anlaşılan özel bir menfaati bulunmaması gerekir⁶.

¹ EREN, 875.

² GUHL, 218; HUGUENIN, 128; SCHWENZER, 46; EREN, 907; OĞUZMAN/ÖZ, 247; von TUHR/ESCHER, 45.

³ GAUCH/SCHLUEP, 26; EREN, 908.

⁴ Zaman süreci içindeki belirli bir anı ifade eden ve borcun ne zaman ifa edileceğini gösteren “vade” (Termin) ile belirli bir zaman aralığını, bir zaman bölümünü ifade eden “süre” (Frist) birbirinden farklı iki kavramdır. Vade ifa fiilinin gerçekleştirileceği belirli bir zaman birimi veya kesittir ve sürenin zaman yönünden son sınırını oluşturur. Buna karşılık süre, ifa fiilinin ne kadar zaman içinde yapılacağı sorusunun cevabıdır (EREN, 908; GAUCH/SCHLUEP, 26).

⁵ von TUHR/ESCHER, 46; FEYZİOĞLU, 118; EREN, 908.

⁶ Bazı durumlarda borçlunun borcunu vadeden önce ifa etmesi mümkün değildir. Buna karşılık alacaklı, borçludan ifa talebinde bulunabilir. Nitekim BK m. 466/I ve BK m. 467/I’de durum böyledir.

Vade, temerrüt halinin doğumu ve alacaklının temerrütten kaynaklanan haklarını kullanma biçimi üzerindeki etkisine göre, üç çeşittir⁷. Bunlardan olağan vade (gewöhnliche Fälligkeitstermin); temerrüdün gerçekleşmesi için, vadenin gelmesine ek olarak alacaklının ayrıca bir ihtarda bulunmasının gerektiği vadedir. Burada borç vadenin gelmesiyle birlikte muaccel olur; alacaklı ifa talebinde bulunabilir, borçlu da borcunu ifa etmek zorundadır. Ancak alacaklının ihtarına kadar, temerrüt söz konusu olmaz⁸. Vadenin ikinci çeşidini oluşturan belirli vade (Verfalltag), muacceliyet ile temerrüdün birlikte gerçekleşeceği tarihtir. Belirli vadeli işlemlerde borç, vadenin gelmesiyle muaccel olur. Vadenin gelmesine rağmen borcunu ifa etmeyen borçlu da, alacaklının ihtarına gerek kalmaksızın, kendiliğinden mütemerrit duruma düşer⁹. Vadenin üçüncü çeşidi kesin vadedir (Stichtag). Kesin vade, bir yandan borcun muaccel olacağı ve temerrüdün ortaya çıkacağı anı gösterir, bir yandan da alacaklının, temerrütten kaynaklanan seçimlik haklarını, borçluya ek süre tayin etmesine gerek kalmaksızın kullanabilmesine imkân verir¹⁰.

Kesin vadeli işlemlerde, ifanın kararlaştırılan vadede gerçekleştirilmemesi durumunda hangi hükümlerin uygulanacağı tartışmalıdır. Vadenin gelmiş olmasına rağmen borçlunun edimini yerine getirmemesi, başka bir ifade ile ifanın gecikmesi, kural olarak (diğer şartların da gerçekleşmesiyle) borçlunun temerrüde düşmesi sonucunu doğurur¹¹. Ancak özellikle, ifa zamanının taraflarca edimin muhtevasına dâhil edilmiş olduğu kesin vadeli işlemlerde, kararlaştırılan vadede ifa edilmeyen edimin daha sonraki bir tarihte ifa edilmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla bu tür işlemler bakımından, borçlunun edimini zamanında ifa etmemesi durumunda artık temerrüt değil, imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür¹².

II. KESİN VADELİ İŞLEMİN TANIMI

Borçlar Kanununda kesin vadeli işlemlere, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünü düzenleyen iki ayrı hüküm ile değinilmiştir. Bunlardan BK m. 101'e göre, muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer. Bununla birlikte, borcun ifa edileceği gün taraflarca kararlaştırılmış veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka istinaden, taraflardan biri, bunu usulen bir ihbarda bulunmak

⁷ EREN, 909; GUHL, 218.

⁸ von BUREN, 374; EREN, 910; FEYZİOĞLU, 120.

⁹ FIKENTSCHER, 213; SCHWENZER, 445; von TUHR/ESCHER, 136; EREN, 910; OĞUZMAN/ÖZ, 300; GUHL, 220; GAUCH/SCHLUEP, 169.

¹⁰ EREN, 910; von TUHR/ESCHER, 53; GUHL, 220; FIKENTSCHER, 213; von BUREN, 373.

¹¹ SCHWENZER, 47; HUGUENIN, 106; FIKENTSCHER, 213.

¹² DURAL, 104; FIKENTSCHER, 221; LARENZ, 252.

suretiyle tespit etmişse, temerrüt halinin doğumu için, belirlenen bu günün gelmesi yeterlidir. BK m. 107 ise iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin temerrüdü halinde diğerinin temerrütten doğan haklarını kullanabilmesini “münasip bir mehil tayini”ne bağlayan BK m. 106’nın istisnalarını belirler ve “sözleşmenin hükümlerine göre borcun tayin ve tespit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmesinin lazım geldiği” halleri de mehil tayinine gerek olmayan haller arasında zikreder.

Bu hükümlere bakılarak öncelikle tespit edilebilecek husus, kesin vadeli işleme Borçlar Kanununda, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki borçlu temerrüdünde özel bir durum olarak değinilmiştir¹³. Anılan hükümlerden yola çıkılarak ulaşılabilecek bir diğer husus ise, kesin vadeli işlemin söz konusu olabilmesi için, ifanın mutlaka önceden belirlenmiş bir tarihte ya da süre içerisinde gerçekleştirilmesinin zorunlu kılınması gerekliliğidir ki bu tespit, kesin vadeli işlemlerde ifa zamanı ile edim arasında bir ilişki kurulduğunu gösterir¹⁴. Edimin kararlaştırılan vadeden daha önce ya da daha sonra ifası, tarafların söz konusu sözleşmeyi yapmakla güttükleri gayeyi tehlikeye düşürür; zira kesin vadeli işlemde edimin belirli bir zamanda ifa edilmesine özel bir önem atfedilmektedir¹⁵. Bu iki husus dikkate alındığında kesin vadeli işlemler; “taraflarca borçlanılan edimin belirli bir vadede veya belirli bir süre içinde ifa edilmesinin ve sonraki ifanın kabul edilmeyeceğinin kesin olarak kararlaştırıldığı işlemler” şeklinde tanımlanabilir¹⁶.

III. KESİN VADELİ İŞLEMİN ÖZELLİKLERİ

Kesin vadeli işlemlerin iki temel özelliği, ifa zamanının kesin olarak belirlenmesi ve tarafların, ifanın mutlaka kesin olarak belirlenmiş bu ifa zamanında gerçekleştirileceğini kararlaştırmış olmalarıdır¹⁷.

¹³ SELİÇİ, 92.

¹⁴ MEDICUS, 143.

¹⁵ FIKENTSCHER, 221; LARENZ, 252; EREN, 1069; MEDICUS, 6.

¹⁶ Kesin vadeli işlemlerde de tıpkı belirli vadeli işlemlerde olduğu gibi, taraflarca belli bir ifa tarihi veya belli bir ifa süresi tespit edilmektedir. Ancak yalnızca ifanın gerçekleşmesi gereken vade veya sürenin belirli oluşu, kesin vade ile belirli vadeyi birbirinden ayırmak için yeterli değildir. Bundan başka sözleşmede, kararlaştırılan vadede gerçekleştirilmeyen ifanın daha sonra kabul edilmeyeceği hususunun da, açıkça ya da örtülü olarak kararlaştırılması ya da bu durumun edimin mahiyetinden anlaşılması gerekir. Böylece sonraki ifanın başlangıçta önlenmiş oluşu, kesin vadeli işlemlerin ayırt edici özelliği olarak ortaya çıkmaktadır. Bu duruma dayanılarak, kesin vade için “nitelikli belirli vade” (qualifiziertes Verfalltag) ifadesi de kullanılmıştır (GAUCH/SCHLUEP, 171; HUGUENIN, 107; TUNÇOMAĞ, 513).

¹⁷ HUGUENIN, 107.

A. İfa Zamanı Kesin Olarak Belirlenmiş Olmalıdır

Kesin vadeli işlemin varlığından söz edilebilmesi için, öncelikle edimin yerine getirileceği vade veya sürenin kesin olarak belirlenmesi gerekir¹⁸. Bu belirleme, kural olarak ifanın gerçekleşmesi gereken tarihin açıkça zikredilmesi suretiyle yapılır¹⁹. Bununla birlikte, sözleşmenin böyle bir tarihin hesaplanabilmesi için gerekli bilgileri içermesi de, ifa zamanının kesin olarak belirlenmiş sayılması için yeterlidir²⁰.

B. Sonraki İfanın Kabul Edilmeyeceği Kararlaştırılmış Olmalıdır

Sözleşmenin kesin vadeli işlem niteliği, tarafların kesin bir vade veya süre belirlemenin yanında, ifanın mutlaka bu vade veya sürede gerçekleşmesi gerektiğini de kararlaştırmış olmalarına bağlıdır²¹. Böyle bir anlaşma ile sonraki ifa imkânı, taraflarca peşinen ortadan kaldırılmış olur²². Kesin vadeli işlemlerde, edimin kararlaştırılan zamanda ifa edilmesi taraflar için özellikle önemlidir. Bu sebeple taraflar, sonraki ifanın ifa sayılmayacağını ve alacaklının edimi kabul etmeyeceğini başlangıçta kararlaştırmaktadırlar²³.

¹⁸ EREN, 1069; TUNÇOMAĞ, 513; GUHL, 220; von BUREN, 373; SELİÇİ, 99; ALTUNKAYA, 122; von TUHR/ESCHER, 150.

¹⁹ Sözleşmede ifa için açıkça bir takvim günü kararlaştırılmış olmasının kesin vade anlamına geldiği yönünde kararlardan örnekler için bkz. Yarg. 15. HD., 2005/7465 E., 2005/6764 K., 12.12.2005 T.; Yargıtay 15. HD., 2004/1070 E., 2004/1820 K., 31.03.2004 T. (www.kazanci.com.tr). Taraflarca kullanılan “en geç”, “mutlaka”, “kesinlikle”, “tam olarak” gibi ifadelerin de kesin vadeye işaret ettiğine ilişkin olarak bkz. Yarg. 13. HD., 2003/1090 E., 2003/5653 K., 06.05.2003 T.; Yarg. 13. HD., 2005/4015 E., 2005/6575 K., 18.04.2005 T. (www.kazanci.com.tr).

²⁰ von TUHR/ESCHER, 152; SELİÇİ, 95. Yargıtay, ücretin iş sahibi tarafından her ay peşin olarak ödeneceğinin kararlaştırıldığı sözleşmede tespit edilen vadeyi kesin vade şeklinde nitelendirmiştir (Yarg. 13. HD., 2002/1668 E., 2002/4081 K., 15.04.2002 T.). Kira bedellerinin üçer aylık dönemler halinde peşin olarak tahsil edileceğinin kararlaştırılması da kesin vade olarak değerlendirilmiştir (Yarg. 13. HD., 2002/13043 E., 2003/527 K., 23.01.2003 T.). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr.

²¹ Kesin vadeli işlemin varlığı için aranan şartlar, BK m. 187/I hükmü ile ticari satışlar bakımından hafifletilmiştir. Buna göre ticari işlem niteliği taşıyan bir menkul alım-satımında, tarafların satıcının borcu için bir teslim tarihi kararlaştırmış olmaları ve satıcının da temerrüde düşmüş olması halinde, kesin vadeli işlemin varlığı lehine bir karine söz konusudur. Alıcı, satışın ticari nitelikte olduğunu ve belirli bir teslim tarihinin kararlaştırıldığını ispat ettiği takdirde, işlemin kesin vadeli işlem olduğuna dair karine geçerli olur. Böyle bir sözleşmede açıkça belli edilmiş olmasına rağmen vadenin kesin olmadığını, zira alıcının sonraki teslimine rıza gösterdiğini ileri süren satıcı, iddiasını ispatlamakla yükümlüdür (TUNÇOMAĞ, 513; SELİÇİ, 103; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1273).

²² GUHL, 220; EREN, 1069; FEYZİOĞLU, 259; GAUCH/SCHLUEP, 26; von TUHR/ESCHER, 151. “20 aylık sürenin sonu ifadesinden yirminci ayın sonu olarak kesin bir tarihin belirlenmiş olduğu anlaşılmalıdır. ...bu tarihte ifa yerine getirilmediği takdirde de ifanın daha sonra yapılamayacağını taraflarca kararlaştırılmış olduğunun kabulü zorunlu olmaktadır.” Yarg. 13. HD., 1994/8865 E., 1994/9312 K., 27.10.1994 T. (www.kazanci.com.tr).

²³ EREN, 1069; SCHWENZER, 431; TUNÇOMAĞ, 517; SELİÇİ, 98.

Kesin bir vade belirlenmiş olmakla birlikte, sözleşmeden ifanın mutlaka bu tarihte gerçekleştirilmesi gerekliliği anlaşılacağı takdirde, artık kesin vadeli işlemin varlığı kabul edilmez²⁴. Bununla birlikte bu gerekliliğin sözleşmede açıkça ifade edilmiş olması zorunlu değildir. İşlemin kesin vadeli olduğu, iradeyi belirtici olgulardan da anlaşılabilir²⁵. Sözleşmenin konusunu, niteliği gereği ancak kısa bir süre için kullanılabilir ya da çok kısa süreler içinde kıymet değişikliklerine maruz kalacak şeylerin oluşturması durumunda, taraflarca kesin bir vade kararlaştırılmış olması, kesin vadeli işlemin varlığına karinedir. Benzer şekilde, sözleşmede ifa zamanının tarih ve saat itibarıyla belirlenmiş olması da, işlemin kesin vadeli olduğunu gösterir²⁶.

IV. KESİN VADELİ İŞLEMİN TÜRLERİ

Kesin vadeli işlemler, taraflarca ifa zamanının edime dâhil olmadığı genel kuralının dışına çıkılarak, sözleşmede ifa zamanına özel bir önem atfedilmesi ve böylece ifa zamanı ile edim arasında bir ilişki kurulması halinde söz konusu olur. Kesin vadeli işlemlerin sınıflandırılmasında ifa zamanına ne kadar önem verildiği, başka bir ifade ile ifa zamanı ile edim arasında kurulan bu ilişkinin sıklığı esas alınmalıdır. Gerçekten, kesin vadeli işlemlerin bir kısmında, ifanın ne zaman gerçekleşeceği meselesi, sözleşmenin temel meselesi durumundadır. Belirlenen tarihte gerçekleşmeyen ifa, artık sözleşmeden elde edilmek istenen menfaatin tamamıyla ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Buna karşılık bazı kesin vadeli işlemlerde, her ne kadar taraf iradeleri ifanın belirlenen kesin bir vadede ya da süre içerisinde gerçekleştirilmesine yönelmiş ise de, belirlenen tarihten sonra gerçekleşecek ifa, gecikmiş olmasına rağmen, alacaklının menfaatine hizmet eder²⁷. Doktrinde bu iki tip kesin vadeli işlemi ifade etmek üzere “mutlak kesin vadeli işlem” (absolute Fixgeschäft) ve “nispi kesin vadeli işlem” (relative Fixgeschäft) kavramları kullanılmıştır²⁸.

²⁴ İfanın yalnızca borçlanılan edimin belirlenen tarihte yerine getirilmesiyle gerçekleşmiş olacağı hususunda bir anlaşma bulunmadıkça, sözleşmede bir vadenin kararlaştırılmış olması, belirli vadeli işlemin varlığına işaret eder (ALTUNKAYA, 121; von TUHR/ESCHER, 151; EREN, 1051). Her ne kadar belirli vadeli işlemlerde de borçlunun temerrüde düşmesi için ayrıca ihtarda bulunulması gerekli değilse de, alacaklının temerrütten doğan haklarını kullanabilmesi için ek süre tayini zorunludur (von TUHR/ESCHER, 151; EREN, 1052).

²⁵ BECKER, 564; EREN, 1069.

²⁶ SELİÇİ, 100; BECKER, 564.

²⁷ DURAL, 103; SCHWENZER, 47; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 909; OĞUZMAN/ÖZ, 108; TUNÇOMAĞ, 471; EREN, 998.

²⁸ SCHWENZER, 47; GAUCH/SCHLUEP, 170; GUHL, 220. Kesin vadeli işlemlerin dar anlamda (gerçek anlamda) ve geniş anlamda (gerçek olmayan) kesin vadeli işlemler şeklinde sınıflandırılmasına da rastlanmaktadır (DURAL, 103).

Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt Ve İmkânsızlık

Kesin vadeli işlemlerin bu şekilde iki farklı başlık altında değerlendirilmesini öngören yaklaşımın, doktrinde bütünüyle kabul görmüş olmadığını belirtmek gerekir. Mutlak kesin vadeli işlem ve nispi kesin vadeli işlem ayrımı, bazı yazarlarca gereksiz bulunmaktadır²⁹. Buna göre kesin vadeli işlem, doğuracağı sonuç yönünden tek bir kavramdır ve kanunda BK m. 101 ve BK m. 107/b. 3 hükümleri ile borçlu temerrüdünde özel bir durum olarak düzenlenmiştir³⁰.

Kanaatimizce kesin vadeli işlemlerin, mutlak kesin vadeli işlemler ve nispi kesin vadeli işlemler şeklinde sınıflandırılması isabetlidir. Kanun koyucu, iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünü düzenlerken, borçlunun ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşeceği ve alacaklının da ek süre tayin etmek zorunda olmaksızın seçimlik haklarını kullanabileceği bir durum olarak, kesin vadeli işlemlerden söz etmiştir. İlgili hükümler, kesin vadeli işlemlerde temerrüdün hangi sonuçları doğuracağını gösterir; ancak kesin vadeli işlemi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde özel bir durumdan ibaret görmek için yeterli değildir. Bu hükümlerin, edimin mahiyetinin sonraki ifayı engellediği durumların kesin vadeli işlemlerin dışında tutulması için geçerli sebep oluşturamayacağı da ortadadır. Sonraki ifanın, taraflar arasındaki anlaşma ya da edimin mahiyeti gereği mümkün olmadığı durumları kesin vadeli işlemlerin dışında tutarak, kesin vadeli işlemlerin sadece kanundaki düzenleme ile sınırlı olduğunu ileri sürmek, gereksiz bir kavram kargaşası da yaratır. Esasen “mutlak kesin vadeli işlem” kavramı kabul edilmese bile, borçların ifa zamanı açısından sınıflandırılmasında, ifa zamanı kesin olarak kararlaştırılmış ve sonradan ifası mümkün olmayan borçların, (nispi) kesin vadeli işlemler dışında, ayrı bir başlık altında ele alınması gerekmektedir³¹. Zira ifa zamanının edimin unsurlarından biri haline getirildiği işlemlerle, sonraki ifanın da sözleşmenin amacına hizmet edeceği kesin vadeli işlemlerin, aynı hükümlere tabi tutulması beklenemez³². Bütün bu hususlar dikkate alındığında, taraflarca ifa için kesin

²⁹ ALTUNKAYA, 125; SELİÇİ, 96; AKINCI, 207; von TUHR/ESCHER, 151; BECKER, 564.

³⁰ SELİÇİ, 92.

³¹ TUNÇOMAĞ, 388; OĞUZMAN/ÖZ, 247; von TUHR/ESCHER, 53. Özellikle sonraki ifanın edimin mahiyeti gereği imkânsız hale geldiği durumların “kesin vadeli işlem” olarak nitelendirilmesi için bkz. MEDICUS, 6.

³² Nitekim edimin mahiyeti gereği sonraki ifanın mümkün olmadığı durumları “sonradan ifa edilemez borçlar” başlığı altında ele alan TUNÇOMAĞ, kesin vadeli işlemleri incelerken, kesin vadeli sözleşmelerde zamanın, işlemin önemli bir unsuru haline getirilmiş olduğunu belirtmiş, ardından “mutlak kesin vadeli işlem” kavramını kullanmadan, “eğer zamana daha fazla bir önem verilmiş ve zaman, sözleşmenin esaslı unsuru haline getirilmişse, bu takdirde temerrüt değil de, sonraki imkânsızlıkla ilgili hükümler (BK 96 veya 117) uygulanacaktır” tespitinde bulunmuştur (TUNÇOMAĞ, 517).

bir vade veya sürenin belirlendiği işlemlerin, ifa zamanı ile edim arasında kurulmuş ilişkinin niteliği dikkate alınarak sınıflandırılması zorunlu hale gelmektedir³³.

A. Mutlak Kesin Vadeli İşlem

Mutlak kesin vadeli işlemler, sözleşmenin amacının ve alacaklının sözleşmeden beklediği menfaati elde edebilmesinin, ifanın zamanında gerçekleştirilmesine bağlanmış olduğu işlemlerdir. Bu türden işlemlerde sözleşmenin yapılmasıyla ulaşılmak istenen amaç, edimin konusunu belirleyecek şekilde taraflar arasındaki borç ilişkisinin muhtevasına dâhil edilmiş ve sözleşmenin amacının gerçekleşebilmesi, ifanın belirli bir zamanda yapılmasına bağlanmış; böylelikle ifa zamanı, edimin unsurlarından biri haline getirilmiştir³⁴. Bu sebeple belirlenen ifa zamanının geçmesi, edimin konusu itibarı ile de değişmesi sonucunu doğurur ve kararlaştırılan tarihten sonra gerçekleştirilen ifa, artık sözleşme ile borçlanılmış olan edimin yerine getirilmesi niteliğinde olamayacağından, ifa niteliğini taşımaz³⁵.

Mutlak kesin vadeli işlemlere örnek olarak bir taksi şoförünün müşterisini saat altıda kalkacak uçağa yetiştirme borcu, bir piyanistin belirli bir zamanda gerçekleştirilecek konserde kararlaştırılan parçaları çalma borcu ya da bir terzinin sipariş edilen gelinliği düğünden önce teslim etme borcu verilebilir³⁶. Taksinin havaalanına saat yedide ulaşması, piyanistin söz konusu eserleri konser tarihinden sonra icra etmesi, terzinin gelinliği düğün tarihine yetiştirememesi halinde daha sonra yapılacak ifa ile alacaklının sözleşmeden beklediği menfaati elde etmesi düşünülemez. Bütün bu örneklerin ortak özelliği, ifa zamanının edime dâhil edilmiş

³³ Kesin vadeli işlemleri ifa zamanının geçmesi ile ifanın imkânsızlaştığı hallerden ayırmak gerektiğini belirten aksi görüş için bkz. **VON TUHR/ESCHER**, 151, dpn. 67; **SELİÇİ**, 94. Bu fikre göre kesin vadeli işlemler, borçlar kanunu sistematığında iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt halinde söz konusu olurlar. Kesin vadeli işlemlerin özelliği ise tarafların BK m. 107/3 hükmü uyarınca edimin ancak kesin bir vadede veya sürede yerine getirilmesi hususunda anlaşmış olmaları ve borçlunun temerrüdü halinde alacaklının süre tayinine lüzum kalmadan BK m. 106/II'deki haklarını kullanabilmesidir. Kesin vadeli işlemlerde alacaklının aynen ifayı talep etmesi her zaman mümkündür, ifa zamanının geçmesi ifa imkânsızlığı doğurmaz. Kanaatimizce nispi kesin vadeli işlemler bakımından bu açıklamaların isabeti tartışılmaz. Bununla birlikte ifa zamanının geçmesinin ifanın imkânsızlaşması sonucunu doğurduğu haller mutlak kesin vadeli işlemler sınıfında değerlendirildiği takdirde, alacaklının her zaman aynen ifayı talep etme hakkının bulunduğunu savunmak mümkün olmayacaktır. Aynı yönde bkz.: **HUGUENIN**, 107; **GAUCH/SCHLUEP**, 171.

³⁴ **ALTUNKAYA**, 123; **GAUCH/SCHLUEP**, 171; **HUGUENIN**, 107; **OĞUZMAN/ÖZ**, 408; **DURAL**, 103; **TUNÇOMAĞ**, 517.

³⁵ **GUHL**, 220; **SCHWENZER**, 47; **GAUCH/SCHLUEP**, 172; **BAŞPINAR**, 123; **ALTUNKAYA**, 122; **DURAL**, 103.

³⁶ **SELİÇİ**, 93; **GAUCH/SCHLUEP**, 172; **GUHL**, 220; **SCHWENZER**, 47; **DURAL**, 105; **ALTUNKAYA**, 123.

olması ve ifanın, ancak edim kararlaştırılan zamanda yerine getirildiği takdirde gerçekleşmiş sayılmasıdır.

B. Nispi Kesin Vadeli İşlem

Taraflarca bir ifa zamanı kararlaştırılmış olmasının, yalnızca edimin ifa tarzını belirleyen bir anlaşma niteliği taşıdığı kesin vadeli işlemler, “nispi” ya da “gerçek anlamda”, “dar anlamda” kesin vadeli işlemlerdir³⁷.

Nispi kesin vadeli işlemlerde alacaklı, zaman yönünden bir sınırlamaya tabi olmaksızın edimin ifasını talep edebilir³⁸. Sözleşmede kararlaştırılmış olan kesin vade veya süre, her ne kadar ifanın gerçekleştirilmesi gereken zamanı gösterirse de, borçlunun edimini bu tarihte ifa etmemesi durumunda, sonradan yapılacak ifanın artık alacaklıyı tatmin etmeyeceği söylenemez. Kararlaştırılan vade ya da süre alacaklı için önemli olmakla birlikte, ifanın bu vade ya da süreden sonra yapılması da mümkündür³⁹. Buna göre nispi kesin vadeli işlemler, ifa için kesin bir tarihin kararlaştırıldığı, ancak borçlanılan edimin sonradan ifasının da sözleşmenin amacına hizmet edeceği işlemler olarak ortaya çıkar⁴⁰. Esasen BK m. 107/3 de bu durumu düzenlemekte ve sözleşmenin hükümlerine göre borcun tayin ve tespit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmesinin lazım geldiği hallerde, alacaklının ayrı bir mehil tayin etmeksizin, BK m. 106/II’de kendisine tanınmış olan haklardan yararlanabileceğini hükme bağlamaktadır⁴¹.

V. KESİN VADELİ İŞLEMLERDE İFA ETMEME: TEMERRÜT VE İMKÂNSIZLIK

Bir borç ilişkisinde ifanın taraflar arasındaki anlaşmaya uygun olarak, kararlaştırılan zamanda, tam ve doğru bir biçimde gerçekleştirilmemesinin sonucu temerrüttür (Verzug)⁴². Temerrüt durumu, borçlunun borçlanılan edimi zamanında yerine getirmemek suretiyle, borca aykırı olarak, ifada gecikmesini ifade eder; dolayısıyla sonraki ifanın borca aykırı olmasına sebebiyet veren anlaşma, yalnızca

³⁷ SCHWENZER, 47; ALTUNKAYA, 122; OĞUZMAN/ÖZ, 247; SELİÇİ, 94; DURAL, 103.

³⁸ EREN, 1070; GAUCH/SCHLUEP, 171; HUGUENIN, 107; ALTUNKAYA, 122; DURAL, 103.

³⁹ OĞUZMAN/ÖZ, 247, dpn. 195; SCHWENZER, 47; LARENZ, 283; DURAL, 103.

⁴⁰ Mutlak kesin vadeli işlemlerde ifa zamanının geçmesi hem borcun ifa edilebilirliğini hem de alacaklının ifayı talep hakkını ortadan kaldırır. Borçlu, vadeden sonra alacaklının talebi olsa bile edimini ifa edemez, alacaklı da sonraki ifayı isteyemez. Oysa nispi kesin vadeli işlemlerde ifa zamanı geçirilmiş olsa da alacaklının her zaman ifayı talep etme hakkı vardır. Borçlu da alacaklının talebi üzerine edimini ifa etmek zorundadır (SELİÇİ, 94).

⁴¹ SELİÇİ, 95; MEDICUS, 143.

⁴² FIKENTSCHE, 212; OĞUZMAN/ÖZ, 283; von TUHR/ESCHER, 135; EREN, 1046.

ifanın tarzına ilişkin bir anlaşma olma niteliği taşıdığı ölçüde, temerrütte ifa mümkündür⁴³. Kararlaştırılan vadenin niteliği, bu sonucu etkilemez. Bununla birlikte ifa zamanının edimin bir unsuru haline getirildiği borç ilişkileri açısından durum farklıdır. Mutlak kesin vadeli işlemler olarak isimlendirdiğimiz bu tür borç ilişkilerinde ifanın gecikmesi, sonraki imkânsızlık (Unmöglichkeit) hükümlerinin uygulama alanı bulmasına yol açar⁴⁴. Buna göre kesin vadeli işlemlerde ifanın zamanında gerçekleştirilmemesi, ifa zamanına ilişkin anlaşmanın niteliğine göre, temerrüt ya da imkânsızlık sonuçlarını doğurabilir.

A. Kesin Vadeli İşlemlerde Temerrüt ve Sonuçları

Kesin vadeli işlemlerde temerrüt, nispi kesin vadeli işlemlerde, ifanın borca aykırı bir şekilde geciktirilmesinin sonucu olarak ortaya çıkar⁴⁵. BK m. 101/II hükmü, kesin vadeli işlemlerde borçlunun ihtara lüzum olmaksızın (ohne Mahnung) temerrüde düşeceğini öngörmektedir. Buna göre sözleşmede ifa zamanı olarak tayin edilen günün gelmesi, temerrüt halinin doğumu için yeterlidir⁴⁶.

Kesin vadeli işlemler, borçlunun temerrüde düşmesinden sonra alacaklının seçimlik haklarını kullanması açısından da özellik arz eder. Kural olarak iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının seçim hakkını kullanabilmesi, borçluya borcu ifa etmesi için uygun bir süre (Nachfrist) tayin etmesine bağlıdır⁴⁷. Ek süre tayini, borcun ertelenmesi anlamına gelmez ve temerrüt durumunu sona erdirmez. Ancak ek süre tayin etmekle, borçluya temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulması için son bir fırsat verilmiş olur⁴⁸. Süre tayininin sözleşmeden doğan bir hakkın yerine getirilmesini amaçlaması ve tanınan sürenin, borçlunun ne zaman ifada bulunacağını kesin olarak bilmesine imkân sağlayacak şekilde açık olması gerekir. Alacaklının ek süre tayin ettiği irade açıklamasında “derhal”, “vakit geçirmeksizin” veya “uygun bir süre içinde” ifa talebinde bulunması halinde, ek sürenin açık olması şartı yerine

⁴³ EREN, 1046; von TUHR/ESCHER, 135; FIKENTSCHER, 213.

⁴⁴ GUHL, 220; SCHWENZER, 47; SELİÇİ, 94.

⁴⁵ SELİÇİ, 94; SCHWENZER, 47; TUNÇOMAĞ, 388; OĞUZMAN/ÖZ, 247; ALTUNKAYA, 122; EREN, 1070; GAUCH/SCHLUEP, 184; HUGUENIN, 107.

⁴⁶ Kesin vadeli işlemlerin özelliği gereği, temerrüt durumu kesin vade veya sürenin gerçekleşmesiyle birlikte sona erer. Böylece kesin vadeli işlemlerde gecikme süresi, neredeyse hiç söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte Borçlar Kanununun sistematigi dikkate alınarak borçlunun bir an da olsa temerrüde düştüğünün ve alacaklının BK m. 106/II'deki seçimlik haklarının da o anda temerrüdün sonucu olarak meydana geldiğinin kabul edilmesi gerekliliği için bkz. SELİÇİ, 105.

⁴⁷ FIKENTSCHER, 219; SCHWENZER, 449; BECKER, 36; GAUCH/SCHLUEP, 180; GUHL, 233; MEDICUS, 180.

⁴⁸ SCHWENZER, 449; EREN, 1067.

getirilmiş sayılmaz⁴⁹. Borçlunun temerrüde düştüğü borç ilişkisinin kesin vadeli bir işlem olması durumunda ise, seçim hakkının kullanılabilmesi için ek süre tayini gerekmez. Esasen bu husus, kesin vadeli işlemleri belirli vadeli işlemlerden de ayırmaktadır. Belirli vadeli işlemlerde vade veya sürenin dolmasıyla borçlu, ihtara gerek olmaksızın, kendiliğinden mütemerrit olur. Ancak alacaklının seçim hakkını kullanabilmesi için borçluya ek süre vermesi zorunludur. Oysa kesin vadeli işlemlerde, vadenin dolması ile hem borçlu kendiliğinden temerrüde düşer hem de alacaklı ek süre tayinine gerek olmaksızın BK m. 106/II hükmü ile kendisine tanınmış olan seçim hakkını kullanabilir⁵⁰.

BK m. 106 hükmü uyarınca, borçlunun verilen ek süre içinde de borçlanılan edimi yerine getirmemesi halinde alacaklının, borçlanılan edimin aynen ifası ile birlikte gecikme tazminatını talep etmesi ya da bundan vazgeçtiğini borçluya derhal bildirmesi gereklidir. Buna göre alacaklının sözleşmeyi muhafaza ederek müspet zararın tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararın giderilmesini istemek şeklindeki ikinci seçimlik hakkının doğabilmesi, aynen ifa ile gecikme tazminatı istemekten vazgeçtiğini borçluya derhal bildirmesine bağlanmış görünmektedir. Olağan ya da belirli vadeli borç ilişkileri açısından isabetli olan bu sonuç, kesin vadeli borç ilişkileri söz konusu olduğunda tartışılabilir⁵¹. Zira kesin vadeli işlemlerin temel özelliği, taraf iradeleriyle tayin edilen kesin vadenin dolmasından sonraki ifa imkânının başlangıçta önlenmiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle kesin vadeli işlemin tarafları, belirlenen tarihte gerçekleşmemiş olan ifanın, daha sonra artık talep

⁴⁹ TUNÇOMAĞ, 513; GAUCH/SCHLUEP, 181; FEYZİOĞLU, 254; HUGUENIN, 110; BECKER, 551.

⁵⁰ GUHL, 237; SCHWENZER, 450; FEYZİOĞLU, 259; EREN, 1070.

⁵¹ Kanunun lafzı esas alındığında vazgeçme beyanı BK m. 106'ya göre seçim hakkının kullanılması için zorunlu bir şart oluşturduğundan, aynen ifadan vazgeçmek isteyen alacaklının BK m. 106/II'de öngörülen seçim imkânını elde edebilmek için, BK m. 107 uyarınca ek süre vermek zorunda olmadığı hallerde de, borçluya vazgeçme beyanında bulunmak zorunda olduğu sonucuna ulaşılmaktadır (EREN, 1072). Ancak bu sonucun kabulü, borçlu temerrüde düşer düşmez derhal ifadan vazgeçtiğini beyan etmemiş olan alacaklının, ifayı kabul mecburiyetinde kalacağı anlamına gelir. Oysa böyle bir çözüm, BK m. 107'de sayılmış olan hallerin mahiyeti ile bağdaşmamaktadır. Alacaklının ifa yerine tazminatı mı yoksa sözleşmeden dönme hakkını mı tercih edeceğini açıklamakta gecikmesi de borçlunun aleyhinedir. Bu gerekçelerle doktrinde BK m. 107'de belirtilen hallerde, borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklının dönme hakkını tercih etmiş sayılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu şartlarda alacaklının aynen ifayı talep etmesi, kesin vadeli işlemler bakımından kesin vadeden feragati ifade eder. İfa talebinde bulunan alacaklının artık BK m. 107 hükmüne dayanma imkânı yoktur, ancak ek süre vererek sözleşmeden dönebilir ya da ifa yerine tazminat isteyebilir (OĞUZMAN/ÖZ, 424; GUHL, 233). Yargıtayın "kesin vade geçtikten sonra alacaklının BK m. 106'da sözü edilen seçimlik haklardan hangisini tercih ettiğini açıklamaması durumunda, kural olarak akdin ifasını ve gecikmeden doğan zararlarını istediğinin kabulü gerekir" şeklindeki kanaatimizce kesin vadeli işlemlerin mahiyetine uygun olmayan kararı için bkz. Yarg. 15. HD., 2002/423 E., 2002/2813 K., 27.5.2002 T. (www.kazanci.com.tr).

edilmeyeceği hususunda uzlaşmışlardır⁵². Bu duruma dayanılarak kesin vadeli işlemlerde, tarafların BK m. 106/II hükmündeki karineyi de değiştirmiş oldukları kabul edilmelidir. Böylece aynen ifadan vazgeçtiğini derhal beyan etmesine gerek olmaksızın, alacaklının ikinci seçimlik hakkı doğacak ve alacaklı, sözleşmeyi muhafaza ederek müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep imkânlarından yararlanabilecektir⁵³.

B. Kesin Vadeli İşlemlerde İmkânsızlık

İmkânsızlık kavramı, kesin vadeli işlemlerde, ifanın kararlaştırılan vade veya sürede gerçekleştirilmemesinin müeyyidesi olarak gündeme gelmektedir. Esasen doktrinde, kesin vadeli işlemlerin “mutlak kesin vadeli işlemler” ve “nispi kesin vadeli işlemler” şeklinde sınıflandırılması ve mutlak kesin vadeli işlemlerde sonraki ifanın imkânsızlık hükümlerine tabi tutulması görüşü üzerinde fikir birliği sağlanmış değildir. Bununla birlikte özellikle edimin kararlaştırılan ifa zamanında ortaya çıkan geçici imkânsızlık sebebiyle yerine getirilemediği kesin vadeli işlemler bakımından, geçici imkânsızlığın sürekli imkânsızlık kabul edilerek BK m. 117 hükmünün uygulanması fikri, çoğunlukla kabul görmektedir⁵⁴.

1. Genel Olarak İmkânsızlık Kavramı

İmkânsızlık basitçe edimin ifa edilememesi veya ifa edilemez hale gelmesini ifade eder. Edimin hangi durumlarda imkânsız olacağı hususu tartışmalı olmakla birlikte, imkânsızlık kavramının dar yorumlanması ve imkânsızlığın daha ziyade edim sonucuna ilişkin olması gerekliliği kabul edilmektedir⁵⁵. İmkânsızlık, mantıki imkânsızlık, fiili imkânsızlık ya da hukuki imkânsızlık şeklinde ortaya çıkabilir⁵⁶. Mantık kurallarının bir edimin yerine getirilmesini mümkün görmediği hallerde, imkânsızlık mantıkidir⁵⁷. Mantıkta “imkân” kavramı “mümkün olan şeyin niteliği”ni gösterdiğine göre olabilme, gerçekleşebilme niteliğinin bulunmaması durumu, imkânsızlığı ifade eder⁵⁸. Fiili imkânsızlıkta, tabiat kanunlarına göre ve dolayısıyla mantıken mümkün olan bir şeyin, fiilen imkânsız olması söz konusudur. Burada edim konusu şey yok olmuş değildir, bununla birlikte edimin yerine getirilmesi hiçbir makul kimseden ve borçludan da istenemez hale gelmiş, edimin ifası imkânı

⁵² GUHL, 220; EREN, 1069; FEYZİOĞLU, 259; GAUCH/SCHLUEP, 26.

⁵³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1283; SELİÇİ, 107; FEYZİOĞLU, 262.

⁵⁴ OĞUZMAN/ÖZ, 315; von TUHR/ESCHER, 96; DURAL, 104; EREN, 998.

⁵⁵ BECKER, 461; EREN, 995.

⁵⁶ SCHWENZER, 431; EREN, 995; FEYZİOĞLU, 172; HUGUENIN, 91.

⁵⁷ DURAL, 8.

⁵⁸ EREN, 995.

fiili ve pratik sebeplerle ortadan kalkmıştır⁵⁹. Hukuki imkânsızlık halleri ise edimin yerine getirilmesine mantık kurallarının ya da fiili durumların engel olmadığı, ancak emredici bir hukuk normunun, edimin yerine getirilmesini yasakladığı hallerdir⁶⁰. Hukuki imkânsızlığın kaynağı bir hukuk normudur, başka bir ifadeyle hukuki imkânsızlıkta, edimin yerine getirilmesini bir hukuk normu engellemektedir⁶¹.

Borçlar Kanununda imkânsızlık, sözleşmenin kurulması aşamasında, sözleşme serbestisinin sınırlarından birini oluşturur. BK m. 20 hükmü uyarınca, yapıldığı sırada konusu imkânsız olan sözleşme batıldır. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlık ise, borçlunun imkânsızlık durumunun ortaya çıkışından sorumlu tutulup tutulamayacağına bağlı olarak, ya borcu sona erdiren bir sebeptir (BK m. 117) ya da borç ilişkisinin ihlal edilmesidir (BK m. 96 vd).

BK m. 20/I anlamında imkânsızlık, edimin ifasının sözleşmenin kurulduğu anda mevcut objektif ve sürekli bir engel sebebiyle mümkün olmamasıdır⁶². Buna göre başlangıçtaki imkânsızlıktan söz edilebilmesi için, edimin objektif ve sürekli olarak imkânsız olması gerekir ki bu da, edimin sözleşmenin yapıldığı anda, borçlu da dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek nitelikte olmasını ifade eder⁶³. Başlangıçtaki imkânsızlık, sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğurur. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlık hallerinden ilki, BK m. 117 ile düzenlenmiş olan, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlıktır. Borçlanılan edimin yerine getirilmesinin, sonradan ortaya çıkan olaylar sebebiyle objektif ve sürekli olarak mümkün olmaması durumunda, edimin imkânsızlaşmasına yol açan sebepler borçluya yükletilemediği takdirde, borç sona erer⁶⁴. İmkânsızlığın ortaya çıkmasına borçlunun kendi kusuru ile sebep olması ise, borç ilişkisinin ihlal edilmesidir ve BK m. 96 vd hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu anlamda kusurlu ifa imkânsızlığı, edimin yerine getirilmesinin sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından

⁵⁹ DURAL, 9, EREN, 995; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1210.

⁶⁰ Edimin yerine getirilmesini yasaklayan bir hukuk normunun mevcudiyeti sebebiyle ortaya çıkan imkânsızlığın “dar anlamda hukuki imkânsızlık” olarak sınımlendirilmesine de rastlanmaktadır. İmkânsızlık, mantiki ve hukuki imkânsızlık şeklinde sınıflandırıldığı takdirde, dar anlamda hukuki imkânsızlık bir mantiki imkânsızlık türü olarak değerlendirilir. Mantiken imkânsız sayılan hallerin yanı sıra mantiken mümkün olmasına rağmen, genel hayat tecrübelerine göre, borçlunun ancak iktisadi durumunu ya da hayat ve sıhhatini tehlikeye sokarak yerine getirebileceği edimleri de ihtiva eden bir diğer imkânsızlık hali ise geniş anlamda hukuki imkânsızlık başlığı altında incelenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL, 15 vd.

⁶¹ DURAL, 10; SCHWENZER, 431; BECKER, 51; von TUHR/ESCHER, 94; EREN, 996.

⁶² SCHWENZER, 433; FEYZİOĞLU, 174; BAŞPINAR, 111; EREN, 295.

⁶³ OĞUZMAN/ÖZ, 78; SCHWENZER, 432; LARENZ, 99; HUGUENIN, 91; BAŞPINAR, 116; ALTUNKAYA, 103.

⁶⁴ HUGUENIN, 93; FEYZİOĞLU, 174; EREN, 1252.

sonra, borçlunun kusurlu bir davranışı sebebiyle sürekli ve kesin olarak imkânsız hale gelmesidir⁶⁵. Borcun imkânsızlık sebebiyle kısmen veya tamamen ifa edilmemesine kendi kusuruyla yol açmış bulunan borçlu, alacaklının bu durumdan kaynaklanan zararını gidermekle yükümlü olur⁶⁶.

2. Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmemenin Sonucu Olarak İmkânsızlık

Edimin kararlaştırılan ifa zamanında yerine getirilmemesinin ifa imkânsızlığı sonucunu doğurması, sonraki ifanın sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesine hizmet etmediği mutlak kesin vadeli işlemlerde söz konusudur.

Kesin vadeli işlemlerde ifa zamanı ile edim arasında kurulan ilişki, zamanında ifa etmemenin, zaman yönünden kısmi imkânsızlık oluşturup oluşturamayacağı tartışmasına yol açmıştır. Kesin vadeli işlemler, edimin yalnızca geçici bir süre için imkânsızlaştığı durumlarda da özellik gösterir.

a. Mutlak Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmemenin Hükümü

Türk-İsviçre hukuk sisteminde bir görüş, mutlak kesin vadeli işlemler bakımından, zamanında ifa etmeme durumunun imkânsızlık hükümlerine tabi tutulmasını reddetmektedir. Buna göre BK m. 107/3 hükmü karşısında, kesin vadeli işlemlerin mutlak kesin vadeli işlemler ve nispi kesin vadeli işlemler şeklinde ikiye ayrılması gereksizdir. BK m. 107/3 ile yapılan düzenleme, ifanın gecikmesi durumunda, söz konusu işlemin mutlak kesin vadeli bir işlem olması halinde dahi, temerrüt hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. İşlemin mutlak kesin vadeli olduğundan bahisle imkânsızlık hükümlerine tabi tutulması kabul edilemez, zira kanun koyucu, anılan hükümlerle sadece sonradan ifa için bir ek süre tayin edilmesinin gerekli olmadığını göstermektedir. Aynen ifanın yapıp yapılamayacağı hususu ise alacaklının iradesine bırakılmıştır. Mutlak kesin vadeli işlemlerde zamanında ifa etmemenin imkânsızlıkla sonuçlanacağını kabulü halinde ise sözleşme kendiliğinden sona erecek ve artık alacaklının, sonraki ifayı talep etme hakkı kalmayacaktır. Oysa kanundaki düzenleme dikkate alındığında, alacaklının bir ek süre tayin etmesi gerekmeksizin aynen ifa talebinde de bulunabilmesi, aynen ifayı istemediği takdirde ise BK m. 106/II uyarınca sözleşmeden döndüğünü beyan etmesi gerekir⁶⁷.

Kanaatimizce mutlak kesin vadeli işlemlerde, kararlaştırılan ifa zamanı edimin bir unsuru haline getirilmiş olduğu için, bu zamanın ifa gerçekleştirilmeksizin geçirilmesi, bundan sonra artık ifanın gerçekleştirilememesi sonucunu doğurur. Kesin

⁶⁵ FEYZİOĞLU, 175; EREN, 994.

⁶⁶ HUGUENIN, 93; SCHWENZER, 438.

⁶⁷ SELİÇİ, 94; ALTUNKAYA, 125; von BUREN, 372; AKINCI, 207.

vadeli işlemlerin ayırt edici özelliği, taraf iradelerinin sonraki ifayı daha başlangıçtan engellemek yönünde olması, başka bir ifadeyle tarafların vadede ifa edilmeyen edimin daha sonra ifasının mümkün olmayacağı hususunda anlaşmalarıdır⁶⁸. Mutlak kesin vadeli işlemlerde böyle bir anlaşma, sonraki ifanın, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaati elde etmesini sağlamayacağını da gösterir. Tarafların edimi kesin bir vadeye bağlamak hususunda karar almalarına gerek olmaksızın, sözleşmenin mahiyetinden, edimin belirlenen vadede ifa edilmesinin zorunlu olduğunun anlaşıldığı işlemler bakımından da durum aynıdır. Böylece mutlak kesin vadeli işlemlerde, vadeden sonra gerçekleştirilecek ifa, sözleşmenin kurulması ile ulaşılmak istenen amaca hizmet etmeyecektir⁶⁹. Esasen edimin bir unsuru haline getirilen ifa zamanı geçtikten sonra yerine getirilmek istenen edim, artık sözleşme ile kararlaştırılmış olan edim de değildir. İfanın sözleşmede belirtilmiş olan zamanda gerçekleştirilmemiş oluşu, edimin niteliğini değiştirmiştir⁷⁰. Bu sebeple mutlak kesin vadeli işlemlerde, kesin vadenin geçirilmesinden sonra artık sözleşmenin konusunu oluşturan edimin ifa edilmesi mümkün değildir, vadenin geçmesiyle edim imkânsızlaşmıştır⁷¹.

b. Kesin Vadeli İşlemlerde Zaman Yönünden Kısmi İmkânsızlık

Edimin tamamının değil de bir kısmının yerine getirilememesi, başka bir ifade ile imkânsızlık durumunun edimin bir kısmına ilişkin olması halinde, kısmi imkânsızlıktan bahsedilir⁷². Kısmi imkânsızlığın ön şartı, edimin bölünebilir edim niteliği taşımasıdır. Bölünebilirlik niteliğinin varlığı ise esas olarak, borçlanılan edimin yapısı ve değeri ile tahsis edildiği amaca, yani taraf iradelerine bağlıdır⁷³.

Doktrinde hâkim görüş, imkânsızlıktan sadece edim konusunun imkânsızlaşmasını anlamaktadır⁷⁴. Bununla birlikte, edimin konu yer ve zaman olmak üzere üç unsuru

⁶⁸ ALTUNKAYA, 121; GAUCH/SCHLUEP, 36; DURAL, 98; TUNÇOMAĞ, 517; von TUHR/ESCHER, 151; FEYZİOĞLU, 259; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1072.

⁶⁹ LARENZ, 239; DURAL, 103; SCHWENZER, 451; OĞUZMAN/ÖZ, 422; ALTUNKAYA, 123.

⁷⁰ DURAL, 96; LARENZ, 239; TUNÇOMAĞ, 517.

⁷¹ TUNÇOMAĞ, 517; GUHL, 220; DURAL, 103; SELİÇİ, 93. Mutlak kesin vadeli işlemlerde kararlaştırılan ifa zamanının ifa gerçekleştirilmeksizin geçirilmesiyle ortaya çıkan imkansızlığın fiili imkansızlık (tatsächliche Unmöglichkeit) olduğu yönünde bkz.: SCHWENZER, 431. İfanın kararlaştırılan vadede gerçekleştirilmeyişinin sonucu olarak edimin imkansızlaşması durumunda, imkansızlığın niteliğine göre BK m. 117 ya da BK m. 96 vd. hükümlerinin uygulanması gerekir (GAUCH/SCHLUEP, 172).

⁷² SCHWENZER, 442; HUGUENIN, 96; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1218; EREN, 999; DURAL, 90; ALTUNKAYA, 127.

⁷³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1218; ALTUNKAYA, 128; EREN, 999; HUGUENIN, 96.

⁷⁴ ALTUNKAYA, 136; DURAL, 96; EREN, 999; FEYZİOĞLU, 172.

bulduğunu, edimin bu unsurlara uygun olarak yerine getirilememesi halinde kısmi imkânsızlığın söz konusu olacağını ileri süren bir görüş de mevcuttur. Buna göre mesele edimin ifa edilip edilemediği değil, her bakımdan ifa edilip edilemediğidir. Dolayısıyla yerinde ve zamanında ifa edilememiş olan edim de, her bakımdan yerine getirilmiş sayılamayacağı için, kısmen imkânsızlaşmış olur⁷⁵. Edimin konu yer ve zaman olmak üzere üç unsurdan oluştuğunun kabulü halinde, ifa zamanının geçirilmesi, iki farklı sonuç doğurabilir. Bazı durumlarda edimin belirli bir zamanda ifası o kadar önemlidir ki ifa zamanının geçirilmesi, edimi konusu yönünden de tamamen değiştirir ve sonraki ifa imkânsızlaşır. Burada artık tam imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gereklidir. Buna karşılık bazı durumlarda ifa zamanının geçirilmiş olması, konu yönünden bir değişiklik yaratmaz. Sonradan ifa edilmiş olmakla birlikte edim, sözleşmede kararlaştırılmış olan edimdir ve kararlaştırılan zamandan sonra yapılan ifa da, alacaklının menfaatine hizmet etmektedir. Burada tam imkânsızlıktan söz edilemez. Ancak zamanında ifa edilemeyen edimin, her bakımdan ifa edilmiş olduğu da söylenemez. Zamanında ifa edilmediği için edim eksik olarak yerine getirilmiştir. Bu da kısmi imkânsızlığa sebebiyet verir⁷⁶.

Kanaatimizce edimin geç ifa edilmiş olmasının sonucu, kısmi imkânsızlık değil temerrüttür. İfa zamanının edimin bir unsuru olduğunun kabulü ile temerrüdün bir kısmi imkânsızlık hali olarak değerlendirilmesi ise, imkânsızlık ancak edimin konusunun ifa edilemez hale gelmesi durumunda söz konusu olabileceğinden, kabul edilemez⁷⁷. Kısmi imkânsızlık, edimin bir kısmının imkânsızlaşmasını ifade eder. Oysa ifa zamanı, kural olarak “edimin bir kısmı” değildir, edimin esaslı bir unsurunu oluşturmaz⁷⁸. Edimin belirli bir zamanda ifa edilmemiş olması da, kural olarak edimin o andan sonra artık ifa edilemeyeceği anlamına gelmez. Gecikmiş de olsa ifa, alacaklının sözleşmeyi yapmaktaki amacına ulaşmasına aynı derecede hizmet ettiği sürece, imkânsızlıktan bahsedilmesi isabetli değildir. Kaldı ki temerrüdün kısmi imkânsızlık kapsamında ele alınmasına, iki müessesenin yapıları da engel teşkil eder. Temerrüdün ön şartı, aynen ifanın mümkün olmasıdır. İmkânsızlık ise edimin ifa edilemez hale gelmesini gerektirir. Hal böyle olunca “imkânsızlığın olduğu yerde temerrüt olmaz”⁷⁹.

⁷⁵ PALANDT/HEINRICH, §275, Nr. 6.

⁷⁶ PALANDT/HEINRICH, §275, Nr. 6.

⁷⁷ ALTAŞ, 34; ALTUNKAYA, 136; DURAL, 97.

⁷⁸ ALTUNKAYA, 136; DURAL, 97.

⁷⁹ İmkânsızlıkla temerrüt arasındaki fark, birincisinde ifanın kesin olarak imkânsız hale gelmesine karşılık temerrütte ifanın mümkün olması, ancak gerçekleşmesinin zaman yönünden borca aykırı olarak gecikmiş bulunmasıdır. İmkânsızlık borçlu temerrüdünü engeller (EREN, 1046; SCHWENZER, 433).

Mutlak kesin vadeli işlemler, gecikmiş ifanın kısmi imkânsızlık kapsamına dâhil edilip edilmeyeceği tartışmasında önem taşır; zira bu işlemlerde, ifa zamanı edimin esaslı bir unsurunu oluşturmaktadır. Kararlaştırılan ifa zamanının ifa gerçekleştirilmeksizin geçirilmiş olması, mutlak kesin vadeli işlemin konusunu oluşturan edimin imkânsızlaşması sonucunu doğurur⁸⁰. Bununla birlikte belirtilmelidir ki burada söz konusu olan kısmi imkânsızlık değildir. Mutlak kesin vadeli işlemlerde ifa zamanının geçirilmesi, edimin bütünü ile ifa edilemez hale gelmesi anlamını taşır ve tam imkânsızlığa yol açar⁸¹.

c. Kesin Vadeli İşlemlerde Geçici İmkânsızlığın Sürekli İmkânsızlığa Dönüşmesi

İfa zamanının edimin esaslı bir unsuru haline getirilmiş olması sebebiyle mutlak kesin vadeli işlemler, geçici imkânsızlığın söz konusu olduğu durumlarda da özellik arz eder.

Edimin ifa edilmesi gereken süreç içerisinde ortaya çıkarak ifanın gerçekleştirilmesini engelleyen durumun niteliği, imkânsızlığın sürekli mi yoksa geçici mi olduğunu belirlemektedir. Sürekli imkânsızlıkta ifa süreci içerisinde ortaya çıkan engeller, edimin sonradan ifa edilebilmesi imkânını da tamamen ortadan kaldırmaktadır⁸². Geçici imkânsızlıkta ise ifayı engelleyen durum devamlı değildir; engelin ortadan kalkmasının ardından edimin ifa edilmesi mümkün hale gelecektir⁸³.

Geçici imkânsızlık, kural olarak ifa imkânsızlığına değil, borçlu temerrüdüne sebep olur⁸⁴. Bununla birlikte sonraki ifanın sözleşme ile ulaşılmak istenen amaca hizmet etmeyeceği bazı durumlarda, geçici imkânsızlığın sürekli imkânsızlık hükümlerine tabi tutulması gerekir⁸⁵. Geçici imkânsızlığın ne kadar devam edeceğinin belli olmadığı ve bu belirsizliğin sözleşmenin amacını tehlikeye düşürdüğü borç ilişkileri ile alacaklının edimin sonradan yerine getirilmesinde bir menfaatinin kalmadığı durumlarda, sözleşmenin amacı gerçekleşemez hale gelmektedir. Zamanın geçmesi ile edimin sözleşmede kararlaştırılandan tamamen farklı bir nitelik kazanması

⁸⁰ TUNÇOMAĞ, 517; SELİÇİ, 93; DURAL, 103; LARENZ, 239.

⁸¹ DURAL, 98.

⁸² ALTUNKAYA, 118; SCHWENZER, 433; DURAL, 100; HUGUENIN, 91; EREN, 998; OĞUZMAN, 315.

⁸³ DURAL, 100; SCHWENZER, 433; OĞUZMAN, 315; EREN, 998; ALTUNKAYA, 120.

⁸⁴ HUGUENIN, 91; SCHWENZER, 433; DURAL, 101.

⁸⁵ SCHWENZER, 433; DURAL, 101; EREN, 998; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1216; OĞUZMAN/ÖZ, 315; ALTUNKAYA, 120.

durumunda da, netice itibarıyla sözleşme ile güdülen amacın elde edilebilmesi imkânı ortadan kalkmaktadır⁸⁶. Böylece imkânsızlık yaratan engelin ortadan kalkmasından sonra ifa mümkün olsa bile, sonraki ifa sözleşmenin amacının elde edilebilmesi bakımından bir anlam taşımadığı takdirde, artık alacaklının sözleşme ile bağlı tutulması dürüstlük kuralına aykırı olacağından, geçici imkânsızlık sürekli imkânsızlık gibi değerlendirilir⁸⁷.

Taraflarca ifanın kesin olarak belirlenmiş bir tarihte gerçekleştirilmesinin kararlaştırılmış olduğu, bununla birlikte sonraki ifanın da alacaklının tatmin edilmesi sonucunu doğuracağı nispi kesin vadeli işlemler bakımından, edimin belirli bir süre ifa edilemez hale gelmesinin hükmü temerrüttür⁸⁸. Zira nispi kesin vadeli işlemlerde kesin bir vade kararlaştırılmış oluşu, alacaklının ifayı talep edebilme imkânının zaman yönünden sınırlandığı anlamına gelmez; belirlenen vade veya süre yalnızca, borçlunun edimini ifa edebileceği zamanı gösterir. Alacaklı, sonraki ifa menfaatine hizmet ettiği sürece, her zaman ifa talebinde bulunabilir⁸⁹. Mutlak kesin vadeli işlemlerde ise durum farklıdır. Burada zaman, artık edimin esaslı bir unsuru haline gelmiştir. Kararlaştırılan ifa zamanı geçirildikten sonra edimin yerine getirilebilmesi mümkün değildir. Zaman yönünden ihlal, konu yönünden de ihlal niteliği taşır ve sonraki ifa, borç ilişkisi ile güdülen amacın elde edilmesini sağlamaz⁹⁰. Böylece mutlak kesin vadeli işlemlerde, kararlaştırılan zamanda gerçekleştirilmeyen ifanın sürekli biçimde imkânsızlaşmış olduğu kabul edilmelidir⁹¹.

VI. SONUÇ

Kesin vadeli işlemler, taraflarca, borçlanılan edimin belirli bir vadede veya belirli bir süre içinde ifa edilmesinin ve sonraki ifanın kabul edilmeyeceğinin kesin olarak kararlaştırıldığı işlemlerdir.

Kesin vadeli işlemin varlığından söz edilebilmesi için öncelikle edimin yerine getirileceği vade veya sürenin kesin olarak belirlenmesi gerekir. Ancak böyle bir belirlemenin yapılmış olması, tek başına işlemin kesin vadeli işlem olduğunun kabulü için yeterli değildir. Kesin vadeli işlemin ayırt edici özelliği, taraflarca edimin

⁸⁶ EREN, 998; OĞUZMAN/ÖZ, 315; TUNÇOMAĞ, 148; DURAL, 102.

⁸⁷ OĞUZMAN/ÖZ, 315; von TUHR/ESCHER, 96; DURAL, 104; EREN, 998.

⁸⁸ LARENZ, 283; ALTUNKAYA, 122; DURAL, 103.

⁸⁹ SELİÇİ, 94; HUGUENIN, 91; EREN, 1069.

⁹⁰ ALTUNKAYA, 123; BECKER, 465; SELİÇİ, 93; HUGUENIN, 91; DURAL, 103; TUNÇOMAĞ, 517.

⁹¹ EREN, 998; DURAL, 103; TUNÇOMAĞ, 517; von TUHR/ESCHER, 96; HUGUENIN, 91; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1217.

Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt Ve İmkânsızlık

mutlaka kararlaştırılan vade veya sürede ifa edilmesi gerekliliği üzerinde anlaşmaya varılmış olması, böylece kesin olarak belirlenmiş vade veya süre geçirildikten sonra yapılacak ifanın, daha başlangıçta engellenmesidir.

Kesin vadeli işlemler, ifa zamanı ile edim arasında kurulan ilişkinin mahiyetine göre ikiye ayrılır. Mutlak kesin vadeli işlemlerde zaman, edimin muhtevasına dâhil edilmiş, edimin unsurlarından biri haline getirilmiştir. Sözleşmenin amacı ve alacaklının sözleşmeden beklediği menfaati elde edebilmesi, ifanın zamanında gerçekleştirilmesine bağlıdır. Nispi kesin vadeli işlemler ise ifa için kesin bir tarihin kararlaştırıldığı, ancak borçlanılan edimin sonradan ifasının da mümkün olduğu işlemlerdir. Bu tür işlemlerde her ne kadar taraf iradeleri ifanın belirlenen kesin bir vadede ya da süre içerisinde gerçekleştirilmesine yönelmiş ise de, belirlenen tarihten sonra gerçekleşecek ifa, gecikmiş olmasına rağmen, alacaklının menfaatine hizmet eder.

Taraflarca kararlaştırılan kesin vadenin ifa gerçekleşmeksizin geçirilmesinin sonucu, kesin vadenin mutlak mı yoksa nispi mi olduğuna göre değişir. Sonraki ifanın borca aykırı olmasına sebebiyet veren anlaşmanın, yalnızca ifanın tarzına ilişkin bir anlaşma olma niteliği taşıdığı nispi kesin vadeli işlemlerde, edimin kararlaştırılan zamanda ifa edilmemesinin sonucu temerrüttür. BK m. 101/II hükmü, kesin vadeli işlemlerde borçlunun, ihtara lüzum olmaksızın temerrüde düşeceğini öngörmektedir. Buna göre sözleşmede ifa zamanı olarak tayin edilen günün gelmesi, temerrüt halinin doğumu için yeterlidir. Nispi kesin vadeli işlemlerde temerrüt, iki bakımdan özellik arz eder. Öncelikle iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmeler bakımından geçerli olan genel kuralın aksine, nispi kesin vadeli sözleşmenin alacaklısı, borçluya borcu ifa etmesi için uygun bir ek süre tayin etmek zorunda olmaksızın seçim hakkını kullanabilir. BK m. 106 hükmü uyarınca, borçlunun verilen ek süre içinde de borçlanılan edimi yerine getirmemesi halinde, alacaklının, borçlanılan edimin aynen ifası ile birlikte gecikme tazminatını talep etmesi ya da bundan vazgeçtiğini borçluya derhal bildirmesi gereklidir. Böylece alacaklının sözleşmeyi muhafaza ederek müspet zararın tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini istemek şeklindeki ikinci seçimlik hakkının doğabilmesi, vazgeçme beyanına bağlanmış olmaktadır. Nispi kesin vadeli işlemlerde temerrüdün ikinci özelliği bu noktada ortaya çıkar. Bu işlemlerin esası, tarafların belirlenen tarihte gerçekleşmemiş olan ifanın, daha sonra artık talep edilmeyeceği hususunda uzlaşmış oluşlarıdır. Bu sebeple kesin vadeli işlemlerde, BK m. 106/II hükmündeki karinenin de değiştirilmiş olduğu ve alacaklının ikinci seçimlik hakkının, aynen ifadan vazgeçtiğini derhal beyan etmesine gerek olmaksızın doğacağı kabul edilmelidir.

Kesin vadeli işlemlerin ikinci türünü oluşturan mutlak kesin vadeli işlemlerde, ifa zamanının edimin unsuru haline getirilmiş olması sebebiyle, sonraki ifa artık sözleşmenin amacına ve dolayısıyla alacaklının sözleşmeden beklediği menfaati elde etmesine hizmet etmez. Esasen mutlak kesin vadeli işlemde ifa zamanından sonra gerçekleştirilmek istenen edim, artık sözleşme ile kararlaştırılmış olan edim de değildir. İfanın sözleşmede belirtilmiş olan zamanda gerçekleştirilmemiş oluşu, edimin niteliğini değiştirmiştir. Böylece mutlak kesin vadeli işlemlerde kesin vadenin geçirilmesinden sonra, artık sözleşmenin konusunu oluşturan edimin ifa edilmesi mümkün değildir, vadenin geçmesiyle edim imkânsızlaşmıştır.

KISALTMALAR:

BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: madde
T.	: Tarih
Yarg.	: Yargıtay

KAYNAKÇA:

- AKINCI, Ş.** : Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2003.
- ALTAŞ, H.** : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, Ankara 1991 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- ALTUNKAYA, M.** : Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.
- BAŞPINAR, V.** : Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- BECKER, H.** : Obligationenrecht I. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Bern 1941.
- DURAL, M.** : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.
- EREN, F.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- FEYZİOĞLU, F. N.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul 1977.
- FIKENTSCHER, W.** : Schuldrecht, Berlin 1976.
- GAUCH, P.**
- /SCHLUEP, W.** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Zürich 1995.
- GUHL, T.** : Das Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 1991.
- HUGUENIN, C.** : Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2006.
- LARENZ, K.** : Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, München 1979.
- MEDICUS, D.** : Schuldrecht I Allgemeiner Teil, München 2005.
- OĞUZMAN, M.**
- K./ÖZ, M. T.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005.
- PALANDT, O.** : Bürgerliches Gesetzbuch, München 2002.
- SCHWENZER, I.** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2006.

Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt Ve İmkânsızlık

- SELİÇİ, Ö.** : “Kesin Vadeli İşlemler”, MHAD 1968, S. 3, s. 92-107.
- TEKİNAY, S.**
- /AKMAN, S**
- /BURCUOĞLU, H.**
- /ALTOP, A.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988.
- TUNÇOMAĞ, K.** : Borçlar Hukuku, 1. Cilt Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- von BUREN, B.** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- von TUHR, A.**
- /ESCHER, A.** : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1974.
- www.kazanci.com.tr (son erişim tarihi: 10.03.2009).

BOŞ

DANIŞMANLIK SÖZLEŞMESİNİN ESASINA UYGULANACAK HUKUK

Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA*

ÖZET

Danışmanlık sözleşmesinin amacı, bir proje veya işletmenin teknik mühendislik hizmetleri dışında kalan konulardaki hizmetlerinin yürütülmesidir. Yabancı unsur taşıyan danışmanlık sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti milletlerarası ticarî ilişkilerin artmasıyla önem kazanmıştır. 5718 sayılı MÖHUK uyarınca taraflar, yabancı unsurlu danışmanlık sözleşmeleri için hukuk seçiminde bulunabilirler. Milletlerarası unsur taşıyan danışmanlık sözleşmeleri için taraflar uygulanacak hukuku belirlemedikleri takdirde, uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24(4) uyarınca tespit edilecektir. Danışmanlık sözleşmelerinin fikrî mülkiyet sözleşmeleriyle iç içe olduğu durumlarda, bu sözleşmelerin her biri için uygulanacak hukuku ayrı ayrı tespit etmemiz gerekecektir. Böyle bir durumda danışmanlık sözleşmesi için MÖHUK m. 24'e göre, fikrî mülkiyet sözleşmesi için ise MÖHUK m. 28'e göre uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. Bu tespit sonucunda ortaya çıkmaktadır ki, karma nitelikli sözleşmelerde birden fazla hukukun uygulanması gerekebilecek, bu da karışıklıklara sebep olacaktır. Bu sebeplerden dolayı, *kanımızca* hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda karma nitelikteki bu sözleşmelere en sıkı ilişkili ülke hukuku uygulanmalıdır.

Anahtar kelimeler:

Danışmanlık sözleşmesi, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, kanunlar ihtilâfı, uygulanacak hukuk, hukuk seçimi.

ABSTRACT

The aim of the consultancy agreement is to perform the services of a project or a business but not with inclusion of technical engineering services. After the development of the international commercial transactions, the determination of the applicable law to the consultancy agreements that involved a foreign element, comes into question. According to Turkish Code of International Private Law and Procedural Law, Law no: 5718 (MÖHUK), the parties shall choose the applicable law to their consultancy

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Görevlisi

agreement. Where the parties do not choose a law, the court has to determine the applicable law according to MÖHUK article 24(4). When the consultancy agreement accompany with an intellectual and industrial property rights agreement, we must determine the applicable law to each agreement. For the consultancy agreement, we must apply article 24 of the MÖHUK, and for the contracts regarding intellectual property rights, we must apply article 28 of the MÖHUK. After the application of these articles, we consider that in complex agreements, two different laws can be applied. This situation may cause a confusion. For these reasons, if the parties do not choose a law to govern their complex contracts, the law which is presumed to have the closest connection with the contract shall be applied.

Keywords:

Consultancy agreement, Turkish Code of International Private Law and Procedural Law, Law no: 5718, conflict of laws, applicable law, choice of law.

I. GENEL OLARAK

Danışmanlık sözleşmesinin konusunu bir proje veya işletmenin teknik mühendislik hizmetleri dışında kalan konulardaki hizmetlerin yürütülmesi oluşturmaktadır. Burada proje veya işletme sahibinin bilgi ve tecrübe eksiğini danışman mühendislik sözleşmesiyle kapatması söz konusudur. Danışmanlık ve teknik mühendislik sözleşmesini ayıran kriter esas itibarıyla konuları oluşturmaktadır. Danışmanlık sözleşmesi ile danışmanlık hizmetleri verme yükümlülüğüne giren tarafın edimleri işletmecilik hizmetleridir. Danışmanlık sözleşmesi son yıllarda önemi giderek artan bir mühendislik sözleşmesi türüdür. Önceleri her boyutu ile yani proje, uygulama ve işletme safhalarındaki teknik mühendislik sözleşmesi esas alınırken günümüzde danışmanlık sözleşmesi teknik mühendisliği geri plana itmiştir¹.

Danışmanlık sözleşmesi, iş sahibi ile danışman mühendis arasında kurulan, iş sahibi tarafından ödenen belli bir ücret karşılığında danışman mühendis tarafından belli teknik hizmet edimleri ve/veya belgelerin temini taahhüdünü içeren iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır².

Danışmanlık hizmetlerinin her biri ayrı sözleşmelerle ayrı danışmanlara yaptırılabilir gibi büyük işletmelerin esas tercihi tüm danışmanlık hizmetlerinin tek kuruluşa yaptırılması şeklindedir. Gelişen teknoloji kuşkusuz hizmet sektöründeki tekniklerin de değişimini beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla işletmeler eskiden piyasadaki alet ve teçhizatlardaki gelişmeleri yeni teknolojileri, taşıma ve üretim kolaylıklarını öğrenmek isterken, günümüzde malî tahlil, işletmenin denetimi ve hizmet sektöründe yeni geliştirilen tekniklerin izlenmesi ihtiyacı içerisinde³.

Milletlerarası ticarî ilişkilerin günümüzdeki büyük gelişimi ve farklı hukuk düzenlerine tâbi kişilerin birbirleriyle daha çok ilişkide bulunmaları sonucunda, yabancı unsur taşıyan danışmanlık sözleşmelerine uygulanacak hukuk sorunu önem kazanmıştır. Örneğin, Türkiye’de bulunan makine donanımlı endüstri tesisi için yabancı bir danışman ile çalışılması durumunda yatırımcı ile danışmanın arasında yapılan danışmanlık sözleşmesi için uygulanacak hukuk sorunu ortaya çıkar. Çalışmamızda yabancı unsur taşıyan danışmanlık sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk sorununa çözüm aranmaktadır.

¹ EKE, R. B. : Yabancı Sermaye Yatırımları Yolu İle Teknoloji Transferinin Hukukî Yönü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1989, s. 131-132.

² DAYINLARLI, K. : İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 5.

³ EKE, s. 133.

II. FONKSİYONLARI

Danışmanlık sözleşmesinde esas edim danışmanın edimidir. Danışman yalnızca rapor vermekle yetinebileceği gibi işletmenin ya da projenin gelişimini izleyip yeni önerilerde bulunmak suretiyle uygulamayı takip de ederek ayrıca bir fonksiyon da izleyebilecektir. Danışman, projenin başlangıcından itibaren fizibilite ve/veya rantabilite etütlerini hazırlayacak yatırım konusunda danışmanlık alanı bilgilendirecek, yönlendirecek yatırımın gerçekleştirilmesi için gerekli ihale şartnamelerini yatırım amaçlarına uygun olarak hazırlayacak, şartnameler ile ilgili teklifleri inceleyip sonuçlandıracaktır. Ayrıca yatırımın aşamasına göre teknoloji ve ürün maliyetlerini hesaplayacak hem işletmecilik hem de teknik açıdan teknolojiyi alan yatırımcıya hizmet edecektir. Danışman ayrıca her türlü iç ve dış düzenlemeyi personel, üretim, pazarlama, dağıtım, servis ilkelerini belirleyecek ve tüm bu sahalardaki gelişmeleri takip ile işletmeyi değişen şartlara uygun yönlendirecektir. Sözleşmede hüküm mevcut ise danışman teknik mühendislik hizmetlerini bizzat yürütebileceği gibi mühendislik hizmetleri, teknoloji alımı, inşaat, makine alımı ve montajı gibi her türlü sözleşme görüşmelerine katılabilecektir. Danışman işlerin yürütülmesinde özen gösterecektir. Öte yandan sözleşmenin niteliği gereği en önemli yan yükümü gizliliğe uymaktır. Gerçekten de danışmanlık hizmetinin yürütülebilmesi için danışmanın yatırımcıyı ve işletmesini belki de kendisinden daha iyi tanması gerekecektir. Dolayısıyla bu şekilde sahip olduğu sırları muhafaza yükümü sözleşmenin en temel unsurlarından birini oluşturmaktadır⁴.

Yatırımcının en temel edimi kuşkusuz danışmanlık hizmetleri karşılığı tespit edilen belirli bir meblağı danışmana vermesidir. Özellikle danışmanlık hizmetinin *know-how* niteliği taşıdığı özel ihtisas gerektiren yatırım alanlarında çoğu kez teknik mühendislik sözleşmesi ile birlikte danışmanlık sözleşmesi karşılığı bir ücret ödenmemekte ancak bu hizmetler bir sermaye ya da yabancılik unsuru mevcut ise yabancı sermaye sayılmaktadır. Bu durumda yatırımcının edimi danışmana belirli bir hisse devri şeklinde ortaya çıkacaktır. Öte yandan yatırımcı danışman hizmetlerini sürdürebilmesi için gereken kendisi ile ilgili her türlü bilgi akışını sağlayacaktır. Yatırımcı, süreklilik gösteren danışmanlık sözleşmelerinde danışmanın önerilerinin uygulanmasına özen gösterecektir⁵.

III. MAHİYETİ

Danışmanlık sözleşmesi, ülkemizde ve diğer birçok Avrupa ülkesinde yasal bir sözleşme olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle danışmanlık sözleşmesinin, Borçlar

⁴ EKE, s. 136.

⁵ EKE, s. 137.

Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk

Kanunu'nda düzenlenmiş yasal borçlar hukuku sözleşme tiplerinden hangisine sokulacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Ancak bu sorun uygulamada çok az ortaya çıkmaktadır çünkü öncelikle taraflar danışmanlık sözleşmesinde, -Anglo-Amerikan hukuk düzeni sözleşme uygulamasına meylederek- akla gelebilecek tüm ayrıntıları, çeşitli edim ihlâli türlerine kadar ayrıntılı olarak düzenlediklerinden, yasal düzenlemelere neredeyse hiç uygulama alanı kalmamaktadır. Ayrıca uluslararası danışmanlık sözleşmeleri çoğu kez, yabancı danışmanın ağır basması sonucunda yabancı bir ülke hukukuna tâbi kılınmaktadır. Keza danışmanlık sözleşmelerinde uyuşmazlıkların giderilmesi için taraflar çok nadiren bir Türk mahkemesini yetkili kılmakta; aksine çoğu kez, bir hakem usulü öngörmekte olduklarından, Türk hukukunun emredici hükümlerinin uygulanması da çok nadiren örneğin tenfiz aşamasında ortaya çıkmaktadır. Sadece tarafların danışmanlık sözleşmesinde uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu ve/veya yetkili mahkeme olarak bir Türk mahkemesini seçtikleri istisnai durumlarda, Türk hukukunun konu ile ilgili emredici hükümlerinin uygulanması ve/veya sözleşme şartlarındaki belirsizliğin giderilmesi amacıyla tamamlayıcı veya açıklayıcı yorum yapabilmesi için danışmanlık sözleşmesinin hukukî niteliğinin saptanması gerekecektir⁶.

Danışmanlık sözleşmesini incelediğimizde iki taraflı isimsiz bir sözleşme olduğunu görmekteyiz. Danışmanlık sözleşmesini hizmet, vekâlet ve istisna sözleşmeleri ile karşılaştırmak mümkündür.

Danışmanlık sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olup olmadığı konusu incelenirken iki nokta dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki, hizmet sözleşmesi belirli bir zaman diliminde işin yürütülmesi olduğu halde danışmanlık sözleşmesi kural olarak zamana bağlı olmaksızın işin yürütülmesi hususunda bir yükümlülük yükler. Diğeri ise, hizmet sözleşmesinde işgören ile işveren arasında bir emir direktif ilişkisi vardır, oysa danışmanlık sözleşmesinde danışman, işveren karşısında serbest çalışmaktadır⁷.

Danışmanlık sözleşmesini bir istisna sözleşmesi kabul etme imkânı da yoktur. İstisna sözleşmesi bir işgörmeye sözleşmesi olmakla birlikte önemli olan çalışmanın kendisi değil, bu çalışmada ortaya çıkan objektif sonuçtur. Bu sonucun mutlak olarak maddi bir cisimde belirme mecburiyeti olmadığından, danışmanlık sözleşmesi ile sağlanan sonuç esas itibarıyla bir istisna akdine konu edilebilir. İstisna akdi maddi bir sonucun meydana getirilmesi amacı ile sınırlı değildir. Objektif olarak tespiti mümkün olan, belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi istisna akdinin konusunu teşkil edebilir. Örneğin, yazılı bir organizasyon plânının

⁶ ALTOP, A. : Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi, İstanbul 2003, s. 64-65.

⁷ ALTOP, s. 66-67; EKE, s. 134.

hazırlanmasında veya bilgisayar yazılımının imalinde söz konusu olabilir. Ancak danışmanlık sözleşmesinde çoğu kez belirli bir sonucun elde edilmesi yerine yatırımın gerçekleştirilmesi bakımından yatırımcıya sürekli bir bilgi akışı söz konusu olmaktadır. Burada yatırımın gerçekleşme ve gerçekleşmeme riski danışmanda değil yatırımcıdadır. Bununla birlikte, bazı durumlarda yatırımın riski bütün olarak yatırımcıda kalmakla beraber yalnızca sözleşme konusu sonucun riski danışmana yükleneceğinden bu tarz münferit edimlerde istisna sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olabilmektedir⁸.

Danışmanlık sözleşmesine bir bütün olarak baktığımızda, danışman bir sonucun mutlak olarak elde edilmesi taahhüdü olmaksızın o sonucun elde edilmesi yönünde özenle ve sadakatle çalışmayı taahhüt ettiğinden; danışmanlık sözleşmesinin esas itibarıyla vekâlet özelliği taşıdığı söylenebilecektir⁹. Ancak danışmanlık sözleşmesi, sonucun meydana getirilmesi yönünde özenle ve sadakatle çalışmanın yanı sıra bazı eserlerin meydana getirilmesi, işletme faaliyeti ve organizasyonu ile ilgili bazı teknik bilgilerin devri, sözleşmenin vekâlet olarak kabulü ve değerlendirilmesini engellemektedir¹⁰.

Bütün bu açıklamalar ışığında danışmanlık sözleşmesi kendine has özellikleri olan atipik bir sözleşme olduğu söylenebilir¹¹.

IV. DANIŞMANLIK SÖZLEŞMELERİNİN ESASINA UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

Yabancı unsur içeren sözleşmelere uygulanacak hukuk konusu, milletlerarası ticarî ilişkilerin günümüzdeki büyük gelişimi ile önem kazanmıştır. Sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda önerilen görüşleri, “sübjektif” ve “objektif” olmak üzere iki grupta toplamak mümkündür¹². Sübjektif görüş taraftarlarına göre,

⁸ ALTOP, s. 67-72; EKE, s. 134-135.

⁹ İsviçre Federal Mahkemesi, Zug Kantonu Kanton Mahkemesi ve Üst Mahkemesi'nin kararlarına katılarak tecrübesiz bir saat fabrikatörünün bir yönetim danışmanı tarafından gabine maruz bırakıldığını kabul ettiği bir kararında, taraflar arasındaki yönetim danışmanlığı sözleşmesini – bütün olarak- zimnen vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Federal Mahkeme bu nitelermeyi yaparken, davalı danışman tarafından üstlenilen yükümlülüklerin “davacıya belirli bir çalışma başarısı sağlamaya” ilişkin olmadığını ve sadece “bir sonuca ulaşılmasına yönelik gayretleri” kapsadığını saptamıştır: ALTOP, s. 81; EKE, s. 135.

¹⁰ ALTOP, s. 77-80; EKE, s. 135.

¹¹ Uygulamada Yargıtay'ın ve yerel mahkemelerin danışmanlık sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin herhangi bir kararına rastlanılmamıştır: ALTOP, s. 81; EKE, s. 135.

¹² AKINCI, Z. : Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992, s. 10; ULUOCAK, N. : Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul 1971, s. 139-140.

Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk

sözleşmeden doğan ihtilâflara uygulanacak hukuk, tarafların iradesine tâbi olmalıdır. Objektif görüş taraftarları ise, sözleşmeye uygulanacak hukukun, objektif esaslardan hareket edilerek tespit edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu görüş, sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenirken tarafların iradesi dışında objektif bağlama noktalarının göz önüne alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüş, taraf iradesine yer vermemekte, toplum menfaatlerini göz önüne almaktadır. Objektif ve sübjektif görüş birbirinden farklı esaslardan hareket etmekte ise de, pek çok hukuk sisteminde sözleşmelerden doğan kanunlar ihtilâfı problemi düzenlenirken, her iki görüşe yer verilmekte ve özellikle hukuk seçiminin yapılmamış olduğu hallerde objektif görüş uygulama alanı bulmaktadır¹³.

A. Danışmanlık Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi

Milletlerarası unsurlu danışmanlık sözleşmelerinde, irade muhtariyeti esasının olması, uzun süreli olabilecek bu sözleşmeler bakımından güven ve öngörülebilirliği sağlamak açısından önemlidir. Tarafların uygulanacak hukuku önceden bilmeleri, bu hukukun özel şartlarına göre gerçekleşecek ifalarını ve fiillerini öngörebilmelerini sağlayacaktır. Ayrıca, uygulanacak hukukun taraflarca önceden bilinmesi, sözleşmenin kuruluşu ve ifası aşamasında da önemli rol oynar. Sözleşmenin ifası süresince, hangi hukukun uygulanacağı konusundaki belirlilik, tarafların haklarını, borçlarını ve sözleşmede belirtilmeyen veya belirsizliğin söz konusu olduğu bazı konularda, serbestçe hareket edebilme imkânlarını tayin edecektir¹⁴.

Milletlerarası özel hukuk manasında irade muhtariyeti ilkesi uyarınca seçilen hukukun emredici kuralları, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olsaydı uygulanacak objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukukun emredici nitelikteki kurallarının yerine uygulanacaktır. Bir başka deyişle, objektif bağlama kurallarına göre uygulanacak olan hukukun emredici nitelikleri maddi hukuk normlarını da içine alacak şekilde kabul edilmekte ve bu normların yerine seçilen hukukun emredici normları geçmektedir¹⁵.

Bugün için sözleşmelere uygulanacak hukukun öncelikle taraflarca kararlaştırılması, çoğu ülkede ve pek çok milletlerarası sözleşmede kabul edilmiştir.

¹³ AKINCI, s. 10; ÖZTÜRK, P. : Ortak Girişim (Joint venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001, s. 102-104; TEKİNALP, G. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2002, s. 280.

¹⁴ LENOIR, P. / FABRE, N. M. / TAYLOR, R. A. / RUBIN, H. : “Applicable Law and Resolution of Technology Transfer Disputes”, International Technology Transfers, London 1995, s. 305; SARGIN, F. : Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002, s. 36-37.

¹⁵ DOĞAN, V. : “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, MHB, 1995, Y. 15, Sa. 1-2, s. 23.

(27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK m. 24¹⁶, Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (EGBGB) m. 27¹⁷, 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuka Dair Federal Kanun (IPRG) m. 116¹⁸, 1980 tarihli Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Sözleşmesi (Roma Sözleşmesi) m. 3¹⁹, 4.7.2008 tarihli Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü²⁰ (Roma Tüzüğü) m. 3, Amerika Birleşik Devletleri, *İkinci Restatement* paragraf 187(1)^{21 22}.

1. Hukuk Seçimi Yapılırken Dayanılan Kıstaslar

Danışmanlık sözleşmesinin tarafları, sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçerlerken çeşitli kıstaslara dayanabilirler. Taraflarca seçilen hukuk düzeninin, o alanda gelişmesini tamamlamış bir hukuk olması, tarafların aralarında geçerli olan önceki sözleşmelerine uygulanan hukuku seçme arzusunda bulunmaları veya sözleşmenin, belirli bir hukuk düzenine tâbi başka bir sözleşme ile yakın ilişki içinde olması, tarafların o ülke hukukunu ilişkilerine uygulanacak hukuk olarak kararlaştırmalarında etkili olabilir. Taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçerken akdin yapıldığı yer, ifa yeri, malların bulunduğu yer gibi “yersel” sebepler yanında, tarafların yeni veya eski milli hukuku veya önceden bildikleri ya da iyi buldukları hukuk gibi “kişisel” sebepler yahut milletlerarası ilişkilerde genellikle uygulanan, tarafların başka bir akitte uyguladıkları ve ona yakın veya ekonomik açıdan ilişkisi olan söz konusu akde de uygulamak istedikleri hukuk gibi “muhtevaya ait” özellikleri de, uygulanacak hukuku seçmede göz önünde tutabilirler. Taraflar, hukuk seçimi yaparken bunun nedenlerini açıklamak zorunda değillerdir²³.

¹⁶ 12 Aralık 2007 Tarihli ve 26728 Sayılı Resmî Gazete.

¹⁷ Metin için bkz. *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, <<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgbeg/gesamt.pdf>>, 27.03.2009.

¹⁸ Metin için bkz. *Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL)*, <<http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>>, 07.02.2006

¹⁹ Sözleşmenin metni için bkz. *Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations* <<http://www.rome-convention.org/index.htm>>, 27.03.2009.

²⁰ Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü 17 Haziran 2008 tarihinde kabul edilmiştir. Tüzük 17 Aralık 2009'da yürürlüğe girecektir. Roma Tüzüğü ancak 17 Aralık 2009'dan sonra yapılmış sözleşmelere uygulanabilecektir: Regulation (EC) No 593/2008 of The European Parliament and of The Council of 17 June 2008 On The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), Official Journal of The European Union 4.7.2008. Tüzüğün metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:00_06:0016:EN:PDF>, 27.03.2009.

²¹ Metin için bkz. *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, <<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>>, 27.03.2009.

²² DOLINGER, J. : “Evolution of Principles for Resolving Conflicts In The Field of Contracts and Torts”, *Recueil Des Cours*, 2000, volume 283, s. 410; ÖZTÜRK, s. 108.

²³ LENOIR / FABRE / TAYLOR / RUBIN, s. 311; ÖZTÜRK, s. 106; TEKİNALP, s. 282.

2. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli

a. Açık Hukuk Seçimi

Tarafların danışmanlık sözleşmelerine uygulanacak hukuku açık olarak belirlemeleri, sözleşmenin yorumu ve yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkabilecek sonuçların önceden bilinmesi açısından yararlı olacaktır²⁴. Açık hukuk seçimi, birçok hukuk düzeninde ve milletlerarası sözleşmede kabul edilmektedir²⁵. Bazı hukuk sistemleri, hukuk seçiminin geçerliliği için mutlak olarak açık bir irade beyanının yapılmasını şart koşmakta, bazı hukuk sistemleri ise, herhangi bir şart aramadan hukuk seçiminin yapılabileceğini kabul etmektedir. Alman ve İsviçre hukuklarına göre, taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku açık veya zımnî irade beyanıyla belirleyebilirler. Türk hukukunda ise, yürürlükten kalkan 2675 sayılı MÖHUK m. 24 uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbiydi²⁶. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK m. 24'e göre, sözleşmeden doğan borçlar tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir.

b. Zımnî Hukuk Seçimi

Zımnî hukuk seçiminin yapılabilmesi için tarafların iradesinin akitten şüpheye yer verilmeyecek biçimde anlaşılması gerekir. Zımnî irade beyanında da gerçek bir irade vardır.

Zımnî seçim, çeşitli vakıalara dayanılarak tespit edilmektedir. Sözleşmede mahkemenin seçilmesi, *lex fori* konusunda zımnî iradeye ilişkin bir delil olarak kabul edilmektedir. Belli bir yerde ikamet eden hakemlerin seçimi, belli bir para birimi ile ödeme yapılması, belli hukuktaki usuller ile örf ve âdetin veya kavramların kararlaştırılması da zımnî seçimi belirlemede, fakat tek başına o ülke hukukunun uygulanmasının istendiği anlamına da gelmemektedir. Bu delillerden birkaçının bir arada bulunması gerektiği ileri sürülmektedir²⁷.

Bugün, birçok devlet hukukunda, zımnî irade ile hukuk seçimi yapılabilir. Örneğin, 15 Haziran 1978 tarihli Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 35. maddesinde²⁸ ve 1963 tarihli Çek Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 9.

²⁴ LENOIR / FABRE / TAYLOR / RUBIN, s. 310.

²⁵ Örnek olarak, 1955 La Haye Satış Sözleşmesi m. 2/II; 1980 Roma Sözleşmesi m. 3/I; 1986 La Haye Satış Sözleşmesi m. 7/I verilebilir: TİRYAKİOĞLU, B. : Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 28.

²⁶ AKINCI, s. 13; ÖZTÜRK s, 121-122

²⁷ MORRIS, J. H. C. / MCCLEAN, D. : The Conflict of Laws, London 2000, s. 323; TEKİNALP, s. 285.

²⁸ Metin için bkz. *Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht*, <http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg_iprg01.htm>, 20.11.2007.

maddesinde²⁹ zımnî hukuk seçiminin kabul edilmiş olduğunu görüyoruz³⁰. Roma Sözleşmesi'nin 3(1) maddesinde açık veya zımnî irade beyanıyla hukuk seçiminin yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, taraflarca yapılacak hukuk seçimi, açık olabileceği gibi, sözleşmede yer alan ifadelerden ve halin özelliklerinden makul bir şekilde anlaşılacak kaydıyla zımnî de olabilir³¹. Benzer şekilde 4.7.2008 tarihli Roma Tüzüğü'nün 3(1) maddesine göre, taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçebilirler. Bu seçim açıkça veya sözleşmede yer alan ifadelerden ya da olayın özelliklerinden açıkça anlaşılması yoluyla olabilir. Türk hukukunda 2675 sayılı MÖHUK m. 24 sadece açık hukuk seçimine olanak tanımış, zımnî irade beyanı ile yapılan hukuk seçimini kabul etmemiş, ancak doktrinde zımnî hukuk seçimi yapılabileceği de ileri sürülmüştü³². 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK'un 24(1) maddesi, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbi kılmakta ve sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimini de geçerli kabul etmektedir. Hangi şartların, tarafların zımnî bir hukuk seçimi yaptığını gösterdiğini tespit etmek oldukça güçtür. Bu konuda esas olan tarafların gerçek iradesidir. Tarafların “farazi” iradeleri dikkate alınmaz³³.

c. Farazi Hukuk Seçimi

Farazi iradenin tespitinde, İsviçre Federal Mahkemesi, “taraflar, sözleşmeyi yaptıkları zaman iradelerini açıklasalardı” veya “bu hususu düşünselerdi” duruma göre hangi hukuku seçerlerdi veya “taraflar, iradelerini beyan etselerdi, akla uygun olarak hangi hukuku kararlaştırırlardı” gibi formüller kullanmıştır³⁴.

²⁹ Metin için bkz. *Czech Private International Law and Process Law Act*, <<http://www.eurojurislawjournal.net/RA/Hoek-Dr/Beitraege-e/Private-International-Law.htm>>, 20.11.2007.

³⁰ DIAMOND, A. L. : “Harmonization of Private International Law relating to Contractual Obligations”, *Recueil Des Cours*, 1986 IV, volume 199, s. 257.

³¹ EUROPEAN COMMISSION: “1980 Rome Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations” <http://europa.eu.int/servlet/portail/RenderServlet?search=RefPub&lg=en&nb_docs=25&domain=Legislation&in_force=NO&year=1998&month=1&day=&coll=JOC&nu_jo=27&page=34>, 13.12.2004.

³² ÇELİKEL, A. : *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2004, s. 252. Aksi görüşte olan *Nomer*'e göre, taraflar hukuk seçimi hakkındaki iradelerini açık olarak beyan etmemiş olsalar dahi, bir hukuk seçimi yapma iradelerinin mevcut olduğu belirlenebilmekte ise, bu hukuk nizamını seçmiş oldukları kabul edilmelidir: NOMER, E. : *Devletler Hususî Hukuku*, 16. Bası: *Nomer/Şanlı*, İstanbul 2008, s s. 309; Buna karşılık *Tiryakioğlu*, zımnî hukuk seçiminin milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve milletlerarası sözleşmelerde hâkim olan anlayışa uygun düşeceği, hem de Türk hukuku bakımından sistematik bütünlüğün bozulması tehlikesini ortadan kaldıracığını belirtmiştir; TİRYAKIOĞLU, s. 213.

³³ NOMER, s. 309.

³⁴ TEKİNALP, s. 285-286.

Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk

Danışmanlık sözleşmelerinde farazi iradeye dayanılarak uygulanacak hukukun tespit edilmesi, milletlerarası hukukun gerektirdiği hukukî güvenlik ve öngörülebilirliği zedelemektedir. Bu nedenle de farazi iradenin araştırılması sonucunda danışmanlık sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespit edilmesi mümkün değildir.

3. Hukuk Seçiminin Zamanı

Taraflar, danışmanlık sözleşmelerinde hukuk seçimini akdin kuruluşu sırasında ya da daha sonra ve hatta mahkeme aşamasında bile yapabilirler. Ayrıca, daha önceden kararlaştırmış oldukları hukuku karşılıklı anlaşma ile sonradan değiştirebilirler.

Roma Sözleşmesi'nin 3. madde 2. fıkrasında da hukuk seçiminin zamanına ilişkin bir düzenleme vardır. Bu düzenlemeye göre; taraflar, her zaman sözleşmeyi, önceden yapılan seçim sonucunda veya daha sonra başka bir hukuka tâbi tutabilirler. Sözleşmenin yapılmasından sonra uygulanacak hukukla ilgili olarak taraflarca yapılacak değişiklikler, sözleşmenin şekli geçerliliğini ve üçüncü kişilerin haklarını ihlâl edemez³⁵. Bu düzenleme Roma Tüzüğü'nün 3(2) maddesinde aynı şekilde korunmuştur.

Türk hukukunda, 2675 sayılı MÖHUK m. 24'de hukuk seçiminin ne zaman yapılacağına dair bir hükme yer verilmemiş ve bu konuda herhangi bir sınırlama da yapılmamıştı. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK m. 24(3)'de hukuk seçiminin taraflarca her zaman yapılabileceği veya değiştirilebileceği ifade edilmektedir. Yeni düzenlemeye göre, sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerli olacaktır. Bu şekilde, taraflar danışmanlık sözleşmelerine uygulanacak hukuku sözleşmenin kuruluşu anında ya da daha sonraki bir anda seçebilecekler, hatta daha önce seçilen hukuku sonradan değiştirmeleri de mümkün olacaktır. Ancak burada önemli olan nokta, danışmanlık sözleşmesinin kurulmasından sonraki hukuk seçiminin veya seçilen hukukun değiştirilmesinin üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla ancak geriye etkili olabileceğidir.

4. Kısmî Hukuk Seçimi

Taraflar, danışmanlık sözleşmeleri için kısmî hukuk seçiminde bulunabilirler. Şekil ve ehliyeteye ait akit şartları farklı hukuklara tâbi olabilirken, akdin meydana gelişi ve hükümleri ve hatta çeşitli hükümleri kendi aralarında, birbirinden ayrılabilirler.

³⁵ WADLOW, C. : Enforcement of Intellectual Property in European and International Law, London 1998, s. 426.

Bu doğrultuda, Roma Sözleşmesi'nin 3 (1) maddesinin son cümlesine göre, taraflar hukuk seçimlerinde seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Aynı şekilde Roma Tüzüğü'nün 3 (1) maddesinin son cümlesine göre, tarafların kısmî hukuk seçimi yapmalarına izin verilmiştir.

Türk hukukunda 2675 sayılı MÖHUK'da kısmî hukuk seçimini mümkün kılan bir hüküm olmamakla beraber, engelleyici geçerli bir sebep de bulunmamaktaydı. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK m. 24(2)'de tarafların, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilecekleri düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, tarafların danışmanlık sözleşmeleri için kısmî hukuk seçimi yapabilmeleri bakımından herhangi bir engel kalmamıştır.

5. Hukuk Seçiminin Sınırı

Tarafların hukuk seçimini kısıtlayan önemli bir sınırlama, doğrudan uygulanan kurallara ilişkindir. Taraflar, uygulanmasını istemedikleri doğrudan uygulanan kurallardan kurtulmak amacıyla bir hukuk seçimi yapamazlar³⁶.

Bu tarzdaki doğrudan uygulanan kurallar, çoğu ülkede hukuk seçimi üzerinde temel bir sınırlama oluşturmaktadır. Doğrudan uygulanan kurallar, ülkelerin siyasi veya ekonomik politikalarına ilişkindir. Örneğin, döviz kontrol düzenlemeleri veya bazı vatandaşların diğerlerine karşı korunması, tüketicinin korunması, rekabetin korunması ya da işçinin korunması düzenlemeleri gibi³⁷. Roma Sözleşmesi'nin 3(3) maddesinde emredici kuralların sözleşme serbestisi üzerindeki etkisi düzenlenmiştir. Buna göre, taraflarca yabancı bir hukukun seçilmesi durumunda, bu seçim yabancı bir mahkemenin seçimi ile birlikte olsun ya da olmasın, seçim zamanında sözleşmeyle ilgili diğer bütün unsurlar sadece bir ülkeyle bağlantılıysa, bu ülkenin anlaşmayla kendinden kaçınılamayacak hukuk kurallarının (doğrudan uygulanan kurallarının) uygulanmasını bertaraf edemez. 17 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girecek olan 4.7.2008 tarihli Roma Tüzüğü'nün 3. maddesinin 3. ve 4. paragraflarında da doğrudan uygulanan kuralların hukuk seçimi üzerindeki etkisi düzenlenmiştir. Tüzüğün 3(3) maddesine göre, olayla ilgili diğer tüm unsurlar, seçim zamanında hukuku seçilen ülkenin dışında bir ülkeyle ilgiliyse, tarafların hukuk seçimi, bu ülkenin sözleşmeyle kendisinden kaçınılamayacak hukuk kurallarının uygulanmasını engelleyemez. Tüzüğün 3(4) maddesinde ise Topluluk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının hukuk seçimi üzerindeki etkisi düzenlenmiştir. Bu paragrafa göre, olayla ilgili diğer tüm unsurlar seçim zamanında, bir veya daha fazla Üye Devletle ilgiliyse, tarafların bir Üye Devletin hukuku dışında seçtiği uygulanacak olan hukuk, sözleşmeyle

³⁶ DIAMOND, s. 267.

³⁷ DIAMOND, s. 267.

Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk

kendilerinden kaçınılamayacak Üye Devlet mahkemelerinde uygulanan Topluluk hukuku kurallarının uygulanmasını engelleyemez.

Türk hukukunda 2675 sayılı MÖHUK m. 24’de akitler için irade muhtariyeti istisna getirmeksizin kabul edilmişti. Ayrıca maddenin eski halinin yoruma da elvermemesi, hukuk seçme özgürlüğünün güçlü olan tarafın istediği gibi kullanabileceği bir özgürlük haline gelmesi sonucunu doğurabilirdi. Madde 24/1, zayıf tarafın korunması ihtiyacını ve sosyal düşünceleri bir kenara bırakmıştı³⁸. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK’a Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralları düzenleyen yeni bir madde eklenmiştir. MÖHUK m. 6’ya göre, yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır. Bu hüküm Türk hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallara ilişkindir. Amacı ve uygulama alanı bakımından doğrudan uygulanma niteliğine sahip olan Türk maddî hukuk hükümleri, kanunlar ihtilâfı kurallarından bağımsız olarak uygulanırlar³⁹.

Hukuk seçiminin sınırlanmasına ilişkin bir başka sınırlama konusu ise, kamu düzeninden kaynaklanan sınırlamadır. Seçilen hukukun uygulanması, davayı gören mahkemenin mensup olduğu devletin kamu düzenine aykırıysa, bu hükümler uygulanamaz⁴⁰.

Roma Sözleşmesi’nde irade serbestisine getirilen sınırlamalardan biri *lex fori*’nin kamu düzenidir (m. 16). Taraflarca seçilen esasa ilişkin hukukun uygulanması, *lex fori*’nin kamu düzenine aykırıysa bu hukuk uygulanmaz⁴¹. Aynı şekilde Roma Tüzüğü’nün 21. maddesine göre de, Roma Tüzüğü ile belirlenen ülkenin hukukundaki kuralın uygulanması eğer böyle bir uygulamanın mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturması halinde reddedilir.

Türk hukukunda da taraflarca seçilen hukuk, hâkimin hukukunun kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde tarafların seçmiş olduğu hukuk uygulanmayacaktır. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK’un 5. maddesi uyarınca, kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için, seçilen hukukun uygulanması,

³⁸ TİRYAKIOĞLU, s. 216-217.

³⁹ NOMER, s. 322.

⁴⁰ NORTH, P. M. : “Reform, But Not Revolution- General Course on Private International Law”, Recueil Des Cours, 1990/ I, volume 220, s. 164.

⁴¹ EKŞİ, N. : Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004, s. 94-95.

mahkemenin kamu düzeni ile aşikâr biçimde uyuşmazlık yaratması veya temel prensipler bakımından kabul edilemez bir sonuç doğurması gerekir⁴².

B. Tarafların Hukuk Seçimi Yapmamaları Durumunda Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk

Danışmanlık sözleşmelerinde hizmet edimi öne çıkmaktadır. Bu sözleşmelerde önemli olan bir hizmetin yerine getirilmesidir.

1. Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk Konusunda Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

a. Karakteristik Edim Olarak Danışmanın Edimini Kabul Eden Görüş

Danışmanlık sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda *Schnitzer*, bu tür sözleşmeler için hizmet veren kişinin ya da şirketin mutad meskeninin bulunduğu yer ülke hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüş, bazı Avrupa ülkelerinin milletlerarası özel hukuk kanunlarında da yer almıştır. Örneğin, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu'nun 117. maddesine göre, transfer edenin ya da hizmeti sağlayan kişinin mutad meskeninin ya da iş yerinin bulunduğu yer hukuku bu tür sözleşmelere uygulanacak olan hukuktur⁴³.

Danışmanlık sözleşmesi, bazı durumlarda, birden fazla ülkede yerine getirilebilmektedir. Böyle durumlar için, hizmetin büyük bölümünün danışmanın ülkesinde yapıldığına ilişkin düzenlemeler de söz konusudur. Örneğin, danışmanlık hizmetini alan tarafın personeli için yapılan eğitim programları danışmanın binasında gerçekleşmiş olabilir. Ayrıca, araştırma ve geliştirme hizmetleri genellikle danışmanın ülkesinde gerçekleşir. Böyle durumlarda, son söylenen yer akdin ağırlığını teşkil eden yer ve en yakın irtibatlı yer olmaktadır⁴⁴.

b. Danışmanlık Hizmeti Alanın Ülkesinin Hukukunun Uygulanması Görüşü

Teknik yardım hizmetinin sunulması ile ilgili sözleşmede en sıkı irtibatlı yer, hizmetin yerine getirildiği yerdir. Kural olarak, hizmeti alan devlet de akdin yerine getirildiği yerdir. Hizmeti alan devlet, genellikle bu tür hukukî ilişkilerde yasal,

⁴² SARGIN, s. 150-151.

⁴³ *Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL)*, <<http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>>, 07.02.2006; SOLTYSINSKI, S. : "Choice of Law and Choice of Forum in Transnational Transfer of Technology Transactions", *Recueil Des Cours*, 1986/ I, volume 196, s. 330-331.

⁴⁴ SOLTYSINSKI, s. 333.

Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk

ekonomik ve sosyal kıstaslar bakımından akdin ağırlık merkezinin teşkil ettiği yerdir⁴⁵.

Akdin yerine getirildiği yer ekonomik, sosyal ve diğer akitler bakımından en önemlisi olarak görünmektedir. Danışmanlık sözleşmeleri çoğunlukla hizmeti alan devlette yerine getirilmektedir. Örneğin, bir tesisin kurulması veya makinelerin montajı için gereken danışmanlık hizmetleri ya da tüm proje için gereken mühendis kadrosu alıcının binasının eklentilerinin içindedir. Örneğin, hizmeti alan tarafın makine veya tesisin yapılması için kiraladığı personelin seçimi ile ilgili metotlarda danışma servisleri, kalite ve performans testlerinin yapılması, eğitim programları v.b. hizmeti alanın ülkesinde gerçekleşir. Danışmanın personeli, hizmeti alan tarafın tesislerinde bulunduğu sırada çeşitli hukukî düzenlemelere tâbi olur. Son olarak, danışmanın borcunu ifa etmesi ya da etmemesi hizmeti alanın ülkesinde çeşitli sonuçlara yol açabilmektedir. Bu sonuçlar; ödemeler dengesine, eğitime, teknolojiye, toplumsal problemlere ve bazı durumlarda çevre sorunlarına ilişkin olabilmektedir⁴⁶.

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, hizmete ilişkin sözleşmelerin hepsi için tek bir kuralın uygulanacağını söylemek imkânsızdır. Ancak şu şekilde bir sonuca ulaşabiliriz. Eğer, hizmetin büyük bir bölümü başka bir ülkede yerine getirilmiyorsa, danışmanlık sözleşmesine danışmanlık hizmeti alan ülkenin hukuku uygulanabilir. Eğer hizmetin büyük bölümü transfer edenin (hizmeti verenin) mutad meskeninin bulunduğu yerde gerçekleşiyorsa, bu ülkenin hukuku sözleşmeye uygulanır⁴⁷.

Örnek olarak 1985 tarihli 4650 tarihli MTO (ICC) kararını⁴⁸ verebiliriz. Bu kararda, bir Amerikalı mimar ile Suudi Arabistan şirketi arasında Jeddah, Suudi Arabistan'da yapılacak olan bir bina projesinin çizimi için mimarlık hizmetlerini sağlamak üzere bir teknik yardım sözleşmesi imzalanmıştır. Taraflar sözleşmede Cenevre'deki MTO (ICC) tahkimini yetkili kılmışlardır. Ayrıca sözleşmede akde uygulanacak hukuku belirlememişlerdir. Tarafların arasında daha sonra ücret ile ilgili olarak bir anlaşmazlık çıkmıştır⁴⁹.

Davacı taraf olan Amerikalı mimar, sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşmeye göre bütün önemli işlerin yerine getirildiği yer olan Georgia Eyalet

⁴⁵ SOLTYSINSKI, s. 331.

⁴⁶ SOLTYSINSKI, s. 332-333.

⁴⁷ SOLTYSINSKI, s. 333.

⁴⁸ Yearbook Commercial Arbitration, volume XII- 1987, The Hague, s. 111-113.

⁴⁹ YB Comm. Arb'n XII (1987), s. 111.

(ABD) hukuku olduğunu iddia etmiştir. Davacı, İsviçre maddi hukukunun ya da *lex mercatoria*'nın da alternatif olarak uygulanabileceğini ileri sürmüştür. Son olarak, davacı mühendislik hizmetleri için getirilen uluslararası kurallara paralellik kurarak işverenin değil de mühendisin ikametgâhının bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁵⁰.

Davalı taraf ise akde uygulanacak hukukun Suudi Arabistan hukuku olduğunu çünkü davacının borçlarının bir kısmını Georgia'da, bir kısmını ise Suudi Arabistan'da gerçekleştirdiğini, davalının bütün borçlarının ise Suudi Arabistan'da yerine getirildiğini belirtmiştir. Son olarak, davalı İsviçre maddi hukukunun ya da *lex mercatoria*'nın uygulanamayacağını ileri sürmüştür⁵¹.

Hakem heyeti olaya Georgia Eyalet (ABD) hukukunu uygulamıştır. Bunun sebepleri ise şöyle açıklanmıştır. Öncelikle taraflar, açık bir hukuk seçimi yapmamıştır. Ayrıca tarafların aralarında zımnî bir hukuk seçimi de tespit edilmediğinden İsviçre maddi hukukunun ya da *lex mercatoria*'nın uygulanması da mümkün değildir. Sunulan deliller sonucunda hizmetin büyük bölümünün Georgia Eyaletinde gerçekleştiği sonucuna varılmıştır. Tahkim heyetine göre, Suudi Arabistan'a ara sıra yapılan ziyaretler, karakteristik işin Georgia'dan Suudi Arabistan'a taşınmasını gerektirmez. İşin en önemli ve karakteristik kısmı olan ve bunun karşılığı olarak 5.135.997 Suudi Riyali ödenen iş, Georgia (ABD)'de yerine getirilmiştir. Bütün bu sonuçlara dayanarak hakem heyeti bu sözleşmeden doğan ihtilâfa Georgia Eyalet (ABD) hukukunu uygulamıştır⁵².

2. Çeşitli Düzenlemelere Göre Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk

a. Avrupa Birliği hukukunda getirilen düzenlemeler

Roma Sözleşmesi'nin 4(1) maddesi uyarınca, sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca seçilmemişse, danışmanlık sözleşmelerinin en yakın irtibatlı olduğu ülkenin hukuku tarafından idare edilir. Sözleşmenin 4(2) maddesi uyarınca, en sıkı irtibatlı hukuk danışmanlık sözleşmelerinde karakteristik edimi yerine getiren tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya tüzel kişilik kazanmış ya da kazanamamış kuruluşlarda merkezi idarelerinin bulunduğu ülke hukuku kabul edilir. Bununla beraber, sözleşme taraflardan birinin ticareti ya da mesleği gereği yapılmışsa, esas işyerinin bulunduğu ülke, sözleşmede yer alan ifadelerden ifanın esas işyerinden

⁵⁰ YB Comm. Arb'n XII (1987), s. 111.

⁵¹ YB Comm. Arb'n XII (1987), s. 111.

⁵² YB Comm. Arb'n XII (1987), s. 112.

Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk

başka bir işyerinde yerine getirileceği anlaşılıyorsa bu iş yerinin bulunduğu ülkeyle sözleşme yakından irtibatlıdır. Eğer hizmetin büyük bölümü danışmanın mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yerde gerçekleşiyorsa, bu ülkenin hukuku sözleşmeye uygulanır. Buna göre, danışmanlık sözleşmelerinde hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda uygulanacak olan hukuk, danışmanın mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yer hukukudur. Eğer danışmanlık sözleşmelerinde karakteristik edim belirlenemiyorsa Sözleşmenin 4(2) maddesi uygulanmayacaktır. Ayrıca danışmanlık sözleşmelerinin başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olduğu sözleşmenin şartlarından bir bütün olarak anlaşılıyorsa aynı maddenin 2. 3. ve 4. paragrafındaki kriterler göz ardı edilecektir. Örneğin, eğer danışmanlık hizmetinin büyük bir bölümü başka bir ülkede yerine getirilmiyorsa, danışmanlık sözleşmesine hizmeti alanın ülkesinin hukuku ile daha sıkı irtibatlı kabul edilir ve bu ülke hukuku uygulanabilir.

17 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girecek olan 4.7.2008 tarihli Roma Tüzüğü'nün 4. maddesi hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Tüzüğün 4. maddesinin 1. paragrafında bazı sözleşme türleri için özel bağlama noktaları getirilmiştir. Tüzüğün 4/1(b) maddesine göre, hizmet verilmesine ilişkin sözleşmeler, hizmet verenin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. Danışmanlık sözleşmeleri, hizmet verilmesine ilişkin bir sözleşme niteliğinde olduğundan, Tüzük uyarınca, bu sözleşmeye danışmanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Tüzüğün 4(2) maddesine göre, sözleşmenin 4. maddenin 1. paragrafındaki unsurları içermemesi veya paragraf 1'de a ile h arasında yer alan unsurlardan birden fazlasını içermesi durumunda sözleşme, karakteristik edimi yerine getiren tarafın mutad mesken hukukuna tâbidir. Danışmanlık sözleşmelerinin paragraf 1'de a ile h arasında yer alan unsurlardan birden fazlasını içermesi durumunda karakteristik edimi yerine getiren tarafın mutad mesken hukuku sözleşmeye uygulanacaktır. Örneğin, danışmanlık sözleşmesinin taşınır mal satım sözleşmesiyle ya da *franchise* sözleşmesiyle iç içe olduğu durumlarda sözleşmeye karakteristik edimi yerine getiren tarafın mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Tüzüğün 4(3) maddesine göre, olayın tüm unsurlarından sözleşmenin paragraf 1 veya 2'de belirtilenler dışında bir ülkeyle sıkı bir ilişkisi varsa, bu ülkenin hukuku uygulanır. Danışmanlık sözleşmesinin karakteristik edimi yerine getiren tarafın mutad mesken hukuku dışında başka bir ülke ile sıkı bir ilişkisi varsa bu ülke hukuku sözleşmeye uygulanacaktır. Örneğin, danışmanlık hizmetlerinin büyük bir bölümü üçüncü bir ülkede yerine getiriliyorsa bu durumda danışmanlık sözleşmesi, üçüncü bir ülkenin hukuku ile daha sıkı irtibatlı kabul edilir ve bu ülke hukuku uygulanır. Tüzüğün 4(4) maddesinde ise, uygulanacak

hukukun paragraf 1 veya 2'ye göre belirlenemediği durumlarda, sözleşmenin en sıkı irtibatlı ülke hukukuna tâbi olacağı belirtilmektedir. Danışmanlık sözleşmelerinin amacı danışmanlık hizmetleri vermek ve bunun karşılığında belirli bir ücret almaktır. Bu şekildeki danışmanlık sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti paragraf 1 veya 2'ye göre yapılabilir. Ancak danışmanlık sözleşmesinde, hizmet ediminin karşılığı olarak bir ücret ödenmiyorsa, örneğin sermaye devri söz konusu oluyorsa, sözleşme, en sıkı irtibatlı ülke hukukuna tâbi olacaktır. Tüzüğün 4(4) maddesinin uygulanmasını gerektirebilecek bir başka durum ise, danışmanlık sözleşmesinin fikrî ve sınaî hakların transferini ya da devrini içermesidir. Örneğin, danışmanlık hizmeti verilirken *know-how* transferi de yapılıyorsa, bu durumda uygulanacak olan hukuk, Tüzüğün 4(4) maddesi uyarınca sözleşmenin en sıkı irtibatlı ülke hukukudur.

b. Türk hukukunda getirilen düzenleme

Türk hukukunda 2675 sayılı MÖHUK m. 24/2 uyarınca, sözleşmelere uygulanacak olan hukuk, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri olarak tespit edilmiştir.

27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Danışmanlık sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde 24. maddeden yararlanarak bir çözüm bulunacaktır. Kanunun 24. maddesinin 1. 2. ve 3. fıkralarında hukuk seçimi düzenlenmiştir. Kanunun 24. maddesinin 4. fıkrasında hukuk seçimi yapılmadığı takdirde uygulanacak hukuk gösterilmektedir. Bu fıkraya göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur. Danışmanlık sözleşmelerinde *kanımızca* karakteristik edim borçlusu hizmeti yerine getiren kişi olması nedeniyle danışmanın edimi akdi karakterize etmektedir. O halde uygulanacak olan hukuk, danışmanın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, bu sözleşmeler ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulduysa, danışmanın işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, bunların birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Eğer hizmetin büyük bir bölümü hizmeti verenin ülkesinde gerçekleşiyorsa, tespit edilen bu hukukun uygulanması yerindedir. Fakat hizmetin büyük bir bölümü başka bir ülkede yerine getiriliyorsa,

Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk

örneğin danışmanlık sözleşmesinde, sözleşmenin büyük bir bölümü danışmanlık hizmeti alan ülkede yerine getiriliyorsa bu yer hukuku sözleşmeyle daha sıkı ilişkili olacağından sözleşme, bu hukuka tâbi olmalıdır.

Danışmanlık sözleşmesi için 5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinin uygulanamayacağı durumlar söz konusu olabilecektir. Örneğin danışmanlık sözleşmesinde, danışman yan edim olarak *know-how* vermeyi taahhüt edebilir ya da danışmanlık sözleşmesi, fikrî ve sınaî hakların transferi veya devri için yapılmış karma nitelikli bir sözleşme olabilir. Bir başka olasılık ise, danışmanlık sözleşmesi sonucunda fikrî ve sınaî bir hakkın ortaya çıkmasıdır. Böyle durumlarda sözleşme için MÖHUK m. 28'in uygulanması gerekecektir. O halde danışmanlık sözleşmelerinin fikrî mülkiyet sözleşmeleriyle iç içe olduğu durumlarda, bu sözleşmelerin her biri için uygulanacak hukuku ayrı ayrı tespit etmemiz gerekecektir. Asıl sözleşmenin danışmanlık sözleşmesi olduğu, yan sözleşmenin ise fikrî mülkiyet sözleşmesi olduğu bir durumda uygulanacak hukuku, danışmanlık sözleşmesi için MÖHUK m. 24'ü, fikrî mülkiyet sözleşmesi için ise MÖHUK m. 28'i uygulayarak tespit etmemiz gerekecektir.

27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak olan hukuku özel bir hüküm ile düzenlemiştir. Kanunun 28(1) maddesine göre, taraflar fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeleri için hukuk seçiminde bulunabilirler. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde, mutad meskeni hukuku uygulanır. Ancak hâlin bütün şartlarına göre, sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde, sözleşme bu hukuka tâbi olur (m. 28(2)).

Fikrî mülkiyet sözleşmesi için Kanun'un 28(2). maddesinin birinci cümlesinin uygulanması sonucunda sözleşmeye, fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri veya mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Danışmanlık sözleşmesi için Kanun'un 24(4). maddesinin uygulanması sonucunda da danışmanın edimi karakteristik edim olması nedeniyle, danışmanın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni veya işyeri hukuku uygulanacaktır. Danışmanlık sözleşmesinin fikrî mülkiyet sözleşmesiyle iç içe olduğu hallerde, danışmanlık hizmetini yerine getiren taraf da, fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden taraf da danışman olduğu için uygulanacak olan hukuklar aynı olmaktadır. Ancak bu sonuca ulaşmamız her zaman mümkün olamayabilir. Buna örnek olarak, danışmanlık sözleşmesinde danışmanın yan edim olarak *know-how* aktarımını taahhüt etmesini verebiliriz. *Know-how* sözleşmesinde *know-*

how'ı devreden taraf, edimini (üretim, satım, hizmet tekniklerini *know-how* alana açıklamak, gerekli bilgileri devretmek gibi) çoğu zaman *know-how*'ı alanın ülkesinde ifa etmektedir, *know-how*'ı alan da edimini (*know-how*'ı kullanma ve üretim yapma, üçüncü kişilere öğrendiği bilgileri açıklamama, rekabet etmeme gibi) *know-how*'ın kullanıldığı ülke olan *know-how* alanın ülkesinde gerçekleştirmektedir. Bu nedenle *know-how* sözleşmesine uygulanacak olan hukuk *know-how* alanın ülkesinin hukuku olmalıdır. İşte böyle bir durumda MÖHUK'un 28 (2) maddesinin 2. cümlesinde yer alan yardımcı kuralın uygulanması gerekir. "*Hâlin bütün şartlarına göre, sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde, sözleşme bu hukuka tâbi olur*" kuralı uyarınca *know-how* sözleşmesi, *know-how* alanın ülkesinin hukuku ile daha sıkı ilişkili olduğu tespit edilirse, sözleşme bu hukuka tâbi olmalıdır.

Kanaatimizce, danışmanlık sözleşmesinin içinde fikrî mülkiyet hakkının veya onun kullanımının devri söz konusu olursa, birden fazla hukukun uygulanması gerekecek, bu da karışıklıklara sebep olacaktır. Bu sebeplerden dolayı, hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda ekonomik olarak aynı amacı güden ancak hukukî olarak birbirinden bağımsız sözleşmeler için bu sözleşmelerin en sıkı ilişkili bulunduğu ülke hukuku uygulanmalıdır.

V. AKİT STATÜSÜNÜN KAPSAMI VE KAPSAMI DIŞINDA KALAN HALLER

Sübjektif veya objektif ölçütler yoluyla belirlenen akit statüsü, danışmanlık sözleşmesinin kuruluşuna, geçerliliğine, yorumuna, ifasına ve sözleşmenin hüküm ve sonuçlarına uygulanır. Bir başka deyişle, sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli şartlar, hangi şartların danışmanlık sözleşmeleri için gerekli ve mümkün olduğu, müzakereye girişmeden doğan borçlar, yabancı para kayıtları, akdin geçerli olup olmadığı, irade sakatlıkları, sözleşmenin içeriği, yorumu, sözleşme konusunun mümkün olup olmaması, sorumluluk, cezaî şart, hasar, ifa, ifanın mümkün olup olmadığı, zamanaşımı, sona erme sebepleri ve hükümleri kuralın uygulama alanına girmektedir. Bu durum akdin birliği ilkesinin bir sonucudur⁵³.

Bazı uyuşmazlıklar, danışmanlık sözleşmesiyle ilgili olsa da, danışmanlık sözleşmesine uygulanacak olan hukuka tâbi olmaz, başka bir deyişle sözleşme için yetkili olan hukukun yani akit statüsünün kapsamı dışında kalır. Şekle ve ehliyete ilişkin olarak ortaya çıkan ihtilâflar, akit statüsünün kapsamı dışında kalmaktadır. 5718 sayılı MÖHUK madde 7 uyarınca, hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.

⁵³ TEKİNALP (Milletlerarası), s. 293; TİRYAKİOĞLU (Taşınır Mallar), s. 44.

Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk

Danışmanlık sözleşmesinin taraflarının ehliyetleri ile ilgili ortaya çıkabilecek ihtilâflarda 5718 sayılı MÖHUK'un 9. maddesinin uygulanması gerekir. Bu madde uyarınca, hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir.

Sözleşmenin tâbi olduğu hukukun uygulama alanını daraltabilecek bir başka durum ise, kamu düzenine aykırılık durumudur. Türk hukukunda kamu düzeninin istisnaî nitelikte olduğu kabul edilmiştir. 5718 sayılı MÖHUK'un 5. maddesi uyarınca, yetkili olan hukukun danışmanlık sözleşmesine uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmayacak, gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanacaktır.

Akit statüsünün kapsamını sınırlayan diğer bir durum ise, doğrudan uygulanan kurallardır. Doğrudan uygulanan kurallar, sözleşme ile belirli bağlantılarının olması halinde, ait oldukları hukuk sistemi, taraflarca uygulanacak hukuk olarak seçilmemiş olsa bile uygulanırlar. Bu yöntem ile irade serbestisi, bütünüyle değil, sadece bu hükümlerle düzenlenen konular açısından sınırlamaya tâbi tutulmak suretiyle, bir yandan, tarafların iradesine olabildiğince büyük ölçüde imkân tanınmakta; diğer taraftan, doğrudan uygulanan kurallar kendi uygulama alanlarına giren uyuşmazlıklara uygulanmak suretiyle bu kurallar ile öngörülen amaçların elde edilmesi sağlanmaktadır⁵⁴. 22.05.1982 tarihli 2675 sayılı MÖHUK'da doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bir hüküm yer almamaktaydı. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK'da ise, doğrudan uygulanan kurallara ilişkin yeni düzenlemeler yer almıştır.

5718 sayılı MÖHUK'un 6. maddesinde Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları düzenlenmiştir. Hâkimin hukukunda (*lex fori*)'de yer alan doğrudan uygulanan kuralları düzenleyen bu maddeye göre, yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır. Türk hukukunda danışmanlık sözleşmelerini ilgilendiren doğrudan uygulanır nitelikli bir kural, örneğin rekabet hukuku kuralı, danışmanlık sözleşmesi bakımından irtibatın kurulduğu her durumda uygulayabilecek veya ihtilâf kuralının uygulanma alanını daraltabilecektir.

Hüküm statüsünde (*lex causae*) yer alan, doğrudan uygulanan kural niteliğindeki hukuk kurallarını ise, hâkim, hukukî ihtilâfa esastan çözüm getirecek yetkili yabancı hukukun bir parçası olarak uygulamak zorundadır. Bunun nedeni, MÖHUK madde

⁵⁴ ÖZDEMİR KABASAKAL, H. : Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001, s. 100.

2’de yer alan, hâkimin, Türk Kanunlar ihtilâfî kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygulayacağına dair olan kuraldır. Hâkim, uygulanacak hukukta yer alan doğrudan uygulanan kuralları, yetkili hukukta yer alan diğer kurallarla birlikte istisna etmeden uygulamakla yükümlüdür⁵⁵.

5718 sayılı MÖHUK’un 31. maddesinde üçüncü bir devletin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallar düzenlenmiştir. Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır. Türk mahkemelerinde, görülecek olan bir davada, üçüncü ülke doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulması mümkündür. Türk hâkimi, danışmanlık sözleşmesiyle yakın ilişki içinde olan fakat hukuk seçimi yoluyla ya da objektif bağlama kuralları aracılığıyla tespit edilen hukukun dışında kalan, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate alabilir. Hâkim, burada takdir yetkisini kullanırken kuralın amacını veya temelinde yatan politikaları dikkatlice araştırmalı, bu kuralın uygulanmamasının sonuçlarını göz önüne almalıdır⁵⁶. MÖHUK’un 31. maddesi, üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını zorunlu kılmamakla beraber, uygulanmamaları halinde ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önlenmesi için bu kurallara etki tanımayı sağlayan, hâkime takdir hakkı veren bir düzenlemedir⁵⁷.

VI. SONUÇ

Danışmanlık sözleşmesi, iş sahibi ile danışman mühendis arasında kurulan, iş sahibi tarafından ödenen belli bir ücret karşılığında danışman mühendis tarafından belli teknik hizmet edimleri veya belgelerin temini taahhüdünü içeren bir sözleşmedir.

İş sahibi ile danışmanın farklı tabiiyetlerde olması, danışmanlık hizmetinin farklı bir ülkede yerine getirilmesi gibi durumlarda danışmanlık sözleşmesi yabancı (milletlerarası) unsur taşıyacaktır. 5718 sayılı MÖHUK uyarınca taraflar, yabancı unsurlu danışmanlık sözleşmeleri için hukuk seçiminde bulunabilirler. Milletlerarası unsur taşıyan danışmanlık sözleşmeleri için taraflar uygulanacak hukuku belirlemedikleri takdirde, uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24(4) uyarınca tespit edilecektir. Danışmanlık sözleşmelerinde *kanımızca* karakteristik edim borçlusu

⁵⁵ SARGIN, s. 248.

⁵⁶ AKIN, Ş.: “Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, MHB, 1989, Y. 9, Sa. 2, s. 101-102; SARGIN, s. 253; SOLTYSINSKI, s. 276.

⁵⁷ ÇELİKEL, A./ ERDEM, B. B. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2007, s. 380.

Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk

hizmeti yerine getiren kişi olması nedeniyle danışmanın edimi akdi karakterize etmektedir. O halde uygulanacak olan hukuk, danışmanın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukukudur. Ancak hizmetin büyük bir bölümü başka bir ülkede yerine getiriliyorsa, örneğin danışmanlık sözleşmesinde, sözleşmenin büyük bir bölümü danışmanlık hizmeti alan ülkede yerine getiriliyorsa bu yer hukuku sözleşmeyle daha sıkı ilişkili olacağından sözleşme, bu hukuka tâbi olmalıdır.

Danışmanlık sözleşmesinde, danışman yan edim olarak *know-how* vermeyi taahhüt ettiyse veya danışmanlık sözleşmesi, fikrî ve sınaî hakların transferi veya devri için yapılmış karma nitelikli bir sözleşme ise ya da danışmanlık sözleşmesi sonucunda fikrî ve sınaî bir hak ortaya çıkmış ise sözleşme fikrî mülkiyet hakkını içeren bir sözleşme olacağından, MÖHUK m. 28 uygulanacaktır. Danışmanlık sözleşmelerinin fikrî mülkiyet sözleşmeleriyle iç içe olduğu durumlarda, bu sözleşmelerin her biri için uygulanacak hukuku ayrı ayrı tespit etmemiz gerekecektir. Asıl sözleşmenin danışmanlık sözleşmesi olduğu, yan sözleşmenin ise fikrî mülkiyet sözleşmesi olduğu böyle bir durumda uygulanacak hukuk, danışmanlık sözleşmesi için MÖHUK m. 24, fikrî mülkiyet sözleşmesi için ise MÖHUK m. 28 uyarınca tespit edilmesi gerekir. *Kanaatimizce*, bu tür karma nitelikli sözleşmelerde birden fazla hukukun uygulanması gerekebilecek, bu da karışıklıklara sebep olacaktır. Bu sebeplerden dolayı, hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda ekonomik olarak aynı amacı güden ancak hukukî olarak birbirinden bağımsız sözleşmeler için bu sözleşmelerin en sıkı ilişkili bulunduğu ülke hukuku uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKIN, Ş.** :“Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, MHB, 1989, Y. 9, Sa. 2, s. 99-102.
- AKINCI, Z.** :Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992.
- ALTOP, A.** : Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi, İstanbul 2003.
- ÇELİKEL, A.** : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2004.
- ÇELİKEL, A.**
/ **ERDEM, B. B.** : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2007.
- DAYINLARLI, K.**: İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, Ankara 1998.
- DIAMOND, A. L.** : “Harmonization of Private International Law relating to Contractual Obligations”, Recueil Des Cours, 1986 IV, volume 199, s. 233-312.
- DOĞAN, V.** :“Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, MHB, 1995, Y. 15, Sa. 1-2, s. 21-42.
- DOLINGER, J.** :“Evolution of Principles for Resolving Conflicts In The Field of Contracts and Torts”, Recueil Des Cours, 2000, volume 283, s. 167-193.
- EKE, R. B.** :Yabancı Sermaye Yatırımları Yolu İle Teknoloji Transferinin Hukukî Yönü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1989.
- EKŞİ, N.** :Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004.
- EUROPEAN COMMISSION:** “1980 Rome Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations” <http://europa.eu.int/servlet/portail/RenderServlet?search=RefPub&lg=en&nb_docs=25&dmain=Legislation&in_force=NO&year=1998&month=1&day=&coll=JOC&nu_jo=27&page=34>, 13.12.2004.
- LENOIR, P.**
/ **FABRE, N. M.**
/ **TAYLOR, R. A.**
/ **RUBIN, H.** :“Applicable Law and Resolution of Technology Transfer Disputes”, International Technology Transfers, London 1995, 305-340.

Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk

MORRIS, J. H. C.

/ **MCCLEAN, D.** :The Conflict of Laws, London 2000.

NOMER, E. :Devletler Hususî Hukuku, 16. Bası: *Nomer/Şanlı*, İstanbul 2008.

NORTH, P. M. :“Reform, But Not Revolution- General Course on Private International Law”, Recueil Des Cours, 1990/ I, volume 220, s. 9-288.

ÖZDEMİR Kabasakal, H. : Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001.

ÖZTÜRK, P. :Ortak Girişim (Joint venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001.

SARGIN, F. :Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002.

SOLTYSINSKI, S.: “Choice of Law and Choice of Forum in Transnational Transfer of Technology Transactions”, Recueil Des Cours, 1986/ I, volume 196, s. 239-383.

TEKİNALP, G. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2002.

TİRYAKİOĞLU, B. : Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.

ULUOCAK, N. :Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul 1971.

WADLOW, C. :Enforcement of Intellectual Property in European and International Law, London 1998.

BOŞ

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINA GÖRE ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN TEMEL NİTELİKLERİ VE HAKİM ŞİRKETİN GÜVEN SORUMLULUĞU

(Grundzüge Der Gesellschaftengruppe Nach Dem Entwurft Des Türkischen Haldelsgesetzes Und Vertrauenshaftung Der Herrschenden Gesellschaft)

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI*

Özet: Türk Ticaret Kanunu'nun uzun zamandır beklenen reformu, TBMM bu yasama döneminde gerçekleşmesi öngörülmektedir. 20 Maddeden oluşan Konzern hukuku Türk hukukunda ilk kez düzenlenmektedir. Tasarıda, “konzern” kavramınının kullanılmasından kaçınılmış, bunun yerine “şirketler topluluğu” terimi kullanılmıştır. Böylelikle belirli bir hareketlilik ve elastikiyet kazanıldığı gibi, Almanya’da 100 yılı aşkın zamandan beri yürürlükte olan güçlü konzern hukukundan da ayrılmıştır. Ancak kaydetmek gerekir ki, Alman konzern hukukundaki bazı düzenlemeler şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemenin bazı hükümleri¹ (AktG §§ 17-21) bazı değişikliklerle alınmış ve yine Alman AktG § 219-337 hükümlerinde düzenlenmiş bulunan bağlı işletmelere ilişkin kurallarda dikkate alınmıştır. Bununla birlikte, Alman konzern hukukunun “ikinci kanadı” olarak adlandırılan “sözleşme konzernleri” (kâr aktarılmasına ilişkin sözleşmeler) Tasarıya alınmamıştır. Çünkü bu gibi sözleşmelere Türk ekonomik yaşamında hemen hemen hiç rastlanılmamaktadır, bu sebep anlamlıdır.

Konzern hukukundaki önemli sorunlardan biri de, hakim veya ana şirket ile yavru şirket arasındaki hakimiyet ilişkisinin “tek elden yönetim sistemine” mi yoksa “kontrol” sistemine dayandığıdır. Gerekçe’de pay veya oy çoğunluğu ya da yönetim organlarındaki çoğunluğun bulunması esasının benimsendiği belirtilmektedir (tasarı m. 195/1).

İlke olarak bir şirket, ister hakim şirket ister yavru şirket olsun, sadece kendi güven veren davranışlarından sorumludur. Ancak, şirketler topluluğunda “konzernin güvenden doğan sorumluluğu”ndan bahsedilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de bu konuda “koruma veya himaye açıklaması” kavramını kullanmaktadır. Bu

* Çukurova Üniversitesi, İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bu hükümler sırasıyla “bağımlı ve hakim şirket”, “konzern ve konzern işletmeleri”, “karşılıklı katılmalar” ve “katılmaların açıklanma yükümü”ne ilişkin bulunmaktadır.

bağlamda Federal Mahkemenin 120 II 331 sayılı kararı sunulmuştur.

Anahtar kelimeler: *Şirketler topluluğu, güven sorumluluğu, hakimiyet, bağımlılık.*

Zusammenfassung: Mit dem Abschluss der seit langem erwarteten Reform des türkischen Handelsgesetzes wird in dieser Legislaturperiode das türkische Parlament abgeschlossen. Das Konzernrecht wird erstes Mal in Türkischenrecht insgesamt mit 20 Artikeln geregelt. Der Entwurf meidet den Ausdruck „Konzern“ und stattdessen von „Gesellschaftengruppe“ (şirketler topluluğu) spricht. Damit kann eine gewisse Beweglichkeit anzeigen und auch vom starken deutschen Konzernrecht, welches sich in Deutschland mehr als 100 Jahr in Kraft befindet, abweichen. Aber es ist zu bemerken, dass einige Vorschriften, welche das „*abhängige und herrschende Unternehmen*“, „*Konzern und Konzernunternehmen*“, „*wechselseitig beteiligte Unternehmen*“, die „*Mitteilungspflichten*“ und die „*Mitteilungspflichten der Gesellschaft*“ regeln (AktG §§ 17-21), vom deutschen Konzernrecht übernommen worden sind. Wie in der Botschaft des Entwurfs erklärt wird, wird auch die verbundene Unternehmen, die in AktG §§ 219-337 geregelt sind, als Vorbild in Betracht gezogen. Allerdings ist die so genannte „zweite Flügel“ des deutschen Konzepts, d.h. den Vertragskonzern (Gewinnabführungsvertrag) weggelassen, weil es der Vertragskonzern im Sinne der vertraglichen Unterwerfung einer Gesellschaft unter eine andere in der türkischen Wirtschaft wohl kaum gibt. Dieser Grund ist verständlich.

Das wichtigste Problem besteht im Konzernrecht darin, ob die Beherrschungsverhältnisse zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaften auf der „*einheitliche Leitung*“ oder „*Kontrolle*“ basiert. In der Botschaft wird betont, dass das „*Kontrollsystem*“, die auf der Mehrheit der Anteile, Stimmrechte oder des Verwaltungsorgans stützt (Entwurf Art. 195/1) angenommen wurde.

Grundsätzlich haftet eine Gesellschaft, sei es die Muttergesellschaft oder eine Schwestergesellschaft, nur auf ihr eigenes Vertrauenserzeugendes Verhalten. In der Gesellschaftengruppe wird es von der „*Haftung aus Konzernvertrauen*“ gesprochen. Das schweizerische Bundesgericht spricht darum von einer „*impliziten Patronatserklärung*“. In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des schweizerischen Bundes Gerichtshofs von BGE 120 II 331 dargelegt.

Schlüsselwörter: Gesellschaftengruppe, Vertrauenshaftung, Beherrschung, Akhängigkeit und Konzern.

I. GİRİŞ

Modern ekonominin baş aktörlerinden olan anonim şirketler, hukukî ve ekonomik olarak bağımsız bir kurum olarak yasada düzenlenmiştir. Bu kurumun hukukî alanda ortaya çıkması, ehliyet ve şirket organizasyonu ile gerçekleşmektedir. Tüzel kişi olarak anonim şirket, bizzat bağımsız bir iradeye ve fiil ehliyetine sahip olup, ticarî işletmesinin de sahibi konumundadır; kendi yasal organları, özellikle genel kurulu vasıtasıyla da özgür ve bağımsız kararlar alabilmektedir. Aynı zamanda yönetim kurulu vasıtasıyla da üçüncü kişilerden bağımsız olarak işletmeyi sevk ve idareye yetkilidir. Nihayet anonim şirketler, kendisine ait bir iktisadî amacı olan bir anonim şirket, pay sahiplerinin ortak menfaatleri doğrultusunda ticarî faaliyetini sürdürürler².

Ekonomik yaşamda şirketler, özellikle anonim şirketler çok geniş ölçüde ve çeşitli şekillerde birbirleri arasında sarmallaşmış ve karşılıklı olarak bağlanmış durumda bulunmaktadır. Bu sarmallaşma ve bağlanmalar katılan şirketler arasında, *etki, hâkimiyet, kontrol ve bağımlılık* ilişkilerini ön plana çıkarmakta ve dolayısıyla kendi yönetim organlarının, özellikle bağımlı olan şirketin yönetim kurulunun serbestçe karar alması sınırlandırılmış olmaktadır. Bu bağlamda Tasarıda ana-yavru şirket ilişkileri ekonomik ve hukuki yaşamın gereklerine ve gerçeklerine uygun olarak ilk defa düzenlenmiş ve şirketler topluluğu içinde yer alan şirketlerin yönetim organlarının ve yöneticilerinin yetki ve sorumlulukları, ana şirket yavru şirket konumlarına göre şekillendirilmiştir. Bu düzenlemeyle ilgili olarak *Tasarının Gerekçesinde*, anonim şirketler hukukunda ekonomik yaşam gerçeğine yabancı bir hukuki varsayım savunulduğu belirtilerek şöyle denilmektedir: «Bu temel hipoteze göre, bir şirketler topluluğu içinde yer alsa, bağlı şirket konumunda bulunsa bile bir sermaye şirketi bağımsızdır. Dolayısıyla, bir şirket başka bir şirketin hâkimiyeti altında bulunsa, onun belirlediği politikaları kendi menfaatine uymamasına rağmen uygulasa, talimatlarını aynen yerine getirmeye fiilen zorunlu olsa, bu talimatların yerine getirilmesi kendisine zarar verse bile bağımsızdır, serbest iradesini kullanır demek, gerçeğe gözün kapatılması, yöneticilere, azınlığa ve küçük pay sahiplerine haksızlıklar yapılması anlamına gelir³. Bu gerçeğe rağmen yasalar şirketler topluluğu olgusunu dikkate almadan, “bağlı yönetim kurulu” üyelerinin özen borcunu ıstisnasız düzelemiş, hakim şirketin talimatlarına uyan yöneticileri sorumlu saymış ve hatta yargı organları tazminata mahkum etmiştir. Haklılık temelinden yoksun olan bu

² Bkz. **Würdinger**, Hans; Aktien- und Konzernrecht, 3. Aufl. Karlsruhe 1973, § 51, N. 1 a.

³ **Gereke 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 133.

hukukî ve fiilî durumun yeni yasa düzenlenirken göz önünde tutulması doğal olarak kaçınılmaz olmuştur»⁴.

II. ŞİRKETLER TOPLULUĞU KAVRAMI

Şirketler topluluğu, bir veya birden fazla şirketin bir hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak yasada öngörülen kontrol ölçütüne veya bir sözleşmeye uygun olarak hâkim şirketle birlikte oluşturulan “topluluğu” ifade etmektedir. Bağlı şirketler, “topluluk şirketi” olarak adlandırılır (Tasarı m. 195/4). Türk hukukunda, Alman hukukunun aksine, hâkimiyet ilişkisine dayalı “topluluk unsurlarının”, sadece “ticaret şirketleri” olması öngörülmüş ve dolayısıyla Tasarıda “*şirketler topluluğu*” terimi tercih edilmiştir⁵. Sebep olarak da, bu terimin hem hukukî olması hem kavramı tanıma gücünün bulunması, hem de toplumda yaygınlık kazanmış olduğu gösterilmektedir⁶. Ayrıca, Avrupa Topluluğu’nun (AT) şirketler topluluğuna ilişkin geri çekilmiş bulunan 9. Yönergesinin ele alınıp yeni bir anlayışla düzenlenmesini sağlamak amacıyla “*Avrupa İçin Şirketler Topluluğu Hukuku*” projesi üzerinde çalışmak üzere oluşturulan «*Forum Europaeum*»un da, “konzern” sözcüğünün, Almanyanın çok güçlü olan “*konzern hukuku*” düzenlemesinin hâkimiyeti altında bulunduğu gerekçesiyle, “konzern” sözcüğü yerine “*group*” kavramının önerildiği belirtilmektedir⁷. Bu düzenleme felsefesine rağmen, Konzern hukukunun “*essentialia negotiū*” niteliğindeki hâkimiyet, kontrol ve bağımlılık ilke ve kurumlarının, şirketler topluluğu için de geçerli olacağı bir realitedir. Tasarıda da belirtildiği üzere, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemenin bazı hükümleri⁸ (AktG §§ 17-21) bazı değişikliklerle alınmış ve yine Alman AktG § 219-337 hükümlerinde düzenlenmiş bulunan bağlı işletmelere ilişkin kurallardan da esinlenilmiştir. Bununla birlikte, özellikle sorumluluğa ilişkin kuralları özgündür⁹. Dolayısıyla Almanya’da yüz yıllık bir hukuki geçmişi olan “*Konzernrecht*”deki anılan temel hükümlerin göz ardı edilmesi de mümkün değildir ve bu çalışmada bu konudaki doktrin ve uygulamadan yararlanılacaktır.

⁴ **Gerekçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 133-134.

⁵ Tasarıdaki Şirketler Topluluğunun yabancı bir hukukçu gözüyle mukayeseli hukuk açısından değerlendirilmesi için bkz. **Druey**, Jean Nicolas, Der Entwurf für türkisches Konzernrecht in vergleichender Sicht, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, s. 323-339.

⁶ **Gerekçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134.

⁷ **Gerekçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134.

⁸ Bu hükümler sırasıyla “bağımlı ve hakim şirket”, “konzern ve konzern işletmeleri”, “karşılıklı katılmalar” ve “katılmaların açıklanma yükümü”ne ilişkin bulunmaktadır.

⁹ **Gerekçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134.

Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri

Şirketler topluluğu terimi yerine, ülkemizde konzern anlamında oldukça yaygın olarak kullanılan “*holding*” terimi tercih edilebilir miydi sorusu akla gelmektedir. Ancak hemen belirtelim, holding faaliyet türü olarak bir anonim şirket olup, tek ortaklıktan oluşması da mümkündür. Şirketler topluluğu ise, kavramdan da anlaşılacağı gibi, bir “*topluluk*” oluşturulması için baştan itibaren birden çok şirketin varlığı koşuldur ve daha önemlisi de bir şirket türü değildir. Şirketler topluluğundan söz edebilmek için, bir ana şirketin yavru şirketleri üzerinde sermaye çoğunluğu veya oy çoğunluğu ya da yönetim organında üye çoğunluğu vasıtasıyla hâkimiyet kurmuş olması veya kurduğu varsayılması gerekir. Batı Avrupa hukukuyla ve özellikle AT’ın ortaklıklar hukukuna ilişkin 7. Yönergesiyle kavramsal bakımdan bir birlik sağlanması açısından şirketler topluluğu sözcüğünün seçilmiş olması kanımca yerinde olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, mevcut hukuki sistemde bir “*holding*”in ve aynı şekilde “*konzern*”in, anonim şirket şeklinde “*holding AŞ*” veya “*Konzern AG*” olarak kurulması mümkün iken, “*şirketler topluluğu*”nun “*Şirketler Topluluğu AŞ*” tüzel kişiliği altında kurulması olanaklı değildir. Bunun yasal dayanağı da, Tasarının 195. maddesinin 4. fıkrasıdır. Buna göre, “*hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluştururlar*”. Dolayısıyla, bağımsız tüzel kişiliği olan veya olmayan şirketlerin veya tek kişi ticari işletmelerinin “*çoğunluk*” esasına dayalı bir bağımlılık ilişkisi içinde oluşturdukları bir “*hukuki topluluktur*”. Şirketler topluluğu olarak anılan bu topluluğun, mevcut şirketler olmadan oluşması olanaklı değildir.

Öte yandan, Tasarının yasalaşması halinde, Türk hukukundaki mevcut holdinlerin “*şirketler topluluğu*”na dönüştürülmesi veya o ad altında unvanlarını değiştirmesi zorunlu olmadığı gibi, “*holding AŞ*” altında anonim şirketlerin kurulmasının da engellenmesi söz konusu olamaz. Bu durumda holdig şirket doğal olarak, şirketler topluluğundaki hükümlere tabi olur.

III. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN DOGMATİK YAPISI

Şirketler topluluğunun hukuki yapısının şekillendirilmesinde ortaya çıkan en önemli sorunlardan biri de, topluluğun “*sermaye şirketleri*” üzerine mi yoksa “*işletme*” üzerine mi kurulacağı olmuştur. Kara Avrupada Konzern hukukunun en eskisi bir asrın üzerinde geçmişi olan Alman Konzern Hukukudur. Alman konzern hukuku işletme (*Unternehmen*) düzeni üzerine kurulmuş olup, konzern çatısı altında bulunan işletmelere de “*bağlı işletmeler*” (*verbundene Unternehmen*) denilmektedir¹⁰. Konzern hukukun temel ilkeleri, Alman Paylı Ortaklıklar

¹⁰ Bkz. Jäger, Axel, Aktiengesellschaft, unter besonderer Berücksichtigung der KGaA, München 2004, § 38; Würdinger, Konzernrecht, § 51.

Kanunu'nun Birinci Kitabının Genel hükümlerin Birinci Kısmı'nda yer almakta ve (AktG) § 15 hükmünde “bağlı işletmeler”; § 16'da “çoğunluğun hakimiyeti altında bulunan işletmeler ve çoğunlukla katılınan işletmeler” (*In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen*); § 17'de “bağımlı ve hakim işletmeler” (*Abhängige und herrschende Unternehmen*); § 18'de “konzern ve konzern işletmeleri” (*Konzern und Konzernunternehmen*); § 19'da “karşılıklı katılmaları işletmeler” (*Wechselseitig beteiligte Unternehmen*); § 20'de “Açıklama yükümü” (*Mitteilungspflicht*) ve § 21 hükmünün de “şirketin açıklama yükümü” (*Mitteilungspflicht der Gesellschaft*) düzenlenmiştir. AktG § 17-21 hükümleri, Tasarıdaki şirketler topluluğunun dayanağını teşkil etmektedir.

Tasarının *Gereğesinde*, şirketler topluluğunun Ülkemizde ilk defa düzenlenmesi nedeniyle “işletme” gibi geniş ve sınırları kolay belirlenemeyen bir kavramın esas alınmasının güçlükler yaratabileceği düşünüldüğünden dikkate almadığı ve sonuç olarak sermaye şirketinin esas alındığı belirtilerek, Türk hukukunda şirketler topluluğunun baş aktörlerinin sermaye şirketleri olduğu, kolektif ve komandit şirketlerin toplulukta nadiren yer aldıkları, tek kişi ticari işletmelerin ise hemen hemen hiç toplulukta bulunmadığı olgusunun göz önünde bulundurulduğu açıklanmaktadır¹¹. Bununla beraber, Türk uygulamasında hiç rastlanmayan ve geleneği olmayan, hakimiyet ve kârın kısmen veya tamamen (Tasarı m. 195/1, N.2 ve 198/3) aktarılması sözleşmeleri gibi işletme sözleşmelerine Tasarıda kavram olarak yer verilmişse de, bu sözleşmeler ayrıca düzenlenmemiştir¹². Anılan bu sözleşmeler Alman Paylı Ortaklıklar Kanununda ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır (AG § 291 vd).

Tasarıda 20 maddeden oluşan şirketler topluluğu, “sermaye şirketleri” üzerine inşa edilmiş, ancak Tasarının 195. maddesinin 6. fıkrasında sisteme işlerlik kazandıran geniş bir istisnaya yer verilmiştir. Bu hükmeye göre, şirketler *topluluğunun tepesinde, sermaye şirketi olmayan bir şirket, işletme veya gerçek bir kişi de bulunabilir*¹³. Böyle bir hal, teorik olarak mümkün olmakla birlikte mevcut hukuki yapı karşısında uygulamasının mümkün olacağı kanaatinde değilim. Çünkü her şeyden önce, şirketler topluluğunun dogmatik yapısı sermaye şirketine dayandığından buna aykırı bir durum teşkil edeceği gibi, ömrü paysahiplerinden bağımsız ve kurumsallaşmaya müsait olan sermaye şirketlerinin bağımlı şirket olarak gerçek bir kişinin hakimiyeti altında

¹¹ **Gereğçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 135.

¹² **Gereğçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 135.

¹³ **Gereğçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 135.

olması ne kanunun mantığına ne de ekonomik gerçeklere uygun düşer. Özellikle tepedeki gerçek kişinin veya bir şahıs şirketindeki ortağın ölümü halinde mirasçılar arasında veya yeni bir ortağın şirket girmesi halinde yeni ortağın eski ortaklarla bağımlılık sözleşmesi ve bunun uygulanması hususunda ortaya çıkması muhtemel anlaşmazlıkların, şirketler topluluğuna dahil tüm bağlı şirketlerin yönetimini olumsuz yönde etkileyeceği ve dolayısıyla kurumsallaşmanın da gerçekleşmesine engel olacağı açıktır.

IV. TOPLULUK İLİŞKİSİNDEKİ BELİRLEYECİ UNSURLAR

Şirketler topluluğunda, topluluk ilişkisini belirleyici iki unsur vardır. Birisi *hâkimiyet*, ikincisi ise, topluluğu oluşturan *birden fazla ticaret şirketinin* varlığıdır. Kontrol yerine hâkimiyetin; ticarî işletme yerine, ticaret şirketi seçiminin tercih edilme hususlarının incelenmesi gerekmektedir.

A. HÂKİMİYET

Şirketler topluluğu kavramı açısından bir önemli sorun da, tanımdaki belirleyici unsurun “*hâkimiyet veya tek elden yönetim*” mi yoksa “*kontrol*” mu olduğudur. *Gereğince* bu konuya ilişkin açıklamalar şöyledir: Kontrol matematiksel ve dolayısıyla kesin bir ölçüttür. Hakimiyet ise, karinelere de sonuç bağlar. “*Kontrol*” anlayışı, ana şirketin yavru şirketler üzerinde kurduğu veya kurduğu varsayılan hâkimiyet olgusu üzerine yapılandırılmıştır. Tasarıda kontrol araçlarının, *sermaye çoğunluğu, oy çoğunluğu ve yönetim organındaki üyelerin çoğunluğu* olduğu vurgulanmaktadır (m. 195/1 a). Bunlar, tipik sermaye şirketlerine özgü kontrol araçlarıdır. Ticaret şirketi olmakla birlikte şahıs şirketlerine ilişkin hakimiyet aracı da, m. 195/1 b hükmünde, “bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hakimiyet altında tutulabiliyorsa” şeklinde öngörülmüştür. Hemen belirtelim, bir sermaye şirketi bir şahıs şirketi niteliğindeki ticaret şirketini bir hakimiyet sözleşmesi ile kontrolü altına alabilir. Şahıs şirketi açısından bu hakimiyet sözleşmesi olağanüstü bir işlem sayıldığından, buna tüm ortakların oybirliği ile karar vermeleri şarttır (Tasarı m. 223/1).

Kontrol sisteminde ana şirketin hâkimiyetini kullanıp kullanılmadığına bakılmaz; hatta hâkimiyetin uygulanmadığının ispatına bir sonuç bağlanmaz. Örneğin AT’ın 7. Yönergesinde olduğu gibi, konsolidasyona tâbi işletmeler kontrol ölçütüne göre belirlendiklerinden, bir işletme kendisinin üzerinde hâkimiyet uygulanmadığını ispatlayarak konsolidasyon kapsamından çıkamaz. Kontrol sisteminde ilke şudur: Kim hakimse, hâkimiyeti de uyguluyordur. Hakimiyet ve tek elden yönetim sisteminde ise, hâkimiyet olanaklarının sadece varlığı *per se* (kendiliğinden) hâkimiyetin de

uygulandığı şeklinde yorumlanmaz, hâkimiyetin gerçekten uygulanıyor olması gerekli görülür; bunun –gerektiğinde– ispatı istenir¹⁴.

Şirketler topluluğunun belirleyici unsurlarından *kontrol*, AT’ın ortaklıklar hukukuna ilişkin 7.Yönergesiyle, Belçika, Fransız, İngiliz ve İtalyan hukuklarında kabul edilmiştir. Buna göre, bir ortaklık diğer bir ortaklığı (ortaklıkları) oy çoğunluğu veya diğer hâkimiyet araçları ile kontrol ediyorsa, şirketler topluluğu söz konusu olur. Buna karşılık, bir ortaklık diğeri üzerinde herhangi bir şekilde etki icra edebilmek gücüne sahipse, o şirketin “hâkimiyet” kurduğu kabul edilir¹⁵. Bu anlayışa göre, şirketler topluluğunun tepesindeki “işletme”¹⁶ konumuna ve yetkilerine göre, tek elden yönetim için politikaları oluşturup bunu en alttaki şirketlere kadar uygulayabiliyorsa, hâkimiyet veya tek elden yönetim var demektir. Aksi hâlde, *tek elden* yönetimin bulunmaması sebebiyle, her işletme kendi politikalarını uyguluyor ve kendileri için uygun gördükleri yoldan gidiyorsa, hâkimiyet ve dolayısıyla topluluk da yoktur¹⁷.

Tasarının m. 195 hükmünde, açıkça “*kontrol*” sistemini esas alınmış, hatta kontrol olgularının mevcut olması halinde, tek elden yönetimin varlığı da kabul edilmiştir¹⁸. Hemen belirtelim ki, Alman hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak hem *işletme* esasları hem de *tek elden yönetim (einheitliche Leitung)*¹⁹ sistemi benimsenmiştir (AG § 18/1)²⁰.

B. TİCARET ŞİRKETİ OLMASI

Şirketler topluluğunun temellendirilmesindeki en önemli sorunlardan biri, topluluğu oluşturan aktörlerinin “ticaret şirketi” mi yoksa “işletme” mi olması gerektiğidir. Aslında sorunun yanıtı, yasada yapılan seçime bağlıdır. Alman yasa

¹⁴ **Gereke 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134-135.

¹⁵ **Gereke 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 135.

¹⁶ Yasada şirketler topluluğunun aktörlerinin sermaye şirketi olması esasını benimsenmiş, ancak buna 195/5 hükmünde, özel hükümlerin uygulanmasından kurtulmayı önlemek amacıyla geniş bir istisna getirilerek, teşebbüs ve diğer benzeri kavramları içeren “işletme” sözcüğüne yer verilmiştir. Bkz. **Gereke 2008**, m. 195, s. 135.

¹⁷ **Gereke 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134-135

¹⁸ Bkz. **Gereke 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134.

¹⁹ Tek elden yönetim kavramı, işletme faaliyetleri olarak *planlama, uygulama ve kontrol* unsurlarını içermektedir. **Hüffer**, Uwe, Aktiengesetz, 5. Auflage, München 2002, § 18, N. 9.

²⁰ Aksi görüş **Gereke 2008**, s. 135’de “Alman sistemi tek elden yönetimi benimsemiştir. Ancak uygulama ve öğretilerde genel kabul gören “kontrol” sistemidir” denilmektedir. Fakat tespit edebildiğimiz kadarıyla öğretilerde tek elden yönetim görüşü benimsenmektedir. Bkz. **Hüffer**, Aktiengesetz, § 18, N. 7 vd, 10 vd. **Raiser**, Thomas, Recht der Kapitalgesellschaften, München 2001, § 51, N.33 vd., **Jäger**, Aktiengesellschaft, § 38, Rdn. 6,7.; **Liebscher**, Thomas, Beck’sches Handbuch der AG, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang, München 2004, § 14, N. 1 vd.

koyucusu “işletme” (*Unternehmen*) esasını benimsemiştir²¹. Türk hukukunda ise, şirketler topluluğu için “ticaret şirketleri”²² esas alınmakla birlikte, uygulamadaki olgular da dikkate alınarak, 195. maddenin 6. fıkrada hükmünde çok geniş istisnalardan oluşan bir çerçeve sunulmuştur²³. AT’ın 7. Yönergesinde de, aynen Alman hukukunda olduğu gibi, “işletme” esasını benimsemiştir. Buna göre Türk hukukunda, şahıs ve sermaye şirketleri olmak üzere tüm ticaret şirketleri (Tasarı m. 124), şirketler topluluğunun üyeleri olabilecektir. Böylelikle, şirketler topluluğu daha bir derinlik kazanmış olmaktadır.

C. İSTİSNAİ HALLER

Kanun koyucu özel hükümlerin uygulanmasından kurtulmanın yollarını kapatmak amacıyla, 195. maddenin 6. fıkrasında istisnai durumları düzenlemiştir. Buna göre, «*şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır*». Gerekeçede, “işletme” sözcüğünün “teşebbüsü” veya benzeri diğer kavramları kapsadığı nedeniyle bilinçli seçildiği belirtilmektedir²⁴. Diğer bir istisna da, 198. maddenin 1. fıkrasında yer almakta olup, bildirim yükümünün kapsamına şahıs şirketlerindeki paylar da girmektedir. Nihayet, şirketler topluluğunun tepesinde sermaye şirketi olmayan herhangi bir özel veya kamu tüzel kişisi, gerçek kişi veya ticari işletme de bulunabilir (m. 195/6)²⁵. Anılan son hükümde, tepede bulunan ve bağlı şirketlere talimat veren kişinin tacir sayılacağı ve dolayısıyla Tasarının 18. maddesinde öngörülen tacir olmanın hükümlerine tâbi

²¹ Bkz. **Schmidt**, AktG § 312 hükmünde, hakim ortak değil, hakim işletme (*herrschendes Unternehmen*) esasının benimsendiğini belirtmektedir (Tekinalp’e Armağan, s. 671-72). **Raiser**, *Recht der Kapitalgesellschaften*, § 51, N. 4. **Liebscher**, *Beck’sches Handbuch der AG*, § 14, N. 26 vd.. Ayrıca, **Gerekeçe 2008**, Şirketler Topluluğu, s. 134.

²² TTK’nın 9.11.2005 tarihli Bakanlar Kurulu Tasarısında, “sermaye şirketi” kavramı benimsenmiş, ancak daha sonra Alt Komisyon’da şirketler topluluğuna derinlik kazandırılabilmesi için “ticaret şirketi” benimsenmiştir.

²³ Yasada sermaye şirketi esasının benimsenme sebebi *Gerekeçe* şöyle açıklanmaktadır. “Şirketler topluluğunu ilk defa düzenleyen bir ülkenin “işletme” gibi geniş, sınırları kolay belirlenmeyen bir kavramı esas almasının güçlükler yaratabileceği düşünülmüştür. Türk sistemi yirmi madde ile oluşturulmuştur. Almanya, beheri birçok uzun ve yoğun paragraftan oluşan yüz ellinin üzerinde maddede yer vermiştir. Şirketler topluluğu hukukumuzda ilk defa düzenlenirken, işletmelere dayanılamayacağı gibi çok ayrıntılı, yoğun ve girift bir sistem de tercih edilemezdi. Türk sisteminin düşünce temelleri oluşturulurken ve teorisi üzerinde çalışılırken, şirketler topluluğunun ülkemizde en çok rastlanılan aktörlerinin sermaye şirketleri olduğu, kollektif ve komandit şirketlerin toplulukta nadiren yer aldıkları, tek kişi ticarî işletmelerin ise hemen hemen hiç toplulukta bulunmadığı gerekeği de göz önünde tutulmuştur” (s. 135).

²⁴ m. 195, s. 475.

²⁵ **Gerekeçe 2008**, m. 195, fık. 5, s. 137.

olacağı açıktır. Böylece, bu kişilerin iflâsı istenebileceği gibi, bu kişiler özen borcu açısından da basiretli iş adamı hakkındaki hükümlere tâbi olur.

V. GENEL OLARAK GÜVEN SORUMLULUĞU SORUNU

Holding, kozern ve şirketler topluluğu çatısı altında bulunan tüzel kişiliği haiz şirketler, esas sözleşmelerinde öngörülen faaliyet konuları içinde serbestçe bizzat haklar edinebilir ve borçlar yüklenebilirler. Bunun için ana şirketin onayının alınmasına gerek yoktur. Ana şirketin hakimiyeti altında bulunan şirketlerin bağımlılık ilişkisi, ana şirket ile yavru şirket arasında bir iç ilişki sorunu olup, doğal olarak üçüncü kişileri de ilgilendirmemektedir. Bu nedenle, yavru şirketin borçlarından veya yükümlülüklerinden dolayı ana şirketin sorumlu olması da söz konusu değildir. Ancak bazı hallerde yavru şirket yaptığı bir işlemin ana şirketin himayesinin altında olduğu hususunda üçüncü kişilerde bir güven yaratmakta ve ana şirkette buna seyirci kalmaktadır. Bu gibi durumlarda holding, kozern ve şirketler topluluğuyla ilgili önemli sorunlardan biri de güven sorumluluğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde şirketler topluluğunun yasal çerçevesi ilk kez Tasarıda çizilmiş ve sorumluluk durumu da ana şirket yavru şirket ilişkisi dikkate alınarak özgün bir yapıda düzenlenmiştir.

Tasarının m. 209 hükmünde, bir konzernin toplumda yarattığı güvenden doğan sorumluluğu düzenlenmektedir²⁶. Bu maddenin esin kaynağını, İsviçre Federal Mahkemesinin *Wibru/Swissair* kararındaki²⁷ düşünce teşkil etmektedir. Anılan maddeye göre, *bir hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketicilere güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur*. Konzern hukukuna ilişkin bu özel sorumlulukta, “Konzern güveninden doğan sorumluluk” (*Haftung aus Konzernvertrauen*), şirketler topluluğunda, hâkim şirketin bağlı şirketinin borçlarını ödeyeceğine dair “koruma veya himaye açıklaması”²⁸ (*Patronatserklärung*) gibi bazı temel kurum ve kavramlar yer almaktadır. Bu itibarla söz konusu sorumluluğun unsurlarının tespiti ve çerçevesinin sınırlarının iyi çizilebilmesi için, öncelikle anılan bu hukukî kavramların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

²⁶ Güven sorumluluğunun dogmatik temeli, Medeni kanunun 2. maddesindeki dürüstlük kuralıdır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gürpınar**, Damla, *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Ögüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk*, İzmir, 2006, s. 214 vd.

²⁷ BGE 120 II 331.

²⁸ **Gerekeç 2008'** de bu, “*paronaj açıklaması*” şeklindedir (m. 209, s. 80).

VI. HAKİM ŞİRKETİN GÜVEN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ DAYANAĞI

Güven sorumluluğu teorisinin hukuki dayanağı, zarar veren ile zarara gören kişi arasında fiilen meydana gelmiş bir “nitelikli güven ilişkisinde” (*qualifiziertes Vertrauensverhältnis*), zarar gören kişiyi yüksek derecede korunmaya değer görülmesi düşüncesine dayanmaktadır. Buna göre, nitelikli güven ilişkisi “kişi varlığı hakları” (*Rechtsgut*) olarak anlaşılmalı ve hukuken korunmalıdır. Eğer “hukuki güvene ilişkin bir sorumluluğun ifası” söz konusu ise, menfaat ifasının tazmininde (pozitif sözleşme menfaati) koruma gereksinimi ortaya çıkabilir²⁹. Özellikle *culpa in contrahendo* ve koruma yükümünün ihlâli hallerinin dahil olduğu “güvenden doğan zarar sorumluluğu”nda, olumsuz menfaatin tazmini ön plana çıkmaktadır³⁰. Başka bir deyişle, güvenen kişinin, hiç güvenmeseydi malvarlığı ne durumda bulunacak idi ise, o duruma getirilmelidir³¹. Bir güven ilişkisinin özel olarak korunmaya değer bulunmasındaki en önemli unsur, insanlar arasında günlük normal hayatta olağan olan sosyal günlük ilişkilerdeki güven olgusunun aşılı olarak, “hukuki özel bir bağlantı” (*rechtlcihe Sonderbindung*) kurulabilmesi mümkün olsun³².

Güven sorumluluğunun söz konusu olduğu nitelikli güven ilişkisi, eski dogmatik düşünce teorisindeki “haksız fiil benzeri” (*Quasidelikt*) veya “sözleşme benzeri” (*Quasivertag*) bir sorumluluk değil, aksine nevi şahsına münhasır “yasal borç ilişkisi”dir (*gesetzliche Schuldverhältnis*)³³.

Konzern güveninden doğan sorumluluk (*Haftung aus Konzernvertrauen*) olarak son yıllarda özellikle İsviçre uygulama ve öğretisinde çok tartışılan bir konudur. Aslında, “konzern güveninden doğan sorumluluk” şeklinde kendine özgü bir hukukî figür yoktur. Öğretide daha çok, doksanlı yıllarda Alman hukukundan alınan *güven sorumluluğunun* koşullarının mevcut olup olmadığı sorusunun araştırılması gerektiğine işaret edilmektedir³⁴. Özellikle böyle bir durum konzern olgusunda –dışarıya karşı birden fazla ortaklığın tek bir elden yönetilmesi halinde– bağlı şirket ile hukukî ilişkiye giren kişilere karşı hâkim şirketin ediminde, bir güvenin tesis edildiği söz konusu olmamaktadır³⁵. Bir konzernin hâkim şirketi için güven

²⁹ **Böckli**, Peter, Schweizer Aktienrecht, Dritte, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich, Basel Genf 2004, § 18, N. 249 ve dn. 375’de anılan Alman literatürü.

³⁰ **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 18, N. 249 ve dn. 377’de anılan literatür.

³¹ **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 18, N. 249 ve dn. 378’de anılan literatür.

³² **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 18, N. 249 ve dn. 379’de anılan literatür.

³³ **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 18, N. 250. BGE 8.Haziran 1998, SJ 1999, s. 117.

³⁴ Bkz. **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 11, N. 476. BGE 123 III 231.

³⁵ Bkz. BGE 124 III 297 ve **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 11, N. 476.

sorumluluğunun doğması için, İsviçre Federal Mahkemesi ve öğretinin tespit ettiği aşağıda anılan dört şartın tamamının söz konusu olayda mevcut olması gerekir. Bunlar;

- 1) Hâkim şirketin *açıklaması*, güvenli olarak gelecekteki belirli bir davranışı taahhüt ediyorsa, bu açıklama, “açıklamayı yapan kişi” ile bu açıklamanın “yapıldığı “kişi” arasında «*özel bir ilişki*» içinde cereyan etmiş olmalıdır.
- 2) Karşı tarafın davranışının uyandırdığı bu güven, *korunmaya değer* olmalıdır.
- 3) Hâkim şirketin söz konusu açıklaması, açıklamanın yapıldığı kişinin daha sonra zararlı sonuç doğuracak özel bir şeyi yapmasına veya yapmamasına *sebeplendirilmelidir*.
- 4) Hâkim şirket, açıklama yapılan kişide haklı olarak meydana getirdiği güveni, özen yükümlülüğüne uymamak suretiyle ihlâl etmiş olmalıdır³⁶.

VII. KONZERNİN HİMAYE VE KORUMA AÇIKLAMASINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU

İsviçre bilimsel öğretilerde kısaca “*patron açıklaması*” olarak anılan “koruma veya himaye açıklaması” (*Patronatserklärung*), *Böckli*’nin tabiriyle, hukukî bir bukalemun olup, bağlı şirkete kredi verecek bankalar ile konzern yönetimi arasındaki çıkar çatışmalarından ortaya çıkmaktadır³⁷. Söz konusu açıklamalar çeşitli şekillerde ortaya çıkar, örneğin bir ana şirketin, bir banka ile kredi sözleşmesi akdecek yavru şirketinin *bu işleminden haberdar olduğuna* ilişkin yalın teyiti (*Letter of Awareness*); aynı şekilde, yavru şirketleri mümkün olduğu kadar korumanın, kendi politikası olduğu şeklindeki açıklama da bu anlamdadır³⁸. Bu ilişkide daima, bir konzern yavru şirketinin özellikle kredi ihtiyacının karşılanmasında hâkim şirketin bir kefaleti veya garantisi olmaksızın hukukî bağlantısının bulunması söz konusu olmaktadır³⁹. Böyle bir bağ icabı halinde –katılanların kasdının aksine– sorumluluk sebebi hakkında uyandırılan güvenden çıkarılabilmektedir. Doğal olarak (belirli bir kapsamda olmak üzere sınırlı veya hatta sınırsız) formel nitelikteki garanti veya kefalet de söz konusu olmaktadır⁴⁰. Aşağıda önemine binaen İsviçre Federal Mahkemesinin 120 II 331 kararı (olay ve gerekçeler) kapsamlı olarak verilecektir⁴¹.

³⁶ Bkz. **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 11, N. 477.

³⁷ Aktienrecht, 3. Aufl. § 11, N. 496 ve BGE 101 II 328; 111 II 279; 113 II 428. 125 III 309/310.

³⁸ **Handschin**, Lukas, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, s. 291.

³⁹ **A.Meier-Hayoz/Forstmoser**, P. Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. Bern 2004, § 23, N. 72.

⁴⁰ **Meier-Hayoz/Forstmoser**, Gesellschaftsrecht, 2004, § 23, N. 72

⁴¹ Bu kararın özeti ve incelemesi için bkz. **Gürpınar**, s. 213 vd.

VIII. KONUYA İLİŞKİN İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN KARARI (BGE 120 II 331)

Olay:

«İsviçre Havayolları Anonim Şirketi Swissair, Temmuz 1987’de İGR Holding AŞ’yi kurar. İGR daha sonra ticaret unvanını, IGR Holding Golf und Country Residences AŞ olarak değiştirir. İGR Holding sözleşme partnerlerine hem İsviçre’de hem de yabancı ülkelerde golf sahalarının yakınında lüks konaklama olanağı sunacağını taahhüt eder ve 30.000 ilâ 90.000 İsv. Frank’ı (CHF) “ön kira ödeme” karşılığında üyelik⁴² teklifinde bulunur. Üyeler, kırk yıl süreli sözleşme boyunca her yıl peşin ödediği ön ödemesinin bir bölümü karşılığında tesislerde konaklamak veya istediği kişileri konaklatmak hakkına sahiptirler. Üyelik, firmalara da açıktı. Wibru holding, 22. 12 1988 tarihinde 90.000. (CHF) peşin kira kira ödemesi yaparak, İGR’in 2291 numaralı üyesi olmuştu. 16 Şubat 1989 tarihinde IGR, üyelerine *Euroactividade AŞ* ile birlikte çalışma olanağı hakkında bilgi verir ve 26. Nisan 1989 tarihli yazısında da, *Euroactividade*’ye ilişkin plânını açıklar ve Mayıs 1989’da da Euroactividade AŞ’nin yavru şirketi olarak devam edeceğini ve bu şirkette de Swisair İştirakleri AŞ’nin azınlık hakkı iktisap edeceğini ve ayrıca üyelere sunacağı hizmet paketindeki konsept değişikliklerini de bildirir. 23 Ağustos 1989’da bay M. “Euroactividade Grubunun başkanı” olarak üyeler yazdığı mektupta, *IGR AŞ’nin Euroactividade AŞ*’ye devredildiğini ve bu arada yapacağı genişleme plânını hakkında da bilgi verir. IGR 7 Mart 1990 tarihli yazısında, üyelere yeni bir konsept sunacak durumda olmadığını ve

⁴² *Kırca, Çiğdem Wibru AŞ’nin IGR AŞ’nin “ortağı” olduğunu ve IGR AŞ’nin iflasında payların değersiz kaldığını (dolayısıyla ortaklık hakkı ödenmediği için) 97.808. İsv. Frank’ı tutarında tazminat davası açtığını belirtmektedir (Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 148-149). Yazarın bu tespiti açıkça orijinal metni yanlış anlaması ve yanlış bir tercümesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü, «Die IGR wollte ihren Vertragspartnern luxuriöse Unterkünfte nahe an Golfplätzen... zur Verfügung halten» ifadesinden, Wibru Holding AŞ, IGR AŞ’nin ortağı değil, aksine sözleşme partneri olarak golf sahası yakınında vereceği lüks konaklama hizmetinden yararlanacak olan bir üyesidir ve IGR AŞ’ye yaptığı 90.000. CHF tutarındaki ödeme de pay karşılığı değil, lüks konaklama ediminin karşılığı olan bir “kira ön ödemesi”dir. (Wibru Holding leistete in der Folge eine Mietvorauszahlung von 90.000.) Ayrıca, bir anonim şirkette süreli (olaydaki gibi 40 yıl) paysahipliği ilişkisinin kurulması da mümkün değildir, olaydaki söz konusu hizmet süresi ise, kiracı konumunda olan Wibru Holding AŞ’nin alacağına ilişkin bir süredir. Nihayet, IGR AŞ iflâs ettiğinde, ortakların paylarının karşılığını ana şirketten istemeleri de anonim şirketler hukuku açısından mümkün değildir. Kaldı ki, olaydan da anlaşılacağı üzere, IGR Holding AŞ’nin paylarının %100’üne Euroactividade AŞ sahip olduğuna göre, Wibru Holding AŞ ile IGR AŞ arasında bir paysahipliği ilişkisinin kurulması da mümkün değildir. Bu kararın doğru özeti için bkz. **Gürpınar**, s. 212-213 ve dn. 647.*

yönetim olarak bu şartlar altında üyelik aidatlarının alıkoymanın dürüstlikle bağdaşmayacağı nedeniyle mevcut üyeliklerin feshedileceğini ve yapılan ödemelerin %7 yıllık faiziyle geri ödeyeceğini bildirir. Wibru Holding çektiği ihtarlarla, yapılacak geri ödemeleri bekler ancak, hiçbir olumlu gelişme olmaması üzerine Swissair AŞ'ye yönelir. Swissair cevabında, IGR AŞ'nin Mayıs 1989 tarihinden beri Euroactividade AŞ'nin %100 oranlı yavru şirketi olduğu ve ayrıca IGR'in iflâs ettiğini Wibru AŞ'ye bildirir.

Wibru Holding AŞ, 28 Ekim 1991 tarihinde Zürich Kantonu Ticaret Mahkemesinde Swissair İştirakları AŞ'ya karşı 97.808. İsviçre Frank'ının kendisine geri ödenmesi hakkında dava açar. Mahkeme 8. Haziran 1993 tarihli kararında davayı reddeder. **Federal Mahkeme aşağıdaki gerekçelerle bidayet mahkemesinin bu kararını bozar.**

Gerekçe 1:

«IGR'in Swissair-Konzerniyle arasında bir bağlantı olduğu, çeşitli hususlardaki reklam ve ilânlarına ilişkin dökümanlardan açıkça ortaya çıkmaktadır. Davacı, sözleşmeyi akdederken IGR'in sermaye zayıflığına değil, aksine Swissair'in ve onun o zamanki güçlü finans imajına emin ve dürüstçe güvendiklerini ve bu güven olgusundan dolayı davalının sorumluluğu olduğunu ileri sürmektedir. Davacı temyiz başvurusunda, davalının tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak sorumlu olması yolundaki esas iddiasına artık dayanmamakta, daha çok davalının bizzat kendi davranışından sorumlu olduğu düşüncesindedir. Bu iddiasına gerekçe olarak da davacı, çeşitli hukuki dayanakları ileri sürmektedir. Bunlar; davalının kendisine karşı İsv. BK m. 111 anlamında sözleşmesel bir garanti üstlendiğini; ayrıca, davalının “çelişkili davranış yasağı” kuralına (*venire contra factum proprium*) tâbi olduğunu ve böylece ZGB m. 2 hükmündeki dürüstlük kuralına aykırı davrandığını ve nihayet İBK m. 41'deki haksız fiilden sorumlu olduğunu ileri sürer ve zararının tazmin edilmesini talep eder».

Gerekçe 2:

Yüksek Mahkeme ikinci gerekçede özetle, bir konzern ana şirketinin kendisinin işlem yaptığı kişilere karşı yavru şirketiyle ilgili ”himaye açıklaması (*Patronatserklärung*) olarak anılan *beyanlarından* sorumlu olup olmayacağını tartışmaktadır. Sonuç olarak somut olayda, yavru şirketin aldığı kredilerin temin edilmesi amacıyla ana şirket tarafından üçüncü kişilere karşı yapılmış bir açıklamanın mevcut olmadığına, aksine IGR'in potansiyel

Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri

müşterilerine karşı yöneltilen reklam amaçlı açıklamalarından dolayı bu hususta doktrinde geliştirilen ve genel kabul gören ilkelerin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca, reklam amaçlı açıklamaların da üçüncü kişilerde haklı beklentiler uyandıracığı ve böylece hukukî anlamda bir sorumluluk doğabileceği ifade edilmektedir.

Gereke 3:

«Bir ana şirketin yavru şirketin borçlarından dolayı sorumluluğunun ortaya çıkması, yavru şirketin sözleşme yaptığı kişiye karşı sözleşme ile yükümlülük üstlenmesi halinde söz konusu olur; örneğin İBK m. 111 anlamında bir garanti üstlenmesi gibi. Somut olayda bunun olup olmadığına gelince, ana şirketin açıklamasının güven ilkesine göre yorumlanmasında gerçek bir anlaşmanın eksikliği nedeniyle bu söz konusu olmamaktadır. Bir sözleşme bağı, açıklamanın muhatabının, ana şirketin hukukî işleme ilişkin bağlanma iradesinden dürüstlük ve sadakat kuralları uyarınca hareket edeceğini şart koşar. Burada söz konusu olan garanti, yavru şirketin önceden belirli olan veya en azından belirlenebilen yükümlülüğüne dayanmalıdır. Oysa ki, garanti sorumluluğunun bu kadar kolay kabul edilmemesi gerekir. Yavru şirketin işlem partneri ile ana şirket arasında bir garanti sözleşmesi özellikle istisnai olarak sadece, –somut olayda olduğu gibi– bireysel açıklamalarının karşılıklı alış verişi olmadan, aksine sözleşmeye ilişkin irade açıklamaları olarak sadece ana şirketin reklam açıklamaları ve bunların sözleşme akdedilmesi münasebetiyle yavru şirketin işlem tarafının örtülü “kabulü” ile meydana gelebilir.

Ticaret Mahkemesinin tespitlerine göre, IGR şirketinin mektup kağıtlarında ve reklam broşürlerinin başlıklarında tırnak içinde Swissair’in logosu ve “*IGR, Swissair’in bir işletmesidir*” yazısı bulunmaktadır. **Böylelikle, IGR’in reklamlara ilişkin tüm dökümanlarında Swissair ile bir bağlantı vurgulanmaktadır. Ticaret Mahkemesinin bozulan kararında örnek anlamda şu ifade yer almaktadır: “Nerede Uluslararası Golf ve Country Residens varsa, Swissair oradadır ve tâbi ki, onun arkasındadır.** Gerçi, IGR Swissair İştirakleri AŞ’nin bağımsız bir işletmesidir, fakat ana şirket gibi benzer işletme ilkelerine göre çalışmaktadır. Baştan itibaren IGR’de, uluslararasılık, misafirperverlik, özenli koruma ve güvenlik esas alınmaktadır”. Davalının, davacıya karşı bu ifadelerden uzak durduğuna ilişkin bir iddiası da yoktur ve IGR’in mektup ve reklam belgelerinin kendisinin rızasıyla düzenlenmediğini, sözleşmede

ortaya koyamamakta ve kanıtlayamamaktadır. Bu sebeple davalının, bu içerikteki açıklamalarından sorumlu olması gerekir.

Bu açıklamalardan, davacının düşüncesinin aksine, davalının IGR'in işlem partnerine karşı İGR'in yükümlülüklerinden sorumlu olacağı hususunda İBK m. 111 uyarınca bir garanti üstlendiği sonucu da çıkarılamaz. Zira, davalı bu türden sözleşmesel bağlayıcı bir irade açıklamasında bulunmamıştır. Özellikle hiçbir yerde davalının ana şirket olarak IGR'in yükümlülüklerini ifa edeceği yolunda bir garantisi de mevcut değildir... Bu sebeple, davalının bu konuda hiçbir sözleşmesel sorumluluğu yoktur.

Gerekçe 4:

«Aynı şekilde davalının İBK m. 41 anlamında haksız fiilden dolayı bir sorumluluğu da yoktur, çünkü davalının hukuka aykırı, yani genel olarak emredici yasal hükümlere veya yasaklara aykırı bir davranışı yoktur».

Gerekçe 5:

«Ana şirketin konzern olarak sınıai birlik davranışıyla uyandırdığı güven, belirli şartların varlığında, haksız fiil sorumluluğunun bulunmadığı durumlarda bir sorumluluk sebebi oluşturabilir. Bu, culpa in contrahendo'dan sorumluluk ilkelerinin genelleştirilmesinden ortaya çıkmaktadır. Öğretideki egemen görüş ve aynı zamanda uygulamada, culpa in contrahendo özel bir sorumluluk sebebi olarak kabul edildiğinden, benzer durumların sorumluluk hukuku açısından korumasız kalmaması gerekir. Culpa in contrahendo'nun temelinde, tarafların karşılıklı belirli, dürüstlük ve sadakat yükümlülükleri yer alır. Bu yükümlere dayanan sözleşme görüşmeleri ilişkisi, genel hukuk figürünün bir görünüm şeklidir. Konzern ilişkisinde, konzernin, sınıai birlik davranışında güven ve kredibilite hususlarında uyandırdığı güven, sözleşme görüşmelerinde bulunan tarafların karşılıklı açıklamalarının doğruluğu ve ciddiyeti ve eksiksiz olduğu bakımlardan birbirlerine karşı oluşturdukları güven kadar korunmaya değer niteliktedir. Konzern yapılanmasındaki ana şirketinin açıklamaları, yavru şirketin sözleşme tarafına karşı bu şekildeki bir güven uyanmasına sebep olursa, *sözleşme ilişkisine benzeyen bir özel bağlantı* söz konusu olur ve bu özel bağlantıdan dürüstlük kuralına dayanan koruma ve aydınlatma yükümleri ortaya çıkar. Bu yükümlerin ihlâli de tazminat talebine yol açabilir. Konzernin (sınıai birliğin) uyandırdığı güveninden çıkan sorumluluğun, –culpa in contrahendo sorumluluğunda olduğu gibi– sıkı koşullara bağlanması gerekir. Her sözleşme görüşmelerindeki kişi gibi güvenen de, kendi menfaatlerini ilke olarak bizzat gözetmesi gerekir; yoksa

basitçe karşı sözleşme tarafının sebep olduğu hususları dikkate almamalıdır. Bu nedenle, yavru şirketin sözleşme tarafı, onun kredibilitesini ilke olarak bizzat kendisi değerlendirmelidir ve böylelikle ödeme gücüne ilişkin rizikoyu genel olarak basit şekilde ana şirketin sırtına yüklememelidir (“*caveat creditor*” ilkesi)... Kim ki, sadece bizzat kendi özensizliğinin, güveninin veya genel işlem rizikolarının gerçekleşmesinin kurbanıdır, o kimse hukukî korumayı hak etmez. Bunun aksi sadece, haklı güveninin kötüye kullanılması halinde mümkündür. Sorumluluk sadece ana şirketin, konzern davranışlarına ilişkin belirli güven uyandırıp, daha sonra dürüstlük ilkesine aykırı olarak bunu boşa çıkarmasıyla gerçekleşir... Ana şirket bakımından haklı beklentilerin uyandırılıp uyandırılmadığına veya bunun boşa çıkıp çıkmadığına, somut olayın tüm koşulları değerlendirilerek karar verilir. Buradan (güvenin uyandırılması ve boşa çıkmasından), ihlâli güven sorumluluğuna sebep olan ve dürüstlük kuralına dayanan koruma yükümlülüklerinin türü ve kapsamı ortaya çıkar. Somut güven durumu sebebiyle, ana şirketin yavru şirketi ekonomik açıdan yeterince güvenli tutması, diğer bir ifade ile, beklenen gerçek risklerden kurtamak amacıyla dürüst kişiler açısından gerekli olan araçları sunması gerekir. Ayrıca, ana şirket için açıklama yükümlülüklerinin de ortaya çıkması mümkündür, özellikle ana şirket yavru şirketin sözleşme tarafına, yavru şirketin ekonomik durumu hakkında yanlış bilgiler verir veya onun işlerinin varlığını tehdit edecek boyutta ve etkideki gerçekleri gizlerse, açıklama yükümlerini de ihlâl etmiş olur. Bu durumda konzern güveninden sorumluluk, öğretilerdeki hâkim görüşe göre, *güven sorumluluğunun* bir uygulama alanı olarak anlaşılan, yanlış öğüt ve eksik bilgidir sorumluluk ile ilişkilidir».

Yüksek Mahkemenin anılan kararındaki görüşe göre, bir ana şirket, yavru şirketin verdiği reklam ve yaptığı yazışmalara yoğun şekilde konzernin içinde bulunduğu ve hatta yavru şirketin girdiği her ilişkide ana şirket olarak “*arkasında olduğu*”na dair açıklamalara müsaade etmişse, bununla karşı tarafta ana şirketin sorumlu olacağı hususunda, haklı bir güven uyandırmış sayılır. Bu düşünce, Federal Mahkemenin başka bir kararında (BGE 123 III 231) “*obiter dictum*”⁴³ olarak (hüküm için önemli olmayan bir sorunun mütalaasında), «*belirli şartlar altında kendi ana şirketi hakkında bir yavru şirketin de bir güven olgusu yaratabileceği hususunun baştan itibaren hariç tutulmaması gerektiği*» ifadesiyle tekrar ve teyit edilmiş bulunmaktadır⁴⁴.

43

44 **Meier-Hayoz/Forstmoser**, Gesellschaftsrecht, 2004, § 23, N. 73. Ancak Federal Mahkemenin başka bir kararında (BGE 124 III 297), konzern güvenine dayanan sorumluluk kabul edilmedi. İsviçre doktrininde de bu sorumluluk temelinin kapsamı yoğun şekilde tartışıldı ve birçok doktora tezinin

Kısaca Tasarının m. 209 hükmünün amacı, şirketler topluluğu bağlamında, hâkim şirketin kamuoyunda veya daha dar bir çevrede tüketicide yarattığı güveni kullandığı takdirde, bu kullanmanın sonuçlarını yüklenmesini sağlamaktır⁴⁵. Nitekim yukarıdaki Federal Mahkemenin kararına konu olan olayda da olduğu gibi, sınıai birlik oluşturan bağlı şirketler, çoğu zaman üyesi oldukları şirketler topluluğunun adını şirket kırtasiyesinde, ilân ve özellikle reklamlarda kullanmakta ve bu suretle de kendilerine müşteri bağlamakta, ticarî menfaat sağlamaktadırlar⁴⁶.

Topluluk adının kullanarak ve onun adına güvenerek halkın veya daha dar anlamda tüketicinin bağlı şirkete yönelmesinin ve bağlı şirketin pazar payının yükselmesinin temelinde, söz konusu topluluğun üyesi olan şirketin, dürüst hareket edeceği, verdiği bilgilerin ve kamuoyuna açıklanan finansal tabloların ve belgelerin gerçeği yansıttığı, teknolojinin üstün, kalitenin iyi ve herşeyin gereği gibi olduğu hususunda bir inanç ve güven yaratılmaktadır. İtibarın kullanılıp kullanılmadığının, her somut olaya göre belirlenmesi gerekir. Kullanılma için şirketler topluluğunun adının anılmış olması veya logosunun kullanılması şart değildir. Açıklanan tablolar, bilgiler ve kalite, uyandırılan güvene uymuyor ise, adının kullanılmasına ses çıkarmayan hâkim şirketin, meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu olması gerekir. Bu nedenle, “*sorumluluk için önemli koşul, itibarın kullanılması*”dır. Ayrıca, bir şirketler topluluğunun bu kapsama girebilmesi için, toplumda ve tüketicide güven veren bir düzeye gelmiş olması gerekir⁴⁷.

yazılmasına da neden oldu. Örneğin, B. **Brechbühl**, Haftung aus erweckten Konzernvertrauen, Diss. Bern 1998; K. **Kumich**, Haftung aus «Konzernvertrauen», Diss. Zürich 1998). A. **Vogel**, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder gundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen = St. Galler Studien 51. Kanımca bu konu, Türk hukukunda da şirketler topluluğu hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra genç araştırmacıların uğraşması gereken önemli bir temalardan biridir.

⁴⁵ **Gerekçe 2008**, m. 209, s. 80.

⁴⁶ **Gerekçe 2008**, m. 209, s. 80-81.

⁴⁷ **Gerekçe 2008**, m. 209, s. 81.

KAYNAKÇA

- Druey, Jean Nicolas**, Der Entwurf für türkisches Konzernrecht in vergleichender Sicht, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, s. 323-339.
- Böckli, Peter**, Schweizer Aktienrecht, Dritte, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich, Basel Genf 2004.
- Brechbühl, Beat**, Haftung aus erweckten Konzernvertrauen, Diss. Bern 1998.
- Gerekçe 2008**, Türk Ticaret Kanunu'nun Gerekçesi, Ankara- 2008.
- Gürpınar, Damla**, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir, 2006.
- Handschin, Lukas**, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.
- Hüffer, Uwe**, Aktiengesetz, 5. Auflage, München 2002.
- Jäger, Axel**, Aktiengesellschaft, unter besonderer Berücksichtigung der KGaA, München 2004.
- Kırca, Çiğdem**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.
- Kuzmic, Kristina**, Haftung aus «Konzernvertrauen», Diss. Zürich 1998.
- Meier-Hayoz. A./Forstmoser, P.** Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. Bern 2004.
- Liebscher, Thomas**, Beck'sches Handbuch der AG, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang, München 2004.
- Raiser, Thomas**, Recht der Kapitalgesellschaften, München 2001.
- Schmidt, Karsten**, Zum Verständnis des konzernrechtlichen Abhängigkeitsberichts, (Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003.s. 663- 672).
- Vogel, Alexander**, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder gundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen, Bern 1997.
- Würdinger, Hans**; Aktien- und Konzernrecht, 3. Aufl. Karlsruhe 1973

BOŞ

ANONİM ORTAKLIKTA ISKAT KARARININ SONUÇLARI

Doç. Dr. Kemal Şenocak*

ÖZET

Iskat edilen ortak, iskat edildiği paylar bakımından pay sahipliği haklarını kaybeder ve pay bedeline mahsuben yapmış olduğu ödemelerinden doğan haklarından mahrum olur. Iskat ile birlikte alacaklıların da pay üzerindeki tüm hakları sona erer. intifa ve tehin hakkı gibi aynı haklar ortadan kalkar. Üçüncü kişinin iskat edilen payı iyiniyetle iktisabı mümkün değildir, zira iskat kararının hüküm doğurmasıyla, ortak pay üzerindeki tasarruf yetkisini kaybeder. Ortağın TTK mad. 408/III kapsamındaki sorumluluğu, aslında tazminat ödeme yükümlülüğü değil; hâlâ taahhüt ettiği sermayeyi koyma yükümlülüğüdür. Dolayısıyla, bu karardan önce doğmuş olan cezai şart, temerrüt faizi ve tazminat gibi ödeme yükümlükleri pay sahibini bağlamayacağı devam edecektir. Ancak iskatla birlikte temerrüt faizi işleyişini durdurur. Iskatla payın değerlendirilmesi arasında paydan doğan haklar donar. Bu paylar şirket tarafından genel kurulda temsil ettirilemez. Oy hakkı yoktur. Şirket payı satıp değerlendirmek sorundur; başkaca tasarruf caiz değildir.

Anahtar Kelimler: Temerrüde Düşen Ortağın Iskatı, Payın Iskatı, Iskat Edilen Ortağın Sorumluluğu

ZUSAMMENFASSUNG

Durch den Ausschluss erlöschen alle mitgliedschaftlichen Rechte des Aktionärs. Er verliert die geleistete Einlage zugunsten der Aktiengesellschaft. Durch die Kaduzierung bleibt seine Aktionärpflicht, insbesondere die Pflicht zur Volleinzahlung vorläufig noch bestehen. Mit Ausschluss des Aktionärs erlöschen auch alle Rechte seiner Gläubiger an der Aktie. Dingliche Rechte, z.B. Pfandrecht oder Niessbrauch, gehen ersatzlos unter. Da mit Wirksamwerden des Ausschlusses der Aktionär seine Verfügungsbefugnis verliert, scheidet ein gutgläubiger Erwerb der Aktien durch Dritten aus. Ausfallhaftung des Aktionärs aus Art. 408 Abs. 3 ist immer noch Einlageverpflichtung, und nicht Schadenersatzpflicht. Weiterhin bleibt der Aktionär verpflichtet, Verzugszinsen, Sachdenersatz, sowie eine etwaige Konventionalstrafe zu zahlen. Die Verzugszinsen hören dabei mit Kaduzierungserklärung zu laufen

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

auf. In der Zeit zwischen Kaduzierung und Verwertung ruhe das Recht aus Aktie. Die als Folge der Kaduzierung von der Gesellschaft erworbenen Aktien dürfen in der Generalversammlung nicht vertreten werden. Es kann ihnen somit vor allem auch kein Stimmrecht zukommen. Die Gesellschaft muss die Mitgliedschaft des ausgeschlossenen Aktionärs verwerten; jedes andere Vorgehen ist uzulässig.

Schlüsselwörter: Ausschluss säumiger Aktionäre; Kaduzierung von Aktien; Ausfallhaftung des des Kaduzierten Aktionärs

Anonim Ortaklıkta İskat Kararının Sonuçları

Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci maddesinde ıskat, sadece sermaye koyma borcunu ifade temerrüde düşen pay sahibine karşı uygulanabilecek bir yaptırım olarak düzenlenmiştir. Bu hükmeye göre, “*İdare meclisi bundan başka mütemerrit ortağı iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklarından mahrum etmeye ve yerine başka ortak almaya ve kendisine hisse senedi varsa bunları iptal etmeye salahiyyetlidir. İptal edilen hisse senetleri ele geçirilemiyorsa iptal kararı 37 nci maddede yazılı gazetede ayrıca esas mukavelenin derpiş ettiği şekilde ilan olunur*”. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 482'nci maddesinin 2'nci fıkrasında da bu hükmeye paralel düzenleme yer almaktadır: Tasarının gerekçesinde de, 482'nci maddenin meri Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci maddesinin tekrarı olduğu vurgulanmıştır.

Aşağıda, sermaye koyma borcunu ifade temerrüde düşen pay sahibinin anonim şirketten ıskat edilmesi nedeniyle doğan sonuçlar, pay sahibi, üçüncü kişiler ve anonim şirket açısından değerlendirilecektir. Bu bağlamda ıskat edilen pay sahibinin Türk Ticaret Kanunu'nun 408'nci maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü uyarınca sorumluluğu sorunu üzerinde de durulacaktır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 483'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında anılan hükmeye paralel düzenleme getirilmiştir.

I. İSKATIN PAY SAHİBİ AÇISINDAN SONUÇLARI

Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, ıskat, pay sahibinin “*iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklarından mahrum edilmesi*” anlamına geldiğinden ıskatın pay sahibi açısından çifte etkisi söz konusu olur. Bunlardan ilki ve en temeli ıskat edildiği paylar bakımından pay sahipliği haklarını kaybetmesi; ikincisi ise pay bedeline mahsuben yapmış olduğu ödemelerinden doğan haklarından mahrum kalmasıdır. Bu vesile ile, pay sahibinin anonim şirkette birden çok payı varsa, bedellerini ödediği paylara ilişkin olan pay sahipliği haklarının devam ettiğini hatırlatmak gerekir.

İskatın birinci sonucu, temerrüt konusu paylarla ilgili olarak pay sahibinin, pay sahibi olmanın kendisine bahsettiği tüm hakları yitirmesidir. Şöyle ki, bu paylara ilişkin örneğin, oy ve genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakkını, bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını; keza, kar payı ve, tasfiye payı hakkını¹ kaybeder. Aynı şekilde ıskat edilen pay sahibi, yeni pay alma hakkından da mahrum

¹ *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.:* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd.I, § 1-75, München 2008, § 64 Rdnr. 59.

olur². Nama ya da hamile pay senedi sahibi olmak ve pay defterine kayıtlı olmak, pay sahipliğini teşhis fonksiyonunu kaybeder³.

Iskat edilen pay sahibi, oy hakkını, rehin veya saklama ya da ariyet sözleşmesi gibi bir sözleşme ile malik olmayan bir kişiye bırakmış olması halinde de⁴ kullanamayacaktır. Aynı sonuç, oy hakkının kanunen malik olmayan kişiye ait olması durumu için de geçerlidir⁵. Buna göre, oy hakkının Türk Ticaret Kanunu'nun 360'ncı maddesinin son fıkrası hükmü gereği, pay üzerinde intifa hakkı sahibine ait olması halinde de iskat edilen pay sahibi, oy hakkından mahrum kalacaktır. Keza, oy hakkının kanunen vasiyeti tenfiz memuruna (MK mad. 552); yönetim kayımlarına (MK mad. 427), vasiye (MK mad. 448), iflas idaresine (İİK mad. 226)ait olması halinde de usulüne uygun iskat kararı ile birlikte oy hakkından mahrumiyet sonucu doğacaktır⁶. Bu tür durumlarda sermaye koyma borcunu ödemedede temerrüde düşen ortağın paydan ıskatı sonucunda anonim ortaklığın sahip olduğu bu payları değerlendirme hakkı üçüncü kişilerin rehin ve intifa hakkına takaddüm eder⁷. Dolayısıyla, söz konusu kişilerin pay üzerindeki hakları ıskatla birlikte ortadan kalkacaktır⁸. Zira, üçüncü kişilerin pay üzerindeki aynı hakları devam etmiş olsaydı, payların satış suretiyle değerlendirilmesinden elde edilecek bedelden yararlanmaları ihtimal dahilinde olabilecekti. Bu durumda, satıştan elde edilen bedelden anonim şirkete ya hiç arta kalmayacak ya da çok cüzi miktar kalacaktır. Böyle bir sonucu iskat müessesisiyle güdülen anonim şirketin malvarlığını koruma amacıyla bağdaştırmak mümkün değildir⁹. Kanun hükümleri yorumlanırken ıskatın amacı ve malvarlığının korunması ilkesiyle olan ilişkisi, *ratio legis* mutlaka dikkate alınmalıdır¹⁰.

Iskat edilen pay sahibine safi kardan düşen payın kaderi ile ilgili olarak, kar payının muaccel olup olmamasına göre bir ayırım yapmak gerekir. Buna göre, muaccel

² Bkz. *Spindler, G./Stilz, E./Cahn, A.*: Kommentar zum Aktiengesetz, Bd.1, §§ 1-178, München 2007, § 64 Anm. 36, sh. 516; *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.*, Bd.I, § 64 Rdnr. 61.

³ *Höchli, J.H.*: Die Kaduzierung von Aktien im revidierten Schweizerischen Obligationenrecht vom 18 Dezember 1936, Zürich 1941, sh. 56.

⁴ *Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.*: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10.B., İstanbul 2005, Nr. 969.

⁵ Bkz. *Höchli, J.H.*, sh. 55; *Bürgi, W.F.*: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil.:Die Aktiengesellschaft (Art. 660-697), Zürich 1997, Art. 681- 682, Nr. 38, sh. 247.

⁶ *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 38, sh. 247; *Höchli, J.H.*, sh. 55 ve dnp. 6.

⁷ *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 38, sh. 247; *Höchli, J.H.*, sh. 55; *Arslanlı, H.*: Anonim Şirketler, C.I, İstanbul 1959, sh..184.

⁸ *Wettstein, G.M.*: Die nicht voll einbezahlte Aktie, Aarau 1948, sh. 61.

⁹ *Wettstein, G.M.*, sh. 61.

¹⁰ *Değirmenci, C.*: Anonim Ortaklıkta Iskat, İstanbul 2006, sh. 6.

olmamış kar payları şirkete kalır¹¹. İskat kararı *ex nunc* etki doğurduğundan¹² muaccel olup da iskat edilen pay sahibine ödenmiş olan kar payları ise ondan geri istenemez. Muaccel olup da iskat edilen ortağa henüz ödenmemiş temettü ile ilgili olarak iskat edilen ortağın talep hakkı mevcuttur¹³; ancak ortaklık bu miktarı ortaklığın ödenmesinde temerrüde düşülmüş sermaye borcu ile takas etmeye mezdur. Dolayısıyla, şirket, takas hakkını kullanarak, iskat edilen ortağa henüz ödenmemiş olan muaccel temettü, onun ortaklığa olan sermaye koyma borcundan mahsup edilebilir¹⁴. Bu durumda, muaccel kâr payı, iskat edilmeyen ortaklara ilave kar payı olarak dağıtılmaz; şirketin kar payı hesabından çıkarılır, ödenmiş şirket sermayesi hesabına aktarılır¹⁵. Ayrıca, takas edilen miktar kadar iskat edilen ortağın Türk Ticaret Kanunu'nun 408'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, yeni pay sahibinin ödemeleriyle kapanmayan açıklardan dolayı ortaklığa karşı olan sorumluluğunda azalma meydana gelir¹⁶.

Öte yandan iskat kararı, o ana kadar muaccel hale gelmemiş temettü kuponlarında yazılı hakkın da sona ermesi sonucunu doğuracaktır¹⁷. Buna karşılık, iskat edilen ortağın, ortaklık ilişkisi dışında başka bir hukuki ilişkiden (örneğin, satım sözleşmesi) doğan ve şirkete karşı üçüncü kişi alacaklı sıfatıyla sahip olduğu alacakları iskat kararından etkilenmez¹⁸. Şüphesiz şirketin Türk Ticaret Kanunu'nun 408'nci maddesinin 3'üncü fıkrasından doğan alacağı muaccel olduktan sonra söz konusu alacak üzerinde takas hakkını kullanabilir¹⁹.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, iskat edilen pay sahibi yönetim kurulu üyesi ise, tüm paylarından iskat edilmesi şartıyla bu sıfatı kendiliğinden sona erecektir²⁰. Bu görüş, Türk Ticaret Kanunu'nun 312'inci maddesi uyarınca yönetim

¹¹ *Göle, C.:* Anonim Ortaklıkta Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt, Ankara 1976, sh. 125-126.

¹² *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.,* Bd.I, § 64 Rdnr. 62.

¹³ *Honsell, H./Vogt, N.P./Watter, R.:* Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Basel-Genf-München 2008, Art. 681-682, Rdnr. 15; *Spindler, G./Stilz, E./Cahn, A.,* Bd.I, § 64 Anm. 37, sh. 516; *Arslanlı, H.,* C.I, sh. 184.

¹⁴ *Bürgi, W.F.,* Art. 681- 682, Nr. 39, sh. 247; *Höchli, J.H.,* sh. 55; *Wettstein, G.M.,* sh. 61; *Göle, C.:*, sh. 126. aksi görüş için bkz. *Değirmenci, C.,* sh. 60.

¹⁵ *Höchli, J.H.,* sh. 55.

¹⁶ *Bürgi, W.F.,* Art. 681- 682, Nr. 39, sh. 247. Ayrıca bkz. *Spindler, G./Stilz, E./Cahn, A.,* Bd.I, § 64 Anm. 37, sh. 516.

¹⁷ *Bürgi, W.F.,* Art. 681- 682, Nr. 43, sh. 248; *Göle, C.:*, sh. 126.

¹⁸ *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.,* Bd.I, § 64 Rdnr. 61; *Schmidt, K./Lutter, M.:* Aktiengesetz, Kommentar, Bd. I, Köln 2007, § 64 Rdnr. 30.

¹⁹ *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.,* Bd.I, § 64 Rdnr. 61.

²⁰ *Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.,* Nr. 1072 ve Nr. 549; *Değirmenci, C.,* sh. 60.

kurulu üyesi sıfatının iktisabı için pay sahibi olmanın zorunlu şart olduğu görüşünden hareket etmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 312'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, “İdare meclisi pay sahibi aza ortaklardan teşekkül eder²¹. Ancak pay sahibi olmıyan kimseler aza seçildikleri takdirde bunlar pay sahibi sıfatını kazandıktan sonra işe başlayabilirler”. Hükmün mehası, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 707'nci maddesinin 1 ve 2'nci fıkrasıdır. Hükmün lafzından, ortaklıkta pay sahibi olmayan kişinin de yönetim kurulu üyesi seçilebileceği anlaşılmaktadır²². Bu hükme göre, yönetim kurulu üyeliği seçimi, ortaklıkta pay sahibi olması koşulana bağlanmış şarta bağlı bir işlem olarak öngörülmemiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 312'inci maddesinin anılan hükmü bir düzen hükmü niteliğinde olup; riayet edilmemesi, ilgili yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun ağırlaşması bir yana her hangi bir olumsuz sonuç doğurmamaktadır²³. Bu sebeple, paydaşlardan seçilmeyen yönetim kurulu üyesinin hukuki durumu, askıda geçersizlik değildir²⁴. Dolayısıyla, sahip olduğu tek veya tüm paylarından ıskat edilen yönetim kurulu üyesi ortak sıfatını kaybetmiş olsa bile, süresi doluncaya (TTK mad. 314) veya genel kurul tarafından azledilinceye kadar (TTK mad. 316) yönetim kurulu üyeliği sıfatının devam edeceği kabul edilmelidir.²⁵ Dolayısıyla bu süre zarfındaki işlem ve eylemlerden dolayı Tür Ticaret Kanunu'nun 336 vd. maddelerine dayanılarak sorumlu tutulabilecektir²⁶. Aynı şekilde ücret isteme hakkı da devam eder²⁷.

Pay sahibi, ıskat kararı ile birlikte pay üzerinde tasarruf hakkını kaybeder.. Bu karar ile, pay sahibi hakları ile hisse senedi arasındaki bağ da çözülür. Pay senedi, kıymetli evrak niteliğini kaybeder²⁸. Dolayısıyla, Türk Ticaret Kanunu'nun 407'inci maddesi uyarınca yönetim kurulunun hisse senetlerini iptal etmesi, senet üzerinde artık ortaklık hakkının mündemiç olmadığına ilişkin maddi hakikatin şeklen

²¹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda bu şart kaldırılmaktadır (m. 359/1.b). Gerekçesi için bkz. TTK Tasarısı, Gerekçe, s. 105.

²² Bkz. *Tekinalp, Ü.*: “Yönetim Kuruluna seçilebilmek İçin Pay Sahibi Olmak Şart Değildir” Kuralının Anlamı ve Uygulama Alanı, İkt.Mal. 1975, Eylül, sh. 286.

²³ *Honsell, H./Vogt, N.P./Watter, R.*, Art. 707, Rdnr. 9; *Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.*: schweizersiches Aktienrecht, Bern 1996, § 27 Nr. 4.

²⁴ *Honsell, H./Vogt, N.P./Watter, R.*, Art. 707, Rdnr. 9.

²⁵ *Honsell, H./Vogt, N.P./Watter, R.*, Art. 707, Rdnr. 12; *Höchli, J.H.*, sh. 61; *Bürgi, W.F.*, Art. 681-682, Nr. 44, sh. 248.

²⁶ *Honsell, H./Vogt, N.P./Watter, R.*, Art. 707, Rdnr. 10; *Krnet, G.*: Praxiskommentar, Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, sh. 10-11; *Homburger, E.*: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilbd. V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, Zürich 1997, Art. 707 Rdnr. 33.

²⁷ *Homburger, E.*, Art. 707 Rdnr. 33.

²⁸ *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.*, Bd.I, § 64 Rdnr. 73; *Hüffer, U.*: Aktiengesetz, Kommentar, München 2008, § 64 Rdnr. 7.

ifadesidir²⁹. Bütün bu açıklamalardan ortaya çıkan sonuç, iskat edilen payın üçüncü kişi tarafından iyiniyetli olarak iktisabının mümkün olmamasıdır³⁰. Aşağıda, iskatın üçüncü kişilere etkisi ele alınırken bu konuya tekrar değinilecektir.

Aynı sonuç, pay üzerinde üçüncü kişi lehine rehin veya intifa hakkı kurulması açısından da geçerlidir. Gerçekten de iskat edilmiş bir pay üzerinde pay sahibinin üçüncü kişi lehine rehin veya intifa hakkı kurması mümkün değildir³¹. Sınırlı aynı hak kurmak için pay senedinin üçüncü kişiye teslim edilmesiyle rehin veya intifa hakkının bir kağıt parçası olan senet üzerinde kurulması amaçlanmamaktadır. Rehinin veya intifa hakkının konusu, pay senedinde mündemiç olan paydaşlık hakkıdır³². İskat ile birlikte bu hak senetten çözülüp iskat edilen pay sahibinin tasarruf yetkisi kapsamı dışına çıkarıldığından iskat edilen pay sahibinin pay üzerinde sınırlı aynı hak kurmak şeklinde tasarruf hakkı ortadan kalkar.

Pay sahibi, iskat kararından önce pay bedeline mahsuben anonim ortaklığa yapmış olduğu ödemeleri geri alma hakkını da yitirir. Bu hususta pay ödemelerine ilişkin hukuki sebebin sonradan ortadan kalktığına istinaden sebepsiz zenginleşme hükümlerine de dayanamaz³³. Payın anonim ortaklık tarafından yüksek bir bedelle değerlendirilmiş olması sonucu değiştirmez³⁴. Yönetim kurulu, iştirak taahhüdüne mahsuben yapılmış olan bu ödemeleri, pay sahibine bırakamaz; aksine sözleşme hükümleri geçersizdir³⁵. İskat edilen pay sahibinin payı iktisap eden şahsa karşı da her hangi bir talep hakkı doğmaz³⁶. Anonim ortaklığa kalan bu ödemeler, Türk Ticaret Kanunu'nun 166'ncı maddesinin 2'nci fıkrasının 12. bendi gereği, umumi yedek akçeye eklenir.

Geçerli bir şekilde verilmiş iskat kararının hukuki sonuçları geri alınmaz. Bir

²⁹ Bkz. *Höchli, J.H.*, sh. 57.

³⁰ *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.*, Bd.I, § 64 Rdnr. 73; *Hüffer, U.*, § 64 Rdnr. 8; *Schmidt, K./Lutter, M.*: § 64 Rdnr. 35; *Gehrlein, M./Hopt, K./Wiedemann, H.*: Aktiengesetz, Grosskommentar, 15. Lieferung, §§ 54-66, Berlin-New York 2001, § 64 Rdnr. 47.

³¹ *Höchli, J.H.*, sh. 59.

³² *Beeler, G.*: Die Wertpapiere im schweizerischen Recht, Aarau 1937, sh. 98; *Höchli, J.H.*, sh. 59.

³³ *Arslanlı, H.*, C.I, sh. 184.; *Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.*, Nr. 1073; *Göle, C.*, sh. 125; *Değirmenci, C.*, sh. 59; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 41, sh. 247; *Höchli, J.H.*, sh. 54; *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.*, Bd.I, § 64 Rdnr. 59; *Schmidt, K./Lutter, M.*: § 64 Rdnr. 32.

³⁴ *Schmidt, K./Lutter, M.*: § 64 Rdnr. 32; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 41, sh. 247; *Höchli, J.H.*, sh. 54; *Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.*: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, sh. 562; *Arslanlı, H.*, C.I, sh. 184.

³⁵ *Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.*, Nr. 1073; *Değirmenci, C.*, sh. 59-60. Karş. *Domaniç, H.*, C. II, sh. 1329.

³⁶ *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 41, sh. 247.

başka anlatımla, ıskat kararının hukuki sonuçları, ilgili ortağın sermaye koyma borcunu sonradan yerine getirmesi veya şirketle yağacağı anlaşma ile ortadan kaldırılamaz³⁷. İskat edilen ortak kaybettiği ortaklık haklarını, payın yönetim kurulunca değerlendirilmesi aşamasında payı iktisap etmek suretiyle yeniden kazanması mümkündür³⁸.

Türk Ticaret Kanunu'nun 407 ve 408'nci madde hükümleri emredici olduğundan gerek maddi şartlara, gerekse şekli şartlara aykırı alınmış ıskat kararı batıldır³⁹. Örneğin pay sahibi sermaye koyma borcunda temerrüde düşürülmeden ıskat usulüne başlanması halinde, alınan ıskat kararı geçersiz olacaktır. Bu durumda, paydaşlık haklarından mahrum edilen ortak, sanki ıskat kararı alınmamış gibi tam yetkili hak sahibi olmaya devam edecektir⁴⁰. Pay sahibi dava yoluyla geçersizliğin tespitini ıskat kararından önce isteyebileceği gibi ıskat prosedürü sonuçlanmadan⁴¹ da talep edebilir⁴².

II.ISKATIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER AÇISINDAN SONUÇLARI

Ortak, ıskat kararı ile pay üzerinde tasarruf hakkı kaybettiğinden üçüncü kişiye payın devri anonim şirkete karşı hüküm ifade etmez. Pay senedinin üçüncü kişiye devri de devralana ortaklık hakkı kazandırmaz. Zira, devraldığı pay senedinin üzerinde artık tecessüm eden bir ortaklık hakkı mevcut değildir. Onun iyiniyetle iktisap ettiği bir hak ihtiva etmeyen senettir⁴³. Gerçekten de pay senedinde ifadesini bulan ortaklık haklarının varlığı ve içeriği, kanun hükümlerine, ortaklık ana sözleşmesi hükümlerine ve kanun ile ana sözleşme hükümlerine uygun olarak verilen genel kurul ya da yönetim kurulu kararlarına tâbidir. Bu sebeple, iyiniyetle devralınan pay senedi, Türk Ticaret Kanunu'nun 409'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası hükmüne aykırı olarak çıkarılmış hamiline yazılı olsa bile yeni malik korumadan mahrumdur⁴⁴. Böyle bir pay senedini iyiniyetle iktisap eden şahıs, ortaklığın, ıskat edilmiş payı temsil eden ve Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci maddesi uyarınca yönetim kurulu tarafından iptal edilmiş senetle her hangi bir hak iddia etmesine imkan bulunmadığı yolunda dermeyan edeceği def'iyeye katlanmak zorundadır⁴⁵.

³⁷ *Spindler, G./Stilz, E./Cahn, A.*, § 64 Anm. 39, sh. 516-517.

³⁸ *Spindler, G./Stilz, E./Cahn, A.*, § 64 Anm. 39, sh. 517.

³⁹ *Höchli, J.H.*, sh. 101; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 65 vd, sh. 253-254.

⁴⁰ *Höchli, J.H.*, sh. 101; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 68, sh. 254.

⁴¹ Yarg. 11. HD., 18.04.1986, E. 1631, K. 2346 (*Eriş, G.*, , C.II, sh. 2476-2477).

⁴² *Höchli, J.H.*, sh. 101-102; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 68, sh. 254; *Wettstein, G.M.*, sh. 65.

⁴³ *Höchli, J.H.*, sh. 57-58; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 42, sh. 247-248.

⁴⁴ *Spindler, G./Stilz, E./Cahn, A.*, § 64 Anm. 44, sh. 517.

⁴⁵ *Özcan, F.*: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. B., Ankara 1997, sh. 1515.

Anonim Ortaklıkta İskat Kararının Sonuçları

Şüphesiz böyle bir durumda, temlik alanın Borçlar Kanunu'nun 169 ve 171'nci maddelerine dayanarak temlik edene başvurabilmesi mümkündür⁴⁶. Söz konusu hükümlerde, alacağı temlik edenin temlik alana karşı olan garanti yükümlülüğü düzenlenmektedir. Payı devreden şahıs, devir işlemini iskat prosedürü başladıktan sonra fakat henüz iskat kararı verilmeden önce gerçekleştirmiş olsa dahi Borçlar Kanunu'nun 171'nci maddesi kapsamında sorumluluktan kurtulamaz⁴⁷. Temlik anında devralan şahıs, iskat kararının verildiğini veya iskat prosedürünün başlamış olduğunu biliyorsa, devredeni anılan hükümler uyarınca sorumlu tutamaz⁴⁸. Ayrıca belirtmek gerekirse, Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre: “*İptal edilen hisse senetleri ele geçirilemiyorsa iptal kararı 37 nci maddede yazılı gazetede ve ayrıca esas mukavelelerin derpiş ettiği şekilde ilan olunur.*” Bu hükümde geçen “*İptal edilen hisse senetleri ele geçirilemiyorsa....*” İfadesinden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, ortağın elinde bulunan hisse senetlerinin kötüye kullanılmasını engellemek için ortaklığa, bunları pay sahibinden geri isteme; talebe rağmen iadesi sağlanamazsa, pay senetlerinin iptali kararının *TTK mad. 37 nci maddede yazılı gazetede ve ayrıca esas sözleşmede öngörüldüğü şekilde ilan olunması* yükümlülüğünü yüklemiştir. Söz konusu yükümlülüğün ihlal eden anonim şirket, pay sahibinden pay senetlerini iyiniyetle iktisap eden üçüncü kişilere karşı, iktisabın geçersiz olması neticesinde uğramış oldukları zararları nedeniyle haksız fiil hükümlerine göre (BK mad. 41 vd) sorumlu olacaktır⁴⁹.

İskat edilen paya ilişkin temettü kuponlarının da muaccel kar payımı tecessüm ettirmemesi şartıyla iyiniyetle iktisabı mümkün değildir⁵⁰.

İskat sonucunda, ilgili payı üzerinde pay sahipliği hakkı da ortadan kalkacağından bu pay üzerinde üçüncü kişilere tanınan *rehin hakkı* da sona erecektir⁵¹. Nitekim Medeni Kanun'un 943'üncü maddesine göre, taşınır rehni, alacaklının zilyet olmaktan çıkması ve onu zilyet olan üçüncü kişiden geri almaz hâle gelmesiyle son bulur.

⁴⁶ *Höchli, J.H.*, sh. 58; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 42, sh. 248.

⁴⁷ *Höchli, J.H.*, sh. 58.

⁴⁸ *Oğuzman, M.K./Öz, T.*: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 6, İstanbul 2009, sh. 949.

⁴⁹ *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.*,Bd.I, § 64 Rdnr. 74.

⁵⁰ *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.*,Bd.I, § 64 Rdnr. 73; *Gehrlein, M./Hopt, K./Wiedemann, H.*, § 64 Rdnr. 47; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 43, sh. 248.

⁵¹ *Göksoy, Y.C.*: Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara 2001, sh. 377; *Spindler, G./Stilz, E./Cahn, A.*, § 64 Anm. 40, sh. 517; *Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.*,sh. 563; *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.*,Bd.I, § 64 Rdnr. 64; *Gehrlein, M./Hopt, K./Wiedemann, H.*, § 64 Rdnr. 44; *Schmidt, K./Lutter, M.*: § 64 Rdnr. 33.

İskat kararı ile birlikte intifa konusu olan hak sona ereceğinden, pay üzerinde lehine *intifa hakkı* kurulan şahsın da paydan yararlanma hakkı nihayet bulacaktır⁵². Gerçekten de Medeni Kanun'un 796'ncı maddesine göre, intifa hakkı konusunun tamamen yok olması ile sona erer. Bir eşya açısından geçerli olan bu nedeni, intifa hakkının konusunun bir hak olması halinde bu hakkın sona ermesi şeklinde anlamak gerekir⁵³. Bakiye sermayeyi ödeme konusunda pay sahibinin intifa hakkı sahibine karşı bir borcu bulunmadığından sermaye borcunun ifa edilmemesi nedeniyle pay ıskat edilirse, intifa hakkı sahibi, sona eren intifa hakkı dolayısıyla pay sahibinden herhangi bir tazminat talebinde bulunamayacaktır⁵⁴. İskat kararının geçersizliğinin tespiti veya ıskat edilen pay sahibinin ilgili ortaklıkta aynı değerde yeni pay iktisap etmesi durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 798'inci maddesi uyarınca intifa hakkı yeniden kurulmuş olur⁵⁵. İntifa hakkının yeniden kurulması, kanundan dolayı gerçekleştiğinden, intifa hakkının kurulmasına ilişkin yapılmış olan işlemlerin tekrarlanmasına gerek yoktur⁵⁶.

Şüphesiz, üçüncü kişiler, pay sahibinin sermaye koyma borcunun temerrüde düşülen kısmını pay sahibi yerine süresinde ödemek suretiyle ıskatı önleyerek haklarının kaybına engel olabilirler⁵⁷.

Kanunda öngörülen maddi ve şekli şartlara aykırı alınan ıskat kararı batıl olduğundan anonim ortaklığın ıskat edilen payı değerlendirmesi için çıkardığı yeni pay senedi de hükümsüz olur.. Dolayısıyla, söz konusu yeni pay senedini iktisap eden kişi iyiniyetli dahi olsa pay sahipliği haklarını kazanamaz. Pay sahipliği hakları ıskat kararının geçersizliğini tespit ettiren ortakta kalmaya devam eder. Payı devralan kişinin şirkete karşı sadece tazminat hakkı söz konusu olur⁵⁸.

Geçerli bir ıskat kararı sonucu, yönetim kurulunun payı değerlendirmesiyle

⁵² *Kendigelen, A.*: Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, sh. 356-357; *Spindler, G./Stilz, E./Cahn, A.*, § 64 Anm. 40, sh. 517; *Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.*, sh. 563; *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.*, Bd.I, § 64 Rdnr. 64; *Gehrlein, M./Hopt, K./Wiedemann, H.*, § 64 Rdnr. 44; *Schmidt, K./Lutter, M.*: § 64 Rdnr. 33.

⁵³ *Kendigelen, A.*, sh. 355.

⁵⁴ *Kendigelen, A.*, sh. 341-342.

⁵⁵ *Höchli, J.H.*, sh. 59.

⁵⁶ *Honsell, H./Vogt, N.P./Geiser, T.*: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457 – 977 ZGB, Bd. I, Zürich 2006, Art. 750 Nr. 4, sh. 1386.

⁵⁷ *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.*, Bd.I, § 64 Rdnr. 65.

⁵⁸ *Höchli, J.H.*, sh. 102; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 68, sh. 254; *Wettstein, G.M.*, sh. 65-66; *Beeler, G.*, sh. 196.

payı iktisap eden yeni malik, payın olağan devri gibi ıskat edilen ortağın hak ve yükümlüklerine sahip olur⁵⁹.

III. İSKATIN ORTAKLIK AÇISINDAN SONUÇLARI

Türk Ticaret Kanunu'nun 329'uncu maddesinden hareketle, ıskat sonucunda sahipsiz hale gelen paylardan doğan oy hakkı, genel kurula katılma, bilgi alma ve iptal davası açma gibi katılma hakları şirkete geçmeyeceğinden hiç kimse tarafından kullanılması caiz değildir⁶⁰. Ortakları korumak için getirilen bu hükmün, payların mülkiyetinin şirkete geçmediği; sadece değerlendirme hakkının şirkete geçtiği⁶¹ ıskat hali için haydi haydi uygulanması gerekir (*a majore ad minus*)⁶². Bu haklar ıskat kararı ile birlikte donar ve yönetim kurulu tarafından üçüncü kişiye devri ile birlikte yeniden canlanır⁶³. İlgili ortak, ıskat kararıyla sadece ortaklık haklarından mahrum kalmakta; ancak şirket ıskat edilen pay üzerinde tasarruf edinceye kadar geçici olarak şeklen ortak kalmaya devam etmektedir. Şirket, ıskat edilen pay üzerinde tasarruf edip üçüncü kişiye devredince ortaklığı nihai olarak ortadan kalkmaktadır⁶⁴. Onun Türk Ticaret Kanunu'nun 408'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca sorumluluğu da ancak bu anda tespit edilir. Dolayısıyla, ıskat ile payın sahipsiz hale geldiği yönündeki görüşe⁶⁵ katılmamaktayız. Ayrıca, payın mülkiyetinin kanun icabı ortaklığın mülkiyetine geçmiş olduğu görüşüne de⁶⁶ iştirak edilmemelidir. Zira, kanun koyucu bu görüşte olsaydı, ıskat edilmiş payı Türk Ticaret Kanunu'nun 329'uncu maddesinde zikrederdi. Aksine mevcut düzenleme (TTK mad. 329/I, b. 2), ıskat edilen payın mülkiyetinin şirkete geçtiği görüşüyle çelişmektedir⁶⁷. Zira, söz konusu hüküm, esas sermayenin azaltılmasını önlemek amacıyla anonim ortaklığın pay sahiplerinin sermaye koyma borçlarını tahsil için bu kişilerin hisse senetlerinin iktisap edilmesini dolaylı olarak yasaklamaktadır. Oysa, pay sahibinin

⁵⁹ *Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.*, sh. 563.

⁶⁰ *Höchli, J.H.*, sh. 55; *Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.*, Nr. 1070; *Özdamar, M.*: Anonim Ortaklıkların Kendi Payını İktisap Etmesi (TTK mad. 329), Ankara 2005, sh. 238; *Çelikaş, İ.*: Anonim Ortaklığın Kendi Payını İktisabı, İstanbul 2006, sh. 219.

⁶¹ Bkz. *Arslanlı, H.*, C.I, sh. 184.

⁶² *Höchli, J.H.*, sh. 55.

⁶³ *Höchli, J.H.*, sh. 55-56; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 47, sh. 249; *Wettstein, G.M.*, sh. 62; *Widmer, C.K.*: Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1998, sh. 195.

⁶⁴ *Höchli, J.H.*, sh. 54; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 47, sh. 249, *Wettstein, G.M.*, sh. 62. Ayrıca bkz. ve karş. *Arslanlı, H.*, C.I, sh. 184.

⁶⁵ Bkz. *Arslanlı, H.*, C.I, sh. 198; *İmregün, O.*: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, sh. 286; *Moroğlu, E.*: Esas Sermaye Artırımı için Eski İştirak Taahhütlerinin Ortaklığa Tamamen Ödenmiş Olması Şartı, Makaleler, C.I, 2. B., İstanbul 2001, sh. 46.

⁶⁶ Bkz. *Domaniç, H.*, C.II, sh. 1335; *Özdamar, M.*, sh. 237.

⁶⁷ Karş. *Göle, C.*, sh. 124; *Çelikaş, İ.*, sh. 191.

iştirak taahhüdünden dolayı borçlu olması ıskat müeyyidesinin uygulanabilmesinin ana şartıdır. İskatta, anonim ortaklığın ortağa karşı alacağı, onun sermaye koyma borcundan kaynaklandığından, ıskat kararı, ilgili payın mülkiyetinin ortaklığa geçmesi sonucunu doğuramaz⁶⁸. Bu bağlamda vurgulamak gerekirse, payın ıskatıyla pay itfa edilmiş olmaz⁶⁹.

Genel kurul toplantı ve karar yetersayısında ıskat edilen paylar dikkate alınmaz⁷⁰. Aksi takdirde, yönetim kurulu tarafından bu payların, genel kurul kararlarında mutlak çoğunluk arandığı durumlarda kendi menfaatlerine uygun olarak kullanılması ihtimali doğabilir⁷¹. Özellikle, paydaşların azınlık haklarının korunmasının gerekli olduğu durumlarda, -ki kanun koyucu bu hallerde ya oybirliğini ya da ağırlaştırılmış yetersayıyı aramıştır- , ıskat edilen paylar ok farz edilmelidir Aksi takdirde, kanun koyucunun azınlığı koruma amacının halele uğratılması ihtimal dahiline girer. Buna göre, oy birliği veya ağırlaştırılmış karar yetersayısının arandığı durumlarda, nisap, ana sermayenin ıskat edilen payın düşülmesiyle kalan kısmı, yani genel kurulda temsil edilebilir paylar dikkate alınarak hesaplanmalıdır⁷². *Höchli*'ye göre, sermaye artırımında ıskat edilmeyen payların yeni pay alma hakkı, payların ana sermayenin ıskat edilen payın düşülmesiyle kalan kısmı dikkate alınarak hesaplanır; zira, ıskat edilen pay sahibinin yeni pay alma hakkı yoktur⁷³. Bu görüşe, Türk hukuku açısından sadece iç kaynaklardan sermaye artırımına gidildiği durumlarda iştirak edilmelidir. Çünkü, iç kaynaklardan sermaye artırımında eski sermayenin tamamen ödenmiş olması koşulu (TTK mad. 391) aranmaz⁷⁴. Buna karşılık, pay sahipleri, katılma taahhütlerinde temerrüt sebebiyle ortaklıktan çıkarılmış; fakat boş kalan ortaklık payları başkalarına devredilip bedelleri ortaklıkça tahsil edilmemişse sermayenin

⁶⁸ *Höchli, J.H.*, sh. 52; *Wettstein, G.M.*, sh. 62; *Teoman, Ö.*, Anonim Ortaklıkta Pay Bedelinin Ödenmesinde Temerrüt ve İskat Prosedürü, İskat Edilen Payların Kimler Tarafından Satın Alınabileceği; Satışın Koşulları ve Sonuçları – Pay Sahiplerinin Eşitliği İlkesi, Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I; Hukuki Mütalaalar, Kitap 1: 1989-1991, İstanbul 1992, sh. 90.

⁶⁹ *Arslanlı, H.*, C.I, sh. 184; *Teoman, Ö.*, Hukuki Mütalaalar, sh. 90.

⁷⁰ *Höchli, J.H.*, sh. 56; *Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.*, Nr. 844; *Çeker, M.*: Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, sh. 209. Aksi görüş için bkz. *Teoman, Ö.*: Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyetçe Temsili Caiz Değildir Kuralının Anlamı (TK mad. 329 f. 3), Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim- C.I, İstanbul 2000, sh. 269 -270; *Değirmenci, C.*, sh. 63-64.

⁷¹ *Höchli, J.H.*, sh. 56.

⁷² *Höchli, J.H.*, sh. 56-57.

⁷³ *Höchli, J.H.*, sh. 57.

⁷⁴ *Moroğlu, E.*: Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, İstanbul 2003, sh. 243.

tamamen ödenmiş olması koşulu gerçekleşmemiş olacağından esas sermayenin dış kaynaklardan artırımı yoluna gidilemez⁷⁵.

Türk Ticaret Kanunu'nun 370'nci maddesi uyarınca çağrı merasimine uyulmadan genel kurul toplantısının yapılmasında ıskat edilen paylar dikkate alınmaz. Dolayısıyla, ıskat edilen pay dışındaki payların sahip ve temsilcilerinin tümünün hazır bulunması ve itirazda bulunması kaydıyla genel kurul toplantısı yapılabilir. Bu iki şart gerçekleşmeden TTK mad. 370'e göre yapılan genel kurul toplantıları yok hükmünde olacaktır⁷⁶. Binaenaleyh, ıskat edilen pay değerlendirilmeden diğer ortakların katılımıyla alınan genel kurul kararı, ıskat kararının mahkemece hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde yok hükmünde sayılacaktır⁷⁷.

Anonim ortaklık, ıskat edilen payları sadece değerlendirme hakkına sahip olup; başka suretle tasarruf edemez⁷⁸.

IV. İSKAT EDİLEN PAY SAHİBİNİN SORUMLULUĞU

Payın değerlendirilmesi ile ıskat edilen ortak, pay sahipliği sıfatını kesin olarak kaybeder. Ancak, payın üçüncü kişiye satılmasıyla onun anonim şirketle olan her türlü ilişkisinin tamamen kesildiği söylenemez⁷⁹. Payın değerlendirilmesi sonucu şirket açısından mâl kayıplar meydana gelir veya değerlendirmenin imkansız olduğu ortaya çıkarsa, ıskat edilen ortak bundan sorumlu olur (TTK mad. 408/III). Payın değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkan mâli kayıptan kasıt, ıskat edilen pay sahibinin

⁷⁵ *Moroğlu, E.*, sh. 43; *Arsanlı, H.*, I, sh. 104 dnp. 19. İskat kararının usulüne uygun yapılmaması nedeniyle geçersiz olması halinde de aynı esastan hareket edilir. Yargıtay 11. HD., 02.11.2007 tarih ve E. 2006/4417, K. K.2007/13710 sayılı kararında ilk derece Mahkemesinin bu yöndeki kararını onamıştır: "...kaldı ki, davacı ortağa gönderilen ödeme çağrılarının TTK.nun 407 ve 408 nci maddelerine uygun olmadığı, yönetim kurulunun ödenmeyen sermaye payının ödeme tarihini öne alan kararı anasözleşme ve yasaya aykırı olup, bu karar üzerine kurulu bulunan ıskat işlemi ve ödenmeyen payların başka ortaklara tahsisine ilişkin 55 sayılı kararının da geçersiz olduğu, bu itibarla TTK.nun 391 nci maddesine göre eski sermaye borçları ödenmeden yapılan 08.04.2004 tarihli sermaye artırımının geçersiz olduğunun kabulünün gerektiği....Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına...." (Karar yayınlanmamıştır).

⁷⁶ Bkz. Yarg. 11. HD., 29.12.1998, 7836/1616 karar ve atf için bkz. *Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.*, Nr. 673. Buna karşılık, Yarg. 11. HD.nin 21.3.1994 tarih ve E. 5117/K. 2122 sayılı kararında 370 nci madde uyarınca yapılan genel kurul toplantısına bir pay sahibinin katılmamış olması geçersiz sayılmıştır (karar için bkz. Eriş, G.: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, sh. 406).

⁷⁷ Bkz. Yarg. 11. HD., 09.11.2006 tarih ve E. 2006/2935, K. 2006/11409 (Yayınlanmamıştır)

⁷⁸ *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.*, Bd.I, § 64 Rdnr. 70; *Gehrlein, M./Hopt, K./Wiedemann, H.*, § 64 Rdnr. 46 ; *Schmidt, K./Lutter, M.*: § 64 Rdnr. 37; *Hüffer, U.*, § 64 Rdnr. 8.

⁷⁹ *Höchli, J.H.*, sh. 81.

yoksun bırakıldığı kısmi ödemeler ile payların değerlendirilmesi sonucu elde edilen bedelin toplamının pay bedelini karşılamayan kısmıdır⁸⁰.

Kanun koyucu Türk Ticaret Kanunu'nun 408'nci maddesinde sorumluluk hükmüne yer vermek suretiyle, ıskat edilen pay sahibinin anonim şirketle her türlü bağının koptuğu, dolayısıyla sadece haklarının değil, yükümlülüklerinin de sona erdiği yönünde önceden savunulan görüşlere katılmadığını ortaya koymuş; bu husustaki tartışmalara son vermiştir⁸¹. İskat edilen paydaşın sorumluluğu paydaşlık hakkını kesin olarak kaybetmesine rağmen devam eder. Ancak, ıskat kararı ile sorumluluğu ikinci dereceye düşer. İskat edilen ortağın tali sorumluluğu şu anlama gelir: İlk önce, payın değerlendirilmesi sonucu yeni malik bir bedel ödemeyi taahhüt edecek; ondan sonra ortaklık pay sahibine arta kalan ödemeler için başvuracaktır⁸². Dolayısıyla, ıskat edilen pay sahibi ortak olmadığı dönemde de pay sahibi olmanın kendisine tahmil ettiği sermaye koyma yükümlülüğüyle bağlı olmaya devam edecektir⁸³. İskat edilen ortağın Türk Ticaret Kanununun 408'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca sorumluluğu, kendisinden temerrüde düşülen bakiye sermayeyi ödeme yükümlülüğü ile aynı hukuki sebebe dayanır. Bundan dolayıdır ki, onun söz konusu hüküm kapsamındaki sorumluluğu, aslında tazminat ödeme yükümlülüğü değil; hâlâ taahhüt ettiği sermayeyi koyma yükümlülüğüdür⁸⁴. Şu halde, onun sermaye koyma borcu, borçlanılan sermaye tamamen ödeninceye kadar devam eder. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, ıskat edilen ortağın devam eden sermaye koyma yükümlülüğü, yeni pay sahibinin ödemeleriyle kapanmayan açık miktarı (TTK mad. 408/III) kadardır. İskata rağmen onun ortaklığa karşı sermaye koyma borcu sona ermediğinden, temerrüt faizi cezai şart ödeme yükümlülüğü ve Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci maddesinin son fıkrası uyarınca tazminat yükümlülüğü de devam eder. Ancak, temerrüt faizi ıskat kararı ile birlikte artık işlemez⁸⁵. Türk Ticaret Kanunu'nun 407

⁸⁰ *Değirmenci, C.*, sh. 68.

⁸¹ *Höchli, J.H.*, sh. 82.

⁸² *Höchli, J.H.*, sh. 82.

⁸³ *Henggeler, J.*: Rechte und Pflichten einer AG gegenüber einem Aktionär, der die Vollübertragung der Aktien nicht leistet, SchwAG 1936/1937, sh. 50

⁸⁴ *Höchli, J.H.*, sh. 82; *Ritter, C.*: Kommentar zum deutschen Aktiengesetz, 2. Aufl., München-Berlin 1938, § 58 Anm. 5.

⁸⁵ *Brodmann, E.*: Kommentar zum Aktienrecht des HGB, Berlin-Leipzig 1928, § 219 Anm. 8; *Düringer, A./Hachenburg, M.*: Das Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897, Bd. III/1. Teil, 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1934, § 219 Anm. 10; *Schmidt, W./Pinner, H.*: Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl., Berlin-Leipzig 1930, § 220 Anm. 14.; *Höchli, J.H.*, sh. 82.; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 2, sh. 235.; *Schucany, E.*: Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1960, Art. 683 Nr. 1; *İmregün* ise, sözleşmede öngörülme kaydıyla ortaklığın bu haklarının devam ettiğini belirtmektedir. (bkz. *İmregün, O.*, sh. 286).

Anonim Ortaklıkta İskat Kararının Sonuçları

ve 408'inci maddesinde ortaklığa bahşedilen haklar, birbirinin alternatifi olmayıp yan yana bulunan haklardır⁸⁶. Alman hukukunda da, ıskat ile ortağın paydan doğan yükümlükleri sona erse bile ıskat kararı ex nunc etkili olduğundan bu karardan önce doğmuş olan ödeme yükümlükleri (cezai şart, faizi ve tazminat) pay sahibini bağlamayacağı devam edeceği ileri sürülmektedir⁸⁷. Söz konusu görüş uyarınca, sermaye ödemede temerrüde düşen kişiye Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci maddesi uyarınca yüklenen temerrüt faizi, cezai şart ve tazminat ödeme yükümlülükleri ıskat kararından önce doğduğundan, söz konusu ödemelerden ıskat kararı verilmesinden önceki gibi aynen sorumlu olamaya devam edecektir. Binaenaleyh, yukarıda anılan gerekçelerden ötürü, doktrinde ileri sürülen görüşlere⁸⁸ katılmamaktayız.

Kanaatimizce, şirket ana sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılmamışsa ortaklık ıskat edilen ortaklıktan temerrüt faizi ile karşılanamayan temerrütten mütevellit zararlarının tazminini (örneğin, sermaye koyma borcunun ifasında temerrüt nedeniyle yüksek faizli kredi çekmişse)⁸⁹ talep edebilecektir. Bu durumda, borçlu pay sahibinin kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkanı vardır (BK mad. 105/I)⁹⁰. Buna karşılık, ortaklık ana sözleşmesinde cezai şartın ödenmesi kararlaştırılmışsa, zararın tazmini ancak, kararlaştırılan cezai şart miktarını aşması halinde mümkün olacaktır⁹¹. Bu halde ise, şirket borçlu pay sahibinin kusurunu ispat etmek zorundadır (BK mad. 159/II)⁹².

Yeni pay sahibinin ödemeleriyle kapanmayan açıkların ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde, temerrüt faizi ilgili olarak Borçlar Kanunu'nun 101 vd hükümleri uygulanacaktır⁹³. TTK mad. 408/III, emredici olduğundan ıskat edilen pay sahibinin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir⁹⁴.

Tartışılması gereken diğer sorun, ıskat edilen pay sahibinin, payları taahhüt edilen yeni pay sahibin de ıskat edilmesi sonucu kapanmayan açıklardan, yani taahhüt etmesine rağmen ödemediği bedelden sorumlu olup olmayacağı sorunudur. Sorunu bir örnek üzerinde somutlaştırmak gerekirse:

⁸⁶ *Schucany, E.*, Art. 683 Nr. 1.

⁸⁷ *Goette, W./Habersack, M./Kalss, S.*, Bd.I, § 64 Rdnr. 63; *Gehrlein, M./Hopt, K./Wiedemann, H.*, § 64 Rdnr. 43.

⁸⁸ Bkz. *Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.*, Nr. 1055; *Göle, C.*, sh. 119,

⁸⁹ Bkz. *Wettstein, M.G.*, sh. 52, sh. 63

⁹⁰ *Honsell, H./Vogt, N.P./Watter, R.*, Art. 681/682, Rdnr. 9.

⁹¹ *Wettstein, M.G.*, sh. 52.

⁹² *Honsell, H./Vogt, N.P./Watter, R.*, Art. 681/682, Rdnr. 9.

⁹³ *Höchli, J.H.*, sh. 82- 83.

⁹⁴ *Höchli, J.H.*, sh. 83.

A, itibari değeri 1000 TL olan paydan hiç ödeme yapmaması nedeniyle ıskat edilmiştir. Payın şirket tarafından değerlendirilmesi sonucu, B, 750 TL üzerinden payı iktisap etmiştir. B de, daha sonra 750 TL'yi ödememesi nedeniyle ıskat edilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere, A'nın, Türk Ticaret Kanunu'nun 408'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca sorumluluğu, yeni pay sahibi B'nin ödemeleriyle kapanmayan açık miktarı olan 250 TL kadardır. A'nın devam eden sermaye ödeme yükümlülüğü anılan hüküm uyarınca, bu miktar kadardır. Yeni malik B'nin taahhüt ettiği 750 TL tutardan dolayı, Türk Ticaret Kanunu'nun 419'uncu maddesinin 1 ve 3'üncü fıkrası uyarınca selef sıfatı sorumluluğu olmadığından dolayı A'ya başvurulamaz⁹⁵. A'nın sorumluluğunun yeni malikin taahhüt ettiği miktar kadar genişletilmesi Alman Hukukunda olduğu gibi özel düzenlemenin varlığını şart kılar⁹⁶. Bu bağlamda belirtmek gerekirse, B'nin sorumluluğu sadece taahhüt ettiği 750 TL kadardır; yoksa, ıskat edilen pay sahibinin ödemediği sermaye borcunu ödemek zorunda değildir⁹⁷.

Yukarıda verilen örnekte, B'nin de ıskat edildiği ve payın 400 TL üzerinden C'ye devredildiği varsayılacak olursa; anonim ortaklığın tahsil edebileceği tutarlar, TTK mad. 408/III uyarınca A'dan 250 TL; B'den 350 TL ve nihayet C'den taahhüt ettiği bedel olan 400 TL olmak üzere toplam 1000 TL'dir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 419'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre, anonim ortaklık kuruluş ya da sermaye artırımı tarihinden itibaren iki yıl içinde iflas ettiği ve hisse senedini iktisap eden kimse de ortaklıktan ıskat edildiği takdirde kuruluş veya esas sermayenin artırılması sırasında ortaklığa iştirak taahhüdünden bulunan kimse de sermayenin ödenmemiş kısmından sorumlu tutulabilir. Bu hükme göre, ortaklığın iştirak taahhüdünde bulunan kişiye başvurabilmesi için, anonim ortaklığın kuruluş ya da sermaye artırımı tarihinden itibaren iki yıl içinde iflas etmiş olması ve ondan (iştirak taahhüdünde bulunan) hisse senedini devralan kişinin temerrüt nedeniyle ıskat edilmiş olması gerekir. Bu şartlar gerçekleştikten sonra, ıskat edilen ortak ile iştirak taahhüdünde bulunan selefının sorumluluğu müteselsildir⁹⁸. Selefin müteselsil sorumluluğu, ıskat edilen ortağın ödemede temerrüde düştüğü sermaye miktarı kadardır. Selefin ıskat edilen ortağa akdi rücu hakkı mevcuttur⁹⁹. ıskat edilen

⁹⁵ *Höchli, J.H.*, sh. 83-84; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 60, sh. 252;. *Schucany, E.*, Art. 682 Nr. 6.

⁹⁶ *Höchli, J.H.*, sh. 84; *Ritter, C.*, § 58 Anm. 5;

⁹⁷ *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 57, sh. 252; *Göle, C.*, sh. 129.

⁹⁸ *Höchli, J.H.*, sh. 84-85; *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 62, sh. 253; *Honsell, H./Vogt, N.P./Watter, R.*, Art. 681/682, Rdnr. 15; *Widmer, C.K.*, sh. 199.

⁹⁹ *Bürgi, W.F.*, Art. 681- 682, Nr. 62, sh. 253.

ortağın¹⁰⁰ selefı, ortaklığa iştirak taahhüdünde bulunan kişi değilse, Türk Ticaret Kanunu'nun 419'uncu maddesinin 1'inci ve son fıkrası hükmü gereği şirkete karşı ödenmeyen pay bedelinden sorumlu tutulamaz.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu'nun 407'nci maddesinde ıskat, sadece sermaye koyma borcunu ifade temerrüde düşen pay sahibine karşı uygulanabilecek bir yaptırım olarak öngörülmüştür. Sermaye koyma borcunu ifade temerrüde düşen pay sahibinin anonim şirketten ıskat edilmesi pay sahibi, üçüncü kişiler ve anonim şirket açısından çeşitli sonuçlar doğurmaktadır. İskatın pay sahibi açısından çifte etkisi söz konusu olur: ıskat edildiği paylar bakımından pay sahipliği haklarını kaybedilmesi ve pay bedeline mahsuben yapmış olduğu ödemelerinden doğan haklarından mahrum kalmasıdır. Buna göre, pay sahibi, ıskat edilen paylara ilişkin örneğin, oy ve genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakkını, bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını; keza, kar payı ve, tasfiye payı hakkını yeni pay alma hakkını kaybeder. muaccel olmamış kar payları şirkete kalır; muaccel olup da ıskat edilen pay sahibine ödenmiş olan kar payları ise ondan geri istenemez. Öte yandan ıskat kararı, o ana kadar muaccel hale gelmemiş temettü kuponlarında yazılı hakkın da sona ermesi sonucunu doğuracaktır. Buna karşılık, ıskat edilen ortağın, ortaklık ilişkisi dışında başka bir hukuki ilişkiden (örneğin, satım sözleşmesi) doğan ve şirkete karşı üçüncü kişi alacaklı sıfatıyla sahip olduğu alacakları ıskat kararından etkilenmez.

Ortak, ıskat kararı ile pay üzerinde tasarruf hakkı kaybettiğinden üçüncü kişiye payın devri anonim şirkete karşı hüküm ifade etmez. Üçüncü kişinin iyiniyetli olması sonucu değiştirmez. İskat sonucunda, ilgili payı üzerinde pay sahipliği hakkı da ortadan kalkacağından bu pay üzerinde üçüncü kişilere tanınan *rehin ve intifa hakkı* da sona erecektir.

Payın ıskatıyla pay itfa edilmiş olmaz, pay sahipliği hakları donar. Genel kurul toplantı ve karar yetersayısında ıskat edilen paylar dikkate alınmaz. Anonim ortaklık, ıskat edilen payları sadece değerlendirme hakkına sahip olup; başka suretle tasarruf edemez.

¹⁰⁰ İskat edilen ortak tabirinden kasıt, tamamı ödenmemiş nama yazılı pay senedini devralmış olan ve ortaklığın da devre onay vererek kendisini pay defterine kaydettiği ortaktır. Zira, iştirak taahhüdünden bulunmamış selef ortağın sorumluluktan kurtulabilmesi için Türk Ticaret Kanunu'nun 419'uncu maddesinin son fıkrası gereği, anonim şirketin iktisap edeni pay defterine kaydetmiş olması gerekir. anonim ortaklığın Türk Ticaret Kanunu'nun 418'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında öngörülen kayıttan imtina hakkını kullanması halinde, aynı Kanun'un 419'uncu maddesinin 1 ve sonuncu fıkrası hükümlerinin uygulanması gündeme gelmez.

Payın değerlendirilmesi sonucu şirket açısından mâl kayıplar meydana gelir veya değerlendirmenin imkansız olduğu ortaya çıkarsa, ıskat edilen ortak bundan sorumlu olur. Onun bu hüküm kapsamındaki sorumluluğu, aslında tazminat ödeme yükümlülüğü değil; hâlâ taahhüt ettiği sermayeyi koyma yükümlülüğüdür. Türk Ticaret Kanunu'nun 407 ve 408'inci maddesinde ortaklığa bahşedilen haklar, birbirinin alternatifi olmayıp yan yana bulunan haklardır. Dolayısıyla, bu karardan önce doğmuş olan ödeme yükümlükleri (cezai şart, faizi ve tazminat) pay sahibini bağlamayacağı devam edecektir.

Iskat edilen pay sahibinin, payları taahhüt edilen yeni pay sahibin taahhüt etmesine rağmen ödemediği bedelden sorumlu olmayacaktır. Türk Ticaret Kanunu'nun 419'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre, anonim ortaklık kuruluş ya da sermaye artırımı tarihinden itibaren iki yıl içinde iflas ettiği ve hisse senedini iktisap eden kimse de ortaklıktan ıskat edildiği takdirde kuruluş veya esas sermayenin artırılması sırasında ortaklığa iştirak taahhüdünden bulunan kimse de sermayenin ödenmemiş kısmından sorumlu tutulabilir.

SİGORTA SÖZLEŞMESİNİ KURMAYA YÖNELİK İCAB BEYANININ KABULÜ VEYA REDDİ YÖNÜNDE İRADE BEYANI AÇIKLANMADAN ÖNCE SİGORTACININ, İCABA BAĞLILIK SÜRESİ İÇERİSİNDE GERÇEKLEŞEN RİZİKO'DAN DOLAYI CULPA İN CONRTRAHENDO SORUMLULUĞU SÖZ KONUSU OLABİLİR Mİ?

Doç. Dr. Kemal Şenocak*

ÖZET

Sözleşme ile ilgili görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermek, koruyucu tedbirler almak şeklinde yükümlülükler meydana gelir. Bunların kusurlu ihlali, tazminat yükümlülüğünü doğurur. Bu sorumluluğun sebebi, bir kimseyle sözleşme kurmak amacıyla bir araya gelen ve onun etki alanına giren mağdurun normal hal ve şartlarda bu kişinin kendisine zarar vermeyeceğine olan güvenidir. Sigorta ettirenin başvurusunun hızlı değerlendirilmesi arzusunun fark edilebilir olması da, sigortacının normal ve olağan değerlendirme süresini kısaltarak hızlı bir şekilde karar verme yükümlülüğünü doğurmayacaktır. Buna karşılık, sigorta şirketinin değiştirilmesine sigortacının sebebiyet vermesi halinde, sigortacı, mevcut sigorta sözleşmesinin sona ermesi ile kendisi nezdinde sigorta himayesi elde etmesi arasında koruma boşluğu oluşmamasının ancak zamanında geçici sigorta himayesi başvurusunda bulunması ve bu başvurunun kendisi tarafından kabulüyle mümkün olabileceği hususunda sigorta ettirene hatırlatma yapmakla yükümlüdür. Sigortacı, sigorta ettiren karşısında söz konusu aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmese, sigorta ettirenin zamanında yaptığı başvurusunu, normal prosedürden daha hızlı bir şekilde incelemekle yükümlü olur. Bu yükümlülüğün ihlali de onun *culpa in conrahendo* sorumluluğunu doğurur. Sigortacı veya acentesi, geçici sigorta himayesinin sağlanmasının mümkün ise, bu imkâna işaret etmekle de yükümlüdür. Sigortacının anılan yükümlülüğünü yerine getirmemesi, akit öncesi kusuru olup, onun *culpa in contrahendodan* sorumluluğunu meydana getirecektir.

Anahtar Kelimeler: Culpa in contrahendo, sigorta sözleşmesinin akti, sözleşme görüşmelerinin neden olduğu hukukuki ilişkide sigortacının sorumluluğu

Zusammenfassung

Die tatsächliche Anbahnung von Vertragsbeziehungen und der vorbereitende Geschäftskontakt begründen bereits Schutz- und Obhutspflichten zwischen den

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Parteien, deren schuldhaftige Verletzung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*) Schadensersatzpflichtig machen kann. Dies findet seinen Grund darin, dass sich der Geschädigte zum Zwecke der Vertragsverhandlungen in den Einflussbereich des anderen Teils begeben hat und damit redlicherweise auf eine gesteigerte Sorgfalt seines Verhandlungspartners vertrauen kann. Die bloße Erkennbarkeit des Wunsches nach baldigem Versicherungsschutz verpflichtet den Versicherer nicht, eingehende Versicherungsanträge unter Ankürzung der eigentlich einschlägigen Antragsbindungsfristen zu erledigen. In den Fällen, dass ein Versicherer einem Versicherungsinteressenten zum Wechsel des Versicherungsgebers animiert, verpflichtet aber Neuversicherer, den Wechselkandidaten auf alle mit einem Wechsel verbundenen Risiken hinzuweisen, insbesondere darauf, dass unterbrechungsloser Versicherungsschutz bei Kündigung bestehenden Altverträge so weit wie möglich ist, wenn ein Ausschlussvertrag frühzeitig beantragt und geschlossen wird. Bei der Verletzung dieser Aufklärungspflicht hat der Versicherer die Vertragshandlungen zu beschleunigen. Schadenersatzansprüche aus *culpa in contrahendo* in Höhe der Versicherungsleistung können auch dann entstehen, wenn der Antragssteller pflichtwidrig nicht über die Zusage vorläufiger Deckung informiert.

Schlüsselwörter: *culpa in contrahendo* ; Abschluss des Versicherungsvertrags; die Haftung des Versicherers im Rechtsverhältnis der Vertragsbahnung

Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun 1282 ve 1295'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, sigortacı, ancak, ilk primin ödenmesinden sonra gerçekleşen rizikolardan sorumludur. Dolayısıyla, sigorta sözleşmesinin kurulmasına yönelik icap beyanında bulunan kişi, sigortacının kabul veya red beyanını açıklamasından önce icaba bağlılık süresi içerisinde gerçekleşen riziko nedeniyle, sigorta sözleşmesine dayalı bir talep hakkı sahibi olmayacaktır. Böyle bir durumda, sigortacının *culpa in contrahendo* sorumluluğuna gidilebilir gidilemeyeceği meselesi doktrin ve yargı kararlarında tartışma konusu olmuştur. İşte bu sorun, aşağıdaki incelemenin ana konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda ilk önce, *culpa in contrahendo* sorumluluğu hakkında genel açıklamalarda bulunulacaktır.

I. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK (CULPA İN CONTRAHENDO)

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*), sözleşmenin kurulmasından önceki safhada görüşmecilerden birinin veya yardımcılarının diğer görüşmeciye veya onun koruma alanında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zararlardan sorumluluktur¹. *Culpa in contrahendo* dan sorumluluk kurumuyla korunan değer, sözleşme kurmak amacıyla bir araya gelen tarafların akdi müzakerelere girişmesiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan güvendir. Sözleşme ile ilgili görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında kurulan güven ilişkisinin kaynağını dürüstlük kuralı (MK mad. 2/I) oluşturur². Bir kimseyle sözleşme kurmak amacıyla bir araya gelen ve onun etki alanına giren kişi, normal hal ve şartlarda bu kişinin kendisine zarar vermeyeceğine güvenir. Bu vesile ile taraflar arasında sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla, birbirlerine karşı artan ölçüde özen yükümlülükleri meydana gelir. Özellikle, diğer tarafı sözleşmeyi kurmak veya belirli şartlarda kurmak konusunda kararlarını etkileyebilecek noktalar hakkında aydınlatmak, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermek, koruyucu tedbirler almak bu yükümlüklerin başlıcaları arasında sayılabilir³. Görüşmecilerin bu yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal etmeleri, onların *culpa in contrahendo* dan sorumluluğunu doğurmaktadır⁴. Sorumluluğun

¹ Eren, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2006, sh. 1083.

² Eren, F., sh. 1083; Kocayusufpasaoglu, N.: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008, sh. 8. Ayrıca bkz. Sommer, U.: Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts, AJP/PJA 2006, sh. 1033.

³ Eren, F., sh. 1083-1084; Kocayusufpasaoglu, N., sh. 8.

⁴ Eren, F., sh. 1084; İnal, T.: Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2009, sh. 61.

doğabilmesi için hafif kusur yeterlidir⁵. Birbirleriyle akdi müzakerelere giren kişiler, diğer tarafın kendisine sözleşmenin içeriği ve şartları konusunda gerçeğe uygun bilgi vereceği, kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermeyeceği hususunda haklı güven duyarlar. *Culpa in contrahendodan* sorumluluk da bu güvenin boşa çıkmasından dolayı sorumluluktur⁶. Sorumluluğun meydana gelmesi, taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulmuş olup olmamasına bağlı değildir⁷. Gerçekten de, taraflar arasında bu nevi bir kanuni borç ilişkisi tarafların iradesinden bağımsız olarak meydana gelmekte olup; sorumluluğun doğması, arzu edilen sözleşmenin meydana gelmesi veya geçerliliğine bağlı değildir⁸.

Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan yükümlülüklerin ilk grubu, sağlık, yaşam, mülkiyet gibi kişilik ve malvarlığı değerlerini himaye etme ve özen yükümlülüğü ile ilgilidir. Bu yükümlülükler, somut olarak akdedilmesi amaçlanan sözleşmenin inikad etmesi, içeriği ve tipinden bağımsız yükümlülükler olup;⁹ doğması için akdi müzakerelere başlanması şart değildir; sosyal temasın meydana gelmesi yeterlidir. Örneğin, sigorta sözleşmesi akdetmek amacıyla sigortacının binasının içine girmek. Söz konusu yükümlülükler, sigorta sözleşmesi yapmak için sigortacıyla temasa geçilmesi halinde de geçerlidir. Dolayısıyla, sigortacıya ait büro, bina ve müştemilata sigorta sözleşmesi akdetmeye yönelik talepte bulunmak için giren kişinin kişisel ve malvarlığı değerlerine verilen zarardan ötürü *culpa in contrahendodan* sorumluluk gündeme gelebilecektir¹⁰. Bu vesile ile vurgulamak gerekirse, sigortacının temsilcisi, sigorta ettirenin işyerinde sigorta sözleşmesi müzakereleri esnasında işçisini ayartırsa sigortacının *culpa in contrahendodan* sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹¹. Ancak, broker gibi sigortacının temsilcisi olmayan kişinin ofisinde sigorta yaptırmak isteyen kişinin kişilik veya malvarlığı değerlerinin zarar görmesi

⁵ **Sommer, U.:** AJP/PJA 2006, sh. 1033. **Max Baumann,** Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 2 ZGB, 3. A., Zürich 1998, Art. 2 ZGB, N 154 vd.

⁶ **Hübner, H.:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin-New York 1996, sh. 455; **Kırca, Ç.:** Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, sh. 138.

⁷ **Eren, F.,** sh. 1084.

⁸ **Nirk, R.:** Culpa in Contrahendo, -eine richterliche Rechtsfortbildung- in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Festschrift für Philip Möhring, Hrsg. Wolfgang, H./ Nipperdey, H.C., Berlin 1965, Sh. 393

⁹ **Sclossareck, F.:** Ansprüche des Versicherungsnehmers aus culpa in contrahendo, Karlsruhe 1995, sh. 19.

¹⁰ **Köbler, G.:** Culpa in contrahendo und Privatversicherungsrecht, VersR 1969, sh. 775; **Bruck, E./Möller, H.:** Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechtes, Bd. I, Berlin 1961, § 1 Anm. 90; **Sclossareck, F.,** sh. 26.

¹¹ **Köbler, G.,** VersR 1969, sh. 775.

“Sigortanın *Culpa in Contrahendo* Sorunluluğu”

nedeniyle sigortacı *culpa in contrahendo*dan sorumlu tutulamayacaktır¹². Sigorta acentesi, birden çok sigortacı nezdinde akdedilecek sigorta sözleşmelerine aracılık ediyorsa, onun bürosunda sigorta ettirenin uğrayacağı kişilik veya malvarlığı değerleri zararlarından dolayı *culpa in contrahendo*dan sigortacı sorumlu olmayacak; sadece acente sorumlu tutulabilecektir¹³. Buna karşılık, acente tek bir sigortacının temsilcisi olarak faaliyette bulunuyorsa, sigorta ettiren, akit görüşmeleri esnasında akit yapma yetkisine sahip olan bu acentenin bürosunda uğrayacağı kişilik veya malvarlığı değerleri zararlarından dolayı *culpa in contrahendo* sorumluluk için sigortacıya başvurabilecektir¹⁴.

Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan yükümlüklerin ikinci gurubu, akdedilmek istenen sözleşme ile doğrudan bağlantısı vardır. Akit öncesi riayet edilmesi gereken bu yükümlükler, kişinin akdetmeyi hedeflediği sözleşme ile ulaşmayı istediği malvarlığına ilişkin planları ve haklı beklentilerini korumaya hizmet eder¹⁵. Söz konusu yükümlülüklerin doğabilmesi için sosyal temas yeterli olmayıp; akdi müzakerelerin başlaması şarttır. Bu yükümlükler, aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü şeklinde nitelendirilebilir. Böylece, belli bir sözleşmenin inikadından önce muhatabın gerçekleşmesini tasarladığı sözleşmeden özel beklentilerinin olduğu anlayan taraf, diğerine gerçeği açıklamakla, durumun özelliklerini izah etmek ve gereken uyarıları yapmak ve muhatabın aldanmasına yol açabilecek tarzda ihmallerden kaçınmakla yükümlüdür¹⁶. Sigorta hukuku açısından da sigortacı dürüstlük kuralından doğan aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ederse, *culpa in contrahendo*dan sorumlu olur. Bunun sonucunda da, sigortacı, sigorta ettirenin amaçladığı sözleşme gerçekleşmiş olsaydı ifa ile yükümlü olacağı edimi tazminat olarak ifa etmek zorunda kalacaktır¹⁷. İsviçre hukukundan örnek vermek gerekirse: İsviçre Federal Mahkemesi'nin 19 Ekim 2000 tarihli kararına göre, sigortalı daha önce hastalığa ilişkin semptomlar tespit edildikten sonra bu semptomların kaybolmasına rağmen, gelecekte sağlığının bozulması ihtimal dahilinde görülüyor, yani geçici süre görülmemesine rağmen gelecekte sağlığının bozulmasına neden olan semptomlar mevcut kalmaya devam

¹² *Deutsch, E.*: Versicherungsvertragsrecht, 5. Aufl., Karlsruhe 2005, sh. 85.

¹³ *Sclossareck, F.*, sh. 27.

¹⁴ *Sclossareck, F.*, sh. 27.

¹⁵ *Sclossareck, F.*, sh. 19.

¹⁶ *İnal, T.*, sh. 318.

¹⁷ *Schaer, R.*: Das alte Leiden,, und die „leidige „ Rückwärtsversicherung, Ein „kränkelndes“ Urteil des Bundesgerichtes, sh. 9., (makale için bkz. <http://www.legalnet.ch/cgi-bin/36ea81326157387788f20e97b86ce9a2.pdf?PHPSESSID=9457b0977c859c89056f2083e18a7863>). Ayrıca bkz. BGH, VersR 1989, sh. 948 vd.; BGH, VersR 1951, sh. 167; BGH, VersR 1963, sh. 769; BGH, VersR 1964, sh. 37; BGH, VersR 1978, sh. 458; BGH, VersR 1986, sh. 330.

ediyorsa, hukuki açıdan yeni bir hastalıktan bahsedilemez¹⁸. Gene İsviçre Federal Mahkemesinin anılan kararına göre, bu durumda, mevcut hastalığın devam ettiği kabul edilir ve -TTK mad. 1279'a tekabül eden- İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 9'uncu maddesinin uygulanması gündeme gelir. İsviçre Federal Mahkemesi, 9.7.2004 yılında verdiği kararında, sigortacının geçmişte bir hastalığın varlığını bilmesine rağmen sigorta sözleşmesi akdetmesi halinde, dürüstlük kuralı gereği, TTK mad. 1279'da düzenlenen yasağın varlığına işaret etmek zorunda olduğundan bahisle *culpa in contrahendo*ya dayanan güven sorumluluğunun varlığını kabul ederek, sigortacıyı tazminat ödemeye mahkum etmiştir¹⁹. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, sigorta şirketi, -TTK mad. 1279'a tekabül eden- İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun 9'uncu maddesi uyarınca kısmen geçersiz olan bir sigorta sözleşmesi akdetmek suretiyle sigorta ettirende arzu edilen kapsam ve muhtevada bir sigorta sözleşmesinin akdedilmiş olduğu güveni uyandırmıştır. Daha sonra bu geçersizliği ileri sürmesi ile sigorta ettiren nezdinde yaratılan bu güven boşa çıkmıştır. Sigorta şirketi, bu suretle kısmen geçersiz bir sigorta sözleşmesinin akdedilmiş olduğu hususunda bilgi avantajını kötüye kullanmıştır. Sigortacı, sigorta ettirenin akit öncesi ihbar külfetini ifası ile sağlık sigortası ile güvence altına alınan hastalık rizikolarından birisinin gerçekleşmiş olduğunu öğrenmiştir. Zira, sigorta ettirenin daha önce geçirdiği rahatsızlığın semptomlarının devam etmesi halinde, hastalığın tekrarrününün yeni bir riziko sayılmayacağı hususunda sigortacı bilgi avantajına sahiptir. Binaenaleyh, sigortacı, varlığını devam ettiren sağlık probleminin sigortanın kapsamına sokulması halinde geçmişe etkili sigorta hükümleri uyarınca, bu riziko ile sınırlı olarak sigorta sözleşmesinin kısmen geçersiz olduğunu bilmektedir. Sigortacı mesleki bilgi avantajı sebebiyle sahip olduğu bu bilgi ile ilgili olarak sigorta ettireni aydınlatması gerekirdi. Aydınlatma yükümlülüğüne riayet etmemek sigortacının *culpa in contrahendo* sorumluluğunu gündeme getirir²⁰.

*Culpa in contrahendo*dan kaynaklanan tazminat talepleri, üçüncü şahıs lehine sözleşmelerde üçüncü kişi de ileri sürebilir. Dolayısıyla, başkası hesabına sigortada sigortalı, hayat sigortasında lehtar tayin edilmiş kişi de sigortacıya karşı *culpa in contrahendo*ya dayalı olarak tazminat talebinde bulunabilecektir²¹.

¹⁸ BGE, 127 III, sh. 21.

¹⁹ Bkz. **Schaer, R.**: Modernes Versicherungsrecht, Bern 2007, sh. 334.

²⁰ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 09.07.2004 tarih ve 5C.45/2004/zga sayılı kararı için bkz. http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=09.07.2004_5C.45/2004

²¹ **Sieg, K.**: Zur Haftung des Versicherers aus culpa in contrahendo, BB 1987, sh. 354; LG Mönchengladbach, VersR 1983, sh. 49.

II. Sigorta Sözleşmesini Kurmaya Yönelik İcap Beyanının Kabulü Veya Reddi Yönünde İrade Beyanı Açıklanmadan Önce Sigortacının, İcaba Bağlılık Süresi İçerisinde Gerçekleşen Riziko’dan Dolayı *Culpa in Contrahendo* Sorumluluğunu Kabul Eden Görüşün Gerekçeleri ve Bu Görüşün Değerlendirilmesi

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, sigortacı, sigorta sözleşmesinin akdedilmesinde sigorta ettiren gibi menfaat sahibidir. Zira, sigorta, meydana gelen zararın şirketin sermayesi ve kapasitesi ile değil; akdedilen sigorta sözleşmeleriyle karşılanması esasına dayanır. Zaten bunun içindir ki, sigorta şirketleri reklam ve sigorta aracıları ile sigorta sözleşmeleri akdedilmesi için teşvikte bulunmaktadır. Ayrıca, acentelerinin talep formunu doldurması gibi, icap beyanının bulunulmasında aktif rol oynamaktadırlar. Sigortacılar açısından sigorta ettirenin sigorta himayesine bir an önce kavuşmasının sigorta sözleşmesinin akdedilmesinde belirleyici olduğu aşikar bir durumdur. Bu yüzden sigorta şirketleri sigorta başvurularını hızlı bir şekilde incelemelidir ki, kişiler başvuru aşamasının teminat boşluğunu başka sigortacılar nezdinde akdedeceği sözleşmelerle mümkün olduğu kadar çabuk doldurabilme imkanına sahip olabilsin. Sigorta talep formunda icapla bağlılık süresinin kararlaştırılmış olması, sigortacının sigorta başvurularını hızlı değerlendirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Sigorta başvurusunda bulunanlar, icapla bağlılık süresinin geçmesiyle sigortacının hareketsiz kalmaya devam edeceğini düşünmezler; aksine gecikmiş kabul ile²² sigorta sözleşmesinin kurulacağını düşünürler. Aksine düşünce halinde, sigorta yaptırmak isteyenler, sürenin geçmesiyle sigorta himayesi elde etmek için olabildiğince hızlı davranma tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Sigortacı bu tehlikeyi, talebi hızlı bir şekilde kabul veya reddetmek suretiyle engellemek zorundadırlar²³. Sigortacının kendisine ulaşan her sigorta başvurusunu incelemekle yükümlü olduğunu kabul eden bu görüşe nazaran, icapla bağlılık süresi geçmesine rağmen sigortacı sigorta teklifi hakkında bir karar vermemişse, başvuru zamanında reddedilmiş olsaydı sigorta ettirenin başka bir sigortacıdan sigorta himayesi elde etmesi mümkün olacaktı ise *culpa in contrahendo*ya dayalı tazminat sorumluluğu kabul edilmelidir²⁴.

Buna karşılık, bizim de katıldığımız aksi görüşe göre, sigortacıların sigorta başvurularını mutlaka inceleme yükümlülüğü söz konusu değildir. Uygulamada, sigorta talep formlarında icapla bağlılık süresine işaret edilmesi nadir değildir. Talepte bulunan kişiler, başvurularının kabul edilip edilemeyeceğini bilemeyeceklerinden

²² Gecikmiş kabul, yeni bir icap anlamına geleceğinden, sigorta ettirenin örtülü ya da açık kabul beyanı ile sigorta sözleşmesi kurulur.

²³ *Prölss, J. / Martin, A.*, § 3 Anm. 33, sh. 119.

²⁴ *Frels, H.*, VersR 1969, sh. 778.

icapla bağıllık süresinin sonuna kadar sigorta himayesinin söz konusu olamayacağını hesap etmek zorundadırlar. İcapla bağıllık süresi geçmesine rağmen sigorta başvurusu olumlu sonuçlanmayan kişiler, sigorta konusunda bilgi sahibi olmasalar bile sigorta himayesinin yokluğunun devam ettiğini bilirler. Bu durumda, gecikmesizin başka bir sigortacıya başvuru imkanları vardır. Sigortacılar, kendilerine tanınan değerlendirme süresini sonuna kadar kullanma hakkına sahiptir. Her hangi bir tazminat talebinden korkmaksızın bu süreyi hareketsiz geçirebilirler. Sigorta talebinde bulunan kişilerin sigortacı karşısında başvurularının mutlaka incelenmesi ve karara bağlanması hususunda bir talep hakkı yoktur. İcapla bağıllık süresinin sigorta talebinin herhangi bir incelemeye tabi tutulmadan geçirilmesi sigortacıya kusur olarak atfedilmesi de mümkün değildir²⁵.

Alman hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, sigortacının sigorta ettirenin başvurusunu hızlı bir şekilde değerlendirme yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda icapla bağıllık süresi içerisinde gerçekleşen rizikolardan dolayı sigortacının *culpa in contrahendo* sorumluluğuna gitmek mümkündür. Bir başka anlatımla söz konusu görüşe nazaran, sigortacıyı, sigorta sözleşmesinin akdine yönelik icap beyanına kabul ya da ret cevabı vermeden önce gerçekleşen rizikodan dolayı *culpa in contrahendo* nedeniyle sorumlu tutabilmek, onun sigorta talebini en hızlı bir şekilde değerlendirme yükümlülüğünün kabulü halinde mümkün olacaktır²⁶. Her şeyden önce belirtmek gerekirse, sigortacının sigorta sözleşmesinin kurulmasına yönelik her türlü talebi hızlı şekilde değerlendirme ve karara bağlama yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu görüşe göre, sigortacının *culpa in contrahendo* sorumluluğu açısından gündeme gelebilecek hızlı değerlendirme ve sonuçlandırma yükümlülüğü, sigorta ettirenin açıkça acilen karar verilmesine işaret ettiği veya acilen değerlendirilmesi gerektiği sigortacı tarafından, anlaşılabilir olan sigorta ettirenin talepleri için söz konusu olabilir²⁷. Bir başka anlatımla, sigorta ettirenin, talep formunda sigorta sözleşmesi kurmaya yönelik teklifinin acilen değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmesi veya bu şekilde bir değerlendirme isteğinin sigorta talep formundan sigortacı tarafından anlaşılabilir olması halinde, bu isteğe uyulmamasının sigortacının *culpa in contrahendo* sorumluluğunu gündeme getirebilir. Bu görüş, Alman yargı kararlarında tartışmaya konu edilmiştir.

²⁵ Bu görüş için bkz. **Martin, A.:** Verspätete Annahme von Versicherungsanträgen, ZVersWiss 1976, sh. 558-559.

²⁶ Bu görüş için bkz. BGH, VersR 1975, sh. 1090 vd: OLG Hamm VersR 1978, sh. 1134 vd.

²⁷ **Schlossareck, F.**, sh. 76. Ayrıca bkz. **Schwintowski, H-P/Honsell, H.:** Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG, Berlin-Heidelberg-New York 1998, § 5a Anm. 34, sh. 127.

“Sigortanın *Culpa in Contrahendo* Sorunluluğu”

Örneğin, Alman Federal Mahkemesi'nin 01.10.1975 tarihli kararına konu teşkil etmiş olayda²⁸, bir hastanede doktor olarak çalışmakta olan davacının eşi H.H., Aralık 1970 tarihinde 150.000 DM sigorta bedelli riziko hayat sigortası akdetmek istemişti. Davacının eşi, söz konusu sözleşmeyi, aldığı kredinin teminatı olması amacıyla akdetmek niyetindeydi. Bu amaçla gerekli araştırma yapması için kardeşi G.H.'yi tevkil etmişti. Kardeşi de Aralık ayı başlarında davalı sigorta şirketinin bölge müdürünü aramış ve yapılmak istenen sigorta için aylık ödemesi gereken prim hakkında bilgi edinmiş ve gerekli belgelerin kendisine gönderilmesini ondan rica etmişti. H.H., 9.12.1970 tarihinde hastanede meslektaşına gerekli tıbbi tetkikleri yaptırmıştı. G.H., 17.12.1970 tarihinde sigorta talep formunu davalının bölge müdürlüğünde denetçi olarak çalışan şahsa teslim etmişti. Davalı çalışanına aynı zamanda kapalı zarf içerisinde tıbbi tetkik sonuçlarına ilişkin doktor raporu ve sigorta priminin ilk aylık taksiti olan 246, 45 DM bedelli mahsup çeki de teslim edilmişti. Davalı söz konusu çeki daha sonra tahsil etmişti. Sigorta talep formunda sigortanın başlangıcı olarak 1.12.1970 tarihi gösterilmiş; sigorta süresi olarak da beş yıl talep edilmişti. H.H., talep formunda lehtar olarak da davacıyı atamıştı. Davacı eşi tarafından doldurulan ve imzalanan talep formunda matbu olarak, 6 haftalık icapla bağlılık süresi öngörülmüştü. Bölge müdürlüğü de sigorta talep formunu sigorta şirketinin merkezine iletmişti. Davalı sigorta şirketine belgelerin ulaşma tarihi, 21 veya 22 Aralık 1970'dir. G.H., 22.12.1970 tarihinde, bölge müdürünü arayarak, poliçenin 1971 yılına sarkmadan gönderilip gönderilmeyeceğini sormuştu. Bölge müdürü de davalı sigorta şirketinin merkezi ile görüştüğünden sonra, yıl sonunda değerlendirilmesi gereken sigorta taleplerinin fazlalığı nedeniyle poliçenin 1970 sonuna kadar gönderilmesinin mümkün olmadığını, en erken 1971 Ocak ayı başında düzenlenebileceğini belirtmişti. Bu konuşmadan sonra, davalı sigorta şirketi, H.H.'nin ölümünden önce sigorta talebiyle ilgili olarak herhangi bir inceleme yapmamış ve poliçe düzenlenmemişti. H.H. de 6.1.1971 tarihinde 53 yaşında iken vefat etmişti.

Alman Federal Mahkemesi yukarıda özetlenen somut olayla ilgili olarak H.H. ile davalı sigorta şirketi arasında sözleşme ilişkisinin kurulmadığını kabul ettikten sonra sigortacının *culpa in contrahendo*'dan dolayı sorumlu olup olmadığını incelemiştir. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, akdi müzakerelere başlanmasıyla taraflar arasında bir güven ilişkisinin kurulacağına ve bu ilişki kapsamında kusurlu ihlali tazminat yükümlülüğünü doğuran özen yükümlülüğünün meydana gelebileceğine dair genel ilke, sigorta işlemlerinde de geçerlidir. Sigorta sözleşmesinin kurulmaması nedeniyle H.H.'nin şahsında herhangi bir zararın doğmadığından bahisle davacının tazminat talebi reddedilemez. Yüksek mahkeme, bu kararında, *culpa in contrahendo*

²⁸ Karar için bkz. BGH, VersR 1975, sh. 1090.

sorumluluk açısından sigorta yaptırmak isteyen kişinin sigorta talebinin özel olarak hızlı bir şekilde değerlendirilip karara bağlanması arzusunun sigortacı tarafından bilinebilir olup olmadığını araştırmıştır. Bu bağlamda sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinin mutlaka belirlediği tarihte kurularak sigorta himayesinin işlemeye başlamasını şart koşan arzusunun sigortacı tarafından anlaşılabilir olmasının, talebin kararlaştırılan icapla bağlılık süresinden daha kısa sürede değerlendirilmesi yükümlülüğünü doğuracağı görüşünden hareket etmiştir. Yüksek mahkeme, bu görüşünü somut ihtilafta özetle şu şekilde uygulamıştır: Sigortacı, H.H.'nin sigorta talep formunda sigortanın başlangıcı olarak 1.12.1970'i göstermesi ve ilk primi hemen ödemesinden onun sigorta sözleşmesinin 1970 Aralık ayında kurulmasına yönelik arzusunun anlayabilir. Bununla birlikte, sigortacının, H.H.'nin sözleşmenin Aralık 1970'de kurulmasını şart koştuğu sonucunu çıkarması mümkün değildir. Zira, 17 Aralık 1979 ile 1.1.1971 tarihleri arasında Cumartesi, Pazar ve 8 günlük Noel tatili bulunmaktadır. Buna ilaveten yıl sonrası iş yoğunluğunun artması tecrübelerle sabittir. Dolayısıyla hiç kimse, 17.12 1970 tarihinde yapılan sigorta başvurusunun normal bir işletmede yılın sonuna kadar kesin olarak değerlendirilip neticelendirileceğine güvenmeye hakkı yoktur. Aksine bir değerlendirme, ancak, H.H.'nin veya kardeşinin sigorta sözleşmesinin Aralık 1970 tarihinde akdedilmiş olmasına büyük bir önem verdiğini açıkça vurgulamaları halinde haklılık kazanırdı. Adı geçen kişiler, sigortacı karşısında hayat sigorta sözleşmesinin alınacak kredinin güvencesi olduğunu; bu manada kredinin alınmasının şartı olduğunu açıkça vurgulasalardı, sigortacıdan kendisine yöneltilen bu talebin acilen değerlendirilip sonuçlandırılması sonucunu çıkarması haklı olarak beklenebilirdi²⁹.

Sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinin akdine yönelik talepte bulunurken, başvurusunun mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde değerlendirilmesi isteğini ortaya koyması nadiren karşılaşılan bir durum değildir. Böyle durumlarda, sadece sigorta ettirenin bu arzusunun fark edilebilirliği nedeniyle sigortacının normal ve olağan değerlendirme süresini kısaltarak hızlı bir şekilde karar verme yükümlülüğünün söz konusu olduğunun kabulünü haklı kılan bir nedenden söz edilemez³⁰. Sigorta yaptırmak isteyen kişinin evinin geçimini sağlayacak yegane kişi olması, ailesiyle oturmak için kredi ile bir ev satın alması ve bu yüzden ölümünden sonra alacaklıların kapıya dayanıp eşi ve çocuklarını cebri icra ile tehdit etmesine karşı korumak arzusunda olması sigortacıyı normal süreden daha kısa sürede sigorta talebini değerlendirmeye zorlamak için haklı sebep teşkil etmeyecektir³¹. Aynı şekilde,

²⁹ BGH, VersR 1970, sh. 1092-1093.

³⁰ *Schlossareck, F.*, sh. 86.

³¹ *Schlossareck, F.*, sh. 87.

“Sigortanın *Culpa in Contrahendo* Sorunluluğu”

hayat sigortası yaptırmak isteyen kişinin yakın bir zamanda başlayacağı işin veya gideceği seyahatin ölüm tehlikesini barındırması nedeniyle kısa bir süre içerisinde sigorta himayesine kavuşma ihtiyacının bulunması durumunda, sigortacının bu tür riskler için hemen sigorta teminatı sağlamaya hazır olduğunu söylemek de güçtür³². Şüphesiz herkes kendisini tehdit eden rizikoyu bizzat taşımak zorundadır. Kişi, bu rizikoyu sigorta şirketinin sırtına yüklemek istiyorsa, bu kişinin rizikoyu üstlenme veya üstlenmeme kararını rizikoyu analiz ettikten sonra karar vereceğini hesap etmek zorundadır³³. Rizikonun sigortacı tarafından üstlenilmesi mutlaka belirli bir tarihe kadar gerçekleşmesi elzem ise, onun bu tarihten önce olağan bir inceleme sonucunda karar vereceğini dikkate alarak süresinde başvuru yapması gerekir. Dolayısıyla, başvuru yapmada gecikmenin sorumluluğu sigortacının değil, sigorta ettirenindir³⁴. Bir başka anlatımla, sigorta himayesinin istenildiği tarihte elde edilmesi için zamanında başvuru yapmak tamamen sigorta için başvuruda bulunan kişinin riziko sahasına ait bir külfettir. Şüphesiz, sigorta ettiren ile sigortacının sigorta talebinin daha kısa süre içerisinde değerlendirilip karara bağlanması hususunda anlaşmasına bir engel yoktur. Aksi takdirde, tekrar vurgulamak gerekirse, sigortacı, sigorta başvurusunun âciliyetini fark etse bile normal inceleme prosedürünü kısaltarak değerlendirme yapmak zorunda değildir³⁵. Aynı gerekçe ile sigorta ettirenin kırsal bölgede yaşaması veya iş hayatı açısından tamamen tecrübesiz olması halinde sigortacının sigorta başvurularını hızlı bir şekilde değerlendirme yükümlülüğünün söz konusu olacağını savunan görüşe de katılmak da mümkün değildir³⁶. Ancak, sigortacının, sigorta ettirenin şahsında sigorta başvurusunu kabul edeceği şekilde bir intiba uyandırmış olması, onun talebi hızlı bir şekilde değerlendirme yükümlülüğünü doğurabilecektir³⁷.

Sigortacının *culpa in contrahendo* sorumluluğu açısından tartışılması gereken diğer bir durum, sigorta ettirenin sigortacı nezdinde devam eden sigorta sözleşmesini sona erdirip başka bir sigorta şirketinde sigorta sözleşmesi akdetmesi hâlidir.

Sigorta ettiren mevcut sigorta ilişkisini kendisi nezdinde yeni bir sigorta sözleşmesinin akdi için talep bulunduğu sigortacının herhangi bir etkisi olmaksızın feshetmesi durumunda, bu sigortacının sigorta başvurusunu normal prosedürden

³² *Schlossareck, F.*, sh. 87.

³³ *Schlossareck, F.*, sh. 87-88.

³⁴ *Schlossareck, F.*, sh. 88.

³⁵ *Schlossareck, F.*, sh. 88.

³⁶ *Bruck, E./Möller, H.*, age., Bd.I, § 1 Anm. 90; *Frels, H.*, VersR 1969, sh. 777.

³⁷ *Schwintowski, H-P/Honsell, H.*: Berliner Kommentar § 5a Anm. 35, sh. 128. Ayrıca bkz. OLG Karlsruhe, r+s 1988, sh. 5.

daha hızlı bir şekilde değerlendirme yükümlülüğü meydana gelmez. Zira, kendi şahsi işlerinin düzene girmesi için zamanında ilgilenmeye başlamak tamamen sigorta ettirenin meselesidir³⁸. Dolayısıyla, mevcut sigorta ilişkisinin sona ermesinden önce, başka bir sigortacı nezdinde yapacağı talebin değerlendirilip karar bağlanabileceği süreyi göz önüne alarak başvuruda bulunması gerekir. Sigortacının, başka bir sigortacı ile olan sigorta ilişkisinin sigorta ettiren tarafından sona erdirilmiş olduğundan haberdar olması sonucu değiştirmez ve sigortacıya kendisine yapılan başvuruyu en süratli bir şekilde değerlendirme yükümlülüğü yüklemesiz. Sigorta yaptırma isteyen kişi, sigortacının, sigorta sözleşmesi kurulmasına yönelik sigorta teklifini kabul edip etmemek hususunda tamamen serbest olduğunu bilmelidir. Sigortacı, daha önce başka sigortacı nezdinde mevcut bir sigorta ilişkisinin sona erdirilmesinden sonra kendisine yöneltilmiş sigorta isteğini kabul etmek zorunda değildir ki, bu başvuruyu hızlı bir şekilde değerlendirip en kısa sürede sigorta himayesi sağlamak yükümlülüğü altında olsun³⁹.

Buna karşılık, sigorta şirketinin değiştirilmesine sigortacının sebebiyet vermesi, farklı bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Böyle bir durumda, sigortacı, en azından, kesintisiz sigorta himayesi elde edebilmesinin ancak, sigorta sözleşmesine yönelik başvurunun, icapla bağlılık süresi dikkate alınarak erken yapılması halinde mümkün olacağına işaret etmesi zorunludur⁴⁰. Keza, mevcut sigorta sözleşmesinin sona ermesi ile kendisi nezdinde sigorta himayesi elde etmesi arasında güvence boşluğunun oluşmaması için zamanında geçici sigorta himayesi başvurusunda bulunulması gereğini de hatırlatmakla yükümlüdür. Bu bağlamda, sırf geçici sigorta himayesi başvurusu yapılmakla otomatikman sigorta güvencesi sağlanmadığını; bu başvurunun da kendisi tarafından kabulünün zorunlu olduğunu ayrıca bildirmelidir. Sigortacı, sigorta ettiren karşısında, bu muhtevadaki aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmezse, sigorta ettirenin zamanında yaptığı başvurusunu, normal prosedürden daha hızlı bir şekilde incelemekle yükümlü hale gelir. Söz konusu yükümlülüğün ihlali de onun *culpa in contrahendo* sorumluluğunu doğurur⁴¹.

Bu bağlamda, Alman Federal Mahkemesi'nin 30.05.1979 tarihli kararını zikretmekte fayda vardır⁴². Karara konu teşkil eden olay şu şekilde cereyan etmişti.

³⁸ *Schlossareck, F.*, sh. 89.

³⁹ *Schlossareck, F.*, sh. 89.

⁴⁰ *Schlossareck, F.*, sh. 90.

⁴¹ Bkz. BGH, VersR 1979, sh. 710_ BGH, VersR MDR 1979, sh. 1005; *Ehrenzweig, A.*: Deutsches (österreichisches) Versicherungsrechtsrecht, Wien 1952, sh. 66-67; *Schwintowski, H-P/Honsell, H.*: Berliner Kommentar, § 5a Anm. 34, sh. 127. Aksi görüş için bkz. *Schlossareck, F.*, sh. 90.

⁴² BGH, VersR 1979, sh. 709 vd.

“Sigortanın Culpa in Contrahendo Sorunluluğu”

Davacı, işletmesini, ilk önce X sigorta şirketi nezdinde yangın rizikosuna karşı 150.000 DM sigorta bedeli üzerinden yıllık 120 DM sigorta primi mukabilinde sigortalatmıştı. Davacı bu sigortayı 30.09.1975 tarihinde feshetmişti. Davacı söz konusu sigortayı feshetmeden önce 05.09.1975 tarihinde davalının genel acentesi ile akdetmek istediği sigorta ile ilgili görüşme yapmış ve aynı gün davalı acentesi tarafından doldurulmuş olan sigorta talep formunu imzalayarak, işletmesini yangın ve şebeke suyu zararlarına karşı güvence altına alacak sigorta başvurusunu yapmıştı. Sigorta talep formunda, sigorta bedeli 60.000 DM; prim oranı, sigorta bedelinin % 8; sigorta başlangıcı 1.10.1975 ve nihayet sigortanın sona erme tarihi 1.10.1985 olarak öngörülmüştü. Davacının işletmesi, davalı yetkilisi tarafından 26.9.1975 tarihinde incelenmişti. İncelemeyi takip eden günlerde davalı acentesi G aracılığı ile davacıdan % 2,08 prim oranı talep edilmişti. Bu oran üzerinden yeni bir talep formu hazırlanmış ve davacı tarafından imzalaması için acenteye gönderilmişti. Talep formunda sözleşmenin başlangıç ve sona erme tarihi olarak davacının ilk talebindeki tarih öngörülmüştü. Aralık ayının başlarında davalı acentesi, davacıya bu yeni talep formunu imzalaması için iki defa ulaşmaya çalışmış; fakat başarısız olmuştu. Davacı, söz konusu talep formunu 5.1.1976 tarihinde imzalamış ve başvuru formu ertesi gün davalıya gönderilmişti. Bu başvuru formunda davacı, ilk talep formundan farklı olarak ilaveten işletme durma rizikosuna karşı sigorta himayesi de talep etmişti. 8.1.1976 tarihinde de davacının işletmesi, çıkan yangın sonucu tamamen yanmıştı. Bu tarihe kadar sigorta primi ne davalı tarafından talep edilmiş ne de davacı tarafından ödenmişti. Davalı sigorta şirketi, ikinci talep formunun kendisine 9.1.1976 tarihinde ulaşması ve davacıya geçici sigorta himayesi de bahşedilmemiş olduğunu gerekçe göstererek sigorta tazminatını ödemeyi reddetmişti. Alman Federal Mahkemesi, yukarıda özetlenen somut ihtilafta, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinin kurulmamış olmasından bahisle sözleşmeden doğan tazminat hakkını reddetmiş; buna karşılık aşağıdaki gerekçelere dayanarak sigortacının *culpa in contrahendodan* sorumluluğunu kabul etmiştir. Alman Yüksek Mahkemesi’ne göre, sigortacı, sigorta ettireni ayartarak başka sigortacı ile ilişkisini sona erdirip kendisiyle sigorta sözleşmesini akdetmesi için teşvik ederse, mevcut sigorta ilişkisinin sona erdirilmesiyle bağlantılı olan tehlikelere işaret etmekle yükümlüdür. Bu sonuç, yargı kararlarınca da kabul edilen⁴³, akdi müzakerelerde, akdin amacını tehlikeye sokan ve karşı âkidin karar vermesi için büyük önem arzeden hususlar hakkında diğer tarafın aydınlatılması yükümlülüğünün söz konusu olduğu ilkesinden çıkmaktadır. Sigortacının bu konudaki aydınlatma yükümlülüğü, davacının tacir olarak gerekli bilgi ve beceriye sahip olması zorunluluğundan bahisle reddedilemez. Acente

⁴³ BGH, 60, sh. 223.; BGH, NJW 1974, sh. 851.

veya sigortacının ilgili bölümü davacıyı bu konuda aydınlatmadığı takdirde, akdi müzakereleri, davacı açısından herhangi bir himaye boşluğu meydana gelmeyecek şekilde hızlandırmakla yükümlü olurlar. Somut ihtilafta, davacı, 5.9.1975 tarihinde sigorta için başvuruda bulunmuş ve sigortacı da onun imzalaması için düzeltilmiş yeni talep formunu ancak Kasım sonunda acente G'ye göndermiştir. Gecikmeye davacı neden olmamıştır. Söz konusu talep formunun davacı tarafından Kasım ayının sonu ile Ocak ayının başı arasında imzalanmamış olması, davalının gecikmesindeki kusuru bertaraf etmez. Zira, sigortacı tarafından davacının imzalaması için hazırlanan yeni talep formu yaklaşık iki ay gecikme olmaksızın daha önce gönderilmiş olsaydı, davacının yaklaşık bir aylık gecikmeyle talep formunu imzalamış olması 8.1.1976 tarihinde gerçekleşen riziko nedeniyle sigorta himayesinin sağlanmasına engel teşkil etmezdi. Davacının sigorta talebini ilk olarak, 05.09.1975 tarihinde yapmış olması da ona kusur olarak atfedilemez.

Mevcut bir sigorta ilişkisinin değiştirilmesi, süresinin uzatılmasının gündeme gelmesi halinde, sigorta ettirenin talebinin, sigortacı tarafından değerlendirilip bir karara bağlanacağına güvenmeye hakkı olduğu söylenebilir. Bu güvenin kaynağını, mevcut bir sürekli ilişkiden doğan özen yükümlülüğü teşkil eder⁴⁴. Doktrinde mevcut sigorta sözleşmesinin sona ermesi ile bağlantılı olarak süre uzatımı şeklinde taleplerin sigortacı tarafından zamanında değerlendirilmemesi, yani sigortacının karar vermede gecikmesi nedeniyle, gerçekleşen rizikonun sigorta sözleşmesi kapsamında himaye görmemesi halinde *culpa in contrahendo* sorumluluğun gündeme geleceği görüşü ileri sürülmektedir⁴⁵. Sigortacının sigorta ettirenin sözleşmeyi değiştirme veya tamamlama talebini değerlendirme yükümlülüğünden öte, hızlı bir şekilde, yani diğer taleplere oranla öncelikli olarak değerlendirip kabul ya da ret yönünde karar verme yükümlülüğünün söz konusu olup olmadığı ile ilgili olarak bütün olaylar için geçerli genel bir sonuca varmak mümkün değildir⁴⁶. Zira mevcut bir hukuki ilişkide kendi menfaatlerini gözetmek ve uygun araçlar ile menfaatleri doğrultusunda bir sonuç elde etmek, ilk planda, ilişkinin münferit taraflarının kendi meselesidir. Değişiklik için talepte bulunan sigorta ettiren, sigortacının bu teklifi, inceleyip bir karara bağlayabilmesi için bir zamana ihtiyacı olduğunu hesap etmek zorundadır. Uzun süre beklemek istemeyen sigorta ettiren, icapla bağlılık süresinin kısaltılmasını talep etmelidir⁴⁷.

⁴⁴ OLG Hamm, VersR 1978, sh. 1015.

⁴⁵ *Sieg, K.*: Zur Haftung des Versicherers aus culpa in contrahendo, BB 1987, sh. 352; *Bruck, E./Möller, H.*, age., Bd.I, § 1 Anm. 90; *Frels, H.*, VersR 1969, sh. 777; *Pröls, J./Martin, A.*, § 3 Anm. 37, sh. 121. Ayrıca bkz. ve karşı. *Weyers, H.L./Wandt, M.*: Versicherungsvertragsrecht, Frankfurt am Main 2003, sh. 63-64.

⁴⁶ *Schlossareck, F.*, sh. 92.

⁴⁷ OLG Hamm VersR 1978, sh. 1016.

“Sigortanın Culpa in Contrahendo Sorunluluğu”

Alman hukukunda *Hamm İstinaf Mahkemesinin* 05.11.1978 tarihli kararına konu teşkil etmiş olay, bu bağlamda örnek olarak zikredilebilir⁴⁸: Davacının eşi, davalı sigorta şirketi nezdinde 1.2.1965 tarihinden itibaren sigortalıydı. Sigorta bedeli ilk olarak, 1.9.1969 tarihinde yükseltilmişti. Yapılan anlaşmaya göre, sigorta bedeli, 6000 DM’den 11484 DM’a, yükseltilmişti. Kazadan kaynaklanan ölüm halinde bu bedelin iki kadarı ödenecekti. Temmuz 1976 tarihinde ise, sigorta ettiren, davalının acentesi ile sigorta sözleşmesinde değişiklik yapılarak sigorta bedelinin 20.000 DM’a çıkarılması hakkında konuşmuştu. Davalı acente, bunun üzerine, sigorta şirketinin bölge sorumlusuna, müzakere edilen sözleşme değişikliğinin 1.9.1976 tarihinde gerçekleşmesinin hangi şartlar altında mümkün olacağını sormuştu. Sigorta şirketi de, bu sorulara, 4.8.1976 tarihli yazı ile cevap vermişti. Sigorta ettiren de sözleşme değişikliği amacıyla, 10.9.1976 tarihinde başvurusunu yapmıştı. Sigorta ettiren, başvurusunda 1.9.1976 tarihinden itibaren hüküm ifade etmek üzere, sigorta bedelinin 20.000 DM’a; kaza halinde ise 40.0000 DM’ a yükseltilmesini talep etmişti. Lehtar olarak, davacı tayin edilmişti. Sigorta ettiren, sigorta talep formunda, ayrıca, 6 haftalık icapla bağlılık süresi öngörmüştü. Talep formu acente tarafından hemen bölge sorumlusuna gönderilmesine rağmen, 13.9.1976 tarihinde sigortacıya ulaşmıştı. Sigorta ettiren, 4.10.1976 tarihinde bir trafik kazasında vefat etmişti. Bu tarihte, bölge sorumlusu ise, talep formunu, sigorta şirketinin merkezine henüz ulaştırmamıştı .Bunun doğal sonucu olarak, ölen sigorta ettirenin icabı öldüğü tarihte, sigortacı tarafından kabul edilmediğinden sözleşme değişikliği gerçekleşmemişti. Bir başka anlatımla, riziko, altı haftalık icapla bağlılık süresi geçmeden ve sigortacı tarafından kabul beyanı açıklanmadan; fakat, arzu edilen sigorta başlangıcından uzun bir süre geçtikten sonra gerçekleşmişti. Davacı lehtar, yeni sigorta bedelinin ödenmesini talep etmişti. Davalı ise, sözleşme değişikliğinin gerçekleşmediğinden bahisle, mevcut sigorta sözleşmesinde kararlaştırılmış olan sigorta bedelinin ödeneceğini savunmuştu.

Alman Hamm istinaf mahkemesine göre⁴⁹, taraflar arasında 1.9.1976 tarihinden itibaren geçerli olacak bir sözleşme değişikliği meydana gelmemiştir. Zira, sigorta ettirenin 10.9.1976 tarihli icap beyanı sigortacı tarafından kabul edilmiş değildir. Davacıya, *culpa in contrahendodan* da bir talep hakkı doğmamaktadır. Zira, bu nevi bir tazminat talebinin doğabilmesi için, davalının sigorta ettirenin 10.09.1976 tarihli talebini mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde tetkik etmekle yükümlü olması ve bu yükümlülüğün kusurlu bir şekilde ihlali nedeniyle icap beyanının zamanında kabul edilmemesi şarttır. Genel sözleşme hukukuna göre, icap beyanında bulunan,

⁴⁸ Bkz. OLG Hamm VersR 1978, sh. 1014 vd.

⁴⁹ Kararla ilgili olarak bkz. OLG Hamm VersR 1978, sh. 1014 vd.

muhabatı karşısında, kabul beyanı için öngörülen süre zarfında olabildiğince çabuk talebinin incelenip kabul ya da red şeklinde cevap verilmesi hususunda bir hakka sahip değildir. Öngörülen süre onun serbestçe kullanabileceği bir süredir. Tarafların sözleşme müzakereleri içinde olması, bu hukuki durumda bir değişikliğe yol açmaz⁵⁰. Sigortacı bu sürenin sonunda icap beyanını kabul edebilir veya reddedebilir. Bunun sonucunda sigorta ettiren, hayatı açısından önem arzeden bir rizikoyu zamanında sigortalayamamış olabilir. Sigorta ettiren, bu sonuca katlanmalıdır; zira, kabul beyanı için daha kısa bir sürenin kararlaştırılması ile kendisi aleyhine olan bu sonucun doğmasını engelleyebilirdi. Taraflar arasında uzun yıllardan beri sigorta ilişkisinin devam etmekte olması da, sigortacının, sözleşme değişikliklerini hızlı bir şekilde değerlendirme ve sonuca bağlanma yükümlülüğünü doğurmaz. Sigorta ettiren, icabıyla bağlılık süresi öngörüldüğünde, sigortacının inceleme ve karara varmasının belirlenen bu sürenin sonuna kadar devam edebileceğini birazcık özen göstermekle kolaylıkla anlayabilir. Sigorta ettiren tarafından bizzat belirlenen bu sürenin tamamının kullanılmasının istenmediği sonucunu çıkarması da sigortacıdan beklenemez.

Bununla birlikte, Alman hukukunda, *Köln Asliye Hukuk Mahkemesi'nin* bir kararına göre, mevcut sigorta ilişkisinin değiştirilmesine sigortacının, sigorta ettireni teşvik ve tahrik etmesi durumunda, sigortacının kendisine yöneltilmiş değişiklik teklifini hızlı bir şekilde inceleme yükümlülüğünden bahsedilebilir. LG Köln'ün bu görüşünü savunduğu 21.05.1975 tarihli kararına konu teşkil etmiş olay şu şekilde cereyan etmiştir. Davacı, sigorta ettiren, sıvı maddelerin depo edildiği tanklarda çatlaklara karşı emniyet sistemleri, fuel oil tanklarının temizlenmesi ve tank tesisatlarında elektro enstalasyonu işi ile uğraşan işletmenin sahibidir. Davacı, davalı nezdinde işletme sorumluluk sigortası sözleşmesi akdetmişti. Sigortacı, Kasım 1968 tarihine kadar, sigorta ettirenin sadece tank tesisatlarında elektro enstalasyonu işi ile uğraştığını; dolayısıyla sadece bu işten doğan riskleri sigortaladığını zannediyordu. Bu hatanın açıklanmasından sonra, taraflar, sigorta himayesinin alınan 239, 70 DM'lık primin 882 DM tutarına yükseltilmesi karşılığında genişletilmesi üzerine anlaşmıştı. Sigortacının gönderdiği ve davacı tarafından 20.2.1973 tarihinde imzalanıp geri gönderilen prim kesin hesap belgesinde şu şekilde bir ifade yer almaktaydı: "*Akarsuların Kirlenmesini Önlenmeye Yönelik Kanunu'nun 22'nci maddesi uyarınca, akarsularda kirlenme nedeniyle oluşan zararlara karşı sigorta himayesi, özel anlaşmanın varlığı halinde sağlanır.....Bu anlaşmaya yönelik talep bu belgenin imzalanması ile yapılır*". Davacının tank çalışmalarındaki kusuru sebebiyle toprağa petrol yakıtı sızmıştı. Sigorta ettiren, bu şekilde oluşan zararların giderilmesine

⁵⁰ BGH, VersR 1966, sh. 457 = BGH, NJW 1966, sh. 1407.

“Sigortanın Culpa in Contrahendo Sorunluluğu”

yönelik 12.3.1974 talebi sigortacı tarafından reddedilmişti. Sigortacıya, göre, anılan zararlar, Akarsuların Kirlenmesini Önlenmeye Yönelik Kanunu'nun 22'nci maddesini ilgilendirmekte olup; kendisi tarafından üstlenilmemiştir. *LG Köln*'e göre, söz konusu zararlar işletme sorumluluk sigortası ile teminat altına alınmamış olduğundan, sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan bir talep hakkına sahip değildir. Zira, sigorta ettirenin ilgili rizikonun sigorta himayesinin kapsamı altına sokulmasına yönelik talebi henüz sigortacı tarafından kabul edilmiş değildir. Bu yönde bir zeyilnamenin varlığı da ispat edilebilmiş değildir. Bununla birlikte, davalı, sigorta ettirene karşı meydana gelen bu zarar nedeniyle *culpa in contrahendo*'dan dolayı sorumludur. Zira, sigorta ettiren, kesin prim hesabı belgesini imzalamak ve sigortacıya göndermek suretiyle, sigorta himayesinin somut olaydaki türden zararlara karşı genişletilmesi yönünde icap beyanında bulunmuştur. Davalı, çevre zararlarına karşı sigorta himayesi sağlayan talep formunu sigorta ettirene bizzat göndermek suretiyle, onu sözleşme değişikliğine yönelik icap beyanında bulunmasına teşvik etmiştir. Böyle bir durumda, sigortacı, sigorta ettirenin mevcut sigorta sözleşmesinin değiştirilmesine yönelik icap beyanını normal prosedürden farklı olarak daha hızlı değerlendirmek ve karara bağlamakla yükümlü olur. Sigortacı, sigorta sözleşmesinin değişikliğine yönelik olabildiğince çabuk kabul etmiş olsaydı; sigorta ettiren sigorta himayesine kavuşmuş olurdu. Aynı şekilde, sigortacı, olabildiğince hızlı bir şekilde, değişiklikle ilgili icap beyanını reddetseydi, sigorta ettiren, başka bir sigortacı nezdinde sigorta güvencesi elde edebilirdi⁵¹.

Kanaatimizce, mevcut sigorta sözleşmesinin değiştirilmesine yönelik icabın sigortacının teşvikiyle olması tek başına, icabın değerlendirilmesi sürecini normal sürece göre daha kısa tutulması yükümlülüğünü doğurmaz. Zira, sigortacının teşviki olmasaydı esasen hiç ya da ihtilaf konusu olan tarihte icap beyanında bulunmayacak olan sigorta ettiren, rizikonun sigortacı tarafından üstlenilmesinde aceleci olduğunu ikna edici bir şekilde savunamaz⁵². Bununla birlikte, sigortacı, sigorta ettireni teşvik ederken, “*sigorta başvurusunda bulunan kişi, kabul edilmesi halinde belirlediği tarihten itibaren sigorta himayesinden yararlanmak istiyorsa, talep formunu tarihine kadar ulaştırabilir*” şeklinde ifadeye yer vermişse, normal prosedüre oranla daha kısa bir süre içerisinde, yani belirlenmiş tarihler arasında bir karara varmak zorundadır. Sigortacı, sigorta himayesinin başlaması talep edilen tarihe kadar icap beyanını değerlendirip bir karar vermezse, gerçekleşen riziko nedeniyle sorumlu olur. Ancak, sigortacının sorumluluğu bu durumda, sigorta başvurusunda bulunanı

⁵¹ Karar için bkz. *LG Köln*, VersR 1978, sh. 217 vd.

⁵² *Schlossareck, F.*, sh. 94.

teşvik etmesi nedeniyle değil; belirlenmiş zaman aralığında karar vermeyi taahhüt etmiş ve bu taahhüdüne riayet etmemiş olması dolayısıyla⁵³.

Alman *Hamm İstinaf Mahkemesi*, 27.04.1984 tarihli kararında *culpa in contrahendo* sorumluluk açısından tartışılması gereken diğer bir görüşe yer vermiştir. Mahkemeye göre, sigorta ettirenin icap beyanı hakkında acilen karar verilmesi yönündeki menfaatinin sigortacı açısından fark edilebilir olduğu durumlarda, icaba bağlılık süresi, sözleşme şartlarında olması gerektiğinden daha fazla süre olarak öngörülmüşse, sigortacı bu sürenin bitmesini beklemeden sigorta ettirenin sözleşme kurulmasına yönelik talebi hakkında kabul ya da red yönünde karar vermek zorundadır⁵⁴. Söz konusu görüş, icaba bağlılık süresinin tarafların menfaatlerinin dengelenmesine hizmet eden bir uzlaşma olduğu; bu nedenle, sigortacıya gerekli olandan daha uzun inceleme süresi vermek için haklı bir sebebin bulunmadığı düşüncesine dayanır⁵⁵. Anılan bakış açısı, dolaylı da olsa, öngörülen icaba bağlılık süresinin ilgili sigorta branşında sigortacının karar verebilmesi için gerek duyduğu olağan bir süre olduğu hususunda aksi ispat edilebilir bir karine anlamını taşımaktadır⁵⁶. Ancak, zikredilen görüş, icaba bağlılık süresinin hukuki güvenliği sağlama fonksiyonu görebilmesinin ancak, bu sürenin geçerliliğine güvenilmesi halinde mümkün olabileceği gerçeğini görmemektedir⁵⁷. İcaba bağlılık süresi ve dolayısıyla, icabın kabul edilebileceği süre, sigortacıya, kendisine yığınla gelen sigorta taleplerini, kendi organizasyonu içerisinde düzenli bir şekilde değerlendirip sonuçlandırma imkânı bahşetmektedir⁵⁸. Aksi takdirde, sigortacı, önüne gelen her gelen talepte icapla bağlılık süresi kararlaştırılmasına rağmen öngörülen sürenin o ya da bu sebepten ötürü daha kısa sürede karar verebileceği ya da karar vermek zorunda olduğu sorusuyla karşılaşabilecektir⁵⁹. Bu şekilde bir soruyla karşılaşabileceğini düşünen sigortacı da, kendisine gelen sigorta tekliflerini layiki veçhile değerlendiremeyecek ve sağlıklı bir şekilde karar veremeyecektir. Sigorta taleplerinin incelenmesine ilişkin düzen de bozulacaktır. Ayrıca, bu görüş, sigorta güvencesi arayan kişinin aleyhine de sonuçlar doğurabilecektir. Şöyle ki, örneğin, sigorta ettiren S'nin, A sigorta şirketinde 01.01.2007 de sigorta başvurusu yaptığını ve rizikonun da 02.02.2007'de gerçekleştiğini farzedelim. A sigorta şirketi icapla bağlılık süresi 30 gün olmasına

⁵³ *Schlossareck, F.*, sh. 94.

⁵⁴ OLG Hamm, VersR 1985, sh. 557-558. Ayrıca bkz. OLG Hamm, VersR 1983, sh. 1066 -1067. Bu görüş için ayrıca bkz. *Prölss, J. / Martin, A.*, § 3 Anm. 36, sh. 120

⁵⁵ *Schlossareck, F.*, sh. 95.

⁵⁶ *Schlossareck, F.*, sh. 95.

⁵⁷ *Schlossareck, F.*, sh. 95.

⁵⁸ *Schlossareck, F.*, sh. 95 dph. 201.

⁵⁹ *Schlossareck, F.*, sh. 95-96.

“Sigortanın Culpa in Contrahendo Sorunluluğu”

rağmen, bu sürenin mahkeme tarafından uzun bulunacağı endişesi ile sigorta talebi hakkında ikinci haftaya kadar henüz bir karar vermemişse, arta kalan sürede gerçekleşen rizikodan dolayı *culpa in contrahendo* nedeniyle sorumlu tutulmamak için sigorta sözleşmesinin aktine yönelik S'nin icap beyanını red edebilecektir. Bunun üzerine sigorta güvencesi arayan S, 16.01.2007 tarihinde B sigorta şirketine başvuracaktır. B sigorta şirketi de ilk sigorta şirketiyle ilgili anlatılan bu duruma benzer bir durumun gerçekleşmesi halinde aynı şekilde icap beyanını 30.01.2007 tarihinde reddedebilecektir.. Böyle bir halde, S, üçüncü sigorta şirketine (C'ye) aynı gün veya daha geç başvurursa, 02.02.2007 tarihinde gerçekleşen riziko dolayısıyla sigorta güvencesinden mahrum kalacaktır. Oysa, A sigorta şirketi, bir aylık süre içinde rizikoyu layiki veçhile inceleyebileceğinden, icap beyanını kabul edebilecek ve bu kişi sigorta güvencesinden yararlanabilecekti. Bu sebeple, akdi olarak öngörülen icapla bağlılık süresinin, bir icap beyanının değerlendirilip sonuçlandırılması için normal olarak gereken süreden daha uzun süre olarak belirlenmesi halinde, yeterli kabul edilebilecek sürenin bitimi ile icapla bağlılık süresi olarak öngörülen sürenin son günü arasında gerçekleşen rizikolardan sigortacıyı *culpa in contrahendo* nedeniyle sorumlu tutan görüşe iştirak edilmemelidir.

Şüphesiz, sigorta ettirenin icabının acilen değerlendirilmesinin aşıkâr olması ifadesi, hayat ve sağlık sigortaları açısından bir şey ifade etmeyecektir. Zira, bu tür sigortalarda, tehlikenin sözleşmenin kurulduğu anda mevcudiyeti ve acilen değerlendirilme menfaati herkes için söz konusu olacağından, icapla bağlılık süresinin kısaltılması yükümlülüğünün anlamı olmayacaktır. Sürenin kısaltılması, istisnai durumu ifade ettiğinden, hayat veya sağlık sigortası açısından bu sigortayı yaptırmak isteyenlerin % 99'u için normal prosedürün uygulanması; % 1'i için normal prosedürden daha kısa süreli prosedürün uygulanması halinde anlam ifade edecektir. Bu durum da, âciliyet arzeden başvuruların öncelikli olarak incelenmesini de beraberinde getirecektir. Oysa, bu nevi sigortalarda, her kes için acil incelenmesi gereken başvuru söz konusu olacağından, öncelikli olarak incelenmesi gereken başvurudan da söz edilemeyecektir. Bir başka anlatımla, daha uzun süreli incelenecek başvuru olamayacağından herkes için gene aynı süreli inceleme söz konusu olacağından daha az sürede incelenmesi gereken başvurudan da işin doğası icabı bahsedilemeyecektir⁶⁰. Diğer sigortalarda sigorta ettirenin talep formunun acilen değerlendirilmesi gereğini yanlış anlaşılımaya müsait olmayacak şekilde ortaya koyması halinde, ne kadar süre içerisinde kabul ya da ret yönünde cevap vermesi gerektiği sorusuna da cevap bulmak zordur. Sigortacının böyle bir durumda sigorta başvurusunu acilen değerlendirdiğinden söz edilebilmesi hangi kriterlere göre

⁶⁰ Bkz. *Schlossareck, F.*, sh. 97.

belirlenecektir. Sigortacı, kendisine ulaşan icap beyanlarının tetkikinde gecikmiş sayılıp sayılmadığının ex post belirlenmesinde hangi bakış açısına göre ve hangi faktörlere göre değerlendirme yapılacağını önceden bilmek ister; hatta zorundadır. Zira, ancak böyle bir durumda, sigortacı, organizasyon yapısını yeniden düzenleme ve farklı aciliyet arzeden taleplere göre uyarlama imkanına sahip olur⁶¹. Oysa bu sorunlara genel bir çözüm bulmak çok güçtür. Ayrıca, bu tür durumlarda sigortacının *culpa in contrahendodan* sorumluluğunun kabul edilmesi halinde, hayat ve sağlık sigortası dışındaki diğer sigorta branşlarında sigorta sözleşmesi yapmak isteyen herkes öngörülen icaba bağlılık süresinden daha kısa sürede talebinin değerlendirilmesini talep edeceğinden sigortacı, üstlenilmesi istenilen riziko ile ilgili yeterli araştırma yapma imkanına sahip olmadan karar vermek zorunda bırakılacaktır. Bu sonucunda da sigorta endüstrine tahribat etkisi yapacağı pek aşıkardır.

Ayrıca sigorta başvurusunda bulunan da ispat güçlüğü ile karşı karşıya kalacaktır. Şöyle ki, sigorta yaptırmak için talepte bulunan kişi, *culpa in contrahendodan* kaynaklanan tazminat talebinde bulunduğu, sigortacının tazminat sorumluluğunu doğuran şartların gerçekleştiğini ispat etmek zorundadır. Bu bağlamda, özellikle, gerçekleşen rizikonun sigorta güvencesinden sigortacının organizasyon eksikliği ve kusuru nedeniyle mahrum kaldığını ispat etmek durumundadır. Daha açık bir anlatımla, sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinin kurulmasına yönelik icap beyanının kabulünün, sigortacının organizasyon eksikliği nedeniyle zamanında gerçekleşmediğini ispat etmek zorundadır⁶². Oysa sigorta ettiren, sigortacının işletme ve organizasyon yapısı hakkında bilgi sahibi olmadığından gecikmenin sigorta şirketinin sözleşme bölümünde gereğinden az sayıda personel istihdamından veya icap beyanının gereksiz yere çok fazla bölüm tarafından incelenmesinden veya ilgili çalışanın aşırı yavaş çalışmasından kaynaklandığını değerlendirebilecek durumda olamayacaktır⁶³.

Sonuç olarak denilebilir ki, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinin kurulmasına yönelik talebinin kısa süre içerisinde değerlendirilerek sonuca bağlanması arzusunun aşık olması halinde sigortacının öngörülmüş olan icapla bağlılık süresinden daha kısa sürede inceleme yükümlülüğü söz konusu değildir. Sigortacının sigorta ettirene oranla ekonomik gücünün karşılaştırılmayacak derecede daha yüksek oluşu ve sigortacılık alanında hiç bilgisi olmayan müşteri çevresinin himayeye muhtaç olması da sigortacıya böyle bir yükümlülük yüklemenin haklı sebebi olamaz.

⁶¹ Bkz. *Schlossareck, F.*, sh. 98.

⁶² Bkz. *Schlossareck, F.*, sh. 99.

⁶³ *Schlossareck, F.*, sh. 99.

“Sigortanın *Culpa in Contrahendo* Sorunluluğu”

Herkes, kendi özel ve ailevi alanını tehdit eden tehlikeleri zamanında etkisiz halinde getirilmemesinden bizzat sorumludur. Zamanında sigorta yaptırmayıp da –tabiri caizse- yumurta kapıya dayandıktan sonra sigorta şirketine başvurup, acilen talebi hakkında karar verilmesini talep ederek kendi ihmalkarlığının sonuçlarını *culpa in contrahendo*ya dayalı olarak sigortacının sırtına yüklemenin hiçbir haklı gerekçesi olamaz. Sigortacıyı sorumlu tutmak için de doğrudan doğruya veya dolaylı olarak sigortacının ödeme gücünün yüksek olmasına dayanmanın hukuki yönü olmadığı gibi adil de değildir.

Sigorta ettirenin icapla bağlılık süresi bitmeden önce, sigorta şirketinin ilgili biriminde talebi kabul edilmiş veya kabul edilmesi gerektiği doğrultusunda görüş beyan edilmiş; fakat sigorta ettirene kabul beyanı açıkça bildirilmeden veya polise gönderilmeden önce rizikonun gerçekleşmiş olması hali de sigortacının *culpa in contrahendo*dan sorumluluğunu doğurmayacaktır⁶⁴. Burada, sigorta ettirenin, sigortacının kabul yönünde iradesinin olduğu; bu sebeple, kabul beyanının ancak ona varmasıyla hüküm sonuç doğuracağından bahisle sigorta tazminatının ödenmesinin haksız olacağı yönündeki iddiası da başarılı olamaz. Zira, böyle bir durumda, kabul beyanının geri alınmasını düzenleyen Borçlar Kanunu’nun 9’uncu maddesinin uygulanma imkanı kalmazdı⁶⁵.

Sigortacının *culpa in contrahendo*dan dolayı sorumluluğu meselesi kapsamında incelenmesi gereken diğer ihtimal, geçici sigorta himayesi sağlanmasının mümkün ve ilgili sigorta branşı açısından sigortacıların bu şekilde bir sigorta himayesi sağlanmasının mutad olması ile ilgilidir. Böyle bir durumda, sigorta ettirenin bu tür himaye aracını tanınamaması veya en azından geçici sigorta himayesinin yaptırmak istediği sigorta dalı için sağlanmadığını düşünmemesi nedeniyle bu yönde talepte bulunmaması halinde sigortacının buna işaret etme yükümlülüğünün olup olmadığı meselesi doktrinde tartışma konusu olmuştur. Gerçekten de, böyle bir varsayımda, kendisine acilen sigorta himayesinin sağlanması arzusu aşık olan sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce gerçekleşen rizikonun sigorta sözleşmesi kapsamında tazmin edilememesi durumunda, sigortacının geçici sigorta himayesi imkanına işaret etmemesi nedeniyle onun *culpa in contrahendo*dan sorumluluğuna dayanabilip dayanamayacağı değerlendirilmesi gereken önemli bir sorundur.

Sigorta ettirenin talep formunda, sigorta sözleşmesine yönelik icap beyanının kabul edilebileceği muhtemel tarihten önceki bir tarihi sigorta himayesinin başlangıç tarihi olarak belirlemesiyle, kendisine süratli bir şekilde sigorta himayesi sağlanması

⁶⁴ Schlossareck, F., sh. 100.

⁶⁵ Schlossareck, F., sh. 101.

arzusunu hiçbir yanlış anlaşılmaya mahal veremeyecek şekilde ifade etmiş olacağı kabul edilmektedir⁶⁶.

Bu bağlamda *Prölss*'ün görüşünü zikretmek gerekirse, Yazar'a göre, sigorta başvurusunda bulunan kimse, icapla bağlılık süresi sona ermeden önceki bir tarihi sigortanın başlangıç tarihi olarak gösterirse, örtülü olarak geçici sigorta himayesi talebinde de bulunmuş olur. Sigortacı, böyle bir durumda örtülü geçici himaye talebini kısa bir süre içerisinde ya kabul etmeli ya da reddetmelidir. Sigortacının söz konusu yükümlülüğü, ancak, icapla bağlılık süresi sona ermeden önceki bir tarihin sigorta başlangıcı olarak gösterilmesini yasaklaması halinde ortadan kalkar⁶⁷. Kanaatimizce bu görüş kabul edilemez. Zira, sigorta başvurusu yapan kişi, geçici sigorta himayesi imkanını biliyorsa açıkça talepte bulunur. Bilmiyorsa, onun bu yönde örtülü talebinin varlığını kabul etmek onda mevcut olmayan bir iradeyi ona izafe etmek olur ki, hukuken anlamsızdır⁶⁸.

Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, sigorta başvurusunda bulunan kişinin icapla bağlılık süresi sona ermeden önceki bir tarihi sigortanın başlangıcı olarak öngörmesi durumunda, sigortacı veya acentesi, geçici sigorta himayesinin sağlanmasının mümkün olduğu durumda, bu imkana işaret etmekle yükümlü olur. Sigortacının anılan yükümlülüğünü yerine getirmemesi, akit öncesi kusuru olup, onun *culpa in contrahendodan* sorumluluğunu doğuracaktır⁶⁹. Bu bağlamda, Alman Federal Mahkemesi'nin 05.11.1986 tarihli kararını zikretmek gerekir⁷⁰. Karara konu teşkil eden olayda, davacı, M. caddesinde bulunan tekstil fabrikasını davalı sigorta şirketi nezdinde yangın hırsızlık ve şebeke suyu zararlarına karşı sigortalamıştı. Davacı, işletmesini 1982 yılında kısmen R caddesine kısmen de U. Caddesine taşımış; keyfiyeti 1.6.1982 tarihinde davalı sigorta şirketinin yetkili temsilcisine bildirmişti. 20.6.1982 tarihinde davacının işletmesinde yangın çıkmıştı. Davacı, davalı temsilcisi K'ya sigorta himayesinin yeni taşındığı yerde de devam etmesini arzuladığını bildirdiğini ve sigortacıya ayrıca yazılı olarak ihbarda bulunmasının gerekli olup olmadığını sorduğunu iddia etmişti. Ona göre, K, kendisine yapılan ihbarı yeterli addetmişti. Sigorta şirketi, sigorta himayesinin yeni taşınan yerleri kapsamadığından bahisle sigorta himayesini reddetmiştir. Alman Yüksek

⁶⁶ *Schlossareck, F.*, sh. 104.

⁶⁷ *Prölss, J./Martin, A.*: *Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zu VVG und EGVVG*, München 2004, § 3Rdnr. 43, sh. 122. Ayrıca bkz. *Jabornegg, P.*: *Versicherung und Rückwärtsversicherung*, VersRdsch 1990, sh. 213.

⁶⁸ Bkz. *Schlossareck, F.*, sh. 106.

⁶⁹ *Schlossareck, F.*, sh. 105.

⁷⁰ Karar için bkz. BGH, VersR 1987, sh. 147 vd.

“Sigortanın *Culpa in Contrahendo* Sorumluluğu”

Mahkemesi, bu ihtilafta, sigortacının *culpa in contrahendo*dan sorumluluğunu şu gerekçeye dayanarak kabul etmiştir: K, davacıya bu şekilde beyanda bulunmakla davacı şahsında işyerinin yerinin değiştirilmesinin sigorta himayesine olumsuz önde etkide bulunmayacağı intibasını uyandırmıştır. Davacı taşınmayı K’ya bildirmekle işyerinin taşınması halinde yapılması gereken her şeyi yapmıştır. Bu durumda, K, davacıya işyerini taşımakla sigorta himayesinin sona erdiği ve sigorta himayesini kesintisiz muhafaza etmesi için geçici sigorta himayesinin gerekli olduğu hususunda davacının dikkatini çekmek zorundadır.

SONUÇ

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*), sözleşmenin kurulmasından önceki safhada görüşmecilerden birinin veya yardımcılarının diğer görüşmeciye veya onun koruma alanında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zararlardan sorumluluktur. Sözleşme kurulmadan önceki safhada taraflar arasında meydana gelen güven ilişkisi sigorta sözleşmelerinde de taraflara, diğer tarafı sözleşmeyi kurmak veya belirli şartlarda kurmak konusunda kararlarını etkileyebilecek noktalar hakkında aydınlatmak, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermek, koruyucu tedbirler almak yükümlülüğü yüklemektedir. Sigortacının sigorta sözleşmesinin kurulmasına yönelik her türlü talebi hızlı şekilde değerlendirme ve karara bağlama yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu sebeple, sigorta başvurusunun değerlendirilmesindeki gecikme nedeniyle ortaya çıkan zarar nedeniyle sigortacıyı *culpa in contrahendo*dan dolayı sorumlu tutmak her zaman mümkün olmayacaktır.

Sigorta ettirenin başvurusunun hızlı değerlendirilmesi arzusunun fark edilebilir olması da, sigortacının normal ve olağan değerlendirme süresini kısaltarak hızlı bir şekilde karar verme yükümlülüğünü doğurmayacaktır. Ancak, sigortacının, sigorta ettirenin şahsında sigorta başvurusunu kabul edeceği şeklinde bir intiba uyandırması halinde, sigorta başvurusunu hızlı bir şekilde değerlendirme yükümlülüğü söz konusu olacaktır.

Sigorta ettirenin mevcut sigorta ilişkisini kendisi nezdinde yeni bir sigorta sözleşmesinin akdi için talep bulunduğu sigortacının herhangi bir etkisi olmaksızın feshetmesi halinde, sigortacının sigorta başvurusunu normal prosedürden daha hızlı bir şekilde değerlendirme yükümlülüğünden söz edilemeyecektir. Buna karşılık, sigorta şirketinin değiştirilmesine sigortacının sebebiyet vermesi halinde, sigortacı, mevcut sigorta sözleşmesinin sona ermesi ile kendisi nezdinde sigorta himayesi elde etmesi arasında koruma boşluğu oluşmamasının ancak zamanında geçici sigorta

himayesi başvurusunda bulunması ve bu başvurunun kendisi tarafından kabulüyle mümkün olabileceği hususunda sigorta ettirene hatırlatma yapmakla yükümlüdür. Sigortacı, sigorta ettiren karşısında söz konusu aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmezse, sigorta ettirenin zamanında yaptığı başvurusunu, normal prosedürden daha hızlı bir şekilde incelemekle yükümlü olur. Bu yükümlülüğün ihlali de onun *culpa in conrahendo* sorumluluğunu doğurur.

Sigorta ettirenin icapla bağlılık süresi bitmeden önce, sigorta şirketinin ilgili biriminde talebi kabul edilmiş veya kabul edilmesi gerektiği doğrultusunda görüş beyan edilmiş; fakat sigorta ettirene kabul beyanı açıkça bildirilmeden veya poliçe gönderilmeden önce rizikonun gerçekleşmiş olması hali de sigortacının *culpa in contrahendodan* sorumluluğunu gündeme getirmeyecektir.

Buna karşılık, sigorta başvurusunda bulunan kişinin, icapla bağlılık süresi sona ermeden önceki bir tarihi sigortanın başlangıcı olarak öngörmesi durumunda, sigortacı veya acentesi, geçici sigorta himayesinin sağlanmasının mümkün ise, bu imkâna işaret etmekle yükümlü olur. Sigortacının anılan yükümlülüğünü yerine getirmemesi, akit öncesi kusuru olup, onun *culpa in contrahendodan* sorumluluğunu meydana getirecektir.

30 HAZİRAN 2005 TARİHLİ YETKİ ANLAŞMASINA DAİR LAHEY SÖZLEŞMESİ

Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR*

ÖZET

Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi, Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansının yirminci oturumunda kabul edilmiş bir milletlerarası usul hukuku sözleşmesidir. Sözleşme esas itibariyle münhasır yetki anlaşmalarını ve yetkili kılınan mahkemenin verdiği kararların etkisini düzenlemektedir. Âkit devletler üç konuda yükümlülük altına girmektedirler:

1. Sözleşmeye uygun olarak hazırlanmış bir münhasır yetki anlaşması ile yetkili kılınan devlet mahkemesi davayı görmelidir,
2. Münhasır yetki anlaşması ile yetkili kılınan mahkeme dışında başka bir âkit devlet mahkemesi davaya bakamaz,
3. Münhasır yetkili kılınan devlet mahkemesinin verdiği kararlar diğer âkit devletlerde tanınır ve tenfiz edilir.

Sözleşme, yetki anlaşmalarının, en azından, âkit devletler arasında etkinliğini sağlamayı amaçlamaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: münhasır yetki anlaşması, tanıma, tenfiz,

ABSTRACT

Convention on Choice of Court Agreements is a convention of international procedure law that was drawn up at the Twentieth Session of the Hague Conference on Private International Law. The Convention is mainly about exclusive choice of court agreements and effects of judgments resulting from proceedings based on such agreements. A Contracting State has three obligation with this Convention:

1. The chosen court that designated in exclusive choice of court agreements must hear the case,
2. A court of a Contracting State other than that of the chosen court can not hear the case,

* GÜ Hukuk Fakültesi (Devletler Hususi Hukuku bilim dalı öğretim üyesi.

3. A judgment given by a court of a Contracting State designated in a exclusive choice of court agreements shall be recognised and enforced in other Contracting States.

The Convention has aimed to maintain effectiveness of choice of court agreements among Contracting States.

KEY WORDS: exclusive choice of court agreements, recognition and enforcement,

GİRİŞ

Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı 30 Haziran 2005 günü yirminci oturumunda Yetki Anlaşmasına Dair Sözleşmeyi (YADS)¹ kabul etmiştir. YADS, esas itibariyle iki meseleyi düzenlemektedir. Sözleşmede düzenlenen meselelerden birincisi tarafların yetki anlaşması ile yetkili mahkemeyi belirlemeleri²; ikinci mesele de yetki anlaşması ile belirlenen mahkemenin verdiği kararların tanınması ve tenfizidir. Bu haliyle YADS, milletlerarası ticaret hukuku açısından önem taşıyan milletlerarası usul hukukunun önemli iki meselesini düzenlemektedir. YADS, henüz yürürlüğe girmemekle beraber, böylesi önemli iki meseleyi ele alan ilk milletlerarası metin olması nedeniyle önem taşımaktadır.

Türkiye, henüz YADS'yi imzalamamış ve onaylamamıştır. Bununla beraber Türkiye, milletlerarası ticareti ilgilendiren gelişmeleri izleme ve hazırlanan milletlerarası metinlere katılma konusundaki olumlu bir tavra sahiptir. Dolayısıyla, Sözleşme, Türk hukuku bakımından da ilgi çekici hale gelmektedir.

Bu çalışmada, esas itibariyle, YADS hakkında genel olarak bilgi verilmesi amaçlanmakta olup sözleşmenin kendi düzenleme plânı takip edilecektir. Ancak önce Sözleşmenin hazırlanma süreci hakkında kısa bir açıklama yapılacak ve sonra da Sözleşmenin yapısı ve uygulama alanına ilişkin bilgiler verilecektir. Ardından Sözleşmedeki temel yükümlülükler ayrı ayrı ele alınacaktır. Bu başlıklar altında, gerektiğinde, anılan meseleler hakkında Türk hukukundaki düzenlemelere ve bu düzenlemelerin Sözleşme ile karşılaştırılmasına da yer verilecektir. Çalışmanın amacı, esas itibariyle YADS olduğundan Türk hukuku ile Sözleşmenin karşılaştırılmasına ilişkin açıklamalar, sınırlı bir çerçevede tutulacak ve ilgili kısımlarda yeri geldiğinde yapılacaktır. Son olarak Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin “genel hükümler” ele alınacaktır. Bu başlık altında Sözleşmeye taraf olabilecek devlet ve topluluklar, Sözleşmenin uygulanma anı, beyanlar ve Sözleşmenin yorumu ve uygulanmasının

¹ Sözleşmenin metni için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98 (7.1.2009),

(Metinde kullanılan online kaynakların erişimi 18.2.2009 tarihi itibariyledir). Sözleşme ile ilgili bibliyografya için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=18cid=98.

² Genel olarak milletlerarası usul hukukunda yetki anlaşmaları hakkında bkz. **Sargın, F.**: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996; **Nomer**, Devletler Hususî Hukuku, 16. Bası: Nomer/Şanlı, (Nomer/Şanlı), İstanbul 2008, s. 447 vd.

³ YADS'nin “genel hükümleri” arasında yer alan bu hususlar, sözleşmenin anahtar hükümleri açıklandıktan sonra verilmesi uygun görülmüştür. Bunun yanı sıra, bazı konuların, örneğin beyanların metin içerisinde ilgili başlıklarda değerlendirilmesi yerine Sözleşmenin beyan sistemine dikkat çekmek amacıyla bu başlıkta ayrıca ele alınması yolu tercih edilmiştir.

gözden geçirilmesi incelenecektir³.

A. Sözleşmenin Hazırlanması Süreci

YADS'nin hazırlıklarına metnin Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansının yirminci oturumundan kabulünden çok önce başlanılmıştır. Hazırlık süreci 1992 yılında Amerika Birleşik Devletlerinin mahkemelerin milletlerarası yetkisi ile kararların milletlerarası etkisini içeren bir milletlerarası sözleşme hazırlanması teklifi ile başlamıştır. Amerika Birleşik Devletlerinin bu konuda bir teklif hazırlamasının başlıca nedeni ise, bu devletin yabancı mahkeme kararlarının ülkesinde etkisini kabul eden bir milletlerarası sözleşmeye taraf olmaması ve bu durumun kendi mahkemelerinden verilen kararların (özellikle Amerikan usul hukukundaki aşırı yetki kuralları nedeniyle) diğer devletlerde etkisini göstermesine büyük engel oluşturmasıdır⁴.

Teklif, Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı'nın on yedinci oturumunda kabul edilmiş ve hazırlıklara başlanılmıştır. Konferansın hazırlıklarına başladığı Sözleşme, "mahkemelerin yargılama yetkisi ile hukuki ve ticari meselelere ilişkin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi" başlığını taşıyordu. Bu konudaki hazırlık çalışmaları 1992 ve 1996 yılları arasında devam etmiştir⁵. Bu çalışmaların sonunda hazırlanan yargılama yetkisi ile hukuki ve ticari meselelere ilişkin mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin Sözleşme tasarısının raporu 30 Ekim 1999 tarihinde Diplomatik Konferansa (on dokuzuncu oturum) sunulmuş ve müzakerelere başlanılmıştır. Tasarının müzakereleri birçok açıdan tartışmalı geçmiştir.

⁴ Bu konuda bkz. **Teitz**, L.E.: The Hague Choice of Court Convention: Validating Party Autonomy and Providing an Alternative to Arbitration, Am.J.Com.L., 53(2005), s. 544; American Bar Association adopted by the House of Delegates, (7-8.8.2006), Recommendation, <http://www.abanet.org/intlaw/policy/investment/hcca0806.pdf>

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Nygh**, P./**Pocar**, F.: Report on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, Prel. Doc. No 11 of August 2000, s. 26 vd.,<http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpp11.pdf>; **Hartley**, T./**Dogauchi**, M.: Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, Explanatory Report, (report), <http://www.hcch.net/upload/exp137e.pdf>, s. 16 vd.

⁶ Metin için bkz. OJ EC C 27/1998, s. 1.

⁷ Metin için bkz. OJ EC L 319/1988, s. 9.

⁸ Bu konuda bkz. Nygh/Pocar, s. 28; **Schulz**, A.: The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements,(Convention), Yearbook of Private International Law, VII(2005), s. 3 vd.; Hartley/Dogauchi, report, s. 16-17.

⁹ Taraf devlet hukukuna bırakılan hususlar ve bundan doğabilecek sorunlar ile Tasarı ile Brüksel ve Lugano Sözleşmelerinin farkları için bkz. Nygh/Pocar, s. 29.

¹⁰ Bkz. Teitz, s. 545; Schulz, Convention, s. 4.

Tartışmalar özellikle tasarının çifte karakteri üzerinde yoğunlaşmıştır. Tasarının çifte karakteri, bir başka ifade ile hem taraf devlet mahkemelerin milletlerarası yetkisini hem de kararların tanınması ve tenfizi meselesini birlikte düzenlemesi hususunda Brüksel Sözleşmesi⁶ ve Lugano Sözleşmesinden⁷ esinlenilmiştir⁸. Ancak tasarıda taraf devletlerin yargılama yetkisi kurallarının da uygulanması kabul edilmiştir⁹. Ayrıca Brüksel ve Lugano Sözleşmeleri nispeten benzer kavram ve kurallara sahip devletler için hazırlanmış iken, tasarı hazırlanırken dünya çapında ve çok farklı yetki kurallarına sahip devletler olduğu hususu göz önünde bulundurulmuştur. Farklı kurallara sahip devletlerin Sözleşmeye katılımının sağlanması için esnek ve mümkün olduğunca genel kabul görmüş ifadeler kullanılmaya çalışılmıştır. Ancak bu çaba dahi Sözleşmenin devletler tarafından kabulünü sağlayamamıştır. Ayrıca, Avrupa hukukunda olduğu gibi kabul edilen metinlerin yorumunu yapacak veya çıkabilecek uyuşmazlıkları halledecek bir ortak yargı organının (Adalet Divanı gibi) olmaması en büyük sorunlardan birisi olarak görülmüştür. Tasarı tartışmaları sırasında internet ve elektronik ticaret alanındaki gelişmeler ile tüketicilerin etkin rolü tasarı metninin kabulünü güçleştiren diğer etkenlerden olmuştur¹⁰.

Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı 1999 yılında resmi müzakerelere ara verilmiş, ancak Sözleşme tasarısı üzerinde görüşmelere gayri resmi olarak devam edilmiştir. Yapılan görüşmelerde Sözleşmenin bu kadar geniş kapsamlı olmasının görüş birliğine varmayı zorlaştırdığı sonucuna varılmıştır¹¹. Bu nedenle 2001 yılında daha sınırlı bir konuda Sözleşme hazırlanmasının daha uygun olacağı hususunda anlaşılmıştır. Sözleşme konusu sadece yetki anlaşması ile sınırlandırılmış ve seçilen mahkemenin verdiği kararların etkisi de ele alınmıştır. Anılan konuda çalışma grubu bir Sözleşme taslağı hazırlamış ve 2003 yılında Konferansın Genel İşler ve Politikalar Komisyonuna sunmuştur. Bu arada taslağın Açıklayıcı Raporu¹² da hazırlanmış ve resmi görüşmelerden sonra Konferansın 2005 yılındaki yirminci oturumunda yeni taslak kabul edilmiştir¹³.

Bu Sözleşmenin hazırlık sürecinin uzun sürmesinin ve konusu ile kapsamı yönünden tartışmaların çıkmasının başlıca sebebi, mümkün olduğunca geniş kabul gören ve uygulanan bir metin hazırlanması idi. Sözleşme tasarısının 2005 yılında kabulünden bu yana sadece iki devlet Sözleşmeyi imzalamıştır: Meksika ve Amerika Birleşik Devletleri¹⁴. Bu devletlerden Meksika onay belgesini de Konferansa vermiştir. Sözleşme 27. maddesinde belirtildiği şekilde ikinci kabul, onay veya katılma belgesinin tevdi edilmesinden sonraki üçüncü ayın bitimini izleyen ayın ilk

¹¹ Schulz, Convention, s. 5.

¹² Sözleşmenin hazırlık metinleri için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.

günü yürürlüğe girecektir (m. 31).

B. Sözleşmenin Yapısı

YADS, bir giriş ve beş bölüm ile toplam 34 maddeden oluşmaktadır.

Sözleşmenin birinci bölümünde Sözleşmenin uygulama alanı ile bazı kavramların tanımları yer almaktadır (m. 1-4). Sözleşmenin uygulanması bakımından münhasır yetki anlaşması, hüküm ve gerçek kişilerin dışındakilerin oturma yeri kavramlarından ne anlaşılması gerektiği bu bölümde açıklanmaktadır.

İkinci bölüm, yargılama yetkisine ilişkin hükümler içermektedir (m. 5-7). Münhasır yetki anlaşması ile yetkili kılınan âkit devlet mahkemesinin yargılama yetkisinin özellikleri bu bölümde düzenlenmektedir.

Üçüncü bölüm, “tanıma ve tenfiz” başlığını taşımaktadır (m. 8-15). Bu bölüm, münhasır yetki anlaşması ile yetkili kılınan âkit devlet mahkemesi tarafından verilen hükmün tanınması ve tenfizine ilişkin hükümleri kapsamaktadır.

Dördüncü Bölüm, “genel hükümler başlığında sözleşmenin uygulanma anı, âkit devletlerin hangi konularda beyanda bulunabilecekleri, Sözleşmenin yorumu ve benzeri hususları düzenlemektedir (m. 16-26).

Beşinci Bölüm, son bölüm olup, “nihai hükümler” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde Sözleşmenin yürürlüğü ve Sözleşmeye taraf olabileceklere ilişkin hükümleri kapsamaktadır (m. 27-34).

C. Sözleşmenin Uygulama Alanı

YADS'nin uygulama alanına giren hususlar Sözleşmenin 1. maddesinde ve Sözleşmenin düzenleme konusu dışından kalan hususlar ise, Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenmiştir. Özellikle Sözleşmenin konusu dışında kalan hususlar 2.

Publications & dtid=358cid=98.

Açıklayıcı rapor 2004 yılında iki kez yazılmış (Mart ve Aralık aylarında) ve Konferans tarafından yayınlanmıştır:

Hartley, T.C./Doguchi, M.: Explanatory Report on the Preliminary Draft Convention on Choice of Court Agreements, Prel. Doc. No 25 of March 2004 ve

Hartley, T.C./Doguchi, M.: Draft Report, Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, Prel. Doc. No 26 of December 2004.

¹³ Sözleşmenin resmi açıklayıcı raporu da Mayıs 2007’de yayınlanmıştır. Bkz. yuk. dipnot 5.

¹⁴ Bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98.

¹⁵ Sözleşmede kullanılan âkit devlet ifadesi, üniter devletlerin (Türkiye, Almanya gibi) yanı sıra

maddede oldukça ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

1. Sözleşmenin Uygulama Alanının Sınırlandırılması

YADS'nin 1. maddesine göre bu Sözleşme milletlerarası nitelik taşıyan hukuki ve ticari meselelere ilişkin olarak akdedilen münhasır yetki anlaşmalarına (*exclusive choice of court agreements*) uygulanacaktır. Görüldüğü üzere, Sözleşmenin uygulama alanı üç bakımdan sınırlandırılmıştır. Öncelikle, Sözleşme sadece milletlerarası nitelik taşıyan uyuşmazlıklarda uygulanır. İkinci olarak, Sözleşme sadece “münhasır yetki anlaşmaları” hakkında uygulanacaktır. Üçüncü sınırlama ise, münhasır yetki anlaşmasının düzenlendiği meselelerin “hukuki veya ticari olmasıdır”.

a) Milletlerarası nitelik

Sözleşme sadece “milletlerarası” nitelik taşıyan uyuşmazlıklarda uygulanır. Çünkü uyuşmazlık milli karakter taşıyorsa mahalli hukuka göre meseleler halledilecektir. Sözleşmenin 1. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında milletlerarası niteliğin ne anlama geldiği açıklanmıştır. Anılan fıkralarda milletlerarası uyuşmazlığın tanımı, “seçilen mahkemenin yetkisi” ile “tanıma ve tenfiz” meseleleri bakımından farklılık göstermektedir.

Sözleşmenin 1. maddesinin 2. fıkrasında, Sözleşmenin *ikinci bölümünde* düzenlenmiş olan âkit devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından “milletlerarası uyuşmazlık” tanımlanmıştır. Yetki anlaşmasının taraflarının farklı *âkit devletlerde*¹⁵ oturmaları¹⁶ ve taraflar arasındaki ilişki ve uyuşmazlığın diğer unsurlarının yetkili kılınan devlet mahkemesinin yeri haricinde başka devletle irtibatlı olması halinde milletlerarası uyuşmazlıktan söz edilecektir¹⁷. Örneğin (X), (Y) ve (Z) devletleri YADS'ne taraf olmuşlardır. (X) devletinde oturan ve işyeri bulunan (A) ile (Y) devletinde oturan ve işyeri bulunan (B), aralarındaki satım akdinden doğabilecek uyuşmazlıklar hakkında (Z) mahkemelerini yetkili kılmışlardır. Anılan yetki anlaşması hakkında YADS hükümleri uygulanacaktır. Çünkü satım akdinin tarafları farklı devletlerde oturmaktadır ve bu nedenle milletlerarası nitelik taşıyan bir uyuşmazlık söz konusudur.

Bunun aksine uyuşmazlığın taraflarının aynı âkit devlette oturmaları ve taraflar arasındaki ilişki ile uyuşmazlığın bütün diğer unsurları ile aynı devletle irtibatlı olması halinde ise uyuşmazlık milletlerarası nitelik taşımaz. Zira bu halde uyuşmazlık bütün unsurları ile tek bir devletle irtibatlıdır. Yukarıdaki örnekte (A) ve (B), her ikisi de (X) devletinde oturdukları halde (Y) mahkemelerini yetkili kılmaları durumunda, milletlerarası nitelikten söz edilmeyecektir. Uyuşmazlığın taraflarının yetki anlaşması ile sadece bir başka âkit devlet mahkemesini yetkili

kılmaları YADS'nin uygulanması için yeterli değildir. Sözleşmenin 1. maddesinin 2. fıkrasında milletlerarası niteliğin belirlenmesinde yetkili kılınan mahkemenin bulunduğu devletin dikkate alınmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Sözleşmenin 1. maddesinin 3. fıkrasında, Sözleşmenin *üçüncü bölümünde* düzenlenmiş olan tanıma veya tenfiz söz konusu olduğunda “milletlerarası niteliğin” nasıl belirleneceği hükme bağlanmıştır. Anılan hükme göre başka bir âkit devlet mahkemesinden verilen kararın tanınması veya tenfizi talep edildiğinde uyumsuzluk milletlerarası niteliklidir.

b) Münhasır yetki anlaşmaları

YADS'nin ilk maddesinde Sözleşmenin esas itibariyle “münhasır yetki anlaşmaları” hakkında uygulanması kabul edilmiştir. Sözleşme, 3. maddesinde “münhasır yetki anlaşmaları” kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Sözleşmenin 3. maddesinin (a) fıkrasına göre “münhasır yetki anlaşması”, *taahhüt arasında mevcut bir hukuki ilişki nedeniyle çıkmış veya çıkabilecek uyumsuzlukları karara bağlamak üzere âkit devlet mahkemelerinden birinin veya birkaçının bu Sözleşmede belirtilen şekilde hazırlanmış bir anlaşma ile yetkili kılınmasıdır*. Söz konusu yetki anlaşması ile bir hukuki ilişkinin taraflarının belirlediği devlet mahkemelerinde davanın görülmesi sağlanmakta ve bunun dışındaki âkit devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisi somut olayda bertaraf edilmektedir.

c) Hukuki ve ticari meseleler

Hukuki ve ticari mesele sınırlaması, bu tür milletlerarası sözleşmelerde getirilen tipik şartlardan birisi olup, Sözleşmenin kamu hukuku (örneğin ceza veya idare hukuku) meseleleri hakkında uygulanmayacağını açıkça belirtmek için konulmaktadır.

Milletlerarası usul hukukunda “hukuki mesele” ve “ticari mesele” kavramlarının kabul görmüş yeknesak bir tanımı bulunmamakta, her hukuk düzeni bu kavramları kendi hukukuna göre vasıflandırmaktadır¹⁸.

2. Sözleşmenin Uygulama Alanı Dışında Kalan Hususlar

kısmi hukuk düzenlerine sahip devletler (Kanada, Amerika Birleşik Devletleri gibi) ile bölgesel ekonomik bütünleşme topluluklarını de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır (m. 25 ve 29, 30).

¹⁶ YADS gerçek kişilerin dışında tüzel kişilerin oturma yerinden ne anlaşılması gerektiğini 4. maddenin 2. fıkrasında göstermiştir. Bu hükme göre tüzel kişilerin oturma yeri olarak a) merkezinin bulunduğu, b) kurulduğu, c) idare merkezinin veya d) işletme merkezinin bulunduğu devlet belirlenmiştir.

Sözleşmenin uygulama alanı dışında kalan hususlar Sözleşmenin 2. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir; Sözleşmenin hangi münhasır yetki anlaşmalarında, hangi konularda ve kimlerin taraf olduğu uyuşmazlıklar hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Öncelikle YADS, gerçek kişileri ilgilendiren şahsın hukuku, aile hukuku meseleleri ile tüketici meseleleri için düzenlenen münhasır yetki anlaşmalarına uygulanmaz. Ayrıca toplu iş akitleri de dâhil iş akitlerine ilişkin münhasır yetki anlaşmalarına da bu Sözleşme uygulanmaz (m. 2/1, a ve b). Dolayısıyla bu tür hukuki ilişkilerle ilgili olarak yapılan yetki anlaşmaları hakkında bu Sözleşme uygulanmayacaktır.

İkinci olarak YADS, gerçek kişilerin ehliyet meselelerine; nafakaya; mal rejimi dahil evlilik birliğinden kaynaklanan hak ve yükümlülükler; miras ve vasiyetnamelere; iflas, konkordato ve benzer meselelere; yük ve yolcu taşımalarına; deniz kirliliği, denizcilikle ilgili sorumluluğa, zamanaşımına, genel olarak avarya ve acil çekme ücreti ile kurtarma ve yardım; anti tröstle (rekabetle) ilgili hususlara; nükleer kazalardan doğan sorumluluğa; kişisel zararlara ilişkin taleplere; akdi ilişkiye dayanmayan ve tüketim mallarının neden olduğu zararlardan kaynaklanan haksız fiil taleplerine; taşınmaz malların aynına ilişkin meselelere ve taşınmaz malların kirasına; tüzel kişilerin varlığı ve organlarının kararlarının geçerliliğine; telif hakkı ve bununla ilgili haklar dışındaki fikri mülkiyet haklarına ve bu hakların ihlâline ilişkin uyuşmazlıklar ile kamu sicillerinin geçerliliğine de uygulanmaz (m. 2/2)¹⁹. YADS’de sayılan on altı konunun içerisinde yer alan bazı başlıklar başka milletlerarası sözleşmelerle düzenlendikleri için bu Sözleşmenin dışında bırakılmışlardır. Bir kısmı da hukuki veya ticari mesele olarak vasıflandırılmadıkları için Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmışlardır²⁰. Başka bir ifade ile anılan meselelere ilişkin olarak yapılan yetki anlaşmaları bu Sözleşmenin uygulama alanına girmeyecektir. Bununla beraber, Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrasında sayılan meselelerden birisi başka bir davada ön sorun olarak ortaya çıkarsa ve davanın konusu değilse, bu durum Sözleşmenin uygulanmasına engel değildir (m. 2/3)²¹.

¹⁷ Bu konuda bkz. **Hartley**, C.: Hague Choice-of-Court Convention, *European Law Review*, 31(2006), S. 3, s. 417-418; **Nanda**, V.P.: The Landmark 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements, *Texas Int’l L.J.*, 42(2007), s. 777. Sözleşmenin kabulünden önce hazırlanan açıklayıcı rapordaki farklı düzenleme için bkz. *Hartley/Dogauchi*, report, s. 29.

¹⁸ Sözleşmenin kapsamının sadece “ticari meselelerle” sınırlamanın mümkün olmadığı, bazı hukuk düzenlerinde bu kategorinin kapsamının geniş, bazı hukuk düzenlerinde ise çok dar tutulduğu belirtilmektedir. Bkz. *Nygh/Pocar*, s. 29 vd.; *Hartley/Dogauchi*, report, s. 30.

¹⁹ Sözleşmenin 2. maddesinde sayılan hususlar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Hartley/Dogauchi*, report, s. 30 vd.

²⁰ Bu konuda bkz. *Nanda*, s. 779-780.

Öte yandan, Sözleşme tahkim ve onunla ilgili usul ve davalar hakkında da uygulanmaz (m. 2/4)²². Devlet veya bir kamu kurumu yahut böyle bir kurum adına hareket eden kişilerin taraf olduğu uyuşmazlıklar da Sözleşme kapsamında değildir (m. 2/5).

Bunakarşılık, sigorta akitlerinin Sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakılmadığı açıkça belirtilmiştir. Sözleşmenin 17. maddesine göre, Sözleşmenin uygulama alanına girmeyen bir meseleye ilişkin olarak yapılan sigorta akitleri hakkında da Sözleşme uygulanacaktır. Sigorta akidinden doğan yükümlülüklerle ilişkin kararların tanınması ve tenfizi hakkında da yine Sözleşme hükümleri uygulanmalıdır. Âkit devletler bu tür kararları, Sözleşmenin uygulama alanına girmeyen bir konuda verilmesi veya tazminatla ilgili (m. 11) olması nedeniyle tanınması ve tenfizini reddedemezler.

D. Sözleşme ile Getirilen Temel Yükümlülükler

YADS, bu Sözleşmeye taraf olan devletlerin üç yükümlülüğünün bulunduğunu hükme bağlamıştır. Bu yükümlülükler aşağıda ayrıca ele alınacak olmakla beraber burada özel olarak belirtilmesi uygun görülmüştür. Çünkü bu üç yükümlülüğü düzenleyen hükümlerin Sözleşmenin *anahtar hükümleri* (temel hükümleri) olduğu kabul edilmektedir²³.

YADS'ye göre taraf devletlerin temel yükümlülükleri şunlardır:

Tarafların münhasır yetki anlaşması ile yetkili kıldığı âkit devlet mahkemesi yargılama görevini yerine getirmelidir (m. 5),

Yetki anlaşması ile yetkili kılınmayan âkit devlet mahkemeleri somut uyuşmazlık konusunda yargılamayı reddetmelidirler (m. 6),

Yetki anlaşması ile belirlenmiş olan âkit devlet mahkemesinin verdiği karar, bu Sözleşmeye taraf olan diğer devletlerde tanınmalı ve tenfiz edilmelidir (m. 8).

E. Münhasır Yetki Anlaşması ile Yetkili Kılınan Mahkemenin Yargılama Mecburiyeti

Bir yetki anlaşması ile Sözleşmenin uygulama alanına giren hususlar hakkında

²¹ Ayrıca âkit devletlere taraf olurken veya daha sonra, maddede sayılanların dışında hangi meseleler hakkında Sözleşmeyi uygulamayacaklarını beyan etme yetkisi de tanınmıştır (m. 21). Bkz. aşa. H, 3.

²² Bu konuda bkz. **Schulz, A.**: The Future Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and Arbitration, Parallel Proceedings and Possible Treaty Conflicts, in Particular with ICSID and the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (arbitration), Prel. Doc. No 32 of June 2005, http://www.hech.net/upload/wop/jdgm_pd32e.pdf

çıkmiş veya çıkması muhtemel uyuşmazlıkları halledecek devlet mahkemesi belirlendiği takdirde davacının davayı belirlenen mahkemede açması gerekir. Âkit devlet mahkemeleri, sözleşmenin uygulama alanına giren ve usulüne uygun yapılmış bir münhasır yetki anlaşması ile yetkili kılınmaları halinde açılan davayı sonuçlandırmakla yükümlüdürler (m. 5/1). Öyle ki, yetkili kılınan âkit devlet mahkemesi, bu münhasır yetki anlaşması kendi hukukuna göre geçersiz olsa bile yargılamaya devam etmelidir.

1. Münhasır Yetki Anlaşmalarının Yapılması

Anılan yükümlülüğün söz konusu olabilmesi için bazı şartların yerine getirilmiş olması gereklidir:

Bir kere, tarafların bir yetki anlaşması akdetmeleri şarttır. Yetki anlaşması, taraflar arasında ayrı bir anlaşma olarak akdedebileceği gibi esas anlaşmaya bir şart olarak da konabilir. Her halde esas anlaşmanın geçersizliği, yetki anlaşmasının geçerliliğini etkilemez (m. 3/d)²⁴.

Bunun yanı sıra, yetki anlaşmasının Sözleşme anlamında geçerli olabilmesi için şekil şartlarına uyulmalıdır. Sözleşmenin 3. maddesinin c) bendinde düzenlendiği üzere yetki anlaşmasının yazılı olarak veya kendisine ulaşmayı mümkün kılacak iletişim araçlarıyla akdedilmiş veya belgelenmiş olması icap eder. Bu durumda e-posta ve fax ile de yetki anlaşmasının yapılması mümkündür. Bu hükümle öngörülen şekil, ispat için olmayıp geçerlilik şartıdır²⁵.

Üçüncü şart, Sözleşmenin uygulama alanına giren bir hususta düzenlenen yetki anlaşması ile tayin edilen devlet mahkemesinin münhasır yetkiye sahip olmasıdır. Sözleşme bu husus üzerinde önemle ve özellikle durmuştur. Hatta bu konuda bir karine kabul edilmiştir. Bir yetki anlaşması, taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, münhasır yetki anlaşması olarak işlem görecektir (m. 3/b).

Tarafların yetki anlaşması ile seçebilecekleri mahkeme birden fazla olabilir. Sözleşme uyarınca âkit bir devletin mahkemelerini veya bir âkit devletin bir veya daha fazla mahkemesini yetkili kılan yetki anlaşması yapılabilir.

²³ Bkz. Hartley/Dogauchi, report, s. 21; Schulz, Convention, s. 9; Teitz, s. 550; **Brand**, R.A.: Introductory Note to the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements, Int'l Legal Materials, 44(2005), s. 1291; **Berlin**, M.B.: The Hague Convention on Choice of Court Agreements: Creating an International Framework for Recognizing Foreign Judgments, Int'l L.&Mgmt Rev., 3(2006), s. 57.

²⁴ Aslında yetki anlaşmaları bu hali ile *Common Law* anlaşmalar hukukundan farklıdır. Zira bu hukuk sisteminde akitlerde "karşılık" önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak Sözleşme bu konuda yetki anlaşmalarını esas anlaşmadan ayrı tutarak çözüm getirmeye çalışmıştır.

Son olarak, taraflar yetki anlaşması ile sadece âkit devlet mahkemelerini yetkili kılabilirler. Sözleşmenin uygulanması bakımından karşılıklılık esas olup, âkit olmayan bir devlet mahkemesini yetkili kılan yetki anlaşmaları hakkında Sözleşme dikkate alınmaz.

2. Münhasıran Yetkili Kılınan Mahkeme Davayı Yetkisinin Bulunmadığından Bahisle Reddedemez

YADS'ye göre, usulüne uygun olarak münhasıran yetkili kılınan mahkeme, davanın başka bir devlet mahkemesinde görülmesi gerektiği gerekçesiyle yetkisinin bulunmadığına karar veremez (m. 5/2). Bir davanın başka bir devlet mahkemesinde görülmesi gerekçesiyle reddedilebilmesi iki nedenden birine dayanabilir: *Forum non conveniens* ve derdestlik (*lis pendes*).

Forum non conveniens, *common law* sistemine ait bir kavramdır. Bu kavram farklı şekillerde formüle edilse de genel olarak, bir davanın, görülmekte olduğu devlet mahkemesi tarafından, başka bir devlet mahkemesi ile daha yakın irtibatlı olduğu gerekçesiyle, reddedilmesi anlamına gelmektedir²⁶. Sözleşmenin 5. maddesinin ikinci fıkrası hükmü karşısında *common law* sistemine dâhil âkit devlet mahkemeleri yetki anlaşmasından kaynaklanan yetkilerini, davanın başka bir devlet mahkemesinde görülmesinin daha uygun olacağı gerekçesi ile reddedemeyeceklerdir.

Derdestlik (*lis pendes*) ise, daha ziyade Kara Avrupası hukuk sistemlerinde kullanılmakta olan davayı red sebeplerindedir. İki farklı mahkemede aynı taraflar arasında aynı dava sebebi ve konusuna dayanan iki davanın görülmekte olması halinde derdestlik itirazı ileri sürülebilir. İç hukukta geniş uygulama alanı bulan bu durum, milletlerarası usul hukukunda da sınırlı olarak kabul edilmektedir²⁷. YADS ise kapsamına giren davalar bakımından derdestlik yolunun kullanılmasını engellemektedir.

Yetkili kılınan devlet mahkemesinin davayı sonuçlandırma yükümlülüğü bulunmakla beraber, Sözleşmede bazı hallerde, aynı âkit devlet içinde kalmak kaydıyla, seçilen mahkemenin davayı bir başka mahkemeye göndermesi kabul edilmiştir. Sözleşmenin 5. maddesinin ilk iki fıkrası hükümleri, dava konusu ve değerine ilişkin yetki kuralları ile mahkemesi yetkili kılınan devletin iç yetki kurallarının uygulanmasını etkilemeyecektir (m. 5/3). Ancak bu hallerde dahi gönderme kararı verilirken tarafların seçimine gereken önem verilmelidir²⁸.

²⁵ Bkz. Hartley/Dogauchi, report, s. 40-41; Kruger, T.: The 20th Session of Hague Conference: A New Choice of Court Convention and the Issue of EC Membership, Int'L&Comp.L.Q., 55(2006),

Görüldüğü üzere YADS, tarafların yetki anlaşması ile belirledikleri mahkemenin münhasıran yetkili olmasını ve davanın çeşitli gerekçelerle seçilen bu mahkemede görülmeye devam edilmesini engelleyecek mekanizmaları saf dışı bırakan hükümler getirmektedir: Münhasır yetki anlaşması karinesi ve yetkili kılınan mahkemenin yargılama yetkisini yerine getirmesi yükümlüğünde olduğu gibi. Böylece Sözleşmenin giriş kısmında belirtilen milletlerarası ticaret hayatında hukuki kesinlik ve güvenliği sağlayarak yetki anlaşmalarının etkinliğini artırma hedefine ulaşılmaya çalışılmaktadır.

3. Türk Hukuku Bakımından Yetki Anlaşmaları ve YADS

Türk milletlerarası usul hukukunda yetki anlaşmalarına ilişkin hükümler ile Sözleşmenin hükümlerini birçok açıdan karşılaştırmamız mümkündür. Öncelikle Türk hukukunda yetki anlaşmalarını iki ayrı ihtimale göre ele alınması gerekir.

Birinci ihtimal, tarafların yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta milletlerarası yetkiyi haiz bir Türk mahkemesi mevcut iken yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili olduğunu kararlaştırmalarıdır.

İkinci ihtimal ise, tarafların yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta milletlerarası yetkiyi haiz bir Türk mahkemesi olup olmadığını araştırmaksızın bir Türk mahkemesini yetki anlaşması ile milletlerarası yetkili kılmalarıdır.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun²⁹ (MÖHUK), sadece birinci ihtimale göre, yani yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılan yetki anlaşmalarını düzenlemiş olup, ikinci ihtimal, yani yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetki anlaşması ile yetkili kılınması ayrıca ele alınmamıştır. Türk mahkemelerini yetkili kılan milletlerarası unsurlu yetki anlaşmaları Türk Medeni Usul Hukukuna tabi olacaktır³⁰. Mevzuatımızda bu duruma (milletlerarası unsur bakımından) tam olarak karşılık gelmemekle beraber, yetki anlaşmalarını iç hukuk bakımından düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun³¹ (HUMK) 22. maddesi bulunmaktadır. HUMK'nun 22. maddesine göre mahkemenin yer itibarıyla yetkisinin kamu düzeni esasına göre belirlenmediği hallerde taraflar aralarındaki ilişkiden doğabilecek uyuşmazlıklar hakkında yetkili

s. 449.

²⁶ Bkz. **Dacey, A./Morris, J.**: The Conflict of Laws, 13. Bası, (ed. L. Collins ve diğerleri), Londra 2000, s. 385 vd.; **North, P./Fawcett, J.**: Cheshire and North's Private International Law, 11. Bası, Londra 1987, s. 222 vd.; **Fawcett, J.**: The Interrelationships of Jurisdiction and Choice of Law in Private International Law, Current Legal Problems, 44(1991), s. 39 vd.; **Birnbaum, S.L./Dunham,**

olmayan bir başka Türk mahkemesini yazılı bir anlaşma ile yetkili kılabilirler. Bu halde yetki anlaşması ile yetkili kılınan yer mahkemesi o davaya bakmaktan kaçınmaz³². Söz konusu hükmün yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir³³. Dolayısıyla yabancı unsur taşıyan herhangi bir uyuşmazlığın halli hususunda Türk mahkemeleri tarafların yazılı olarak yapacakları bir anlaşma ile yetkili kılınabilecek ve yetkili kılınan yer mahkemesi de bu davayı görecektir.

MÖHUK'un 47. maddesi tarafların yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılan yetki anlaşmaları yapmaları ihtimalini hükme bağlamaktadır. MÖHUK'un 47. maddesine göre, yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkisinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Türk Milletlerarası Usul Hukukuna göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf eden yetki anlaşmalarının yapılması mümkündür. Anılan hükme göre yetki anlaşması yapılabilmesinin şartları şunlardır:

Taraflar arasında “yabancı unsurlu bir uyuşmazlık” bulunmalıdır. Bu şart Sözleşmede uyuşmazlığın milletlerarası nitelik taşıması gerektiği şeklinde ifade edilmiş ve hangi hallerde bu niteliğin söz konusu olacağı belirtilmiştir.

İkinci olarak yetki anlaşmasının yapılabilmesi için Türk mahkemelerinin yetkisinin “münhasır yetki” esasına göre tayin edilmemiş olması gerekmektedir. Mevzuatımızda yer alan yetki kuralları incelendiğinde, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin³⁴ Türkiye’de bulunan taşınmaz malların aynına ilişkin davalar bakımından kabul edildiği görülmektedir (HUMK m. 11). Taşınmaz malların aynına ilişkin uyuşmazlıklar Sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakılmıştır.

Türk hukukunda yetki anlaşmalarının “borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar” için yapılması kabul edilmiştir. Sözleşmede ise hukuki ve ticari meseleler için yetki anlaşmasının yapılması esası benimsenmiş ve meseleler hukuki ve ticari olsalar da Sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakılanlar ayrıca liste halinde bir hükümde belirtilmiştir. Türk hukukunda Sözleşme kadar geniş bir liste olmasa da 47. maddenin ikinci fıkrasında bazı davalar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası

D.W.: Foreign Plaintiffs and Forum Non Conveniens, Brook.J.Int'l L., 16(1990), s. 241 vd.

²⁷ Bu konuda bkz. Nomer/Şanlı, s. 426 vd.; **Doğan**, V.: Türk Hukukunda Yabancı Derdestlik, Prof. Dr. Ergin Nomer Armağanı, MHB, 22(2002), S. 2, s. 121 vd.; **Akıncı**, Z.: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002, s. 27 vd.

²⁸ Hartley/Dogauchi, report, s. 44-45.

yetkisinin yetki anlaşması ile bertaraf edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Hakkında yetki anlaşması yapılamayacağı hükme bağlanan uyuşmazlıklar da aslında bazı akitlere ilişkindir. MÖHUK'un 44. maddesinde düzenlenen iş akdi ve iş ilişkisi davaları, 45. maddesinde düzenlenen tüketici akdine ilişkin davalar ve 46. maddesinde düzenlenen sigorta akdine ilişkin davalar hakkında yetki anlaşması yapılması Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini etkilemeyecektir. Sayılan davalar dolayısı ile Türk hukuku ile Sözleşme arasında sigorta akitleri bakımından farklı bir yaklaşım söz konusudur.

Türk hukukuna göre tarafların yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlık konusunda yetki anlaşması ile yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılmaları gerekir. Sözleşme bakımından ise tarafların milletlerarası nitelik taşıyan uyuşmazlıkları için âkit devlet mahkeme veya mahkemelerini belirleyen yetki anlaşması yapmaları mümkündür. Sözleşme, Türk hukukundan farklı olarak bir âkit devlette birden fazla mahkemeyi yetkili kılan yetki anlaşmasının yapılmasına izin vermektedir.

Son olarak Türk hukukunda da yetki anlaşmalarının yazılı yapılması kabul edilmiştir. MÖHUK'un 47. maddesinin ikinci cümlesine göre yetki anlaşması yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olur³⁵.

Kanaatimizce, Sözleşme ile Türk medeni usul hukukunda ve Türk milletlerarası usul hukukunda yer alan milletlerarası uyuşmazlıklar için yapılan yetki anlaşmalarına ilişkin hükümler arasında bazı farklılıklar bulunmakla beraber, Sözleşme Türk hukuku bakımından kabul edilemez nitelikte hükümler içermemektedir.

F. Münhasır Yetki Anlaşması ile Yetkili Kılınmayan Mahkeme Yargılamayı Reddetmelidir

YADS'nin 6. maddesi anılan Sözleşmenin ikinci anahtar hükmüdür ve âkit devletlere önemli bir yükümlülük getirmektedir.

1. Kural

Sözleşmenin 6. maddesi göre dava, tarafların münhasır yetki anlaşması ile belirledikleri âkit devlet mahkemesinde (veya mahkemelerinden birinde) açılmayıp, başka bir âkit devlet mahkemesinde açılırsa bu mahkemenin davayı reddetmesini öngörmektedir. Çünkü Sözleşme ile yetki anlaşmalarının etkinliğinin sağlanması hedeflenmektedir. Eğer uyuşmazlığın tarafları bir yetki anlaşması yapmışlarsa

²⁹ RG 12.12.2007-26728.

³⁰ Bkz. **Kuru**, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 4. Bası, Ankara 1979, s. 414; Nomer, s. 448.

buna uygun olarak hareket etmelidirler. Aynı şekilde devletler de Sözleşmeye taraf olmakla milletlerarası nitelikli uyumsuzluklar bakımından tarafların yaptıkları yetki anlaşmalarına etkinlik tanıma yükümlülüğü altına girmektedirler. Buna rağmen uyumsuzluğun taraflarından birisi yetkili kılınmayan âkit devlet mahkemesinde dava açarsa, bu dava yetki anlaşmasının mevcudiyeti nedeniyle re'sen askıya alınmalı (*suspend*) veya reddedilmelidir (*dismiss*).

Yetkili kılınmayan âkit devlet mahkemesinin yargılamaya son vermesi için davalının herhangi bir itirazda bulunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Somut olayda mahkeme böylesi bir anlaşmayı tespit ettiği takdirde resen karar vermelidir. Hatta bu mahkemenin kendi milli hukukuna göre somut olayda milletlerarası yetkiye sahip olması da bu sonucu değiştirmemektedir. Böylece yetki anlaşmalarının gerçek anlamda “münhasır olma” niteliği temin edilmiş olmaktadır³⁶. Yukarıda da değinildiği üzere, Sözleşmenin 5. maddesi yetkili kılınan mahkemenin davanın başka bir yerde görülmesi gerektiği gerekçesiyle yargılamayı reddedemeyeceğini hükme bağlamıştır. Sözleşmenin 6. maddesi ile 5. maddedeki bu hükmün etkinliği sağlanmış olmaktadır.

2. İstisnalar

Yetkili kılınmayan âkit devlet mahkemesinin davayı askıya alma veya reddetmesi kuralına Sözleşme ile beş istisna getirilmiştir. Bu istisnalardan ilk ikisi standart, üç ve dördüncüsü de istisnai hallerde uygulanmak üzere getirilmişlerdir. İstisnai olarak uygulanması öngörülen sebepler geniş yorumlandığı takdirde Sözleşmenin amacından uzaklaşma riski ortaya çıkacaktır. Getirilen istisnalar konusunda New York Sözleşmesi olarak da bilinen Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinden³⁷ esinlenilmiştir. Sözleşmenin 6. maddesinde yetki anlaşması ile yetkili kılınmayan bir devlet mahkemesini yetkili hale getiren sebepler şunlardır³⁸:

³¹ RG 2, 3, 4.7.1927–622, 623, 624.

³² Türk Medeni Usul Hukukundaki yetki anlaşmaları için bkz. Kuru, s. 359–364 ve 413–415.

³³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, s. 447 vd.; Sargın, s. 211 vd.

³⁴ Bu konuda bkz. Sargın, s. 150 vd.

³⁵ MÖHUK'un 47. maddesinin ikinci cümlesindeki ifade, şekil şartının ispat için mi geçerlilik için mi konulduğu hususunda tereddüde sevk edecek bir tarzda kaleme alınmıştır. Eğer yetki anlaşmasının yazılı yapılması isteniyorsa, ‘Anlaşma yazılı olarak yapıldığı takdirde geçerli olur’; eğer yetki anlaşmasının yazılı delille ispatı gerektiğine işaret edilmek isteniyorsa, ‘Anlaşma yazılı delille ispat olunur’ ifadelerinden biri kullanılabilir. Kanunun metninden değilse de gerekçesinden bu

Yetki anlaşmasının geçersiz olması

Yetki anlaşmasının, mahkemesi yetkili kılınan devlet hukukuna göre geçersiz olması halinde davanın bir başka âkit devlet mahkemesinde görülmesi mümkündür. Bu hüküm aslında Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının da tekrarı niteliğindedir³⁹.

Ehliyetsizlik

İkinci istisna, yetki anlaşması yapan taraflardan birinin ehliyetsiz olmasıdır⁴⁰. Sözleşmeye göre tarafların yetki anlaşması ile yetkili kıldıkları mahkemeden başka bir devlet mahkemesinde (*the State of the court seised*) dava açılması ve davanın açıldığı devlet hukukuna göre taraflardan birinin akit yapma ehliyetine sahip olmaması halinde yetki anlaşmasına itibar edilmeyecektir⁴¹. Yetki anlaşması ile mahkemesi yetkili kılınmayan devletin hukuku ile bu devletin hem kanunlar ihtilafı hukuku, hem de iç hukukunun kastedildiği kabul edilmektedir.

Haksızlık veya kamu düzenine aykırılık

Yetki anlaşmasına uyulmasının açıkça haksız sonuçlara yol açması veya mahkemesi yetkili kılınmayan devletin (*the State of the court seised*) kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi Sözleşmede öngörülen bir diğer istisnadır⁴². Taraflardan birinin mahkemesi yetkili kılınan devlette önyargı, rüşvet ve benzeri

ifadenin ispat için kullanıldığı tespit edilebilmektedir.

³⁶ Bu konuda bkz. Hartley/Dogauchi, report, s. 45.

³⁷ Sözleşmenin metni için bkz. RG 25.9.1991-21002.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hartley/Dogauchi, report, s. 47-48; Schulz, Convention, s. 9-10; Nanda, s. 781.

³⁹ Bkz. New York Sözleşmesi m. II/3 ve Schulz, arbitration, s. 9-10.

⁴⁰ Bkz. New York Sözleşmesi m. V/1, (a).

⁴¹ Aslında yetki anlaşması yapma ehliyeti konusunda hem mahkemesi yetkili kılınan devlet hukuku hem de dava açılan devlet hukuku birlikte uygulanmakta ve tarafların her iki devlet hukukuna göre ehil olmaları gerekmektedir.

⁴² Bkz. New York Sözleşmesi m. V/1, (b) ve m. V/2, (b).

⁴³ Bkz. New York Sözleşmesi m. II/3.

⁴⁴ Schulz, arbitration, s. 10.

⁴⁵ MÖHUK m. 47'nin gerekçesinde (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.htm>) şu cümleler aynen yer almaktadır: "Üçüncü cümle haline gelen, 2675 sayılı Kanunun 31 inci maddesinin ikinci cümlesi açık bir şekilde, seçilen yabancı mahkemenin münhasır bir yetki kazanacağını ifade etmekteydi. Buna rağmen, uygulamada taraflar arasında yapılan yetki anlaşmasıyla seçilen mahkemenin münhasır bir yetki kazanması konusunda farklı kararların çıktığı görülmüştür. Seçilen mahkemenin münhasır bir yetki tesis edeceği hükmünü daha net ve kesin olarak ifade etmek amacıyla, ikinci cümlenin yapısı değiştirilmiştir. Bu yeni ifade şekliyle, mevcut bir yetki anlaşması varsa, seçilen yabancı mahkeme kendisini yetkisiz görmedikçe veya davayı görmekten kaçınmadıkça, yetkili Türk mahkemesinde dava açılmayacağı, açıldığı takdirde yetkisizlik itirazı

sebeplerden dolayı adil yargılanmasının mümkün olamayacağını anlaşılması veya yetki anlaşmasının davanın açıldığı devletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği hallerde artık yetki anlaşmasına göre yetkili mahkeme belirlenmeyecektir.

İfanın mümkün olmaması

Tarafların kontrolü dışında istisnai sebeplerden dolayı akdin ifasının mümkün olmaması halinde de dava bir başka devlet mahkemesinde görülebilir⁴³. Buradaki ifa imkânsızlığı mutlak olmalıdır.

Yetkili kılınan mahkemenin davanın dinlenmemesine karar vermesi

Yetki anlaşması ile yetkili kılınan mahkemenin davanın dinlenemeyeceği (*not*

ile karşılaşabileceğinin ifade edildiği hükmün artık farklı bir şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir. Ancak yetki sözleşmesinin varlığına rağmen, Türk mahkemesinde açılan bir davada, davalı tarafın yetki itirazında bulunmaması halinde Türk mahkemesinin davayı görebileceği de, doğabilecek tereddütleri önlemek amacıyla cümleye eklenmiştir.” Gerekeçedeki ifade ve kavram yeknesaklığı sorunları bu çalışmanın konusunu oluşturmadığından üzerinde durulmayacaktır. Ancak gerekeçedeki mantık üzerinde durulması gerektiği düşünülmektedir.

Herhangi bir konuda bir mahkemenin yetkisinin münhasır olduğunun kabul edilmesi, kural olarak çift yönlü bir etki doğurur. Birinci etki münhasır yetkili kılınan mahkemenin önüne gelen uyuşmazlığı çözme mecburiyeti, ikinci etki ise, davanın başka bir mahkemede görülememesidir. İkinci etki nedeniyle münhasır yetkili olmayan mahkeme yetki durumunu kendiliğinden dikkate almak durumundadır. İç hukukta süreç bu şekilde işlemektedir. Milletlerarası usul hukukunda ise herhangi bir devlet mahkemesinden yabancı bir devletin mahkemesinin münhasır yetkisini dikkate alarak karar vermesi beklenilmez. Böylesi bir yükümlülük ancak bir devletin yetki kurallarının açıkça izin vermesi veya bu konuda bir milletlerarası sözleşmenin mevcudiyeti halinde ortaya çıkar.

Diğer yandan yetki anlaşması ile yetkili kılınan bir mahkemenin yetkisini münhasır olarak niteledikten sonra bu niteliğin muhafazası, uyuşmazlığın bir tarafının iradesine bırakılmamalıdır. Oysa MÖHUK'un 47. maddesinde Türk mahkemesinde davanın iki farklı halden birinin mevcudiyeti halinde görüleceği hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde ifade edilmiştir.

Birinci hal, yetkili kılınan yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz saymasıdır. Yabancı mahkemenin kendisinin yetkisiz olduğuna karar vermesinden sonra Türk mahkemesinde dava görülecektir. Zaten Türk mahkemesindeki davada artık davalının yetki anlaşmasının bulunduğu yolundaki itirazı da dikkate alınmayacaktır.

İkinci halde ise yabancı mahkemenin böylesi bir yetkisizlik kararı bulunmamaktadır. Buna rağmen dava Türk mahkemesinde açılmıştır. Ama Türk mahkemesinin kendiliğinden davanın yetkili kılınan mahkemede açılması gerektiği yolunda bir karar vermesi ya da yabancı mahkemenin bu konuda yetkili olup olmayacağını araştırması söz konusu değildir. Aksine, her ne kadar yetki anlaşması ile yetkili kılınan yabancı mahkeme münhasır yetkili olsa da bu dava, ancak davalının itirazı üzerine yetkisizlik kararıyla sonuçlanabilir.

Madde gerekeçesindeki bu kavram karışıklığının başlıca sebebinin 2675 sayılı MÖHUK m. 31 dolayısıyla uygulamada verilen farklı kararlar olduğu yine bizzat gerekeçde belirtilmektedir. Madde metninin kısa ve kesin cümlelerle hazırlanması halinde uygulama ve doktrin bakımından tereddüde yol açmayacak hükümlerin getirilebileceği düşünülmektedir: “(1) Yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, aralarındaki yabancılik unsuru taşıyan ve

to hear the case) yolunda karar vermesi hali de bir diğer istisnadır. Bu durum, dördüncü istisna ile yakından ilişkilidir. Ancak mahkemesi yetkili kılınan devletin iç yetki kurallarının uygulanması neticesinde dosyanın aynı devlet içerisinde bir başka mahkemeye gönderilmesi (m. 5/3), kesinlikle davanın dinlenmediği anlamına gelmemektedir⁴⁴.

3. Türk Hukuku ve YADS

Türk hukuku (HUMK ve MÖHUK) ile Sözleşmenin yetki anlaşmasına rağmen davanın başka bir mahkemede açılması halinde takındıkları tavır birbirinden farklıdır.

Gerek HUMK gerek MÖHUK'a göre tarafların seçtikleri mahkeme dışında bir mahkemede davanın açılması halinde bu mahkeme yetki anlaşmasını resen göz önünde bulunduramaz. Başka bir ifade ile taraflar mahkemeye yetki itirazında bulunmadıkları sürece mahkeme davayı görmekle yükümlüdür. HUMK'na göre bir mahkemenin yetkisi kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği sürece, yetkisi hakkında resen karar veremez (HUMK m. 23)⁴⁵. Mahkemenin yetkisiz olduğunu iddia eden tarafın bu hususu ilk itiraz olarak ileri sürmesi gerekir (HUMK m. 187/2, 188).

Sözleşmede ise davanın tarafların yetkili kıldığı mahkeme dışında açılması halinde bu mahkemenin istisnai haller haricinde davayı yetki anlaşmasının mevcudiyeti nedeniyle reddetmesi öngörülmüştür. Sözleşme uyarınca davanın açıldığı mahkeme bu durumu resen gözetmektedir. Bu düzenleme Türk hukuku ile Sözleşme arasındaki en büyük farklılıktır. Bir diğer farklılık da istisnai haller bakımından ortaya çıkmaktadır. MÖHUK'un 47. maddesinin ilk fıkrasının üçüncü cümlesine göre yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz görmesi veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde dava yetkili Türk mahkemesinde görülür⁴⁶. Sözleşmedeki istisna kurallarının MÖHUK'a nazaran daha geniş kapsamlı olduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra, yetki anlaşmaları hususunda MÖHUK'da inisiyatif Türk mahkemelerine değil, yetkili kılınan yabancı mahkeme ve taraflara bırakılmış görünmektedir. Bununla beraber, anılan farklılıkların, Türkiye'nin Sözleşmeye taraf olunmasına engel teşkil etmediği düşünülmektedir.

G. Yetkili Kılınan Devlet Mahkemesinin Verdiği Karar, Diğer Âkit Devletlerde Tanınmalı ve Tenfiz Edilmelidir

YADS, yetki anlaşması ile yetkili kılınan mahkemeden verilen kararın diğer âkit

borç ilişkilerinden doğan uyumsuzluğun yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat olunur.

devletlerde tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. Sözleşmenin 8 ilâ 15. maddeleri arasında âkit devletlere bu tür kararları tanıma ve tenfizini kabul etme yükümlülüğü getirilmiştir. “Tanıma” ve “tenfiz” kavramları kısmen Sözleşmede tanımlanmıştır. Eğer karar verildiği devlette bir etkiye sahipse tanınır, icra edilebilme özelliğine sahipse de tenfiz edilir (m. 8/3). Bu durumda “tanıma” ile kararı veren mahkemenin kabul ettiği yasal haklar ve yükümlülükler bir başka devlet mahkemesi tarafından da kabul edilmektedir. Diğer yandan karar davalının bir yükümlülüğü yerine getirmesine (örneğin belli miktar para ödeme gibi⁴⁷) ilişkin ise “tenfiz” kararına ihtiyaç olacaktır.

1. Tanıma ve Tenfizin Şartları

Sözleşme tanıma ve tenfizi kısmen olumlu ama çoğunlukla da olumsuz şartlarla düzenlemiştir.

a) *Münhasır yetki anlaşmasının mevcudiyeti ve kararın bu anlaşma ile yetkili kılınan devlet mahkemesinden verilmiş olması* (m. 8/1) gerekir. Bununla beraber Sözleşmenin 5. maddesinde öngörülen hallerde diğer bir âkit devlet mahkemesinin verdiği kararlar da Sözleşme hükümlerinin uygulanması için yeterlidir (m. 8/5).

b) *Yetkili kılınan mahkemenin verdiği kararın bazı nitelikleri taşıması gerekir.* Münhasır yetki anlaşması ile yetkili kılınan mahkemenin verdiği kararın Sözleşmenin uygulama alanına giren bir konuda verilmiş olması gerekir. Hangi meselelerin Sözleşmenin uygulama alanına girmediği 2. maddede sayılmıştır. Bu hükümde sayılan meselelerin yanı sıra Sözleşmeye taraf olan devletler de katılım sırasında Sözleşmeyi uygulamayacakları meseleleri bildirebilirler (m. 21). Her iki durumda da verilen kararların Sözleşmeye göre tanınması ve tenfizi talep edilemez (m. 10).

Sözleşmenin uygulama alanına girmeyen meseleler davada “ön sorun (*preliminary question*) olarak çıkmış ve karara bağlanmış olabilir. Ön soruna ilişkin kararın tanınması ve tenfizi bu Sözleşmenin uygulama alanı dışında kalmaktadır (m. 10).

c) *Kendisinden tanıma ve tenfiz talep edilen devlet mahkemesi kararı sadece*

(2) *Yetki anlaşması ile yabancı bir devlet mahkemesi yetkili kılındığı takdirde Türk mahkemesi ancak aşağıdaki şartlar altında davayı görmeye yetkilidir:*

a) *Yabancı mahkemenin kendini yetkisiz görmesi halinde dava yer itibariyle yetkili Türk mahkemesinde açılabilir.*

b) *Yetki anlaşmasına rağmen davanın Türk mahkemesinde açılması halinde, yetki anlaşmasının mevcudiyeti davalı tarafından ilk itiraz olarak ileri sürülmemiş olmalıdır.*

c) *Yetki anlaşması ile yetkili kılınan yabancı devlet mahkemesinde dava açıldıktan sonra Türk*

Sözleşmede sayılan şartlar yönünden inceleyebilir ve kesinlikle davanın esasına giremez (m. 8/2). Ayrıca kendisinden tanıma ve tenfiz kararı vermesi talep edilen devlet mahkemesi kararı veren mahkemenin tespit ettiği maddi vakıalarla bağlıdır⁴⁸. Ancak eğer kararın verilmesinde herhangi bir hukuka aykırı durum tespit edilirse bu sınırlama uygulanmaz. Hâkimin rüşvet aldığına anlaşılması, adil yargılamanın yapılmamış olması hallerinde böylesi hukuka aykırılıklar söz konusudur.

Sözleşmede bu şartla yakından ilgili bir hüküm daha yer almaktadır. Eğer karar tazminata ilişkinse ve bu tazminat bir zararın tazmini karşılığı değilse (*punitive damages*) veya aşırı derecede yüksek bir tazminat (*exemplary damages*) ise kararın tanınması ve tenfizi talebi reddedilebilir (m. 11). Bu hüküm karşısında, kural olarak tanıma ve tenfiz istenilen mahkeme davanın esasına giremezken, tazminat söz konusu olduğunda tazminatın varlığı ve niteliği yönünden inceleme yapmasına ve gerekirse talebi reddetmesine izin verilmektedir.

d) *Ret sebeplerinin bulunmaması gerekir.* Sözleşme, 9. maddesinde hangi yedi sebeple tanıma ve tenfiz talebinin reddedileceğini düzenlemiştir. Buna göre ret sebepleri şunlardır⁴⁹:

Birinci ret sebebi, yetki anlaşmasının geçersizliğidir. Tanıma ve tenfiz davası açılan âkit devlet mahkemesi talebi, yetki anlaşmasının yetkili kılınan devlet hukukuna göre (şekil ve esas yönünden) geçersiz olduğu gerekçesi ile reddedebilir (m. 9/a)⁵⁰. Sözleşme bu ret sebebine bir istisna getirmiştir. Eğer yetki anlaşması, bu anlaşma ile yetkili kılınan devlet hukukuna göre geçerli ise tanıma ve tenfiz talebi diğer şartlar yönünden incelenir.

İkinci tanıma ve tenfizi ret sebebi ehliyete ilişkindir. Bu ret sebebi tanıma ve tenfiz talep edilen devlet hukukuna göre tarafların akit yapma ehliyetinin bulunmaması halinde işlerlik kazanır (m. 9/b)⁵¹. Ehliyetsizliğe ilişkin bu ret sebebi, Sözleşmenin 6. maddesinin (b) bendi ile uyumludur. Her iki hükümde de tarafların yetki anlaşması yapma ehliyeti mahkemenin⁵² hukukuna göre belirlenmektedir. Sözleşmenin açıklayıcı raporunda ehliyetin hâkimin kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarına göre belirleneceği ifade edilmiştir⁵³. Hâkimin kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarına yetkili kılınan devlet hukukuna göre taraflardan birinin akit yapma ehliyetinin bulunmaması, yetki anlaşmasının da geçersizliğine neden olabilir. Başka bir ifade ile Sözleşmenin 9. maddesinin (a) bendindeki ret sebebi ile ehliyetsizliğe dayanan bu ret sebebi

mahkemesinde dava açılmış ve derdestlik itirazı ileri sürülmemiş olmalıdır."

⁴⁶ Türk hukukunda, doktrinde, davanın hem yetki anlaşması ile kararlaştırılan devlet mahkemesinde hem de Türk mahkemesinde açılması halinde derdestlik itirazı ileri (HUMK m. 187/4, 188) sürülebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Nomer/Şanlı, s. 454; Doğan, s. 143 vd.; Akıncı, s. 46;

birbiri ile yakından irtibatlıdır.

Üçüncü ret sebebi, kararı veren mahkemede davalının savunma haklarına uyulmamış olmasıdır (m. 9/c). Sözleşme bu ret sebebini davalıyı ve ülkesinde tebligat yapılan devleti koruyacak şekilde kaleme alınmıştır. Davalıyı koruyan ret sebebi, davalıya yeterli savunma hazırlık süresi verilmemesidir. Bununla beraber, anılan hükme göre, davalı duruşmada hazır bulunmuş ve savunma hakkı verilmediği için herhangi bir itirazda bulunmaması hali istisnadır (m. 9/c, i). Sözleşmenin savunma hakkına ilişkin ikinci ret sebebi ise, kendisinden tanıma ve tenfiz talep edilen devlette tebligatın bu devlet usulüne uygun olarak yapılmamasına ilişkindir. Bu halde yetki anlaşması ile yetkili kılınan mahkemede görülmekte olan dava için davalıya tebligat yapılmıştır. Davalıya tebligat, tanıma ve tenfiz edilen devletin ülkesi sınırları içerisinde gerçekleşmiştir. Ancak tebligat, tanıma ve tenfiz talep edilen devletin tebligata ilişkin temel prensiplerine aykırı olarak yapılmıştır (m. 9/c,ii). Sözleşme belirtilen iki halde tanıma ve tenfiz talebinin reddedilebileceğini kabul etmiştir.

Dördüncü ret sebebi kararın usuli bir hile ile verilmesinin sağlanmış olmasıdır (m. 9/d). Yetki anlaşmasının taraflarından birinin hâkimi veya tanığı etkilemesi, sahte belge ibraz etmesi, davacının davanın yeri ve zamanı hakkında davalıya bilerek yanlış bilgi vermesi gibi usule ilişkin hileli davranışlarla tanıma ve tenfizi talep edilen karar verilmişse, bu durum da tanıma ve tenfize engel teşkil eder. Hilenin taraflardan biri veya hâkim tarafından yapılmış olması mümkündür. Hileli davranış tespit edildiği takdirde tanıma ve tenfiz reddedilebilecektir.

Beşinci sebep, kararın tanıma ve tenfiz talep edilen devletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesidir (m. 9/e). Sözleşme, kamu düzenine açıkça aykırılığı tanıma ve tenfiz talep edilen devletin temel usulî prensiplerinin ihlâlini de kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğini de ilave etmiştir. Aslında maddede sayılan ret sebeplerinden tamamı veya bir kısmı usule ilişkindir. Sözleşme, farklı devletlerin usul hükümleri ve uygulamalarını dikkate alarak, kamu düzenine aykırılık kavramının usulî meseleleri içerdiğini hükme bağlamıştır⁴⁴.

Tanınması ve tenfizi talep edilen kararın, talep edildiği devlette verilen bir başka mahkeme kararı ile bağdaşmaması, altıncı ret sebebi olarak öngörülmüştür (m. 9/f). Buna benzer bir diğer ret sebebi, tanıma ve tenfiz talep edilen devlette aynı

Sargın, s. 190. Derdestlik itirazının ileri sürülebileceği görüşü bakımından Türk hukuku ile YADS arasındaki bir diğer farklılık daha gündeme gelmektedir.

⁴⁴ Yargılama giderlerine ilişkin kararlar da bu Sözleşme hükümleri çerçevesinde tenfiz kararına konu olabilirler. Bkz. Sözleşme m. 12.

tarafklar arasında aynı konuda açılmış bir başka dava nedeniyle verilmiş kararın mevcudiyetidir (m. 9/g).

2. Tanıma ve Tenfiz Usulü

Sözleşme, tanıma ve tenfiz talebinin hangi belgeleri içereceği (m. 13)⁵⁵ ve tanıma ve tenfiz davasında takip edilecek usul kurallarının ne olacağı (m. 14) hususlarında da hüküm getirmiştir. Tanıma ve tenfiz davasında takip edilecek usul, bu davanın görüldüğü devletin usul hukukuna tabi kılınmıştır. Bununla beraber, Sözleşmede yer alan usul kuralları öncelikle uygulanacaktır.

3. Türk Hukuku ve YADS

Türk hukukunda yetki anlaşması ile yetkili kılınan yabancı mahkemenin verdiği kararların tanınması ve tenfizine yönelik özel hükümler bulunmamaktadır. Dolayısıyla yetki anlaşması ile belirlenmiş devlet mahkemesinin verdiği karar söz konusu olduğunda MÖHUK'un konuya ilişkin hükümleri (m. 50-59) tatbik edilmelidir.

MÖHUK'a göre yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için "yabancı mahkemeden" "hukuk davalarına" ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre "kesinleşmiş bir ilâmın" mevcudiyeti gerekir (MÖHUK m. 50, 58-59). Bu şartın Sözleşmede benzerinin bulunduğunu ilgili hükümden çıkararak söylemek mümkündür. Esasen Sözleşmenin konusu yetki anlaşması ile âkit devlet mahkemelerinden birinin yetkili kılınmasına yöneliktir. Anılan yetki anlaşmaları da, Sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakılan meseleler haricindeki, hukuki ve ticari ilişkiler için yapılmaktadır. Verilen kararın kesinleşmesi şartına yönelik açık bir hükme Sözleşmede rastlanılamamaktadır. Bununla beraber, tanıma ve tenfiz talebine eklenecek belgeler arasında sonuçlandırılmış ve onaylanmış karar örneği de yer almaktadır.

MÖHUK tenfiz kararı verilebilmesi için "karşılıklılık" şartının gerçekleşmesini aramaktadır (MÖHUK m. 54/a). Bu şart, tanıma için aranmaz (MÖHUK m. 58/1). Sözleşmenin bu şartı hem tanıma hem tenfiz bakımından aradığını söylemek mümkündür. Zira bu Sözleşme ancak âkit devletlerarasında uygulanacak olup akdî karşılıklılığı temin etmektedir.

Türk hukukuna göre tanıma ve tenfiz kararı verilebilmesi için aranılan bir şart, yetki ile ilgilidir. MÖHUK yetki konusunda iki husus üzerinde durmuştur (MÖHUK

⁴⁸ Hartley/Dogauchi, report, s. 50-51.

m. 54/b). İlki, yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilen hükmün (ilâmın) Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olmasıdır. Diğer husus ise davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisinin bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan devlet mahkemesince verilmiş olmasıdır⁵⁶. Yetki meselesi, doğal olarak Sözleşmede Türk hukukundan farklı bir şekilde inceleme konusu olmaktadır. Sözleşmeye göre tanıma ve tenfiz gerçekleşebilmesi için ilâmın münhasır yetki anlaşması ile yetkili kılınan mahkeme tarafından verilmiş olması aranmaktadır. Kural olarak, kararı veren mahkemenin yetkisi taraf iradelerine dayanmaktadır. Bu nedenle Sözleşmeye göre kendisinden tanıma ve tenfiz kararı vermesi talep edilen devlet mahkemesi, sadece kararın tarafların seçtiği devlet mahkemesi tarafından verilip verilmediğini araştıracaktır.

Yabancı mahkeme kararının açıkça kamu düzenine aykırı olmaması şartı ise hem Türk hukukunda (MÖHUK m. 54/c) hem Sözleşmede yer bulmuştur. Usulüne uygun olarak mahkemeye çağrılmak, temsil edilmek ve غيابında karar verilmesi şeklinde sayılan ve savunma haklarına uyulması olarak özetlenebilecek olan son tanıma ve tenfiz şartı bakımından da MÖHUK (m. 54/d) ile Sözleşme hükümleri birbirine benzemektedir. Dolayısı ile Sözleşme tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri itibariyle, Türk hukuku bakımından kabul edilemez nitelikte hükümler içermemektedir.

H. Sözleşmenin Uygulanmasına İlişkin “Genel Hükümler”

Sözleşme “genel hükümler” başlığını taşıyan dördüncü bölümünde Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bazı hususları, beyanları, kısmi hukuk düzenlerini, diğer milletlerarası sözleşmelerle ilişki ve yorum kuralları ele alınmaktadır. Sözleşmenin son bölümünde ise yürürlüğe ilişkin hükümlerle beraber, Sözleşmeye taraf olabilecek devlet ve topluluklara ilişkin özel hükümler de yer almaktadır.

1. Sözleşmeye Taraf Olabilecek Devlet ve Topluluklar

Kimlerin YADS’ye imza koyabileceği ve katılabileceği geleneksel Lahey sözleşmelerinden farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu farklılığın en önemli nedeni Avrupa Birliğinin⁵⁷ bölgesel bir topluluk olarak Sözleşmenin hazırlanmasına katılmasından kaynaklanmaktadır.

⁴⁹ Bu konuda bkz. Schulz, Convention, s. 10 vd.; Hartley/Dogauchi, report, s. 53 vd.

⁵⁰ Ancak kararı veren mahkeme yetki anlaşmasının geçerli olduğuna karar ermişse bu karar, tanıma ve tenfiz talep edilen mahkemeyi de bağlar (m. 9/a).

⁵¹ Sözleşme benzer şekilde, yetkili kılınmayan bir devlet mahkemesinde dava açılması halinde bu devlet hukukuna göre tarafların ehliyetinin bulunmamasını kendisini yetkili görmesi için yeterli saymaktadır (m. 6/b).

Kural olarak, YADS bütün devletlerin imzasına ve katılımına açıktır (m. 27). Eğer bir devlet kısmi hukuk düzenine sahipse bu takdirde Sözleşmeyi imzalarken ve Sözleşmeye katılırken Sözleşmenin bütün hukuk düzenlerinde mi yoksa bazılarında mı uygulanacağını belirtmesi gerekir⁵². Ancak devlet böyle bir beyanda bulunmazsa Sözleşmenin bu devletin bütün hukuk düzenlerinde uygulanması kabul edilmiştir (m. 28).

Sözleşmenin 29 ve 30. maddelerinde bölgesel ekonomik bütünleşme topluluklarının imzası ve katılımı düzenlenmiştir. Böylesi bir topluluk Sözleşmeyi imzaladığı ve katıldığı takdirde diğer devletlerle aynı hak ve yükümlülüklerle tabi tutulur (m. 29). Bu tür topluluğa üye olan devletler ile topluluğun Sözleşmeye ayrı ayrı taraf olması bazı zorluklara neden olabilir. YADS'de toplulukların imza ve katılma esnasında topluluğun Sözleşmede belirtilen bütün hususlarda yetkili olduğu ve topluluğa üye olan devletlerin Sözleşmeye taraf olmayacaklarını beyan edebilir (m. 30). Beyan konusunda topluluğa bir takdir yetkisi verilmiş gibi görünse de gerçekte durum böyle değildir. Eğer topluluk bu beyanda bulunmazsa Sözleşmeye taraf olamaz (m. 29/3). Bu hüküm dolayısıyla Sözleşmeye Avrupa Birliğinin üye olması gündeme geldiğinde Birliğe üye devletler ayrıca bu Sözleşmeye taraf olamayacaklar demektir. Topluluk hepsi adına bu Sözleşmeden doğan yetki ve yükümlülükler için imza yetkisine sahip olacaktır.

2. Sözleşmenin Uygulanma Anı

Münhasır yetki anlaşması ile mahkemesi yetkili kılınan devlet bakımından YADS hükümlerinin hangi andan itibaren uygulanacağı 16. maddede düzenlenmiştir. Münhasır yetki anlaşması ile âkit devlet mahkemesinin (veya mahkemelerinin) yetkili kılınması gereği bu hüküm ile pekiştirilmektedir. Söz konusu hüküm yetki anlaşmasının yapıldığı anda Sözleşmeye taraf olan devletlerin mahkemelerin yetkilendirilmesini öngörmektedir. Bu nedenle de âkit bir devlette Sözleşmenin kabulünden önce akdedilen yetki anlaşmaları ve görülmekte olan davalar hakkında

⁵² Ancak, Sözleşmenin 6. maddesinde yetki anlaşması ile yetkili kılınmayan bir mahkemede dava açılırken, 9. maddesinde dava yetki anlaşması ile yetkili kılınan devlet mahkemesinde görülmektedir.

⁵³ Hartley/Dogauchi, report, s. 54.

⁵⁴ Usul hukuku konusunda *Common Law* devletlerinin gevşek kuralları ile uygulamasına karşılık birçok devletin meseleyi egemenlik hakkı ile ilgili görerek emredici kurallar getirmesini bağdaştırmak amacıyla bu açıklamaya ihtiyaç duyulmuştur. Bkz. Hartley/Dogauchi, report, s. 55.

⁵⁵ Bu Sözleşme kapsamında belgelerin noter onayına veya apostil verilmesine gerek olmaksızın mahkemeye sunulması kabul edilmiştir (m. 18).

⁵⁶ Aşırı yetki için bkz. Nomer/Şanlı, s. 433, 475 vd.

uygulanması reddedilmiştir (m. 16/2)⁵⁹.

3. Beyanlar

Sözleşmeye taraf olabilme imkânı tanınan devletler ve bölgesel ekonomik bütünleşme toplulukları Sözleşmeye katılırken bazı beyanlarda bulunabilirler⁶⁰. Ancak beyanların Sözleşmeye taraf olma sırasında yapılması zorunlu olmayıp daha sonraki bir tarihte de yapılması mümkündür. Aynı şekilde Sözleşmeye taraf olan devletin, herhangi bir tarihte, beyanını değiştirmesi veya geri alması da kabul edilmiştir (m. 32/1-2). Beyanın değiştirilmesi veya geri alınmasına ilişkin açıklamalar, hâlihazırda akdedilmiş bulunan münhasır yetki anlaşmalarına uygulanmayacaktır (m. 32/5).

a) Mahkemelerinin milletlerarası yetkisini sınırlandıran beyanlar

Tarafların kendileri ve uyuşmazlıkları ile irtibatlı olmayan bir devlet mahkemesini daha tarafsız olacağı düşüncesi ile yetkili kılmış olmaları mümkündür. Nitekim İngiltere gibi bazı devletler bu seçimleri makul karşılamaktadır. Ancak pek çok devlet bu yaklaşımı benimsememiştir. YADS ise taraflara kendileri ve uyuşmazlıkla ilgili irtibatlı mahkeme seçme konusunda herhangi bir sınır getirmemiştir. Hatırlanacağı üzere Sözleşmenin 5. maddesinin hükmüne göre, münhasır yetki anlaşması ile yetkili kılınan mahkeme, anlaşmanın geçersiz olması hali hariç, davayı reddedemez ve davanın başka bir devlet mahkemesinde görülmesi gerektiği gerekçesiyle yetkisinin bulunmadığına (*forum non conveniens* ve *derdestlik*) karar veremez. Anılan hüküm Sözleşmenin temel yükümlülüklerinden birini düzenleyen anahtar hükümlerden birisidir.

Bütün bunlara rağmen Sözleşme anahtar konumundaki 5. maddeye ciddi bir istisna getirmektedir⁶¹. Bir devlet veya bölgesel ekonomik bütünleşme topluluğu Sözleşmeye taraf olurken kendi devleti ile taraflar veya uyuşmazlık arasında herhangi bir bağlantının bulunmaması halinde mahkemelerinin münhasır yetki anlaşması ile verilen yetkiyi reddedebileceğini beyan edebilir (m. 19). Böylesi bir beyanın (ve böyle bir beyana izin veren hükmün) Sözleşmenin amacı ile bağdaşmadığı düşünülebilir. Ancak 19. maddenin amacının 20. maddede düzenlenen hükümle uzlaşmayı sağlamak olduğu ifade edilmiştir⁶².

b) Tanıma ve tenfizi sınırlandıran beyanlar

Münhasır yetkiye ilişkin beyanda olduğu gibi, kendisinden tanıma ve tenfiz

⁵⁷ Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansına Birliğin katılması için bkz. JO L 297 (26.10.2006).

Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bayraktaroğlu-Özcelik, B.**: Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk alanında Uluslararası Anlaşma akdetme Yetkisi ve C-01/03 sayılı ve 7 Şubat 2006

kararı vermesi talep edilen mahkemenin ait olduğu devlet de bir beyanda bulunabilir: Dava konusunun bütün unsurları ile kendi devletiyle irtibatlı olması halinde tanıma ve tenfiz talebini reddedebilir (m. 20). Zira bu halde kararı veren mahkemenin ait olduğu devletle taraflar ve uyuşmazlık arasında, tarafların münhasır yetki anlaşması dışında herhangi bir irtibat bulunmamaktadır.

Aslında 20. maddede belirtilen şartlarda milletlerarası nitelik taşıyan bir uyuşmazlık da söz konusu değildir. Oysa Sözleşmenin uygulama alanı içindeki uyuşmazlıkların milletlerarası nitelik taşımaları icap eder (m. 1/2). Bununla beraber tanıma ve tenfiz için bu nitelik, kararın bir başka devlet mahkemesinden verilmiş olması ile ortaya çıkmaktadır (1/3). Pratikte iki hükmün çeliştiği haller söz konusu olabilir. Bütün unsurlarıyla aynı devletin sınırları içerisinde kalan bir mesele hakkında yabancı bir devletin mahkemelerinin yetkili kılınması ve bu mahkemenin de yetkisizlik kararı vermeden dava hakkında karar vermesi söz konusu olabilir⁶³. İşte bu ihtimale karşı devletler Sözleşmeye 20. madde uyarınca beyanda bulunarak taraf olabilir. Sözleşmenin 20. maddesi hükmü hiçbir şekilde milletlerarası nitelik taşımayan meseleleri Sözleşmenin kapsamı dışında tutmayı hedeflemektedir.

c) Belirli meselelere ilişkin beyanlar

Bir devletin belirli meseleler hakkında güçlü bir menfaati varsa bu konular hakkında Sözleşmeyi uygulamayacağını beyan edebilir. Örneğin âkit bir devlet deniz sigorta akitlerini Sözleşmenin uygulama alanı dışında bıraktığını beyan edebilir. Sözleşmenin uygulama alanını daraltan bu tür beyanların Sözleşmenin etkinliğini azaltmaması için bazı tedbirler geliştirilmeye çalışılmıştır. Tedbirler konusunda başlıca üç esastan hareket edilmiştir; açıklık, geriye yürümezlik ve karşılıklılık⁶⁴.

Sözleşmeye taraf olan devlet böyle bir beyanda bulunduğunda bu istisnanın gereğinden fazla geniş uygulanmamasını sağlamalı ve bu meseleyi açık ve net bir şekilde tanımlamalıdır (m. 21). Bu suretle açıklık esası sağlanmaya çalışılmaktadır. Devletlerin beyanda bulunacakları meselelerin Sözleşmenin 2. maddesinde sayılan meselelere benzer meseleler olduğu kabul edilmektedir⁶⁵.

Öte yandan Sözleşmeye beyanda bulunan devletin bu beyanının yürürlüğe girmesini beklemesi gerekir (geriye yürümezlik). Zira bu beyanlar, yürürlüğe girmeden önce akdedilmiş olan münhasır yetki anlaşmaları hakkında uygulanmazlar (m. 32/5).

YADS, 21. maddesi uyarınca yapılan beyanların karşılıklılık çerçevesinde

tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü, AÜHFD, 57(2008), S. 2, s. 17 vd.

uygulanmasını kabul etmiştir. Sözleşme beyanda bulunan âkit devlette beyanda bulunulan mesele hakkında öncelikle uygulanmayacaktır. YADS'ye göre Sözleşmenin kapsamını daraltan bu tür beyanlar sadece ilgili devlet bakımından sonuç doğurmaz. Beyan konusu mesele ve beyanda bulunulan devlet mahkemeleri söz konusu olduğunda diğer âkit devletlerde bu beyan etkili olacaktır. Münhasır yetki anlaşması ile beyanda bulunulan mesele hakkında beyanda bulunan âkit devletin mahkemelerinin yetkili kılınması mümkündür. Sözleşmeye göre bu durumda diğer âkit devletlerden Sözleşmeyi uygulaması beklenemez. Beyanlar konusunda kabul edilen karşılıklılık esası ile devletleri bu tür beyanları yaparken sınırlandırmak hedeflenmektedir.

d) Münhasır olmayan yetki anlaşmalarına ilişkin karşılıklı beyanlar

YADS, kural olarak, münhasır yetki anlaşmalarına uygulanmak üzere hazırlanmış olmakla beraber, devletlere Sözleşmenin kapsamını genişletme imkânı tanımıştır. Sözleşmeye taraf olan devletler bu Sözleşmeyi münhasır olmayan yetki anlaşmaları için de uygulamak istediklerini beyan edebilirler (m. 22). Sözleşmenin kapsamını genişletmesi bakımından 22. maddede düzenlenen beyan, Sözleşmenin 19, 20 ve 21. maddelerinde düzenlenmiş olan beyanlardan farklı bir niteliğe sahiptir.

Sözleşmenin 22. maddesine göre bu tür beyanlar sadece üçüncü bölüm, yani tanıma ve tenfize ilişkin hükümler için yapılabilir (m. 22/1). Beyanın konusu, yetki anlaşmasının taraflarının aralarında mevcut veya çıkabilecek uyuşmazlıklar için Sözleşmeye taraf olan devlet mahkemelerini yetkili kılan münhasır olmayan bir yetki anlaşması yapmış olmalarıdır. Ancak yetki anlaşması, münhasır olmayan yetki

⁵⁸ İki veya daha fazla kısmi hukuk düzenine sahip olan bir devlet için Sözleşmenin nasıl uygulanacağı 25. maddede düzenlenmiştir. Sözleşmede geçen devlet hukuku, oturma yeri veya devlet mahkemesi ifadelerinin bu tür devletler bakımından ilgili kısmi hukuk düzeni içinde yorumlanması gerekir.

⁵⁹ Bkz. **Schulz, A.:** Report on the Meeting of the Drafting Committee of 18-20 April 2005 in Preparation of Twentieth Session of June 2005, (*report*), Prel. Doc. No 28 of April 2005, (http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd28e.pdf), s. 15.

⁶⁰ Sözleşme herhangi bir çekince hükmü içermemektedir. Ancak Sözleşmeye çekince konulmasını da yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla devletler hukukunun geleneksel kuralları çerçevesinde, devletler Sözleşmeye çekince koyabilirler. Bkz. Hartley/Dogauchi, report, s. 82. Bununla birlikte devletlerin Sözleşmeye birçok konuda beyanda bulunarak kapsamını çoğunlukla sınırlandırmaları söz konusudur. Üstelik ilgili beyanların bir kısmının, açıklamalarında belirtildiği üzere, karşılıklılık esası çerçevesinde uygulanması kabul edilmiştir. Çekince ve beyan kavramları için bkz. **Aust, A.:** Modern Treaty Law and Practice, Cambridge 2000, s. 100 vd.

⁶¹ Bkz. Nanda, s. 781.

⁶² Bkz. Hartley/Dogauchi, report, s. 64-65; Schulz, report, s. 16-17.

⁶³ Schulz, report, s. 17-18; Hartley/Dogauchi, report, s. 65.

⁶⁴ Hartley/Dogauchi, report, s. 66.

anlaşmalarının şekil şartlarını (m. 3/c) taşımaktadır (m. 22/1).

Öte yandan münhasır olmayan yetki anlaşmaları hakkında Sözleşme ancak bu yönde beyanda bulunan devletler arasında uygulanabilir (m. 22/2). Yetki anlaşmasının taraflarının farklı devletlerde aynı dava sebebine dayanarak farklı davalar açmaları mümkündür. Bu durumda Sözleşme ilk davanın açıldığı mahkeme kararına öncelik tanımaktadır (m. 22/2, b ve c)⁶⁵. Görüldüğü üzere Sözleşme bu beyan hakkında da karşılıklılığı ön plânda tutmaktadır.

e) Sözleşmenin diğer milletlerarası belgeler bakımından uygulanması ve bu konuda yapılan beyan

YADS'nin diğer milletlerarası belgelerle (milletlerarası sözleşmeler dahil) ilişkisi, ayrıntılı olarak düzenlenen hususlar arasında yer almaktadır. Esasen YADS, âkit devletlerde yürürlüğe girmeden önce veya sonra imzalanmış olan benzer diğer milletlerarası belgelerle⁶⁶ mümkün olduğunca uyumlu olarak yorumlanmalıdır (m. 26/1). Maddede geçen benzer belgeler ile kastedilen, yetki anlaşması, milletlerarası yetki ve tanıma tenfiz konularında akdedilmiş milletlerarası belgelerdir; Brüksel Sözleşmesi⁶⁸, Lugano Sözleşmesi gibi. Eğer âkit devletlerden birisi bu Sözleşme ile aynı konuyu düzenleyen başka bir milletlerarası sözleşmeye daha tarafısa ve her iki sözleşmenin hükümleri birbiriyle uyumluysa sorun yoktur. Ancak eğer âkit devletin taraf olduğu milletlerarası sözleşme ile YADS hükümleri birbiri ile uyumlu değilse o takdirde hangi milletlerarası sözleşmenin öncelikle uygulanacağı sorunu çıkacaktır⁶⁹.

Devletler hukukunda, milletlerarası sözleşmelerin kendi alanlarını diğer sözleşmeleri etkileyecek şekilde tespit edemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁰. YADS de başka bir milletlerarası belge ile hükümlerinin çatışması durumunda uyuşmazlığın taraflarının oturduğu yere göre uygulama alanının belirlenmesini öngörmektedir. Bu hüküm, uyuşmazlığın tarafları YADS'ye âkit olmayan bir devlette oturuyorlarsa ve bu devlet de benzer konuda başka bir milletlerarası sözleşmenin tarafı ise (kendisinin)

⁶⁵ Bkz. Schulz, report, s. 18-19; Hartley/Dogauchi, report, s. 65 vd.

⁶⁶ 22. maddede belirtilen haller şunlardır:

Aynı taraflar arasında, aynı dava sebebi hakkında münhasır olmayan yetki anlaşmasıyla belirlenmiş başka bir mahkemeden verilmiş karar bulunmamalı (22/2, b),

Kararı veren mahkemede daha önce dava açılmış olması gerekir (22/2, c).

Sözleşmenin bu maddesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hartley/Dogauchi, report, s. 67-70.

⁶⁷ İlgili milletlerarası sözleşmelerin de milletlerarası yetki ve tanıma tenfiz konularına ilişkin olmaları kastedilmektedir.

⁶⁸ Brüksel Sözleşmesi'nin yerini 2001 yılında Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası

uygulanmayacağını hükme bağlamıştır (m. 26/2).

YADS'nin diğer milletlerarası sözleşmeler karşısında uygulanmasının sınırlandığı bir diğer durum da âkit devletin bu Lahey Sözleşmesine taraf olmasının getirdiği yükümlülüklerin diğer milletlerarası sözleşme ile üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmesine engel olmasıdır. Bu halde devlet, hem YADS'ye hem de benzer başka bir milletlerarası sözleşmeye tarafı durumundadır. Ancak bu devlet, benzer diğer milletlerarası sözleşmeye YADS'den önce taraf olmuştur. İşte belirtilen şartlar söz konusu olduğunda YADS'nin uygulanmayacağı kabul edilmektedir (m. 26/3). YADS, özel olarak tanıma ve tenfiz konusunda akdedilmiş olan ve kendisi ile çatışan milletlerarası sözleşmelere de öncelik vermektedir. Bununla beraber, YADS'nin uygulanmasının daha kapsamlı, daha elverişli sonuçlar vermesi halinde diğer milletlerarası sözleşme uygulanmaz (m. 26/4)⁷¹.

Âkit bölgesel ekonomik bütünleşme topluluklarının hukuku ile Sözleşme hükümlerinin çatışması halinde nasıl hareket edilmesi gerektiği 26. maddenin son fıkrasında ele alınmıştır (m. 26/6). Sözleşmeye göre, 1. Uyuşmazlığın tarafları topluluğa üye olmayan âkit bir devlette oturmuyorsa veya 2. Topluluğa üye devlet mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi söz konusu ise topluluk hukuku öncelikle uygulanacaktır.

Diğer milletlerarası sözleşmelerle YADS'nin ilişkisi hususunda âkit devletlere beyanda bulunma imkânı da tanınmıştır. Âkit devlet belirli bir meselede milletlerarası yetkiyi veya belirli bir konudaki kararların tanınması ve tenfize ilişkin milletlerarası sözleşmeleri, YADS'ye nazaran öncelikle uygulayacağı yönünde bir beyanda bulunabilir. Ancak böyle bir beyanda bulunan devlet, YADS'nin hükümlerinin uygulanmasını talep edemeyecektir.

4. Sözleşmenin Yorumu ve Uygulanmasının Gözden Geçirilmesi

Sözleşmenin 23. maddesi hükümlerin yorumunda onun milletlerarası karakterinin göz önünde bulundurulması ve uygulanmasında yeknesaklığın sağlanması gereğine işaret etmektedir. Sözleşmeyi yorumlama ve yeknesak uygulamayı temin noktasında mahkemelere büyük görev düşmektedir. Mahkemeler mümkün

Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması – Tenfizi Hakkında Konsey Tüzüğü almıştır. Bkz. *Council Regulation 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, 2001 O.J. (L 12) 1.

⁶⁹ Ayrıntılı açıklama için bkz. Hartley/Dogauchi, report, s. 70 vd.; Nanda, s. 785-786.

⁷⁰ Bu konuda bkz. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 30 ve 41.

olduğunca Sözleşmeye ilişkin diğer devlet mahkemelerinden verilen kararları ve Sözleşme hakkında yazılanları takip etmelidirler. Böylece birbirinden çok farklı hukuk sistemleri ve hukuk düzenlerine mensup mahkemelerde Sözleşmenin yeknesak olarak uygulanması sağlanmış olacaktır. Zira yeknesak uygulamaya ancak mahkemelerin esnek ve farklı devletlere ait hukuk kurallarına hoşgörülü yaklaşımı sayesinde ulaşılabileceği düşünülmektedir⁷².

Mahkemelerin yorum ve uygulaması kadar Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansının da bazı görevleri bulunmaktadır. Konferans, Sözleşmenin beyanlar dâhil uygulanmasını izlemelidir. Ayrıca ihtiyaçlara göre Sözleşme hükümlerini gözden geçirip gerekli değişiklikleri yapmalıdır (m. 24).

SONUÇ

(1) YADS, özellikle milletlerarası ticaret hukuku ilişkileri ve uygulaması için çok önemli bir konuyu düzenlemektedir. Günümüzde tahkim kaydı kadar yetki anlaşmasına da bu akdi işlemlerde yer verilmektedir. Özellikle önceden öngörülebilir, güvenli ve yeknesak uygulama getirebilecek Sözleşmenin sisteminin geniş kabul görmesi halinde milletlerarası ticaret hukukunda yetki anlaşmalarına daha fazla yer verileceğine kuşku yoktur.

(2) Sözleşme ile getirilen temel yükümlülükler aslında son derece basittir⁷³. Geçerli bir münhasır yetki anlaşması ile yetkili kılınan devlet mahkemesi uyuşmazlığı çözer. Böyle bir yetki anlaşması ile yetkilendirilmeyen mahkeme davayı reddeder. Münhasır yetkili mahkemeden verilen kararlar âkit devletlerde tanınır ve tenfiz edilir. Ancak Sözleşme, metninde yer alan istisnai hükümler ve taraf olan devletlerin yapacakları beyanlar nedeniyle karmaşık hale gelebilir⁷⁴.

(3) YADS, diğer milletlerarası sözleşmelerle ilişkiyi oldukça ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Milletlerarası yetki ve tanıma ve tenfiz meseleleri hakkında âkit devletlerin taraf oldukları diğer milletlerarası sözleşmeler karşısında genellikle YADS, geriye çekilmeyi tercih etmektedir. YADS'nin bu konudaki hükmü (m. 26) istisnaları ve getirdiği beyan sistemi ile farklı uygulamalara yol açabilecek görünmektedir. Öte yandan, YADS, benzer konudaki milletlerarası sözleşmelerle ilişkisini düzenlerken onun kadar geniş bir uygulamaya sahip olmayı hedeflediği New York Sözleşmesi ve benzeri milletlerarası sözleşmeler ile ilişkiye ilişkin herhangi bir hükme yer vermemiştir. Bu durum, gelecekte aynı taraflar arasında aynı dava sebebiyle açılan dava hakkında hem yetki anlaşması ile yetkilendirilen mahkemenin

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin İngilizce metni için bkz. United Nations, Treaty

hem de tahkim kaydıyla başvuru hakemlerin kendilerini yetkili görerek yargılama faaliyetine girişmesi ve karar vermesi sonucunu doğurabilir⁷⁵. Aynı sorun tanıma ve tenfiz dolayısı ile de gündeme gelebilir. Elbette çok nadir olacağı düşünülen bu tür durumlarda iki milletlerarası sözleşme arasındaki uyumsuzluğun nasıl çözüleceğini araştırmak gerekebilir. Belirtilen mesele hakkında YADS’de hüküm olmadığına göre New York Sözleşmesinin hükümlerinden sonuca ulaşmaya çalışılabilir (m. III ve V/2).

(4) Türkiye’nin bu Sözleşmeye taraf olması gündeme geldiği takdirde, Sözleşmenin beyan sisteminden yararlanarak katılımı sağlanabilir. Örneğin mahkemelerini taraflar ve uyumsuzlukla hiç ilgisi olmayan davalarla meşgul etmek istemiyorsa 19. maddede veya milletlerarası nitelik taşımayan davalar için verilen kararlar için Sözleşmeyi uygulamak istemiyorsa 20. maddede belirtilen beyanda bulunabilir.

BİBLİYOGRAFYA

AKINCI, Z.: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002.

American Bar Association adopted by the House of Delegates, (7-8.8.2006), Recommendation <http://www.abanet.org/intlaw/policy/investment/hcca0806.pdf> (18.2.2008) .

AUST, A.: Modern Treaty Law and Practice, Cambridge 2000.

BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, B.: Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi ve C-01/03 sayılı ve 7 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü, AÜHFD, 57(2008), S. 2, s.17-50.

BIRNBAUM, S.L./DUNHAM, D.W.: Foreign Plaintiffs and Forum Non Conveniens, Brook.J.Int’l L., 16(1990), s. 241-265.

BRAND, R.A.: Introductory Note to the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements, Int’l Legal Materials, 44(2005), s. 1291-1293.

BERLIN, M.B.: The Hague Convention on Choice of Court Agreements: Creating an International Framework for Recognizing Foreign Judgements, Int’l L.&Mgmt Rev., 3(2006), s. 43-78.

DOĞAN, V.:Türk Hukukunda Yabancı Derdestlik, Prof. Dr. Ergin Nomer Armağanı,

MHB, 22(2002), S. 2, s. 121-147.

DICEY, A./MORRIS, J.: The Conflict of Laws, 13. bası, (ed. L. Collins ve diğerleri), Londra 2000.

FAWCETT, J.: The Interrelationships of Jurisdiction and Choice of Law in Private International Law, Current Legal Problems, 44(1991), s. 39-62.

HARTLEY, C.: Hague Choice-of-Court Convention, European Law Review, 31(2006), S. 3, s. 414-424.

HARTLEY, T.C./DOGAUCHI, M.: Explanatory Report on the Preliminary Draft Convention on Choice of Court Agreements, Prel. Doc. No 25 of March 2004, http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=3510&dtid=35 (18.2.2008).

HARTLEY, T.C./DOGAUCHI, M.: Draft Report, Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, Prel. Doc. No 26 of December 2004, http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd26e.pdf (18.2.2008).

HARTLEY, T./DOGAUCHI, M.: Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, Explanatory Report, (report), <http://www.hcch.net/upload/exp137e.pdf> (18.2.2008).

KRUGER, T.: The 20th Session of Hague Conference: A New Choice of Court Convention and the Issue of EC Membership, Int'l&Comp.L.Q., 55(2006), s. 447-455.

KURU, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 4. Bası, Ankara 1979.

NANDA, V.P.: The Landmark 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements, Texas Int'l L.J., 42(2007), s. 773-788.

NOMER, E./ŞANLI, C.: Devletler Hususî Hukuku, 16. bası, İstanbul 2008.

NORTH, P./FAWCETT, J.: Cheshire and North's Private International Law, 11. Bası, Londra 1987.

NYGH, P./POCAR, F.: Report on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, Prel. Doc. No 11 of August 2000, <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm11.pdf> (18.2.2008).

SARGIN, F.: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996.

SCHULZ, A.: The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, (Convention), Yearbook of Private International Law, VII(2005), s. 1-16.

SCHULZ, A.: Report on the Meeting of the Drafting Committee of 18-20 April 2005 in Preparation of Twentieth session of June 2005, (report), Prel. Doc. No 28 of April 2005, http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd28e.pdf (18.2.2008).

SCHULZ, A.: The Future Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and Arbitration, Parallel Proceedings and Possible Treaty Conflicts, in Particular with ICSID and the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,(arbitration), Prel. Doc. No 32 of June 2005, http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd32e.pdf (18.2.2008).

TEITZ, L.E.: The Hague Choice of Court Convention: Validating Party Autonomy and Providing an Alternative to Arbitration, *Am.J.Com.L.*, 53(2005), s. 543-558.

VLAS, P.: The Hague Convention on Choice of Court Agreements in Dutch Perspective, *Crossing Borders, Essays in European and Private International Law, Nationality Law and Islamic Law in Honor of Frans van der Velden* (ed.: van der Griten, P/Heukels, T.), Kluwer-Deventer 2006, s.85-94.

United Nations, Treaty Series, Vol. 1122, s. 331.

http://www.unicankara.org.tr/unic_tr/belgeler.html (18.2.2008).

<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&chapter=23&Temp=mtdsg3&language=en> (18.2.2008).

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98 (18.2.2008).

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=18cid=98 (18.2.2008).

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=358cid=98 (18.2.2008).

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47m.htm> (18.2.2008).

İNSAN GENOM PROJESİ VE HUKUK DÜNYASINA ETKİLERİ

*Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM**

ÖZET

İnsan genom projesi etik ve dinî alanda olduğu gibi hukukî alanda da bir çok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Gen teknik yöntemlerle yeni canlılar meydana getirilmesi ve gıdaların üretilmesinde bu yöntemlerin kullanılmasının yanı sıra genetik incelemeler sonrasında hastalıkların teşhis ve tedavisinde gen tekniklerinin kullanılması, klonlama vs. sorunlar hukuk düzenlerinin de çözüm bulmak zorunda olduğu konular arasına girmiştir. Biyotıp Alanında İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesini imzalayan Türkiye'nin hukuken atacağı bir çok adımın da bulunduğu görülmektedir.

ANAHTAR KELİMELER: İnsan Genom-Hukuk-Sorumluluk

ABSTRACT

Human Genome Project brings many arguments in the legal field, as well as the ethical and religious areas. In addition to the produce of new organisms with the gene technical methods and the use of these methods at the food manufacturing, the problems concerned with the use of gene techniques in the diagnosis and treatment of diseases after genetic investigations, cloning etc. come within the issues legal systems have to find solutions. It is seen that there is a great many of legal steps should be flourished by Turkey, signed "Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine".

KEY WORDS: Human Genom Project-Law-Liability

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi. E-mail: mfadil@gazi.edu.tr .

GİRİŞ

Sosyolojik bakımdan hukuk, toplumsal yaşamın bir ürünü ve aynı zamanda bir belirleyicisi olarak görülmektedir.

Hukuki metinler, toplumsal ve bilimsel gelişmelerin bir biçimde ifade edildiği ancak aynı zamanda bu gelişmelerin yönünü ve seyrini belirleyen kurallardır. Bu noktada hukukun genelde muhafazakâr ve ikincil bir yapısının olduğu söylenebilir. Devrimci sâikle bir kanunlaştırma yapılmadığı takdirde, hukuki metinler toplumsal gerçekliğin bir başka şekilde ve genelde emirler ve yasaklarla ifadesidir. Jellinek bu durumu “var olanın normatif gücü (=Normative Kraft der Tatsachen)” şeklinde adlandırmaktadır¹. Ancak kanun koyucuların harekete geçmesi biraz zaman almakta, konu, toplumda çeşitli yönleriyle (psikolojik, sosyolojik, dini, ahlaki, ekonomik vs.) tartışıldıktan sonra hukuki düzenlemeler yapılmaktadır. Hukuki düzenlemeler, sorunun tüm alakadarlar için en uygun bir biçimde çözümlenmesine kadar değişikliklere uğramaktadır. Hukuki düzenlemeler için böyle bir süreç kaçınılmazdır. Dinsel metinlerde dahi şayet konu hukuka dair ise, değiştirme olgusu görülmektedir. İslam hukukunda da nesih büyük bir tartışma konusudur. Söz konusu evrim, Mecelle'nin “Ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz (m.39)” şeklindeki veciz ifadesinde bulmuştur.

Stanley Cohen ve Herbert Boyer'in, 1973 yılında farklı vericilerden topladıkları unsurlarda DNA'yı yeniden sentezlemeleri, aynı zamanda hukuki düzenlemelerin yapılması konusunda da fitili ateşlemeleri anlamına gelmiştir. Nitekim 1976 yılında ilk defa Amerikan Milli Sağlık Enstitüsü “Rekombinant DNA Molekülü Araştırmaları için Rehber”i hazırlamış, bu tür çalışmalarda gözetilecek ilkeler ilk defa bu rehberde belirtilmiştir. Söz konusu rehberin 1975'te Kaliforniya Asilomar'da düzenlenen ve politikacı ve uzman bilim adamlarının katıldığı toplantıda alınan kararlar göz önünde tutularak hazırlandığı görülmektedir. Söz konusu rehberin, 1978 yılında Araştırma ve Teknoloji Bakanlığınca hazırlanan Nükleik Asit (DNA) Yönergesine de temel oluşturduğu görülmektedir. Bu gelişmeyi 1986 yılında Amerikan Yönetimince

¹ İnsan davranışlarını etkileyen faktörler arasında genetik farklılıklar ve çevresel etkenler büyük bir yer tutmaktadır. Ancak ne ölçüde bu etkinin gerçekleştiğini belirleme “humanetholoji” bakımından büyük bir sorundur. Genetik bilgi birikiminin (genetische informationspool) memeli canlılarda doğumdan itibaren ihtiyaçlar doğrultusunda işlerlik kazandığı ve canlı tarafından kullanıldığı görülmektedir. Kuşların uçması, ördeğin suya konulduğunda yüzmeye başlaması bunun örnekleri olarak gösterilmektedir. İnsan davranışları ile biyolojik yapı arasındaki ilişki konusunda bir çalışma için bkz., Ott, W., Antropologische Vorgegebenheiten des Rechts, in: Jusletter 21 Januar 2002, www.jusletter.weblaw.ch . Bununla birlikte genetik özellikler hukuk düzenlerince sorumluluktan kurtuluş için yeterli görülmemektedir. Zira insan, diğer canlılara nazaran norolojik bir eksikliği bulunmadığı takdirde, bulunduğu her türlü ortama uyum özelliğine sahiptir, kendisini kontrol edebilir.

yürürlüğe konulan ve biyoteknolojik çalışmaların genel sınırlarını çizen “Coordinated Framework for Regulation of Biotechnology” kurallar izlemiştir. Bu düzenlemenin esaslı bir değişikliğe uğramadan günümüze kadar geldiği ve gen teknolojileri ile ilgili temel ilkeleri içeren bir metin olduğu görülmektedir. Düzenlemenin, somut uygulama alanları ile ilgili riziko değerlendirmelerine göre şekillendirildiği ve vertikal düzenleme (her bir alana özgü) yöntemi konusunda bir model oluşturduğu görülmektedir². Bu düzenleme temel alınarak, çevre, tarım ve gıda alanında olmak üzere toplam 11 kanunda değişiklikler yapıldığı görülmektedir³. Bu arada gözlemlenen bir husus, genetiği değiştirilmiş ürünlerle geleneksel ürünlerin aynı güvenlik standartlarına tabi tutulmasıdır. Bir diğer ifade ile, geleneksel ürünlerin piyasaya sürülmesi için nasıl bir yöntem uygulanıyorsa, genetiği değiştirilmiş ürünler için de aynı yöntem uygulanmaktadır.

Sorunun hukuken ele alınışında diğer bir yöntem ise öncelikle genel kurallarla tüm faaliyet alanlarında geçerli olacak ilke ve kuralların belirlenmesidir. Alman Gen Teknik Kanunu bu tür bir uygulamaya örnek olarak gösterilmektedir⁴.

I. İNSAN ÜZERİNDE GEN TEKNİK UYGULAMALAR

A. İnsan Genom Projesi

İnsan Genom Projesi ise, yine Amerika Birleşik Devletlerinin desteği ile başlatılan ve insan hayatında bir çok hususu belirlediği görülen genlerin bir haritasının çıkarılması ve genlerin fonksiyonlarının ortaya konulması ile ilgili projedir⁵. Proje ile insan hayatı bakımından önem taşıyan bir çok amaca ulaşma

² Steines, Jan C., *Widerstreitende Verfahrenansätze für Freisetzung und Inverkehrbringen gentechnisch veränderter Organismen im deutschen und US-amerikanischen Gentechnikrecht*, Berlin 2002, S. 111. Yazar bu çalışmada bir kanunlaştırma yöntemi olarak, genel kanun koymak ve genel geçer prensipler belirlemek ile spesifik özel kanun koymak ve özel çözümler üzerinde durmak arasındaki farkı ele almakta, iki yöntemin yarar ve sakıncalarını ortaya koymaktadır.

³ Bu kanunlar, The Plant Protection Act, The Meat Inspection Act, The Poultry Products Inspection Act, The Eggs Products Inspection Act, The Virus Serum Toxin Act, The Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act, The Toxic Substances Control Act The Food, Drug, and Cosmetics Act, The Public Health Service Act, The Dietary Supplement Health and Education Act, The National Environmental Protection Act'dır. Bu kanunların üç bakanlığın (Çevre, Tarım ve Gıda İşleri Bakanlıkları) görev alanını ilgilendirdiği ifade edilmektedir. Geniş bilgi için bkz., Randy, Vines, <http://www.ext.vt.edu/pubs/biotech/443-006/443-006.html>.

⁴ Steines, 17 vd..

⁵ Moleküler biyoloji alanındaki gelişmenin tarihi süreci hakkında geniş bilgi için bkz., Kleine, T./Klingelhöfer, T., *Biotechnologie und Patentrecht-Ein aktueller Überblick*, GRUR 2003, 1 vd.. İlk açıklandığında 100.000 civarında olduğu belirtilen gen sayısının, son yapılan tespitlere göre 40.000 civarında olduğu ifade edilmektedir (http://php.educanet2.ch/kmez1/SPFTage/Human_Genome_Projekt.pdf). İnsan genom projesinin etik açıdan bir değerlendirmesi için bkz., Kaşıkçı, O., *İnsan Genomu Projesinin Etik Açısından Değerlendirilmesi*, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 147 vd..

hedeflenmiştir. Bu hedefler, hastalığa yol açan genlerin tespiti, bunların hastaliksız olanları ile değiştirilmesi, insanın genetik yapısına uygun ilaç üretilmesi, genetik yapının incelenerek muhtemel rizikoları karşı söz konusu rizikoların gerçekleşme ihtimalini azaltacak bir hayat tarzı belirleme imkanı, hastalıklı nesillerin doğumuna engel olma vs⁶ şeklinde özetlenebilir.

B. Gen Tedavisi

İlk gen tedavisi klinik denemesinin 1991 yılında immün yetersizliği hastalığı olan Adenozin deaminaz yetmezliği hastalığının tedavisi amacıyla ve iki hasta üzerinde yapıldığı bilinmektedir. Bu iki hastadan birisi orta düzeyde bir iyileşme görürken, diğeri tahminlerin üzerinde bir iyileşme göstermiştir. 1998 yılında yapılan bir başka girişimde ise hasta doğrudan gen tedavisine bağlı bir komplikasyon sonucu hayatını kaybetmiş ve bu olay üzerine eleştiriler de yoğunlaşmıştır.

Genetik tedavilerin iki ana grupta toplanması mümkündür. Somatik gen tedavisi ve DNA zincirine müdahaleyi içeren Germinal gen tedavisi. Hukuk dünyasında somatik gen tedavisine olumlu yaklaşılrken, germinal gen tedavisine aynı yaklaşım söz konusu değildir. Zira, bu tedavi yönteminde gelecek nesilleri de etkileyebilecek ölçüde genetik yapıya müdahale edilmektedir.

C. Gen Analizleri

Genetik analizlerin de, analizlerin yapıldığı amaca göre hukuken ikiye ayrıldığı ve bir kısım gen analizlerine ki, soy bağının tespiti veya adli tıp alanında (failin ya da mağdurun kimliğinin tespitinde) dir, belirli şartlarda izin verilmektedir⁷. Bir

⁶ Bir hastalığın yalnızca genetik yapıya bağlı olması ender görülmektedir. Bununla birlikte genetik yapının bir çok faktörle birleşerek hastalıklara yol açtığı ifade edilmektedir. Geniş bilgi için bkz., Ropers, H., Neue Perspektiven für Aufklärung von genetischen Krankheiten, Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit 2008, 18 vd.. İnsanlar gen teknik uygulamalar hakkında geniş bilgi için bkz., Yıldırım, M.F., Gen Teknik Uygulamalardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2008, s. 34 vd..

⁷ Nitekim, MK. m. 284/II'de "Taraffar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıklarını yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hakimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir" hükmü yer almıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 76. maddesinde de "bir suçta delil teşkil etmek amacıyla mağdurun vücudu üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz" hükmü yer alırken, 78. maddede "genetik incelemelerin" yapılabilmesi mümkün kılınmıştır.

kısım gen analizlerine ise sigortacılık sektöründe ve iş hayatında olduğu gibi izin verilmemekte, yasaklanmaktadır. Amerika Birleşik Devletlerinde gen analizlerinin kötüye kullanımını engelleyen yasal bir düzenleme bulunmaktadır. Alman Federal Mahkemesinin de bir laboratuara giderek isteğe bağlı genetik analiz yaptırma ve bunun sonucunda çocuğun kendisinden olmadığını iddia etmeyi uygun bulmamıştır⁸. Karar, evde, yani herhangi bir yargı kararı olmaksızın yapılan genetik analizlerin geçerli olmayacağı, soy bağının reddi için başlangıç şüphesi dahi oluşturmayacağını içermektedir. Bununla birlikte kişinin bilme hakkı kapsamında gerekli anayasal düzenlemenin yapılması konusunda yasama organına da bir görev karar ile birlikte yüklenmiştir.

C. İlaç Üretiminde Gen Teknik Yöntemlerin Kullanılması

Gen tekniklerinin kullanıldığı bir başka alan ise ilaç üretimi olmuştur. Gen tekniklerinin kullanılması ile önceleri çok az miktarda üretilebilen bazı ilaçlar daha çok ve daha etkili olacak şekilde üretilmeye başlanmıştır⁹.

II. İNSAN ÜZERİNDE GENETİK ARAŞTIRMALARA KARŞI HUKUK DÜZENLERİNİN TEPKİSİ

Hukuk kuralı denildiğinde büyük ölçüde kanun koyucular tarafından yaratılan ve yaptırımı devletin zecir gücüyle teminat altına alınmış kurallar akla gelmektedir¹⁰. Kanun koyucuların ellerindeki yegâne araç ise kural koymaktır. Konulan bu kurallarla bilimsel gelişmelerin seyri tayin edildiği gibi, mevcut bilim teknolojik düzeyde bir biçimde tespit edilmiş olmaktadır.

A. Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler

İnsanlar üzerinde genetik araştırmaların gitgide yaygınlaşması ulusal ve uluslar arası düzeyde düzenlemelerin yapılmasını da beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda zikredilmesi gereken uluslar arası bir düzenleme “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”dir. Adı geçen sözleşme 09.12.2003 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak 5013 sayılı Kanun olarak ülkemizde de yürürlük kazanmıştır. Uluslar arası sözleşmeler uygun bulma Kanunu ile birlikte Kanunlarla, Anayasa arasında özel bir uygulama alanına sahip

⁸ BGH Urt. Vom 12.01.2005, XII ZR 60/03 ve 227/03. Bu karar Alman Anayasa mahkemesine itiraz yolu ile götürülmüş, bu kararın anayasaya aykırı olmadığı, ancak, kanun koyucunun kişilerin bilme hakkını sağlayacak düzenleme yapması gerektiği bu kararda ifade edilmiştir. http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070213_1bvr042105.html.

⁹ Geniş bilgi için bkz., Yıldırım, 182 vd..

¹⁰ Örf ve adet hukuku kuralları da bir hukuk kuralı olabilir; ancak bu kuralı yaratan kanun koyucu olmayıp toplumdur; kanun koyucu dahi o kurala uymak gerektiği bilinci içerisinde.

olmaktadırlar. Zira, bu tür Kanunların Anayasaya aykırılığı ileri sürülememektedir. Bu Kanundan bazı alıntılar: Kanunun başlangıç kısmında “Biyoloji ve tıp alanında gittikçe artan bir hızla ortaya çıkan gelişmelerin bilinciyle; İnsana, hem birey, hem de insan türünün bir üyesi olarak saygı gösterilmesi ihtiyacına inanarak ve insan onurunu güvence altına almanın önemini kabul ederek; Biyoloji ve tıbbın kötüye kullanılmasının, insan onurunu tehlikeye sokacak eylemlere neden olacağına bilinciyle; Biyoloji ve tıptaki ilerlemenin, şimdiki ve gelecek kuşakların yararı için kullanılması gerektiği fikrini onaylayarak; Biyoloji ve tıbbın yararlarından tüm insanlığın faydalanabilmesi için uluslararası işbirliğine ihtiyaç duyulduğunu vurgulayarak; Biyoloji ve tıbbın uygulanmasında ortaya çıkan sorular ve bunlara verilecek cevaplar üzerinde bir kamuoyu tartışması açılmasının teşvik edilmesinin önemini kabul ederek; Toplumun tüm üyelerine, hakları ve sorumluluklarını hatırlatma arzusuyla; Biyoetik Sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 (1991) sayılı Tavsiye Kararı dahil, Parlamenter Meclisinin bu alandaki çalışmalarını göz önüne alarak; Biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, insan onuru ve bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bu tedbirlerin alınması kararına vararak; Aşağıdaki hususları kabul etmişlerdir” denilmekle sözleşmenin ve Kanunun hangi amaçlara hizmet ettiği açıkça vurgulanmıştır.

B. İnsan Genomu Üzerinde Yapılacak Çalışmalarda Uyulacak Genel Esaslar

Yukarıda anılan Kanunun IV. Bölümünde ise İnsan Genomu ile ilgili genel esaslar vurgulanmıştır: Buna göre “Bir kimseye, genetik kalıtımı nedeniyle herhangi bir ayrımcılık uygulanması yasaktır (m. 11); Genetik teşhise yönelik testler başlığını taşıyan Genetik hastalıkları teşhise yönelik veya ya kişinin bir hastalığa neden olan bir geni taşıdığını belirlemeye ya da genetik bir yatkınlığı veya bir hastalığa eğilimi ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilir (m. 12); İnsan genomu değiştirmeye yönelik bir müdahale, yalnızca, önleme, teşhis ve tedavi gayeleriyle ve sadece, amacının, herhangi bir altsoyun genomunda değişiklik yapılması olmaması halinde yapılabilir (m.13). Cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla suni döllenme tekniklerinin kullanımından kaçınılacaktır (m. 14); Tüpte embriyonlar üzerinde araştırmaya ilişkin m. 18 “1. Hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanacaktır. 2. Sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır” Yine bu sözleşmenin VI. Bölümü “Nakil amaçlarıyla canlı vericilerden organ ve doku alınması”nı düzenlemekte ve madde 19’da “(Genel kural) 1. Yaşayan bir kimseden nakil amaçlarıyla organ veya doku alınması, sadece alıcının tedaviye ilişkin istifadesi

için ve ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunmadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir.

Vücut bütünlüğüne müdahaleyi hukuka uygun hale getiren gerekli muvafakat, Madde 5'te öngörüldüğü üzere, açıkça ve belirli bir şekilde, yazılı olarak veya resmî bir makam önünde verilmiş olmalıdır. Madde 20. (Organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması) 1. 5. Maddeye göre muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınmaz. 2. İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir: i) muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması; ii) alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması; iii) bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması; iv) 6. Maddenin 2 ve 3. paragraflarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması; v) muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması.

C. Ticarî Kazanç Yasağı ve Tasarruf Sınırı

Adı geçen Kanun'un VII. Bölümünde 'de "Ticarî kazanç yasağı ve insan vücudundan alınmış parçalar üzerinde tasarruf" ele alınmıştır. Söz konusu bölümde yer alan 21. maddede "Ticarî kazanç yasağı" düzenlenmiş olup "İnsan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticarî kazanç sağlanmasına konu olmayacaktır" denilmiştir. Madde 22'de ise "İnsan vücudundan alınmış parçalar üzerinde tasarruf" ele alınmıştır. Buna göre "Bir müdahale sırasında insan vücudunun herhangi bir parçası alındığında, çıkarılan parça, yalnızca uygun bilgi verme ve muvafakat alma usullerine uyulduğu takdirde, çıkarılma amacından başka bir amaç için saklanabilir ve kullanılabilir." denilmektedir ki, bu hükümler bizim için önem taşıyan hükümlerdir.

D. İsviçre Örneği

İsviçre'de hem Anayasa hem de kanun düzeyindeki normlarla¹¹ gen teknik uygulamaların hukuki bir çerçeveye kavuşturulduğu görülmektedir. Örneğin İsviçre Federal Anayasası'nda:

"Madde 119.

İnsanlar üzerinde Genteknolojik araştırmalar ve suni dölllenme

¹¹ "Bundesgesetz über die Gentechnik im Ausserhumanbereich", "Fortpflanzungsmedizinengesetz" ve "Transplantationsgesetz" kanuni düzenlemelerin başlıcalarıdır.

1. İnsan, gen teknolojilerinin ve suni döllenenin kötüye kullanılmasına karşı korunur.
2. Birlik, insanoğlunun genetik mirasını ve DNA zincirinin korunması için gerekli düzenlemeleri yapar. Bu düzenlemelerde insan onuru, kişilik hakları ve ailesi özellikle aşağıdaki esaslar çerçevesinde korunur.
 - a. Klonlamanın her türüsü ve insanın genetik özelliklerini taşıyan hücrelere ve embriyonlara müdahale yasaktır.
 - b. İnsan kökenli olmayan kalıtsal özellikler ve hücrelerin insanın genetik yapısına eklenmesi veya onunla bir biçimde karıştırılması yasaktır.
 - c. Tıbbi destekli suni döllene yöntemi ancak döllene imkanı bulunmayan veya çocukta belirli bir istenmeyen sonuca yol açan ağır hastalığın başka türlü ortadan kaldırılamadığı ya da araştırma amacıyla tatbik edilebilir. Bir kadının vücudu dışında insan yumurtasının döllenebilmesi, yalnızca Kanun tarafından tespit edilen şartlara uygunluk halinde mümkündür. Kadının vücudu dışında birden döllenemiş yumurtanın embriyon olarak gelişebilmesi, derhal onun döllendirilmesine bağlıdır.
 - d. Embriyo vericiliği ve taşıyıcı anneliğin her türüsü yasaktır.
 - e. İnsana ait kalıtsal unsurlar ve embriyonlardan elde edilen ürünler ticarete konu olamaz.
 - f. Bir kişinin genetik varlığı ancak ilgili kişinin muvafakati ya da Kanunda öngörülen hallerde, araştırılabilir, sicillere kaydedilebilir veya kamuya açıklanabilir.
 - g. Her Kişi kökeni hakkındaki verilere ulaşma hakkına sahiptir.

Madde 119 a: Tıbbi Organ ve doku nakli

1. Birlik organ, doku ve hücre nakli ile ilgili düzenlemeleri yapar. Bu kurallarda, insan onurunun korunması, kişiliğin ve sağlığın korunması ilkelerine riayet edilir.
2. Birlik özellikle organların doğru bir biçimde bölünmesi konusunda kriterleri belirler.
3. Organ, doku ve hücre bağıışı ivazsızdır. İnsan organlarının ticareti yasaktır.

“Madde 120.

İnsan dışındaki Varlıklarda Gen teknolojik Çalışmalar

1. İnsan ve onun çevresi gen teknolojilerinin kötüye kullanılmasına karşı korunur.
2. Birlik, Hayvan, bitki ve diğer organizmaların genetik varlığını ve kalıtım hücrelerini korumak üzere gerekli hükümleri koyar. Konulacak bu hükümlerde, yaradılış onuru ve özellikle insan, hayvan ve çevrenin güvenliği hesaba katılır ve hayvansal ve bitkisel genetik çeşitlilik korunur”.

E. Gen Teknik Uygulamalar ve Türk Hukuku

1. Genel Olarak

Ülkemizde, Anayasal düzeyde kişi ve kişiliği koruyucu temel normlar bulunurken, gen teknolojilerinin kötüye kullanılmasına karşı korunmayı sağlayan özel normlar bulunmamaktadır. Biyotıp sözleşmesi Kanun hükmünde olduğundan başvurulacak temel düzenleme niteliğindedir. Hukukumuzda bu sözleşme hükümleri ile çatışan hükümlerin bulunması halinde sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği açıktır. Bununla birlikte doktrinde “Embriyonun Korunması ve Kök Hücre Çalışmaları Hakkında Kanun”un çıkarılmasında da yarar görülmektedir. Bilindiği kadarı ile hangi hastalıklar bakımından kök hücre tedavisi yapılabileceği Sağlık Bakanlığının kararına bağlanmıştır. Bu konunun kanuni bir temele bağlanmasında yarar vardır.

2. İlaç Üreticisinin Sorumluluğu

Gen teknik yöntemlerle ilaç üretilmesi halinde ilaç üreticisinin sorumluluğuna dair özel düzenlemeler bulunmamakta, ürün sorumluluğuna ilişkin Direktif hükümlerinin (85/374/EG) iç hukuka aktarılmasında kullanılan Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik ile özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile uzun zamandan beri eksikliği dile getirilen ürün sorumluluğu bakımından bir düzenlemenin yapılması sevindirici olsa da, düzenlemenin yapılış biçimi ve kapsamı konusunda yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Kanaatimizce de tencere-tava üreticisi ile ilaç üreticisi aynı ölçüde değerlendirilmemelidir. İlaç üreticisinin sorumluluğu ayrı bir düzenlemeye kavuşturulmalıdır.

3. Teşhis ve Tedavide Gen Tekniklerinin Kullanılması

Genetik teşhis ve tedavi konusunda ise genel kurallar uygulanmakta ve vekilin özen borcu kapsamında sorun değerlendirilmektedir. Buna göre, hekim ile hasta arasındaki ilişki, sözleşme tiplerinden vekalet olarak nitelendirilmektedir. Buna göre vekil olan hekim, tıbbın bilinen durumuna göre en uygun teşhis ve tedavi yöntemlerini kullanmak durumundadır. Gen teknik yöntemlerin yeni kullanılmaya başlanması ve muhtemel risklerin yeterince ortaya konulamaması noktasında son çare olarak genetik yöntemler tercih edilmelidir.

4. Genlerin Patentlenmesi

Genom projesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak hukuk düzenlerinin karşı karşıya kaldığı bir başka sorun ise, genlerin patentlenmesidir. Zira insan genom projesi ile sayılamayacak kadar çok DNA dizilişi keşfedilmiş bunların büyük bir çoğunluğu patent ya da yayın yolu ile kamu oyuna duyurulmuştur¹². Gen dizilişlerinin tespiti, bu dizilişlerin fenotipleri ile ilişkilerine göre genetik hastalık faktörlerinin belirlenmesinin yolunu açmış, bir gene bağlı olarak ortaya çıkabilecek hastalıklar ve dolayısıyla bu tür hastalıkların tedavisi için gen dizilişlerine duyulan ihtiyaç, gen dizilişlerinin patentinin alınması yolundaki girişimlerle sonuçlanmıştır. Hukuk düzenleri patentle ilgili olarak, usul patentinin alınabilmesine imkan tanımaktadırlar. Zira keşifler en azından Kıta Avrupa'sı hukukunda patente konu olamamaktadırlar. Patentın konusu bir icat yani yenilik olmalı, bir buluş basamağını temsil etmeli, sanayiye de uygulanabilir olmalıdır¹³. Bununla birlikte bir genin diğerlerinden nasıl izole edilebileceği bir buluş olarak kabul edilmekte ve patentlenebilmektedir¹⁴. Unutulmamalıdır ki, patentleme, bu buluşun ancak patent hakkı sahibine ödenmesi gereken bir bedel ile kullanılabilmesini sağlar; patent hakkı sahibinin izni olmaksızın bu buluşun kullanılabilmesi ise mümkün değildir. Tabiidir ki bu durum, hayat patentleniyor mu şeklinde tartışmaları beraberinde getirmiş, yoğun tartışmalara neden olmuştur.

¹² Schrell, A./ Heide N., Der Aufbau von Gendatenbanken und ihre wirtschaftliche Verwertung, GRUR-Int. 2001, 304 vd..

¹³ Kleine/Klingelhöfer, GRUR 2003, 3 vd..

¹⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz., Simon, J. (Çev. : Yıldırım, M.F./Memiş, T.) Patent Hukuku ve Biyoteknoloji: Hayatın Patentlenmesi mi?, www.e-akademi.org/makaleler/jsimon-1.htm. Aynı eser.in paragrafında "Hülasa, insan vücudunun ayrıştırılmış veya teknik yöntemlerle bir başka biçimde elde edilmiş unsurların, sanayide kullanılabildiği takdirde, patentten kaynaklanan hakların insan vücudunu kapsamaması kaydına esas itibariyle patentlenmesi mümkündür" denilmektedir.

¹⁵ İzlanda Hükümetinin "deCODE genetics" şirketine gen bankası kurmak üzere mutlak lisans tanıdığı, tamamen Amerikan yatırımcılarla finanse edilen şirketin kuruluşu esnasında İzlandalı bir gen tekniker olan Kari Stefanson'un görev yaptığı bilinmektedir. Bu şirketin 12 yıl boyunca ticari amaçlı olarak İzlanda hükümeti ile el ele verdiği ve hatta Hofmann-La Roche firması ile de bir ortaklık anlaşması imzaladığı görülmektedir (Schrell/Heide, GRUR-Int. 2001, 305). Böyle bir çalışma için özellikle İzlanda'nın seçilmiş olduğu zira genetik homojeniteye sahip olan ülkenin, genaloji ve özellikle hastalıkların sınıflandırılması ile ilaç üretimi ve teşhise yönelik gen ayraçlarının oluşturulabilmesi için yeterli homojeniteye sahip olduğu bildirilmektedir.

¹⁶ Estonya Parlamentosunun 13 Aralık 2000 yılında "İnsan Genomu Üzerinde Araştırmalar" adını taşıyan bir kanunu yürürlüğe koyduğu görülmektedir. Bu kanunun amacı, genetik araştırmaları düzenlemek ve bu amaçlara hizmet edecek gen bankalarının inşasını güvence altına almaktır. Bu iki amaca birden ulaşabilmek için, genetik materyal bağışında bulunanların korunması gereken menfaatlerini korumanın gerekliliği her türlü izahın üzerindedir. Örneğin genetik materyal veren

5. Gen Bankalarının Yarattığı Sorunlar

Genom projesi ile ortaya çıkan bir başka hukuki sorun gen ya da bio- bankalarının kurulması ve bu bankalarında toplanan verilerin hangi amaçlarla kullanılacağıdır. Gen bankacılığı yolunda İzlanda¹⁵, Estonya¹⁶ ve İngiltere'nin başı çektiği, bunun yanı sıra bazı Avrupa ülkelerinde de gen bankalarının bulunduğu bilinmektedir¹⁷. Gen bankalarının kurulması yolundaki en önemli engellerden birisi, genetik bilgilerin kötüye kullanılmasını engelleyecek tedbirlerin alınmasıdır. Genetik bilgiler, kişisel veri kapsamında da değerlendirilebilir¹⁸. Ancak genetik bilgilerin kişisel verileri aşan bir boyutu bulunmaktadır. Genetik bilgiler, ilgili kişinin ait olduğu ailenin de bilgisi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu tür bilgide ilgili kişiyi tespit etmek büyük güçlük arz etmektedir. İlgili kişinin rızası ile genetik bilgiyi depolamak, saklamak, gerektiğinde bu bilgileri belirlenen amaçlar için paylaşmak imkan dahilinde kılınsa dahi, genetik bilginin ilgili kişisi tam olarak belirlenemediği için sorunu derinleştirmektedir. Bununla birlikte örneğin Estonya, genetik bilgilerin bu yönünü göz ardı ederek “verilerin toplanması ve değerlendirilmesini açıkça genetik materyali verenin özgür iradesine” bırakmıştır. Şayet genetik materyali veren kişi, verilerinin kötüye kullanılmasından endişe ediyorsa bu rızasını her zaman geri alabilir ve saklanan verilerin imhasını isteyebilir. Genetik materyal veren kişi ayrıca bilgilerin saklanmasında kullanılan kodlama için gerekli anahtarları her zaman yok edebilmektedir.

Gen bankaları bakımından tartışılan konulardan bir diğeri veri bankalarına erişimde fırsat eşitliğinin güvence altına alınmasıdır. Zira böyle bir veri bankasını kurmak oldukça yüksek bir maliyet gerektirmektedir. Bu maliyete katılanların ulaştıkları verileri yetkisiz kişilerin kullanılmasına karşı korumak istemelerini de

kişinin, verilerinin kötüye kullanılması, ayrımcılığa maruz kalması veya bu verilerin istenmeyen bir biçimde açıklanması şeklinde tehlikeler olabilir. Kişilerin bu tür tehlikelere karşı güvence altına alınması gerekir ki, arzulanan iki amaç gerçekleşebilsin; yani, genetik araştırmalar özendirilsin ve bu çalışmaları destekleyecek gen bankaları kurulabilsin. Bu kanun ayrıca bir denetim birimi kurulmasını ve bu birimin ticari amaç gütmemesini öngörmektedir. Kanun hakkında geniş bilgi için bkz., Schrell/Heide, GRUR-Int. 2001, 304 vd..

¹⁷ 2001 yılı itibariyle dünya üzerinde 400'ün üzerine molekuler genetik veri bankasının bulunduğu, bu veri bankalarının ticari amaçla kurulmuş olduğu ve verilerden yararlanabilmek için ücret ödenmesi gerektiği belirtilmektedir. Genetik verilerin ticari değeri hakkında bkz., Schrell/Heide, GRUR-Int. 2001, 306. Ülkemizde ise biyobankaların kurulması ve işleyiş usulü hakkında henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Geniş bilgi için bkz., Memiş, T., Biyobankaların Hukuki Esasları, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 175 vd..

¹⁸ Nitekim Almanya'da sağlıkla ilgili veriler, yenilenen “Verilerin Korunmasına Dair Federal Kanun” da düzenlenmiştir. Bu Kanun'un §28/I'de “kişisel verilerin ancak bilimsel çalışmalarda kullanılabilmesine imkan tanınmış”, bu da aynı zamanda verilerin yeteri ölçüde anonimleştirilmesi şartına bağlanmıştır.

doğal karşılamak gerekir. Bu sebeple veri bankalarına abone olanların yıllık belirli bir lisans ücreti ödedikleri ve bu bedelleri ödemeye hazır kişilere karşı da çekimser davranmadıkları görölmektedir¹⁹.

SONUÇ

İnsan genom projesi kendisine büyük umutlar bağlanan bir çalışma olmakla birlikte, kötüye de kullanılabilir sonuçları bünyesinde barındırmaktadır. Hukuk düzenleri muhtemel kötüye kullanımları engelleme adına gerekli düzenlemeleri yapmaktadır ve öyle görünüyor ki, bu düzenlemeler gelişmelere paralel olarak ileride de yapılacaktır. Yapılacak düzenlemelerde dinî, ahlakî ve etik eleştirilerin dikkate alınacağı muhakkaktır. Zira hukuk ile ahlakî, dinî ve etik değerler arasında inkâr edilemez bir bağ vardır. Bu bağ, hukuku yaratan iradenin insan olmasından ve insanın da bu tür değerlerle mücehhez olmasından kaynaklanmaktadır.

¹⁹ Schrell/Heide, GRUR-Int. 2001, 307.

**KAMU
HUKUKU**

BOŞ

EMRE AYKIRILIK KABAHAATI

Dr. Abdullah Recai AKALAN*

ÖZET

Türk Hukukunda, kabahatler Ceza Kanunundan farklı olarak Kabahatler Kanununda yer almaktadır. Kabahat kanununun, idari yaptırım öngördüğü haksızlık biçiminde tanımlanmaktadır. Yetkililer tarafından verilen emirlere aykırı davranmak kabahat sayılmıştır. Emre aykırı davranış kabahati için üç şartın oluşması zorunludur. İlk olarak, emir yetkili makamlar tarafından hukuka uygun olarak verilmiş olmalıdır. İkinci olarak, bu emir ‘adli işlemlerin yerine getirilmesi veya kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlığın korunması amacıyla’ verilmelidir. Son olarak, ilân edilmelidir.

ANAHTAR KELİMELER

Kabahat, emir, idari yaptırım, Kabahatler Kanunu.

SUMMARY

In Turkish Law, misdemeanors are situated in the Misdemeanors Law which is different from the Criminal Code. Misdemeanor is defined that it is an injustice which administrative sanctions are envisaged by law. It is accepted that it is a misdemeanor to behave against the order given by authorities.

For misdemeanor against the order three provisions must be constituted. Firstly, the order must be given in compliance with law by the authorized administrator. Secondly, it must be given in order to carry out judicial procedure or to prevent public order, public safety and general health. Lastly, it must be publicized.

KEY WORDS

Misdemeanor, order, administrative sanction, the Misdemeanors Law.

* Mülkiye Başmüfettişi

GİRİŞ

Bilindiği üzere 765 sayılı Türk Ceza Kanunu hem kabahatleri hem de cürümleri düzenlenmiştir. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile cürüm ve kabahat fiilleri birbirinden ayrılmış, bir başka ifade ile kabahatler Ceza Kanunu kapsamı dışına çıkarılmış ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanun koyucu, kabahatlerin toplumsal zararı daha az olan fiiller olması sebebiyle, idari yaptırımlarla cezalandırılmasını tercih etmiştir. Bu düzenlemede, adli makamların iş yükünün fazlalığı ve ceza muhakemesi sisteminin yavaş işliyor olması da etkili olmuştur.

Kabahatler Kanunu'nda genel itibariyle iki tür düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki kabahatler hakkındaki usulü işlemler, ikincisi ise özel hükümlerdir. Kabahatler Kanunu dışında da idari yaptırımlar içeren başka kanunlar bulunmasına sebebiyle, 5326 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile Kabahatler Kanununa usul işlemleri yönünden diğer kanunlara göre genel kanun niteliği tanınmıştır.

Kanunun ikinci kısmında ise bir takım kabahat fiilleri düzenlenmiştir. Emre aykırılık, dilencilik, kumar gibi. Bu makalede özel düzenlemelere tabi tutulan “emre aykırı davranış kabahati” incelenecektir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526. maddesinde düzenlenen bu husus artık bir kabahat olarak 5326 sayılı kanunda yer almaktadır. Önce kısaca kabahat kavramına, daha sonra emre aykırılık kabahatine yer verilecektir. Emre aykırılık kabahatinin şartları ortaya konduktan sonra, diğer kanunlarda yer alan emre aykırılık kabahatlerinden bahsedilecek ve son olarak ta uygulanacak idari yaptırımlarla ilgili olarak müracaat edilecek yargı yerinden söz edilecektir.

1-KABAHAHAT KAVRAMI

Kabahat, 5326 sayılı kanunun 2. maddesinde “*kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*” biçiminde tanımlanmaktadır.

“Kabahaht kavramı 5326 sayılı kanundan önce “hafif hapis, hafif para cezası ve belirli bir meslek veya ticari faaliyetten men cezasını gerektiren eylem olarak ifade edilirken, bu kanundan sonra hukukumuzda “idari yaptırım gerektiren bir eylem” olarak yerleştirdiği görülmektedir”¹

Kabahatler 765 sayılı kanun döneminde bir ceza hukuku kurumu iken, 5326 sayılı kanundan sonra bir idare hukuku kurumu olarak karşımıza çıkmaktadır. Kabahatlerin yeni niteliği sebebiyle bir takım özellikleri bulunmaktadır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunun genel gerekçesinde, kabahatin bir haksızlıktan öteye

¹ Akalan Abdullah Recai, Kabahatler Hukuku Üzerine, Türk Hukuk Dergisi, Sayı 131, s. 20.

geçmemesi, işlenmesi bakımından suçtan farklılık arz etmesi, kabahat fiilinde suçtaki gibi teşebbüsün değerlendirilmemesi, tekerrür bakımından farklılık göstermesi, adli sicile kaydedilmemesi, müeyyidenin uygulanması için muhakeme ve mahkeme kararına gerek olmaması, suçun müeyyidesi olan idari para cezasının ödenmediği takdirde hapse çevrilmemesi ve Devletin zorlayıcı gücüyle tahsil edilmesi, ölüm halinde idari para cezasının ortadan kalkmaması gibi bir takım özellikleri bulunduğu ifade edilmektedir. Ancak bu makalede, emre aykırılık kabahati inceleneceğinden kabahatlerle ilgili genel nitelikli açıklamalara daha fazla yer verilmemiştir.

2-EMRE AYKIRI DAVRANIŞ

5326 sayılı kanunun 32. maddesine göre, yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket etmek kabahat sayılmıştır. Bu kabahatin karşılığında idari para cezası öngörülmektedir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.

Kanunun 4. maddesinde kanunilik ilkesi ifade edilmiş ve “Hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun kanunda açıkça tanımlanması gerektiği” kuralına yer verilmiştir. Emre aykırılık kabahati kanunilik ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde, emre aykırılık kabahatinin kanunilik ilkesine aykırı olduğu düşünülebilir. Zira kanunun tanımlamadığı bir hususta idare emir yayınlamakta ve buna aykırı davrananlara idari yaptırım uygulanmaktadır. Ancak, Kanunun aynı maddesinde bir istisna öngörülmüştür. Buna göre kanunlar, bazı kabahatlerin kapsam ve şartlarını belirleyerek içeriğini idarenin genel ve düzenleyici işlemlerine bırakabilirler. İşte emre aykırı davranış kabahatini istisnai düzenlemeye tabi bir kabahat olarak değerlendirmek gerekmektedir. Ancak kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı kanunla belirlenmek zorundadır.

Bir de Türk Ceza Kanunu’nun 2/2 maddesinde “*İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.*” hükmü dikkate alındığında iki düzenleme arasındaki fark daha da belirginleşmektedir. Ancak, burada dikkatten kaçırılmaması gereken husus, artık kabahatlerin bir ceza hukuku kurumu olmadığıdır.² Benzer bir düzenleme 765 sayılı Kanunun 2. maddesinde bulunmaktaydı. Bu maddede “*İşlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimseye ceza verilemez.*” hükmü yer almaktaydı. Oysa 765 sayılı kanunun 526. maddesinde yetkili makamlar tarafından adli işlemler dolayısıyla ya da kamu güvenliği ve kamu düzeni veya genel sağlığın

² Anayasa Mahkemesinin 1.3.2006 tarih ve E: 2005/108 K: 2006/35 sayılı kararında, “Yaptırımın adının yasa ile ‘idari’ olarak değiştirilmesinin, bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyeceği açıktır.” denilmektedir.

korunması düşüncesiyle kanun ve nizamlara aykırı olmayarak verilen bir buyruğu dinlemeyen veya bu yolda alınmış bir önleme uyulmaması kabahat nevinden bir suç işlemiş sayılmaktaydı. Bu düzenleme 5326 sayılı Kanun'un 32. maddesine benzer bir düzenlemedir. 765 sayılı Kanununun 526. maddesine ilişkin olarak "*Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olan yasama yetkisinin devredilemeyeceği*" ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu başvuru üzerine bu hususun bir yetki devri olmadığı yönünde karar vermiştir:

*"...yasama organının, kanun yaparken bütün olasılıkları göz önünde bulundurularak ayrıntı kuralları da saptamak yetkisi varsa da sık sık değişen durumlar ve ihtiyaçlar karşısında bu organın, yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü dolayısıyla kanunda esaslı hükümleri saptadıktan sonra acil olaylarda Hükümete veya kimi makamlara tedbir almak yetkisi bırakması da yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Bu durum karşısında yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı gibi bir anlam çıkarmak doğru olamaz."*³

Yukarıda da ifade edildiği gibi kanun idare tarafından yapılacak düzenlemenin kapsamını, şartlarını, yaptırımların türünü, süresi ve miktarını düzenlemek durumdadır. Emir yayınlama yetkisi işte bu ilkenin şartları doğrultusunda gerçekleştirilebilir.

Böyle bir emir ve buna ilişkin olarak idari yaptırım ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir. Bazı kanunların ilgili maddelerinde Kabahatler Kanununun 32. maddesine atıf yapılmaktadır. Örneğin, 5442 Sayılı İl İdaresi Kanununun 66. maddesine göre verilen kararlar ve belediye cezaları hakkındaki 1608 sayılı Umuru Belediyeye Müteallik Ahkâmı Cezaiye Hakkında Kanunun 1. maddesine göre verilen kararlar aleyhine davrananlar hakkında Kabahatler Kanununun 32. maddesi uygulanabilecektir.

Ancak, bu madde genel bir düzenleme olarak değerlendirilemez. Aşağıda ayrıntıları ile anlatılacağı gibi, 32. madde iki bakımdan genel bir düzenleme sayılmamalıdır. Birincisi her konuda bir idari emir verilemeyeceğidir. Ancak kamu güvenliği, kamu düzeni ya da genel sağlık sebeplerinden birinin varlığı halinde bir emir verilmişse buna aykırı davrananlar hakkında 32. maddeye göre ceza verilebilir. İkincisi ise özel düzenlemeye tabi tutulan hususlarda, açıkça belirtilmedikçe Kabahatler Kanuna göre idari yaptırım uygulanamayacağıdır. Örneğin Kara Avcılığı ya da Özel İdare

³ Anayasa Mahkemesi 7/6/1973 tarih ve E: 1973/12 K : 1973/24 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1973/K1973-24.HTM>. 05.04.2008.

Emre Aykırılık Kabahati

Kanununda belirtilen hallerde meydana gelen emre aykırılıktan dolayı Kabahatler Kanununa göre değil, özel düzenlemeye göre idari yaptırım uygulanacaktır.

4915 sayılı Kara Avcılığı Kanununun 4. maddesine göre, bazı av hayvanları bakanlıkça koruma altına alınabilir. Koruma altına alınan yaban hayvanları avlanamaz. Merkez Av Komisyonu kararı Resmî Gazetede yayımlanır. Merkez Av Komisyonu kararlarına aykırı davranan kişiler, 4915 sayılı Kanunun 21. maddesine göre cezalandırılır. Buradaki düzenleme aslında bir emre aykırılıktır. Zira merkez av komisyonun aldığı kararlara, bir anlamda emirlerine ayrılık söz konudur. Kanunun 21. maddesine göre Bakanlıkça getirilecek yasaklara uymayanlara idarî para cezası verilir. Merkez Av Komisyonuna av hayvanları konusunda koruma kararı alma yetkisi kanunla verilmiştir. Kanununa göre karar resmi gazetede ilan edilmektedir. Bu karar kamu düzeni, genel güvenlik, genel sağlık hususlarından birine tekabül etmemektedir. Bu sebeple, Kanunda doğrudan cezalandırmadan bahsedilmiş ve 32. maddeye atıf yapılmamıştır. Bu durumda Kabahatler Kanununun 32. maddesine göre emre aykırılık söz konusu olmayacaktır.

Benzer bir düzenleme Özel İdare Kanununun 5. maddesinde yer almaktadır. Bu maddede; *“İl özel idaresinin görev ve yetki alanına giren konularda, kanunların verdiği yetkiye dayanarak il genel meclisi tarafından alınan ve usulüne uygun olarak ilân edilen kararlara aykırı davrananlara; filleri suç oluşturmadığı takdirde idarî para cezası verilir.”* denilmektedir. Buna göre idari para cezası Özel İdare Kanununun 55. maddesine istinaden verilecek, Kabahatler Kanununun 32. maddesi uygulanmayacaktır.

Görüldüğü gibi her iki örnekte, Kara Avcılığı ya da Özel İdare Kanununda belirtilen hallerde emre aykırılık bulunmasına rağmen kanunlarda yazılı müeyyideler uygulanacak, Kabahatler Kanununa uygulanmayacaktır. Sonuç olarak kanunda hüküm bulunan hallerde emre aykırılıktan bahsedilebilecek, kanunda açıkça bahsedilmeyen durumlarda emir verme ya da yasaklama yetkine sahip mercilerin kararlarından dolayı “emre aykırı davranış”tan dolayı idari para cezası verilemeyecektir.

3- EMRE AYKIRILIK KABAHAHATİNİN ŞARTLARI

Emre aykırı davranış kabahatini içeren 32. maddesinin gerekçesinde; söz konusu kabahatin oluşabilmesi için 3 şartın bir arada oluşması gerektiği belirtilmektedir:

- a-** Yetkili makamlar tarafından hukuka uygun bir biçimde verilmiş bir emir olmalıdır.
- b-** Emir, ‘adli işlemler dolayısıyla ya da kamu güvenliği ve kamu düzeni veya

genel sađlıđın korunması dűşüncesiyle' verilmelidir.

c- Emir usulen ilân edilmelidir.

O halde Şimdi bu Şartları inceleyelim.

a- Yetkili Makamların Hukuka Uygun Emirleri

Emri veren makamlar hem yetkili olmalı, hem de hukuka uygun emir vermelidir. Bu yüzden bu iki husus ayrı ayrı incelenecektir.

aa-Yetkili Makam

Kanunda "yetkili makam" dan söz edilmektedir. Mevzuatla emir vermek veya tedbir almak yetkisi tanınmamıŐ kişilerin emir vermesi ya da tedbir almasından dolayı bu kanuna göre ceza verilemez.

O halde yetkili makam kanunda belirlenmiş olmalıdır. Örneğin 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 11/C ve 32/Ç maddelerinde böyle bir yetki vali ve kaymakamlara verilmiştir.

Kanunun 11/C maddesinde, "*İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir.*

Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır. Bu hususta alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66. madde hükmü uygulanır." denilmektedir.

Kanunun 32/Ç maddesinde benzer ifadelerle ilçe sınırları içerisinde karar ve tedbir alma yetkisi kaymakamlara tanınmıştır. 5442 sayılı Kanuna göre, vali ve kaymakamlar emir vermeye yetkili makamlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanun'un 66. maddesi 5728 sayılı kanunla değiştirilmiştir. Bu değişiklikten önce 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesine atıf yapılan maddede, artık Kabahatler Kanununun 32. maddesine başvurulacağı belirtilmiştir.

Bu maddeye göre; "*İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahallî mülkî amir tarafından Kabahatler Kanununun 32. maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır.*" Görüldüğü üzere burada Kabahatler Kanununun 32. maddesine açık bir Şekilde atıf bulunmaktadır.

Emre Aykırılık Kabahati

Yine, 5393 sayılı Belediye Kanununun 15/b maddesinde belediye yasakları koymak ve uygulamak belediye yetkileri arasında sayılmıştır. Bu yasaklar emirler biçiminde yayınlanabilecektir.

Belediye cezalarını düzenleyen, 1608 sayılı Kanunun 1. maddesine göre;

“Belediye meclis ve encümenlerinin kendilerine kanun, nizam ve talimatnamelerin verdiği vazife ve salahiyet dairesinde ittihaz ettikleri kararlara muhalif hareket edenlerle belediye kanun ve nizam ve talimatnamelerinin men veya emrettiği fiilleri işleyenlere veya yapmayanlara belediye encümenince Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmüne göre idarî para cezası ve yasaklanan faaliyetin menine karar verilir. Bu kararda ilgili kişiye bir süre de verilebilir.”

O halde mülki idare amirleri ve belediyelerin yetkili organları emir vermeye ve emre aykırı davrananlara idari para cezası vermeye yetkilidirler.

Bir madaletde, kolluğun da 32. maddeye göre emir verebileceği belirtilmektedir.

“Konunun düzenlendiği md 32’de her ne kadar ‘kolluk’ kavramı geçmiyorsa emri veren kamu makamlarından birisi de kolluk (polis) olabilir. Binaenaleyh, bir trafik görevlisi, bir sürücüye park etme veya yolcu indirip bindirme açısından emirler verir de karşı taraf buna uymazsa böyle bir ceza kesme yetkisi vardır. Şu kadar ki, emre uymama halinde peşinden ceza verileceğine dair ilgili yasada bir düzenlemenin olması gerekmektedir. Aksi halde keyfi uygulamalara kaçılabilir.”⁴

Kanaatimizce kolluk tarafından bu tarz bir emir verilemez. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde kolluğun emre aykırı davrananları yakalayabileceğine dair bir düzenleme vardır. Yönetmeliğin 5/1-b. maddesine göre “Kolluk kuvvetleri kanun ve usul dairesinde verdiği emre itaatsizlik edenleri ve aldığı tedbirlere uymayanları” yakalayabilir. Ancak idari para cezası veremez. Böyle bir emir verilebilmesi için ilgililere 5442 sayılı kanunda ya da 5393 sayılı kanunda olduğu gibi yetki verilmiş olması gerekir. Böyle bir emrin ayrıca ilan edilebilme niteliğinde **genel emir** olması gerekmektedir. Bireysel davranışlara istinaden emir verilmiş olsa bile 32. maddeye göre idari para cezası verilmez.

bb- Hukuka Uygun Karar

Verilen kararlarında hukuka uygun olması gerekmektedir. Hukuka uygun

⁴ **Şafak** Ali, Kabahatler Kanunu (Kk) Hakkında Genel Bilgi ve Polise Düşen Görevler, <http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/index.htm>. 03.04.2008.

olmayan kararlara istinaden idari yaptırım kararı verilemez. Alınan bir idare kurulu kararı üzerine mahkeme, başlık parası konusunda yaptırım uygulanamayacağına karar verilmiştir:

“... İlçe İdare Kurulu'nun 15.12.1981 gün v 608 sayılı; başlık parası istenmemesi ve fazla ziynet eşyası takılması isteklerinin, ilçe sınırları içinde kız kaçırma olaylarının artmasına, bunun da kan davalarına kadar ulaşan boyutlara varıp huzur ve güvenliği ve kişi dokunulmazlığı ve kamu esenliğini bozduğu... (karara aykırı davrananların) nikahlarının... kıyılmayacağına ve aksine hareket edenlerin tecziye edileceklerine karar vererek ilçe hudutları içerisinde usulen ilan ettiği...İlçe idare kurulu, yasa maddesine yanlış anlam verip kanun koyucu yerine geçerek... yurdumuzda yerleşik bir örf ve adet... ilçesi hudutları içerisinde suç haline dönüştürmüştür.

Bu hal, Türk Ceza Kanunu'nun “Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez, 2. maddesi ile Anayasa'nın 10,11 ve 35. maddelerine aykırı görülmüştür.”⁵

Yetkili makamlar tarafından hukuka uygun olarak verilen bir karar üzerine idari yaptırım uygulanabilecek olup, hukuka uygun olmayan kararlar ve buna dayalı olarak uygulanan idari yaptırımlar yargı mercileri tarafından kaldırabilecektir.

b- Emir, ‘adli işlemler dolayısıyla ya da kamu güvenliği ve kamu düzeni veya genel sağlığın korunması düşüncesiyle’ verilmelidir

Yetkili makamlar tarafından verilecek emirlerin sebebi adli işlemler ya da kamu güvenliği, kamu düzeni ya da genel sağlığın korunması olmalıdır. Yetkili dahi olsa bu sebeplerle verilmeyen emirlere istinaden idari yaptırım kararı verilemez. 2.Ceza Dairesi, bu amaçlara uygun olmayan bir sebeple verilen emre göre yaptırım uygulanamayacağına karar vermiştir:

“Bal üretiminin artırılması ve arı neslinin korunması zımında kaymakamlıkça ittihaz olunan kararın kamu düzeni ve kamu güvenliğine ilişkin bir yönü bulunmadığı, genel sağlık mülahazasıyla karar alma yetkisinin ise il ve ilçe hıfzısıhha kurullarına ait bulunduğu cihetle 5442 sayılı İl idaresi Kanununun verdiği bir yetkiye dayanmayan emre aykırılığın TCK'nın 526. maddesindeki suçu oluşturmayacağı(na)...”⁶ karar verilmiştir.

⁵ CGK E.1986/584, k.1986/299, **Erdoğan** Yüksel, Kabahatler Kanunu, Seçkin , Ankara 2005, s. 410.

⁶ 2.CD,E.1981/8147,K 1981/8339, **Erdoğan**, s. 411.

Emre Aykırılık Kabahati

3284 sayılı Bazı Maden Hurdalarının Dışarı Çıkarılmasının Yasak Edilmesi ve Satın Alınması Hakkında Kanununun 7. maddesinde “yurt dışına çıkarılması yasaklanmış hurdaları çıkaranlara ve buna teşebbüs edenlere idarî para cezası verilir.” denilmektedir. Kanununun 5728 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki halinde 765 sayılı Kanununun 526. maddesine atf yapılmakta iken, değişiklikten sonra 32. maddeye müracaat edileceği belirtilmemiştir. Yapılan değişiklik doğrudur. Zira hurdaların yurt dışına çıkarılmaması hususunda kamu düzenine, kamu güvenliğine ya da genel sağlığa aykırılık bulunmamaktadır.

Şimdi, emirlerin hukuka uygun olmasını sağlayacak sebepleri inceleyelim:

aa- Adli İşlemler

Adli işlemler nedeniyle bir emir verimli ve bu emre aykırı davranılmışsa 32. maddeye göre emre aykırılık kabahati oluşmuştur. Yargı organlarının verdikleri kararlar kural olarak yargısal kararlardır. Kabahatler Kanunu sebebiyle göre verilen yaptırımlar ise kural olarak idari yaptırımlardır. Ancak Kabahatler Kanununun 23 ve 24. maddeleri cumhuriyet savcılarının ve mahkemelere kabahatler sebebiyle idari yaptırım kararı verebilme yetkisi tanımıştır. Cumhuriyet savcıları ve mahkemeler soruşturma veya kovuşturma yapılan fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde idarî yaptırım kararı verebileceklerdir. Ayrıca, Cumhuriyet savcılarının kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkili olduğu belirtilmiştir.

Soruşturma ve kovuşturma kapsamında tespit edilen fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması dışında, adli makamlar tarafından hangi tür emirler verilmelidir ki, buna riayet etmeyenlerin Kabahatler Kanununa göre cezalandırılabilsin? Bu hususta, 32. maddenin birinci ve ikinci fıkraları birlikte değerlendirildiğinde doğru neticeye varılabileceği kanaatindeyiz. İkinci fıkraya göre, 32 madde ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilecektir. O halde adli işlemlere dair bir kanuni düzenleme bulunmalı ve idari yaptırımla ilgili olarak 32. maddeye atf yapılmalıdır.

Böyle bir düzenleme sadece 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda bulunmaktadır. 298 sayılı Kanununun 156. maddesinde “Bu Kanunda ayrıca ceza hükmüne bağlanmayan ve Kanun hükümlerine aykırı olan sair propagandaların failleri hakkında Kabahatler Kanununun 32. maddesinin birinci fıkrası uygulanır.” hükmü getirilmiştir. 298 sayılı Kanununun 175. maddesine göre “Bu Kanun hükümlerine göre idarî para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir.” Hukukumuzda Kabahatler Kanununun 32. maddesine atf yapan başka bir adli düzenleme tespit edilememiştir.

Anayasanın 67 ve 79. maddesinde seçimlerin, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılacağı hükme bağlanmıştır. 79. maddede ayrıca Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağı belirtilmiştir. Ancak, hukukumuzda seçim kurullarının yargı organı olup olmadığı tartışmalıdır.

“Danıştay’a göre, yasa koyucu “önemi ve özelliğini göz önünde tutarak seçim kurulları düzeni ile ayrı bir yargı organı” kurmuş; ilçe, il ve Yüksek Seçim Kurulu olarak aşağıdan yukarı sıralanan bir “yargı düzeni” oluşturmuştur”⁷

“Anayasa Mahkemesi seçim kurullarının mahkeme olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir...”

...Uyuşmazlık Mahkemesi de ilçe seçim kurulunun adli, idari ve askeri yargı yerlerinden birinin kapsamına girmediği görüşündedir.”⁸

298 sayılı kanunda belirtilen kanuna aykırı sair propaganda durumunda bir emir verilmemekte, ancak kanununun hükmüne aykırılıktan dolayı idari para cezası verilmektedir.

298 sayılı kanunun 134. maddesinde “Seçim işlerinin cereyanı sırasında, seçimin düzenli yürütülmesini sağlamak maksadı ile, bu Kanunda yazılı kurullar veyahut kurul başkanları tarafından alınan karar ve tedbirlere, ihtara rağmen riayet etmeyen kişilere idarî para cezası verilir.” hükmü getirilmiştir. Bu hüküm bir adli emre aykırılık teşkil etmektedir. Ancak bu emre aykırılıktan dolayı Kabahatler Kanununun 32. maddesine göre değil, 298 sayılı kanunun 134. maddesine göre idari para cezası verilecektir.

bb- Kamu Düzeni

İnsanların hayatlarını idame ettirebilmeleri için bir hukuk düzenin kurulması ve bu düzenin devam ettirilmesi gerekir. Bu düzen bireylere güvenlik ve huzur sunan bir ortamı ifade etmelidir. O halde, hukuk düzeni insanların emniyet içerisinde yaşayacağı bir biçimde oluşturmalı, düzeni bozanların cezalandırılacağı bir güven ortamı içermelidir. Diğer bir ifade ile hem güven ortamı tesis edilip devam ettirilmeli, hem de bu ortamı bozanlar tecziye edilmelidir. Toplumsal düzeni bozanların bu ortamdan ayıklanabilmesi için devletin zorlayıcı gücünün olması ve kullanılması gerekir.

⁷ Tan Turgut/ Gözübüyük Şeref, İdare Hukuku C.II Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.105.

⁸ Tan / Gözübüyük, s. 105-106.

Emre Aykırılık Kabahati

Kamu düzenin barış ve güvenlik ortamı olduğu ifade edilmiştir. “*Kamu düzeni toplumun barış ve güven içinde gelişmesini ve yaşamını sürdürmesini sağlayacak bir ortamdır.*”⁹

Anayasa Mahkemesi ise kamu düzenini şöyle tanımlamaktadır. “*Toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının korunmasını amaçlayan her şeyi ifade eder. Bir başka deyişle, toplumun her alandaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsar.*”¹⁰

Her ortamda meydana gelecek düzensizlik kamu düzenini ihlal sayılmayacaktır. Kamu düzeni bireysel düzeni değil toplumsal düzeni, diğer bir ifade ile kamuya açık yerlerdeki güvenli ortamı ifade etmektedir.

“*Kamu düzeninin toplumsal bir düzeni ifade etmesi sebebiyle, bireylere ilişkin olan ve bireysel ve özel çıkarlara dayalı bulunan bir düzenin kamu düzeni ile ilgisi yoktur. Bu anlamda kamu düzeni toplumun dış ve maddi düzeni olup, yollar, parklar, meydanlar gibi umumi yerlerde ve gazino, kahvehane, tiyatro, sinema, han, hamam, otel, lokanta gibi umuma açık yerlerde geçerli bulunan düzeni ifade etmektedir. Bu gibi umumi veya umuma açık yerlerde bireylerin güvenlik, dirlik ve esenlik içinde ve de sağlıklı olarak yaşamalarının sağlanması anlamına gelmektedir.*”¹¹

Kamu düzenini “toplumun maddi düzenindeki, güvenlik, dirlik ve genel sağlığın sağlanması ve korunmasıdır” diye tanımlayabiliriz. Bazen genel ahlakın korunmasını da kamu düzeni içerisinde sayan görüşlere rastlanmaktadır. Ancak genel ahlakın kamu düzeninden sayılabilmesi için dış ortamı tehdit eder bir hal alması gerekmektedir. Toplumsal düzenin korunması kolluk güçleri marifetiyle sağlanır. Kolluğun amacı kamu düzenin korunması ve sağlanmasıdır.

O halde toplumun maddi alemdeki düzenin sağlanması amacıyla emir verilmesi halinde, buna aykırı davranışlar hakkında idari para cezası verilebilecektir. Mahalli mülki amirlerin, taşkın sulara karşı köy ve kasabalardaki 18-50 yaşları arasındaki erkeklerin çalıştırılmasını emretmeleri¹² ya da yine mülki amirlerin yangın gibi fevkalade hallerde ormanlara girmeyi men edebilmeleri¹³ gibi hususlar kamu düzeninin temin edilmesine yönelik işlemlerdir.

⁹ **Tan Turgut/ Gözübüyük Şeref**, İdare Hukuku C.I Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 595.

¹⁰ Ana..Mah. 22.11.1976,E 976/27-K976/51 Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi Sayı 14, s.363.

¹¹ **Günday Metin**, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002, s.247.

¹² 4373 sayılı Taşkın Sulara ve Su Baskınlarına Karşı Korunma Kanununun 6 ve 15.maddeleri.

¹³ 6831 sayılı Orman Kanununun 74 ve 107. maddeleri.

cc- Kamu Güvenliği

Güvenlik örgütlü ya da bireysel olarak suç işlenmesinin önlenmesi ve işlenen suçlarla ilgili gerekli faaliyetlerin yerine getirilmesini ifade eder. Günday, kamu düzeninin bir unsuru olarak görülen güvenliği şu şekilde ortaya koymaktadır:

“ Yürürlükte bulunan bazı eski tarihli kanunlarda emniyet ya da emniyet ve asayiş olarak ta adlandırılan güvenlik, bireylerin umumi veya umuma açık yerlerde can ve malları için endişe duymamalarını ifade eder. Örneğin trafik önlemleri, iş kazalarının önlenmesine yönelik önlemler, kişi güvenliği ve konut dokunulmazlığının sağlanması için öngörülen önlemler hep kişilerin can ve malları için endişe duymadan yaşamalarına yönelik önlemler olarak, kamu düzeni kavramının güvenlik öğesi ile ilgilidir.”¹⁴

Kamu düzeni veya güvenliğin en önemli öğesi, dış dünyada meydana getirilen değişikliklerdir. Sadece güvenlik açısından ifade edilecek olursa, bireylerin kamuya açık alanlarda canlarının, namuslarının ve mallarının her türlü saldırıdan uzak olması demektir.

Güvenlik, genellikle kolluk tarafından tek yanlı işlem ve eylemlerle gerçekleştirilir. Bu bir nevi işin doğasında vardır. Suç işlenmesine yönelik bir ortamın varlığı halinde kişilerle karşılıklı çözüm üretmek çoğu zaman zordur. Örneğin hırsızlık vakalarının çok olduğu bir yerde alınacak tedbirler de karşı taraf bulmak mümkün değildir. Zaten kolluğun hırsızları biliyor ve işlem yapmıyor olması onlar için suç oluşturacaktır.

Güvenlik sadece yetkisi bulunan kolluk görevlileri tarafından sağlanacaktır. O halde güvenlik, bu konuda yetkili olan genel kolluk tarafından sağlanır. Güvenliği sağlamakla görevli olan kolluk yetkilileri ise polis, jandarma ve sahil güvenlik görevlileridir. Yine kendi sorumluluk alanlarında gümrük muhafaza memurları ile orman muhafaza memurlarının da suç işlenmesinin önlenmesine yönelik yetkileri bulunduğunu ifade etmek gerekmektedir. İstisnai olarak özel güvenlik görevlilerinin de güvenliği sağlamakla görevli oldukları söylenebilir.

Kamu düzenini korumak ve suç işlenmesini önlemek bakımından kolluk yetkisini kullanmak zorundadır. Kolluk görevlilerinin suç işlenmesini önlemeye yönelik olarak tedbirler almaması sorumluluk sebebidir.

Örneğin Kaymakamlık veya Valilikler tarafından belirli bir bölgede içki içilmesi yasaklanabilir. Halkın genel istifadesine sunulmuş olan park bahçe ve piknik yeri gibi alanlarda halkın huzurunun bozulduğu yönünde tespit ve değerlendirmeler

¹⁴ Günday, s.248.

yapan Kaymakam ve Valiler içki yasağı getirebilirler. İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte içkili yerlerin düzenlenmesi genel güvenlikle ilgili görülmüştür. Yönetmeliğin 29. maddesinde “İçkili yer bölgesi, mülki idare amirinin genel güvenlik ve asayiş durumu hakkındaki görüşü doğrultusunda belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediye meclisi, bu sınırlar dışında il genel meclisi tarafından tespit edilir.” denilmektedir. O halde içkili yer olarak belirlenen yerler dışında içki verilmesi genel güvenliğe aykırı sayılabilecektir. Ancak buna ilişkin somut bir takım verilerin bulunması gerekmektedir. Ayrıca aynı maddenin 2. fıkrası bu görüşümüzü doğrular niteliktedir. Bu fıkraya göre “İçkili yer bölgesi haricinde içkili yer açılmaz.” Bu yasağa aykırı davranışlara ise yine aynı makamlar tarafından idari para cezası verilebilecektir. Bu husus kamu güvenliğine ilişkin olup, ilan edilmesi şartıyla yasağa uymayan hakkında idari para cezası verilebilecektir.

dd- Genel Sağlık

Genel sağlık, toplumun tamamını ya da önemli bir kısmını etkileyecek olan hastalıklardan korunması demektir. Bunlar çoğunlukla bulaşıcı hastalıklardan korunma olarak karşımıza çıkar. Genel sağlık bir anlamda toplumsal sağlığın korunmasıdır. Hukukumuzda genel sağlıkla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Gıda Güvenliği ve Kalitesinin Denetimi ve Kontrolüne Dair Yönetmelik, Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliği gibi. Genel sağlığın korunması amacıyla verilecek olan emir yiyecek ve içecek maddelerinin denetimi, salgın hastalıklardan korunmak için alınacak tedbirler olarak karşımıza çıkar.

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 287. maddesine göre trahom hastalığı ile ilgili, 291 maddesine göre frengi hastalığı ile ilgili olarak oluşturulacak heyetlerin alacağı tedbirlere muhalefet edenler veya tedaviye icabet etmeyenlerin Kabahatler Kanununun 32. maddesine göre cezalandırılacak olması genel sağlık yönünden yapılmış bir düzenlemedir.

c- Emrin Usulen İlânı

Kanunda açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, emrin ilan edilmesi önemli şartlardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Emrin ilan edilmesi ile kamunun emri bilmesi sağlanmakta ve emre aleniyet kazandırılmaktadır. Ayrıca emre karşı yargı yolunun önü açılmaktadır. Emrin ilan edilmesi gerektiği 32. maddenin gerekçesinde belirtilmektedir. Ayrıca 526. maddenin anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü bir davaya ilişkin Anayasa mahkemesinin verdiği kararda da emrin ilan edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

“Bu yoldaki emir veya tedbirin önceden neşir ve ilân edilerek halka duyurulmuş olmasının gerektiği de izahtan varestedir.”¹⁵

5442 sayılı kanun 66. maddesinde de kararların ilan edileceği hususu ayrıca ifade edilmiştir: yetkili kurul ve amirler tarafından verilecek kararlar usulen tebliğ veya ilan olunacaktır.

Bir görüşe göre emrin kamu tarafından biliniyor olmasını yeterli sayılmalıdır. *“İlanın yapılma yönteminde bir eksiklik olsa dahi o emrin herkes tarafından bilindiği anlaşılabilir, ilan şartı gerçekleşmiş olur.”¹⁶* Bu görüşe kısmen katılıyoruz. Zira Kabahatler Kanununda açıkça ilan şartından bahsetmemiştir. Yine 1608 sayılı Kanunun 1. maddesinde de açıkça ilandan bahsedilmemektedir. Bu durumda kamunun alınan kararları biliyor olması yeterli sayılabilir. Örneğin alınan kararlar bir ilan şeklinde değil de, sadece bir gazete haberi olarak yer almış olsa, bu durumda ilgililerin bu kararı biliyor olduğu kabul edilebilir. Ancak, 5442 sayılı Kanunda kararların açıkça tebliğ ya da ilan edileceğinden bahsedilmektedir. Bu durumda yetkili mercilerin aldığı kararların ilan edilmemiş olması bir eksiklik olarak karşımıza çıkar. Kararların yargı yerlerinde değerlendirileceği düşünülerek, idarelerin bu tür bütün kararlarında ilan şartını yerine getirmeleri daha sağlıklı sonuçlar doğuracaktır.

4-EMRE AYKIRILIĞI DÜZENLEYEN ÖZEL KANUN HÜKÜMLERİ

Bazı kanunlarda Kabahatler Kanununun 32. maddesine açıkça atıf yapılmaktadır. Bu durumda kanunlarla belirlenen tedbirleri almaya yetkili olan mercilerin emrine aykırılık, idari yaptırım uygulanmasına yol açabilecektir. Özel kanunlarda yazılı hallerde, yine kararların yetkili makamlar tarafından hukuka uygun bir biçimde verilmiş olması gerekmekte olup, ayrıca emir usulen ilan edilmelidir. Şimdi emre aykırılığı düzenleyen kanun hükümlerini kısaca ele alalım:

1-4373 sayılı Taşkın Sulara ve Su Baskınlarına Karşı Korunma Kanununun 6. maddesine göre, mahalli mülki amir, taşkın sulara karşı köy ve kasabalardaki 18-50 yaşları arasındaki erkeklerin çalıştırılmasını emredebilir. Haklarında çalışma kararı verilen erkekler, bu emri yerine getirmezler ise idari para cezası ile cezalandırılırlar. 4373 sayılı Kanununun 15. maddesine göre, davet anında köy ve kasabalarında bulunup da sıhhi vaziyetleri müsait olduğu hâlde ve başkaca makbul bir sebep

¹⁵ Anayasa Mahkemesi 7/6/1973 tarih ve E: 1973/12 K : 1973/24 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite /KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1973/K1973-24.HTM>. 05.04.2008.

¹⁶ **Erdoğan**, s.388.

Emre Aykırılık Kabahati

olmaksızın bu davete icabet etmeyenler ile gidip çalışmayanlar, kaymakam veya valinin kararıyla Kabahatler Kanununun 32. maddesi uyarınca cezalandırılır.

2-4654 sayılı Memleket İçi Düşmana Karşı Silahlı Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun 1. maddesine göre fevkalade hallerde ve seferde 16-60 yaşları arasındaki kişiler silahla mukavemet etmekle mükellef tutulurlar. 4654 sayılı Kanununun 6. maddesine göre; tesis edilen mükellefiyetlerde davete icabet etmeyenlerle icabetten sonra kaçanlar veya verilen vazifeleri ihmal edenler veya bu Kanunun tatbikini her hangi bir şekilde zorlaştıranlar Kabahatler Kanununun 32. maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. İdarî para cezasına mahallî mülkî amir tarafından karar verilir.

3-6831 sayılı Orman Kanununun 74. maddesine göre, orman idaresinin göstereceği lüzum üzerine mahallerinin en büyük mülkiye amirleri, yangın gibi fevkalade hallerde ormanlara girmeyi men ve oralardaki her türlü işlerin tatilini emredebilirler. Bu tedbirlere riayet etmeyenlere, 6831 sayılı Kanunun 107. maddesine göre mahallin en büyük mülkî amiri tarafından Kabahatler Kanununun 32. maddesine göre idarî para cezası verilir.

4-Sivil Savunma Kanununun 6. maddesine göre tabii afetler ve büyük yangınlarla ilgili tedbirlere mahalli mülki amirliklerce görülecek lüzum üzerine, bu bölgede bulunan Sivil Savunma teşkillerinin de katılması mecburidir. Tatbiki ilan olunan sivil savunma tedbirlerine riayet etmeyenlere, 7126 sayılı Kanunun 47. maddesine göre fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, Kabahatler Kanununun 32. maddesine göre idarî para cezası verilir.

Yukarıda sayılan haller kamu düzenine ilişkin durumlardır. Emirlerle ya da görevlendirmelere aykırı davrananlara Kabahatler Kanununa göre ceza verilecektir. Bütün bu hallerde yapılan görevlendirmeler veya verilen emirler ilgililerine ilanen ya da tebliğ suretiyle duyurulması gerekmektedir.

5-EMİR NİTELİĞİNDE OLMAYAN DÜZENLEMELERE AYKIRILIK

Kabahatler Kanununun 32. maddesine göre usulüne uygun olarak verilmiş kararlara aykırı davrananlar emre aykırı davranmış sayılacaklardır. Ancak bazı düzenlemelerde emir niteliğinde olmayan durumlara ilişkin 32. maddeye atıf yapıldığı görülmektedir. Örneğin Türk Bayrağı Kanununun 8. maddesine göre mevzuata aykırı bayrak yapmak, satmak, kullanmak yasaktır. Kanunun bu maddesine göre yetkili mercilerden alınmış bir karar yoktur. Ancak yasağı kanun koyucu düzenlemiştir.

Bu durumda hangi merciin ceza vereceği konusunda ise özel düzenlemelerde yetkili merciler belirlenmiştir. Zira bu durumda, 32. maddedeki “ceza vermeye emri

veren merciin” yetkili olduğu kuralı geçerli değildir. Çünkü verilen bir emir yoktur. Kanun özel hükümlerle hangi merciin idari ceza vereceğini belirlemiştir. Örneğimizde, Bayrak Kanunu ve tüzüğüne aykırı davrananlar hakkında mülki amirler tarafından Kabahatler Kanununun 32. maddesi uyarınca idarî para ceza verilecektir. Başka kanuni düzenlemelerle de herhangi bir emir bulunmadan sırf kanuna aykırılıktan dolayı idari para cezası öngörüldüğü görülmektedir. Örneğin, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda bu tür düzenlemeye rastlamak mümkündür.

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 299. maddesine göre defin ruhsatiyesi olmadan cenaze defneden mezar bekçileri veya ölü sahipleri ya da aynı Kanunun 301 maddesine göre, müsaadesiz olarak bir şehir ve kasabadan diğerine ölü nakledenler Kabahatler Kanununun 32. maddesine göre cezalandırılır. 1593 sayılı kanunda hangi makamın idari para cezasına hükmedeceğine dair hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda Kabahatler Kanunu’nun 22/2. maddesi uygulanacaktır. Bu maddede “*Kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşunun en üst amiri bu konuda yetkilidir.*” hükmü getirilmiştir. O halde idari para cezasını vermeye yetkili merciler ilgili sağlık kuruluşunun en üst amiri olacaktır.

2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununda yapılan düzenlemede ise küçük bir fark bulunmaktadır. Aslında bu düzenlemeye göre yine bir emir verilmemektedir. 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununun 47. maddesine göre Havaalanlarının ve ilgili tesis ve teçhizatın çevresinde, Ulaştırma Bakanlığınca belirlenecek esaslar içinde ve saptanacak bir alan dahilinde izin alınmadıkça hava trafiği, uçuş güvenliğini tehlikeye düşürecek nitelikte ve yükseklikte bina tesis edilemez. Bakanlık ayrıca hava seyrüseferi yapan kişilerce görülebilmesi amacıyla işaretler konulmasını isteyebilir. Bu durumda bir izin söz konusu olup, idare ilgiliye bir emir vermemektedir.

2920 sayılı Kanunun 47. maddesine göre “*Ulaştırma Bakanlığının yukarıdaki fıkralar hükümlerine göre verdiği emir ve koyduğu yasaklara aykırı hareket eden kişilere, ilgili valilik tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmüne göre idarî para cezası verilir.*” Kanun ilgilinin izin alma zorunluluğundan bahsetmektedir. Eğer ilgililer almaları gereken izni almamışlarsa ilgiliye idari para cezası verilmektedir.

6-YARGI MERCİ

Emre aykırı davranışlardan dolayı verilen idari para cezalarına karşı Kabahatler Kanununun 27. maddesine göre, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde yetkili Sulh Ceza Mahkemesine müracaat edilmesi gerekmektedir. Mahkeme verilen emrin hukuka uygun olup olmadığını araştırmak zorundadır. Mahkeme yapacağı inceleme

Emre Aykırılık Kabahati

sonunda, idarî yaptırım kararının hukuka uygun olması nedeniyle, “başvurunun reddine” ya da hukuka aykırı olması nedeniyle, “idarî yaptırım kararının kaldırılmasına” karar verir.

27 maddenin 8. bendinde “*İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür.*” denilmektedir. O halde idari yargı merci tarafından verilen emirle ilgili olarak bir karar verilmiş ise sulh ceza mahkemesi bu kararı dikkate almalıdır.

“...Bu emir daha önceden idari yargıda dava konusu yapılmış ve idari yargı tarafından iptal edilmiş ise, ceza mahkemesi bu emrin hukuka uygunluğunu araştırmayıp, hukuka aykırı olarak kabul edip idari yaptırım kararının kaldırılmasına karar vermelidir.”¹⁷

Sonuç olarak yapılan işlemler idari birer işlem olmakla birlikte yetkili ve görevli yargı yeri idari yargı değil, sulh ceza mahkemesidir.

Kabahatler Kanununun 24. maddesinde “*Kovuşturma konusu filin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verilir.*” hükmü getirilmiştir. Kanunun 27. maddesinde idari yaptırım kararına karşı yargı yeri Sulh Ceza Mahkemesi olarak belirlenmiştir. Sulh Ceza Mahkemesinin kararlarına karşı itiraz merci olarak belirlenen bir asliye ceza mahkemesi veya ağır ceza mahkemesi tarafından idari yaptırım kararı verilmiş ise itiraz Sulh Ceza Mahkemesine yapılamayacaktır. Bu durumda hukukun genel ilkesi uygulanarak itiraz merci belirlenecektir.¹⁸

SONUÇ

Kanun koyucu, kabahatleri ayrı bir kanunla düzenlemeyi uygun bulmuş, idari yaptırımlarla cezalandırılmasını tercih etmiştir. Kabahat kanununun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık biçiminde tanımlanmaktadır. Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket etmek kabahat sayılmış, bu kabahati işleyenlere idari para cezası öngörülmüştür. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilecektir. Kanunda hüküm bulunan hallerde emre aykırılıktan bahsedilebilecek, kanunda açıkça

¹⁷ **Yalçın** İsmail, Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Seçkin, Ankara 2007,s.166.

¹⁸ Ceza Muhakemesi Kanununun 268. maddesi.

bahsedilmeyen durumlarda emir verme ya da yasaklama yetkine sahip mercilerin kararlarından dolayı “emre aykırı davranış”ta bulunmaktan dolayı idari para cezası verilemeyecektir.

Emre aykırı davranış kabahatinin oluşabilmesi için üç şartın bir arada oluşması gerekmektedir. Yetkili makamlar tarafından hukuka uygun olarak bir emir verilmiş olmalıdır. Bu emir, ‘adli işlemler dolayısıyla ya da kamu güvenliği ve kamu düzeni veya genel sağlığın korunması düşüncesiyle’ verilmelidir. Son olarak ta bu emir usulen ilân edilmelidir. Böyle bir emir kanun belirlediği yetkili merciler tarafından verilebilir. Böyle bir emrin ayrıca ilan edilebilme niteliğinde genel emir olması gerekmektedir. Bireysel davranışlara istinaden emir verilmesi mümkün değildir.

Bazı kanunlarda Kabahatler Kanununun 32. maddesine açıkça atıf yapılarak, kanunlarla belirlenen tedbirleri almaya yetkili olan mercilerin kararları aleyhine davranış emre aykırılık kabahati olarak belirlenmiştir. Ancak bazı kanunlarda ise aslında bir emir verilmemesine rağmen, 32. maddeye atıf yapıldığı görülmektedir. Kanuna göre yetkili merciler tarafından alınmış bir karar yoktur. Ancak yasağı kanun koyucu düzenlemektedir. Bu durumda, ceza vermeye, emri veren merciin yetkili olduğu kuralı geçerli olmayıp, hangi merciin ceza vereceği ilgili kanunlarda belirlenmiştir.

Her idari işlem gibi bu işlemler için de yargı yolu açık olmasına karşılık, kanunla yetkili ve görevli yargı yeri sulh ceza mahkemesi olarak belirlenmiştir.

KAYNAKÇA

Akalan Abdullah Recai, Kabahatler Hukuku Üzerine, Türk Hukuk Dergisi, Sayı 131.

Anayasa Mahkemesinin 7/6/1973 tarih ve E: 1973/12 K : 1973/24 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1973/K1973-24.HTM>. 05.04.2008.

Anayasa Mahkemesinin 22.11.1976,E 976/27-K976/51 Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi Sayı 14.

Anayasa Mahkemesi 1.3.2006 tarih ve E: 2005/108 K: 2006/35 sayılı kararı.

Erdoğan Yüksel, Kabahatler Kanunu, Seçkin , Ankara 2005.

Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002.

Şafak Ali, Kabahatler Kanunu (Kk) Hakkında Genel Bilgi ve Polise Düşen Görevler, <http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/index.htm>. 03.04.2008.

Tan Turgut/ **Gözübüyük** Şeref, İdare Hukuku C.I Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

Tan Turgut/ **Gözübüyük** Şeref, İdare Hukuku C.II Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

Yalçın İsmail, Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Seçkin, Ankara 2007.

BOŞ

İsveç Çevre ve İmar Hukuku

Dr. Müslüm AKINCI*

ÖZET

İsveç çevre hukuku (*miljörätt*), özel hukuk ve idare hukukundan oluşan karma yapılı bir hukuktur. 1999 yılında, daha önceleri yürürlükte olan yaklaşık onbeş adet çevre ile ilgili yasal düzenlemenin yerine genel bir Çevre Kanunu çıkarılmıştır. Bu Yasa, çevre konusunda yeni kavram, ilke ve usuller getirmiştir. Bir kısmı “genel” hüküm, bir kısmı da özel hüküm niteliğinde düzenlemeler içeren Çevre Kanunu’nda başlıca ihtiyat ilkesi, kirleten öder ilkesi, en elverişli teknolojiyi kullanma ilkesi, ikame ilkesi gibi iyi kurgulanmış ilkeler yer almaktadır. Önemli çevresel etkiler doğuracak tesis ve faaliyetler İdare Mahkemesi’nden izin almak zorundadırlar. İdare Mahkemesi izin sisteminin ilk derece yargı yeri konumundadır. Çevre mahkemeleri aynı zamanda çevre ile ilgili doğan zarar ve öngörülmuş yasaklara karşı açılan davaların görüldüğü yargı yerleri olup, aynı zamanda idari para cezası yaptırımlarının uygulanmasını sağlayan mahkemedir. Çevreyi ilgilendiren bir başvuru İsveç hukuk düzeninde şu sırayı takip eder: Mahalli Çevre Kurulu -> İl İdare Kurulu -> Çevre Mahkemesi -> Çevre İstinaf Mahkemesi -> Yüksek Çevre Mahkemesi (Yüksek Mahkeme).

İsveç, planlama hukuku bakımından da köklü bir geçmişe sahiptir. Planlama düzeni, refah devletinin bir uygulama aracı ve bütünleyici parçasıdır. Belediyelerin planlama konusunda “tekel yetkisi” olup, bazı yasal düzenlemeler yerel özerkliğin kapsamını genişletmiştir. Kural olarak nazım imar planı ve bir inşaat izninin verilmesine dayanak oluşturan bağlayıcı nitelikte uygulama imar planı olmak üzere iki aşamalı bir planlama sistemi vardır.

ANAHTAR KELİMELER: İsveç çevre hukuku, planlama hukuku, çevre mahkemesi, Çevre Kanunu, ihtiyat ilkesi, en uygun teknolojiyi kullanma ilkesi, ikame ilkesi, plan hiyerarşisi

* Yrd.Doç.Dr. Müslüm AKINCI, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD, muslumakinci@gmail.com

ABSTRACT

Swedish Environmental, Planning and Building Law

Swedish environmental law is a mixed- structure development from private and administrative law. Since 1999, Sweden has had a “universally” applicable Environmental Code, which replaced some 15 older pieces of legislation. This legislation also introduced new concepts, principles, and procedures. Some parts of the Code apply to all activities and measures, whereas others concern only special areas or activities. The Environmental Code sets out well-established environmental principles, such as the precautionary principle, the polluter pays principle, the principle of best available technologies, and the substitution principle. Installations and activities involving a substantial environmental impact must obtain a permit from the Environmental Court. The Environmental Court is a court of first instance for the purposes of permit applications. The Environmental Court also has jurisdiction in cases concerning damages and injunctions against hazardous activities, as well as appeals in cases relating sanction fees. The Swedish route for appeals in cases concerning the environment is always the same and quite simple: Local Environmental Board → County Administrative Board → Environmental Court → Environmental Court of Appeal → Supreme Court.

Sweden has a fairly long history of planning legislation. The planning system is mean to be an integral component and tool of welfare state. Municipalities have a “planning monopoly” and some acts have widened scope for local authonomy. In principle, a two-stage local planning system was established, that is, the municipal comprehensive plan (*oversiktsplan*), and the binding detailed development plan (*detaljplan*), which is to serve as the regulatory basis for issuance of a building permit.

KEY WORDS: Swedish environmental law, planning law, environmental court, Environmental Code, precautionary principle, best available technologies, and the substitution principle, plan hierarchy

1. Çevre Hukuku (miljörätt)

Kuşaklararası dayanışma anlayışıyla tabiat ve uygarlığın bütünleştiği İsveç'te çevre, hayati öneme sahip bir sosyal kurum olarak algılanmaktadır.¹ Anayasa'da mülkiyet hakkının dışında çevre ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte yaşam hakkının bir boyutu olarak "sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevrede yaşam hakkı"nın tanındığı kabul edilmektedir.² Keza Anayasa'daki ifade özgürlüğü, bilgi edinme hakkı³ ve dosyalara erişim hakkı gibi hukuksal olanaklar da çevre hakkının kullanımını kolaylaştırmaktadır.

İsveç'te aktif olarak çevre konusundaki toplumsal bilinçlenme süreci 20. yy'ın ilk evresinde başlar. 1909'da kurulmuş olan İsveç Doğa Koruma Derneği (SNF)'nin girişimleri belli bir "düşünce mayalanması"na neden olmuş; 1940'ların başından itibaren başlayan "uyanma" süreci [II. Dünya Savaşı'nın yarattığı yıkımların uzaktan da olsa tanıklığında] 1947'lerde (*Fältbiologerna* öncülüğünde) tırmanışa geçmiş;⁴ 1969–1973 dönemlerinde daha da hız kazanmıştır. 70'lerin sonunda ve 1987'lere gelindiğinde endüstri toplumunun çevre sorunları artmaya başlayınca sıkı hukuksal düzenlemeler çıkarma gereği duyulmuştur.⁵

90'lı yılların ikinci yarısında Sosyal Demokrat hükümet, çevre politikalarını gündemin önüne alarak planlı kalkınma ve sağlıklı çevre hareketini toplumun tabanına yaymaya çalışmıştır. Bu kapsamda Yeni Çevre Kanunu (*miljöbalken*) 1998'de kabul edilerek 1 Ocak 1999'da yürürlüğe konmuştur.⁶ Çevre konusunda daha önce çıkarılmış olan yaklaşık onbeş adet yasal düzenlemenin yerini alan ve mevzuat uyumlaştırması yapılarak yürürlüğe konan bu Yasa hem çevre'nin, hem de planlama hukukunun "şemsiyesi" konumundadır.⁷ Yasa'nın bazı hükümleri her

¹ Nilsson, Annika (2000), "Environmental Law", in *Swedish Law in the New Millennium*, (Ed. Michael Bogdan), Stockholm, Norstedts Juridik, s.453 vd.

² Westerlund, Staffan, (2006), "The Swedish Law Codification", in *Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht*, EurUp s. 06/2006

³ Çevresel bilgi edinme hakkı (*right to environmental information*) İsveç uygulamasında geçmiş bir asra uzanan bir güvencedir. Bilgi edinme hakkının çevre konularına özgü gereğince, Sır Kanunu'na giren kısımlardaki ayrıksı durumlar dışında isteyen herkesin çevre ile ilgili bir konuda idareden bilgi talep edebilir. İdarenin kendisi de kayıt altına aldığı her türden bilgiye –kural olarak kamunun erişimi için gerekli idari ve hukuki önlemleri almakla yükümlüdür.

⁴ Petersson, Olof, (1994), *Swedish Government and Politics*, Stockholm: Fritzes, s.156

⁵ Ebbesson, Jonas (2007) "Transbordering Democracy? The Case of Environment Protection" i *Human Rights and Ethics / Derechos humanos y Ética*, Proceedings from the 22nd IVR World Congress, Granada 2005, Volume III (red. Andrés Ollero, Franz Steiner verlag, Stuttgart, 2007), s 275 vd.; Nilsson, 2000, 456

⁶ 1998:808

⁷ Darpö, Jan, (1999) "Current Survey: Sweden", 1999: The New Environmental Code. *EL 1999:3 CS 34*, [http://www.jandarpö.se/upload/EL-Env Code\[1\].doc](http://www.jandarpö.se/upload/EL-Env Code[1].doc) (erişim tarihi 02.02.2009)

türden çevresel faaliyete uygulanabilecek türden genel, bazıları ise özel hükümler içermektedir. Amaç, son derece geniş tutulmuştur; insan sağlığına ve çevreye zarar verici faaliyetlerden korumak, doğal ve kültürel varlıkları muhafaza etmek, iyi bir doğal kaynak ve atık yönetimi sistemi kurmaktır. Yasa’da çağdaş çevre hukukunun önem verdiği koruyucu ilkeler kabul edilmiştir: ÇK Bölüm 2’de “ihtiyat ilkesi”, “kirleten öder ilkesi”, “en uygun teknoloji kullanma ilkesi”, “ikame ilkesi”⁸ bunların başlıcalarıdır. Keza “topluma yeteri eğitim verme ve bilgilenmeyi etkin kılma”, “sürdürülebilir kaynak yönetimi ve eko-dönüşüm” uygulamalarının da altı çizilmektedir. Toplumsal yaşamda farklı menfaatler arasında denge kurmaya yönelik hukuksal önlemlerin yanı sıra, fayda/maliyet tartımı yapılarak ekonomik girişim özgürlüğünün çevre ile bağdaştırılmasına önem ve öncelik verilmektedir.⁹

Çevreye verilen önem, çevre hukukunun teşkilatlanmasında da kendini göstermiştir. Hem idari bakımdan, hem de yargı teşkilatı anlamında çevre hukuku özgün bir kimlik kazanmıştır. Yargı ayrılığının geçerli olduğu İsveç’te çevre ile ilgili konular Çevre Mahkemeleri’nin görev alanına bırakılmıştır.

1.1. Çevre İdari Teşkilatı

1.1.1. Merkezi Yönetim

Genel olarak İsveç idari sistemi “merkez yönetimi” ve “yerel yönetim” yapılanması üzerine kurulmuştur. Merkez yönetimi hükümet, Çevre Bakanlığı ve onunla ilişkili ajanslar ile merkezin taşra uzantısı olarak il’lerden oluşmakta; yerel düzeyde ise mahalli bir yönetim birimi olarak il (bölge) idaresi ve belediyeler yer almaktadır. Teşkilatlanmada il meclisleri (*landstinget*) ile il (bölge) idareleri önemli roller üstlenmiştir. İsveç’te yüksek düzeyde ademi merkezileşmiş idari birimler, yerel ve bölgesel düzeyde özerklik gereklerine uygun biçimde faaliyette bulunurlar. Bakanlıklararası eşgüdümleme ve işbölümü yerel yönetimlere de yansımakta; çevre konusunda sınır aşan etkiler sözkonusu olduğunda idari örgütler birlikte hareket etmektedirler.¹⁰

Hükümetin çevre politikasının yürütümünde birinci derecede sorumlu olan Bakanlık’tır. Çevre Bakanlığı’nın çevre ve imar hukuku konularında yetki ve

⁸ *İkame ilkesi*, çevreye daha az zarar verebilecek, aynı etki ve sonuca sahip madde veya yöntemin tercih edilmesidir. Bkz. Nilsson, 2000, 458

⁹ **Westerlund**, Staffan: “*Law and the Environment*” (revised version 2004), www.imir.com/pdf-filer/law2004.pdf. (erişim tarihi 07.05.2008)

¹⁰ **Gillbergi** Bjorn and **Tamplin**, Arthur, “*Training for Environmental Law Enforcement*”, **International Labour Office Discossing Papers** no , s. 3 vd http://www.eric.ed.gov/ERICDocs/data/ericdocs2sql/content_storage_01/0000019b/80/13/67/7a.pdf erişim tarihi 10.11.2008

sorumlulukları özel yasa ile tanımlanmıştır. Az sayıdaki bürokratik yapı ile (sayıları 125'i geçmeyen memuru) genel eşgüdümleme ve denetim işlevi ağır basan Bakanlığın, imar hukuku ve çevre konusundaki yönlendirme rolünü daha çok genel düzenleyici işlem yoluyla gerçekleştirmeye çalıştığı gözlenmektedir. Bu kapsamda teknik standartlar geliştirmekte ve çıkardığı yönetmeliklerle (özellikle yapı güvenliği konusunda) bunların uygulanmasını sağlamaya çabalamaktadır.¹¹

Keza üst düzeyli bir projeye izin verme konusunda Hükümetin alacağı karar, Çevre Bakanlığı'nın olumlu görüşüne bağlıdır.¹²

1.1.2. Merkezi İdari Otoriteler

İsveç'te 1967'den bu yana farklı boyutlardaki çevre sorunlarıyla ilgili olarak kurulmuş bulunan idari otoriteler vardır. Bunların başında **Çevre Koruma Ajansı** (SwEPA- *Naturvårdsverket*) gelir. Ülke genelinde çevre politikalarını eşgüdümleme merkezi olan Ajansın, yürütme yetkisi zayıftır. Bu kurum genel bir lisanslama birimi olmadığı gibi, bir itiraz mercii de değildir. Ajans, genel düzenleyici kurallar çıkararak çevre politikalarına yön vermeye çalışmaktadır. Bazı çevre ile ilgili davalarda mahkemelerde "müdahale" talebiyle hükümeti temsilen katılabilmektedir. SwEPA'nın bölgesel veya taşra birimi bulunmamaktadır.¹³

İsveç Kimyasal Maddeler Ajansı (KEMI-*Kemikalieinspektionen*), kimyasal maddelerin çevreye verebileceği zararları önlemeye yönelik denetim ve düzenleme birimidir. Ajans, kendi görev alanına dâhil konularda çıkardığı yönetmeliklerle "önleyici" çalışmalara ağırlık verirken, AB normlarına uygun çevresel koruma standartları geliştirerek ülke genelinde tekdüze bir uygulama yaratmaya çalışmaktadır.¹⁴

İsveç Radyasyon Güvenliği Otoritesi (*Strål Sakerhets Myndigheten*) 1 Haziran 2008'den itibaren Radyoaktif Koruma Ajansı ile Nükleer Güç Denetim Otoritesi'nin yerini almıştır. Çevre Bakanlığı'nın denetimi altında çalışan bu idari otorite, radyoaktif kirlilikten korunmanın ölçüt ve önlemlerini geliştirmektedir. Yılda 400 milyon SEK bütçesi olan bu Otorite, bünyesinde çalıştırdığı mühendis, doktor, biyolog, sosyal bilimci, kimyager ve hukukçu olmak üzere 250'yi aşkın personelle hizmet vermektedir.¹⁵

¹¹ <http://vasab.leontief.net/countries/sweden.htm> (erişim tarihi 26.12.2008)

¹² Westerlund, 2007, 47

¹³ <http://www.naturvardsverket.se>

¹⁴ http://www.kemi.se/default___550.aspx

¹⁵ <http://www.stralsakerhetsmyndigheten.se/In-English/About-the-Swedish-Radiation-Safety-Authority1/>

Ulusal Yapı, Konut ve Planlama Kurulu (*Boverket*) merkezi bir hükümet otoritesi olarak kentsel çevre ve doğal kaynak yönetimi, fiziki planlama, yapı ve konut işleri gibi konularda yetkilidir. Çevre Bakanlığı'nın altında çalışan bu Kurul'un ana işlevlerinden biri, sürdürülebilir kalkınma yaklaşımıyla yeni mekansal planlama yöntemleri geliştirmek; planlama sürecinde dikkate alınması gereken ekonomik, ekolojik, kültürel ve sosyal faktörleri ve kentsel gelişim alanlarını saptamak; çıkardığı genel düzenleyici işlemlerle mevzuatın uygulanmasını sağlamaktır. Kurul, sağlıklı ve sürdürülebilir mekân politikasının bir gereği olarak "elverişli konut" (*rätt till lämpligt boende*) ölçütlerini geliştirirken fayda/maliyet analizi ile birlikte maliyet/enerji verimliliği analizlerinin de yapılmasını sağlamaktadır. Planlama ve Kentsel Gelişmeler Dairesi ile İnşaat Dairesi'nden oluşan Kurul aynı zamanda inşaat sektöründe kalite sertifikalarını vermekle de yetkilidir.¹⁶

İsveç Orman Ajansı (*Skogsstyrelsen*) çıkardığı yönetmeliklerle ülke genelinde etkili bir orman rejiminin hayata geçirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Ülke topraklarının yaklaşık %52'sinin ormanlarla kaplı olduğu düşünüldüğünde¹⁷ orman ve ormancılık endüstrisinin hem kalkınmada, hem de toplum sağlığı bakımından sahip olduğu önem, özel bir idari otorite eliyle düzenlemeyi zorunlu kılmıştır.¹⁸

Ulusal Gıda İdaresi (*Livsmedelsverket*) de merkezi bir başka çevre kuruluşudur. Bu birim, gıda ürünleri planlamasından stokuna kadar pek çok konuda yetkili kılınmıştır.¹⁹

Bir diğer danışma ve uzmanlık idaresi **Hukuki, Mali ve İdari Hizmetler Ajansı** (*Kammarkollegiet*)'dir. İsveç'in en eski idari otoritelerinden biri olan bu Ajans (tarihi 1539'lara kadar uzanmaktadır), özellikle su hukuku konularında devlete hukuksal danışmanlık yapmaktadır.²⁰

Çevre yönetimi ve arazi planlaması ile ilgili yetki ve sorumluluğu olan öteki idari otoritelerden bazıları Ulusal Toprak Araştırmaları İdaresi (*Lantmateriet*),²¹ Ulusal Kültür Varlıkları Merkezi Ofisi (*Riksantikvarieambetet*),²² İsveç Ulusal Yol İdaresi

¹⁶ <http://www.boverket.se>

¹⁷ Yaklaşık olarak 41.3 milyon hektar olan İsveç topraklarının 23 milyon hektarı ormanlık alandan oluşmaktadır. İstatistik bilgileri için bkz. <http://www-nfi.slu.se/>

¹⁸ <http://www.svo.se/episerver4/default.aspx?id=30>

¹⁹ <http://www.slv.se/default.aspx?id=231&epslanguage=EN-GB>

²⁰ <http://www.kammarkollegiet.se>

²¹ <http://www.lantmateriet.se/>

²² <http://www.raa.se/cms/en>

(*Vägverket*),²³ İsveç Endüstriyel ve Teknik Gelişmeler Ulusal Kurulu (NUTEK - *Verket för näringslivsutveckling*)²⁴ gösterilebilir.

1.1.3. Taşra Teşkilatı (İl/Bölge İdaresi)

Merkezin taşra uzantısı olarak İsveç 21 il'e bölünmüştür. Başında, hükümetin atadığı vali bulunur. Bölgesel düzeyde, çok amaçlı il idare kurulları (*Länstyretsen*), bölgesel faaliyetlerin merkezi düzeydeki muhatabıdır. Bazı hallerde tek bir işlev için oluşturulmuş encümenler de bulunmaktadır.²⁵

İl İdare Kurulu en üst düzeyli sivil yönetim birimi olup doğrudan merkezi idarenin uzantısıdır. Merkezi idarenin yetki ve sorumluluğuna verilmiş olan kamu hizmetinin yürütümünden sorumludur. İl İdare Kurulu aynı zamanda planlama ve “yeşil yönetimi” konusunda da bazı önemli işlevleri üstlenmiştir. Merkezin taşra düzeyindeki planlama faaliyetlerini eşgüdümleyer. Milli ölçekteki plan hedeflerinin bölge düzeyinde gerçekleşmesine katkı sağlar. Bu Kurul aynı zamanda belediyeler tarafından hazırlanan fiziki planların kontrol ve danışma birimi olarak çalışır. İl İdare Kurulu, planlama ve kalkınma konusundaki başvuruların ilk derecede muhatabı konumundadır. İl İdare Kurulları'nda mekân ve toplum planlama konusunda ayrı birimler bulunur. Bir fizik planlama ünitesi sürekli planlama ve konut konusu ile ilgilenir. Fizik planlama ünitesi belediyelere değişik türden plan çalışmaları esnasında öneri ve yorumlar getirebilir.²⁶

İl'ler aynı zamanda genel seçimle belirlenip seçilmiş olan il meclisleri (*Landsting*) ile paralel çalışırlar. İl Meclisleri genelde tıbbi tedavi, bölge trafik ve trafik planlaması ve birden fazla belediyeyi kapsayan konularda karar organı olarak faaliyette bulunur. İl Meclisleri gelir vergisi koyabilir, özel okul işletebilir, çocuk veya yaşlıların bakımını üstlenebilir. Esasında sağlık ile ilgili konularda sorumluluk üstlenen İl Meclisleri, aynı zamanda konut politikalarının yaşama geçirilmesinde de etkili olabilmektedir.

1.1.4. Belediyeler (*kommun*)

Sayıları 290'ı bulan belediyeler özerklik anlayışı içinde planlama, arazi

²³ <http://www.vv.se/>

²⁴ <http://www.isv.liu.se/remeso/samverkan/nutek>

²⁵ **Wollmann, Hellmut, (2005) “Country Report Sweden”, Comparing Local Governments in England, Sweden, France and Germany: Between continuity and change, divergence and convergence, www.wuestenrot-stiftung.de/download/local-government s.266 vd. erişim tarihi 12.09.2008**

²⁶ Wollman, 2005, 267

kullanımı ve çevre korumaya yönelik hizmetleri yerine getirmektedir. Denetimden ruhsat vermeye kadar çevre hukukunu ilgilendiren pek çok konuda belediyeler birinci derecede yetkili ve sorumlu idareler olarak görülmektedir. İsveç'te ilke olarak planlama yetkisinin belediyelerin tekelinde olduğu kabul edilmektedir.²⁷ Belediyeler, merkezi hükümetin ana çerçevesini çizdiği, ilkelerini belirlediği sınırlar içinde arazi ve su kaynaklarının kullanım planlamasını yapar. Çevresel kaynak planlamasında belediyelerin ulusal çıkarları da gözetmek zorunda olduğu kabul edilmektedir.²⁸

Belediyeler arazi kullanımı, kaynak idaresi ve enerji konularında sınırışan durumlarda karşılıklı işbirliği içinde hareket ederler.

1.2. Çevre Yargısı

Yargı ayrılığı sisteminin geçerli olduğu İsveç'te çevre ile ilgili konular farklı mahkemelerin yetki alanına bırakılmıştır. Adli mahkemeler tazminat ve ceza sorumluluğuna ilişkin çevre ile ilgili uyuşmazlıkları ele alırlar. Görevi ihmal, kötüye kullanma ve çevreye karşı suçlarda ceza mahkemeleri, tazminat taleplerinde adli mahkemeler devreye girer.

Yeni Çevre Kanunu (*Miljöbalk* 1998:808) ile çevre sorunlarından doğan uyuşmazlıklar idare mahkemelerinden alınmış, özel görevli çevre mahkemelerine verilmiştir. Çevre mahkemeleri adli yargı sistemine dâhil edilmiştir. Çevre yargısı esasında karma bir yapı içerir.²⁹ Daha önce kurulmuş olan su mahkemeleri³⁰ ile idari lisans sisteminin³¹

²⁷ Alfredsson, Björn and Wiman, Jan (2002), “*Planning in Sweden*”. In Ed. by Snickars, Folke – Olerup, Brita and Persson, Lars Olof, **Reshaping Regional Planning**. Ashgate Publishing Limited, Hampshire, s. 15 vd.

²⁸ Adolphson, Marcus (2008) “*New urban settlements in a perspective of public and private interests. Case study: a Swedish municipality within the hinterland of the Stockholm city*” <http://www.springerlink.com/content/g8134h87p2124v53/fulltext.pdf>, s.348 (erişim tarihi 12.01.2009)

²⁹ Hem idari, hem de adli nitelikteki çevre uyuşmazlıklarını görmekle yetkilendirilmiş olan çevre mahkemelerinin İsveç hukukunda geçerli olan “yargı ayrılığı” siteminde bir kırılma yarattığı, mevcut durumun hibrit bir asimilasyon ürünü olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Lavin, Rune, (2000), “*Administrative Law and Procedure*”, in **Swedish Law in the New Millenium** , (ed. M.Bogdan), s.90

³⁰ Su mahkemeleri, su hukukundan doğan uyuşmazlıkların yanı sıra, kamulaştırma ve lisans verme gibi konularda da görevliydi. Keza su kaynaklarının işletilmesi (kullanımı) hakkı ve enerji kaynağı olarak yararlanılması konularında uzmanlık otoritesi olarak görevlendirilmişti. Bkz. Thampapillai, Vinoli (2007), **Water Governance in Sweden**, Swedish University of Agricultural Sciences (SLU) Working Paper Series 2007:2 Department of Economics / Institutionen för ekonomi Uppsala, s.21

³¹ Çevre lisans sistemi 1969’da Çevre Koruma Kanunu ile getirilmiştir. Bu dönemde bu iş ile ilgili Lisans Kurulu oluşturulmuştu. Bölge lisans kurulları az-çok il idare kurulları ile ilişkilendirilmiş ve İl İdari Tetkik Delegasyonu olarak adlandırılmıştı. Bu delegasyonun kararları aleyhine Merkezi Lisans Kurulu’na başvuruluyordu. Küçük çaplı lisans işlemleri ise belediye çevre

yerine getirilmiş olan Çevre Mahkemeleri aynı zamanda altyapı, madencilik gibi yüksek önemdeki bazı çevresel faaliyetlerin izin sistemindeki muhatabıdır.³² Adli mahkemelerin kapsamında olmasına karşın çevre mahkemeleri, çevre ile ilgili idari mercilerin kararlarına karşı başvuru yeri olarak görevlendirilmiştir.³³

Çevre hukuku'nun bir başka boyutu olan arazi değerleri ile ilgili uyuşmazlıklar ise Toprak Mahkemelerinde görülür. Bu mahkemeler idari yargının görev alanına girmeyen arazi bölünmeleri ve kamulaştırma, tazminat gibi konularla ilgilenir.

Şimdilerde 5 il'de çevre mahkemeleri bulunmaktadır (*Växjö, Vänersborg, Stockholm, Östersund ve Umeå*). Mahkemelerin yetki alanları nehir sınırları ile belirlenmiştir.

İl Çevre Mahkemeleri (*Miljödomstolen*), ilk derece mahkemesi konumundadır. Bunlar aynı zamanda bazı büyük çaplı çevre faaliyetlerinde lisans vermekle de yetkili kılınmışlardır. Bu mahkemelerin kararlarına karşı Bölge Çevre Mahkemeleri'ne (*Hovrätt*³⁴) itiraz edilebilir. Oradan da bir başvuru izniyle Yüksek Çevre Mahkemesi (*Miljööverdomstolen*)'ne kadar gidilebilir.³⁵

Küçük çaplı çevresel faaliyetlerde lisans başvuruları İl İdaresi Tetkik Delegasyonu (CAED)'na yapılır. Bu faaliyetler çevre mahkemelerinin görev alanı dışında kalan lisans gerektiren faaliyetlerdir. Bu birimin kararlarına karşı ilk derece çevre mahkemelerine itiraz edilebilir. Buradan da Bölge Çevre Mahkemelerine temyiz yolu ile başvurma olanağı vardır. İtiraz yoluyla gelen uyuşmazlıklar öz itibarıyla "idari uyuşmazlık" niteliğinde görüldüğünden çevre mahkemeleri bu başvurularda İYUK (1971:291 SFS) hükümlerini uygulamaktadır.³⁶ Bir sonraki temyiz yeri Çevre İstinaf

idadesince yapılıyordu. Kural olarak Merkezi Çevre Kurulu'nun kararlarına karşı hükümet'e itiraz edilebiliyordu. Hükümet kararı yargısal denetimin konusu olabiliyordu. Bölge kurullarının kararlarına karşı itirazlar Merkezi Çevre Kurulları'ndan öteye taşınmıyordu. Bkz. **Gillberg, Minna and Hydén, Håkan** "Recent Environmental Law Developments in Sweden" in <http://www-user.uni-bremen.de/~avosetta/hydenrecenvdev.html> erişim tarihi 3.12.2008

³² **Westerlund, Staffan**, (2007), **Environmental Law in Sweden**, Uppsala University, s.52.

³³ **Darpö, Jan**, (2009), "Environmental justice through environmental courts? Lessons learned from the Swedish experience" in Ed. by Ebbesson, Jonas and Okowa, Phoebe **Environmental Law and Justice in Context**, Cambridge University Pres, s.176 vd.

³⁴ Hovrätt, aslında adli yargının istinaf mahkemesi konumunda olup, çevresel davalarda da bu görevi yerine getirmektedir.

³⁵ Lavin, 2000, s.90; Yüksek Çevre Mahkemesi konumundaki Yargıtay bir içtihat mahkemesi olup, yılda ortalama olarak 5 ya da 6 içtihat üretmektedir.

³⁶ Buna karşın çevre mahkemelerindeki özel hukuk niteliğindeki bazı uyuşmazlıklara (ör. Su davaları, tazminat davaları gibi) hukuk usulü muhakemeleri hükümleri uygulanır.

Mahkemesi'dir. Burada da İYUK hükümleri uygulanır. Temyiz silsilesi burada son bulur. Bu itiraz Yüksek Çevre Mahkemesi'ne gelmez.

Çok küçük sayıdaki bazı faaliyetler için belediye çevre birimi yetkilidir. Bunun kararlarına karşı ise Delegasyon'a itiraz edilebilir. İtirazdan sonuç alınamaz ise üst yargısal mercilere de gitme olanağı vardır.

Çevre ile ilgili bir uyuşmazlıkta yargı önünde iki taraf bulunur. Bir tarafta davacı veya idari bir izin başvurusunda bulunan kişi; öte tarafta ise bireysel veya kamusal bir menfaati temsil eden ve karardan etkilenen bir kişi yer alır. Merkezi idareler geleneksel olarak kamu yararını temsil ederler. Özellikle Çevre Koruma Ajansı burada öncü rol oynar. Bazı sivil toplum kuruluşları da çevre ile ilgili kararlara karşı davaya katılabilirler. Ancak taraf ehliyeti sıkı koşullara bağlanmıştır. Bir derneğin dava açabilmesi için en az 2000 üyesinin olması, İsveç devleti içinde üç yıldan beri faaliyette bulunmuş olması ve kâr amacı gütmeyen bir organizasyon olması gerekir.³⁷

Çevre mahkemeleri bir hukukçu (başkan), bir çevre uzmanı, bir sınaî ve belediye işleri uzmanı ve bir de Çevre Koruma Ajansı'nın yetki alanına giren işlerde uzman yargıçtan oluşur. Bölge Çevre Mahkemesi ise en az üç hukukçu ve bir çevre uzmanından oluşan heyetle çalışır. (Bu heyette sayı en az üç, en çok beş'dir).³⁸

Delegasyon (CAED) ise İl İdareleri'nin bir uzantısı olarak çalışır. Burada yargıçlık deneyimi olan bir hukukçu (bu kişi aynı zamanda idarenin de bir memurudur) ve bir çevre uzmanı bulunur. İdari işler, İl İdaresi'nin personeli tarafından yürütülür. Ancak karar verirken tam bir bağımsızlık içinde hareket ederler. Delege, İl idaresinden herhangi bir biçimde emir veya talimat almaz; nüfuz ilişkisine girmez.³⁹

1.2.1. Tazminat Sorumluluğu

Çevreye zarar veren faaliyetler nedeniyle tazminat sorumluluğu İsveç uygulamasında özel hukuk ağırlıklıdır. Adli yargının elli yıldan bu yana süreklilik kazanan içtihatlarıyla çevreye zarar veren faaliyetlerden dolayı tazminat talepleri karara bağlanmaktadır. Bu konudaki ilk yasal dayanak 1969 tarihli Çevre Koruma Kanunu'dur. 1986'da Çevresel Zararlar Kanunu (*Environmental Damage Act*) tazminatın istemlerine ilişkin uygulamaların maddi ve usulî esaslarını belirlemiştir.

³⁷ Uygulamada Greenpeace ve WWF gibi büyük organizasyonların bile bu şartları gerçekleştirmediği, sadece bir veya iki derneğin bu şartlara sahip olabildiği belirtilmektedir. Darpö, 2009, 179

³⁸ Darpö, 2009, 178

³⁹ Westerlund, 2007, 51 vd.

Çevre Kodu'nun 32. Bölüm'ünde de bu hükümlere paralel düzenlemeler yer almaktadır. Sorumluluğun şartları sıkı, kapsamı ise geniş tutulmuştur. Çevreye zarar verici herhangi bir faaliyet (kirlilik, gürültü, koku veya su kullanımından kaynaklanan zararlı eylemler) sorumluluk doğurabilmektedir. Kasıt veya ihmâl yoluyla olunmasa bile, makul biçimde değerlendirildiğinde tolere edilmeyeceği düşünülen bir fiil nedeniyle dahi sorumluluğa hükmedilebilmektedir.⁴⁰ Maddî tazminat kişisel zarar, malvarlığındaki fiili eksilme ve yoksun kalınan kazanç dikkate alınarak hesaplanmaktadır.

1.2.2. Bir Lisans Başvurusunda İzlenen Süreç⁴¹

Hazırlık Evresi; Çevre Kanunu bir kimsenin lisans başvurusunda bulunacağı zaman hangi gerekleri yerine getireceğini ayrıntısıyla düzenler. Bu aşama açıklık gereklerine uygun biçimde başvuru dosyasına konan bütün bilgi ve belgelerin titizlikle incelenmesini içermektedir.

Görüşme; Sadece çevre otoriteleri değil, aynı zamanda o bölgede fiziksel ortaklık ilişkisi olan ya da en azından “ilgililer” de müzakerenin ilk evresine katılabilirler. Bu aşama bilgi vermeye yöneliktir. Karşılıklı bilgi alışverişine yönelik bir müzakere süreci, ileride ÇED başvurusuna da referans oluşturur.

Çevresel Etki Raporu; Başvurucu yapacağı faaliyetin çevresel etkilerini bir raporla açıklamalıdır. Bu açıklama, ÇED için öngörülen formatta olmalıdır (İl İdaresi'nin bu aşamada bir katalizörlük görevi olsa da, tam anlamıyla müdahale yetkisi bulunmamaktadır). Açıklamalar ile ilgili her türlü sorumluluk, başvurucuya aittir.⁴²

Bir lisans için resmi başvuru dosyasında ilgili olabilecek ve değerlendirmeyi kolaylaştırmaya yönelik bütün bilgi ve belgenin eklenmesi gerekir. Bu kapsamda Çevresel Etki Raporu ile teknik öteki belgelerin dosyaya konulması gerekmektedir.

İsveç'te 1970'li yıllarda ÇED süreci bir hayli sancılı geçmişse de, 90'lı yıllardan itibaren adeta bir “patlama” yaşandığı söylenebilir. Öyle ki, ilk başlarda önemli yatırımlar açısından ÇED istenirken, sonraları irili-ufaklı pek çok faaliyet için aranır olmuştur. 2006'da Avrupa Birliği normlarının içselleştirilmesiyle ÇED, artık kritik bir aşamaya gelmiştir. Bundan sonra ÇED sadece İsveç çevre mevzuatına uygunluğun

⁴⁰ Darpö, 1999, 3

⁴¹ Bu başlık Westerlund, 2007, 138-143'deki anlatım akışı esas alınarak işlenmiştir.

⁴² <http://mkb.slu.se/eiacentre/abouteia.asp>

değil, aynı zamanda AB standartlarına uygunluğun da göstergesi ve gereği olarak algılanmaktadır.⁴³

Değerlendirme Aşaması; İdare Mahkemesi'ne gelen başvuru dosyası önkoşullar bakımından incelenir. Evrakta ve usulî gereklerde bir eksiklik bulunmazsa esas incelemeye geçilir. Bu aşamada Çevresel Etki Raporu (ÇER)'nin doğruluğu ve yeterliliği enikonu biçimde değerlendirilir. Değerlendirme (başvuru) hakkında görüş ve itirazlarını almak üzere belediye ve diğer kişi ve kurumlara bildirimde bulunulur. Bu, aynı zamanda halka açık duyuru yerlerine de asılır. Özellikle hakları ve özgürlükleri bu faaliyetten etkilenecek olan kişiler haberdar edilerek katılımı sağlanmaya çalışılır.

Bu duyuru üzerine mahkemeye yollanan görüş ve itirazlara cevap vermesi için başvuru sahibine bunların bir nüshası yollanır. Mahkeme, dosyanın olgunlaştığına kanaat getirdiğinde esas hakkında karar vermek üzere toplanır. Duruşma alenidir.

Duruşma sırasında başvurana ve bu başvuru hakkında itirazı olanlara (belediye, sivil toplum kuruluşları, komşu taşınmaz sahibi vb.) söz hakkı verilir. Her iki yan argümanlarını ortaya koyar. Mahkeme burada özellikle çevresel etki raporlarının yasal gerekleri karşılayıp karşılamadığını öncelikle değerlendirir. Duruşmanın nasıl yürütüleceği mahkemenin takdirine kalmıştır. Dosya ile ilgili olabilecek her tür bilgi ve belgenin ortaya konulmasına; başvuru hakkında farklı görüş ve önerileri olanlara da bunu ortaya koymalarına izin verilir.

Karar Aşaması; Nihai karar teknik anlamda lisans vermeye yönelik veya başvurunun reddine dair bir yargı kararıdır. Bu karar aynı zamanda lisansın şartlarını da içerir. Lisans kararı temyize açıktır. Bu başvuru üzerine mahkeme lisans verilenlerin bu hakkını temyiz sonuçlanana kadar kullanıp kullanamayacağına (gerekirse ihtiyati tedbir kararı da alarak) karar verebilir.

Bazı faaliyetlere hükümetin lisans verdiğini de hatırlatmak gerekir. Bunlar genelde siyasi karar ve sorumluluğu ağır basan (örneğin, taşımacılık, enerji üretimi ve/veya iletimi, madencilik) faaliyetlerdir. Ancak AB entegrasyon sürecinin ardından bu faaliyetlerin AB Yönergelerine de uygun olma zorunluluğu nedeniyle bazı yapısal değişimlere gidilmiştir. Öte yandan bazı küçük çaplı faaliyetler içinse lisans sürecine başvurmaya gerek görülmemektedir.

⁴³ <http://mkb.slu.se/eiacentre/abouteia.asp>

Yapı izni (*bygglov*) alınırken de buna benzer bir usul uygulanır. Ayrıntılı uygulama planında öngörülen çerçevede, bir başvurunun İmar Kanunu (Planlama ve Yapı Kanunu) ile Çevre Kanunu'nun gereklerine uygunluğu araştırılır. Öncelikle, o yapının inşa edileceği arazi parçasının “kamu yararı” (*allmänhetens intresse*) bakımından niyet edilen amaç için elverişli olup olmadığına bakılır. Buradan kamu yararının, en çok sağlık ve çevresel görünüme odaklandığını belirtmek gerekir (*PBA, Chapter2/Section1*).

1.2.3. Çevre Ceza Hukuku (Çevre Suçları ve Kolluk)

İsveç'te çevrenin ceza yaptırımları aracılığıyla korunması görece eskilere dayanır. 1969 tarihli Çevre Koruma Kanunu ceza yaptırımları aracılığıyla çevre değerlerinin korunması konusunda özel hükümler getirmiştir. Bu Yasa'da lisans şartları sıkı koşullara bağlanırken, çevrenin denetiminde “izin koşulları”nı da disiplin altına almıştır. Lisanslama önemli bir uygulama aracıdır. Lisans vermek için gerekli olan şartlar aynı zamanda maddi çevre hukukunun ve yaptırım hukukunun da ön koşullarını oluşturmaktadır.

Daha sonraki dönemlerde Çevre Koruma Kanunu'na çevre kabahatleri olarak nitelenebilecek türden eylemler için para cezası yaptırımı içeren hükümler de eklenmiştir. 1981 tarihli değişikliklerle Ceza Kanunu'na da çevre suçları eklenmiştir. Bununla eylemin ciddiyetine göre 30 ile 60 gün karşılığı para cezası hükmü getirilmiştir.

Çevre suçlarının çoğu daha sonraları Ceza Kanunu'ndan Çevre Kanunu'na transfer edilmiştir. Fauna ve floranın korunmasına yönelik düzenlemelerde sert önlemler dikkati çekmektedir. Örneğin, bir evcil hayvanı korumak amacıyla bir kurda ateş edip öldürülmesi 6 ay hapis cezasını gerektirebilmektedir. Çöp poşetini, çöp konteynerinin dışına bırakıp kirliliğe neden olan birine 12.000 SEK (1300 €) para cezası verilebilir. Çevre düzeni ve temizliği konusunda “fahri müfettişlere” (çöp ajanları) de görev verilmektedir.⁴⁴

2007'lerde çevre hukuku ve çevre ceza hukukunda yenileme çabaları dikkati çekmektedir. Çevre Kanunu'nun 29. Maddesi çevre ceza hukuku ilkelerini belirlemektedir. Özellikle lisans sınırlarını aşan kirletici eylemler ve ciddi hidrolojik değişime neden olabilen eylemler için ağır yaptırımlar öngörülmektedir. Kasıt veya ihmal sonucu bir eylemle kirletmek suretiyle, izin verilmeyen bir davranışta bulunmak suretiyle çevreye zarar veren kişi “Çevre Suçu” (*miljöbrott*) işlemiş sayılmaktadır.

⁴⁴ *Fahri müfettişler* genelde polis emeklisi olanlardan ve sicili temiz olanlardan seçilmektedir.

Bu kapsamda çevreye zarar verici bir kimyasal maddeyi oldukça dikkatsiz biçimde bulundurmak, izin verilen bir faaliyetin izin sınırlarını aşarak çevreye zarar vermek, çevresel denetimi engellemek, ürün ve faaliyeti hakkında yeterince bilgi vermemek çevresel suç olarak nitelendirilebilmektedir.⁴⁵

İzleyen maddelerde alan koruması, türlerin korunması, çevreye zararlı kimyasalların muhafazası, izin verilmeyen çevresel etkileri olan faaliyetler; denetimi engelleme, çevre koruma bakımından yetersiz bilgi, çöp dağıtma (*littering*), konulmuş olan yasaklara aykırı davranışlar için öngörülen ceza yaptırımları yer almaktadır. Eylemlerin “çapı” ve yarattığı zararlı sonuç dikkate alınarak korunan hukuksal değer ölçüsünde yaptırıma hükmedilmektedir. Aynı zamanda suç konusu şey’in de zorralımına karar verilmektedir.

Çevre para cezaları Yasa’nın 30. vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu yaptırımlar idare tarafından izin sınırını aşan eylemlere uygulanmaktadır. Burada izin ve yasaklar sadece iç hukukta değil, aynı zamanda AB hukuku normlarını da içermektedir. Yaptırımı uygulayacak olan, denetimle yetkili otoritedir. Para cezası, tebliğden itibaren 30 gün içinde ödenmelidir. İdari para cezasına (*astreinte*) uyulmaması durumunda ilgili idare mahkemeye başvurarak bu yaptırımın uygulanmasını sağlamaktadır.⁴⁶

Çevreye zarar verici eylemler nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımları, fiilin yarattığı sonuçlara (ciddiyetine) göre 6 ay’dan 6 yıla kadar değişmektedir. Ciddi olmayan suçlarda üst sınır 2 yıl’dır. Ancak eylemin ciddiyeti⁴⁷ni takdir bilirkişiler ve mahkemeye kalmıştır. Örneğin kalıcı veya ağır hasar, kasit veya ihmâl sonucu oluşmuş ise zarar “ciddi” olarak değerlendirilmektedir. Hasarın kalıcı veya ağır olması doğrusal bir ölçümlemeyi gerektirmekte ve buna da genelde uzman bilirkişiler karar vermektedirler.⁴⁸

Çevre Kolluğu (polisen och åklagarväsendet): İsveç’te özel bir çevre kolluğu olmasa da uygulamada çevre suçları konusunda uzmanlaşmış polisler ile sayıları 20’yi aşan savcılar çevre korumaya yönelik etkili mücadelede aktif rol oynamaktadır.⁴⁹

⁴⁵ Nilsson, 2000, 452

⁴⁶ Darpö, 2009, 178

⁴⁷ “Eylemin ciddiyeti” için belli bir standart ölçü bulunmamakta, bu yargının takdirine bırakılmaktadır.

⁴⁸ Westerlund, 2007, 169

⁴⁹ Westerlund, 2007,

1.3. Çevre Vergileri (*Miljöskatter och miljöavgifter*)

Çevrenin mali araçlarla korunmasına yönelik önlemler konusunda İsveç katı kurallara sahiptir. Gerçekten de son yıllarda çevreye zararlı faaliyetlerin mümkün oldukça en az düzeye indirilmesi için yapılan çalışmaların bir boyutunu mali uygulamalar oluşturmaktadır. Vergi ve harçlar başta olmak üzere teşvik tedbirleriyle de çevrenin korunması için çeşitli mali (mücadele) araçlar(1) devreye konulmuştur. Özellikle enerji ve taşımacılık sektöründe çevre vergilerinin sıkı biçimde uygulanması ile kirletici emisyonlarda önemli ölçüde azalma kaydedildiği gözlenmiştir.⁵⁰ Bu kapsamda enerji vergisi, yakıtlarda karbondioksit vergisi, sülfür vergisi, elektrik tüketiminde enerji vergisi alınmaktadır. Keza akaryakıt vergileri, motorlu taşıt vergileri ve yol harçları da bu amaca yönelik olarak uygulanmaktadır.

1970'lerde baş gösteren petrol krizinin ardından artık endüstri toplumunun enerji ihtiyacı ve enerji kaynaklarının önemi iyice anlaşılmıştır. O tarihten sonra fosil yakıtlar(petrol, kömür ve doğal gaz)'a olan bağımlılık bir ölçüde azalsa da 2005 verilerine göre bu yakıt grubu İsveç enerji ihtiyacının %37'lik dilimini oluşturmaktadır. Nükleer güç tüketimi bu ihtiyaç tablosunun %33'ünü ve hidroelektrik güç ise %12'sini oluşturmaktadır. İsveç'te enerji kaynaklarının çoğunun ısıtmada kullanıldığı anlaşılmaktadır. Toplam tüketimin %34'ü evlerde ve

İsveç'te Çevre Vergileri 2004–2007 ⁽⁵²⁾				
(Milyon SEK)				
	2004	2005	2006	2007
Toplam	73.902	77.927	79.413	79.459
Enerji Vergileri (Energy tax)	63.946	65.900	66.893	67.233
Enerji Vergisi (Toplam) >Energy tax (total)	34.948	37.882	38.303	38.288
Akaryakıt Tüketim Vergisi (> fuel tax)	17.880	19.661	19.277	19.456
Elektrik Tüketim Vergisi (electricity tax)	17.069	18.221	19.026	18.832
Öteki Elektrik (ürün) Vergileri (Other product taxes on electricity)	2.486	2.483	3.846	4.219
Hidroelektrik güç verg. (hydroelectric power tax)	-	-	-	-
Nükleer güç vergisi (nuclear power tax) ¹	1.863	1.794	3.198	3.238
kayıp ve depolama ücreti/vergisi (fees/tax for reduction and storage)	645	689	648	981
CO ₂ vergisi (>Carbon dioxide tax)	26.490	25.535	24.744	24.726

⁵⁰ <http://www.naturvardsverket.se/en/In-English/Menu/Legislation-and-other-policy-instruments/Environmental-instruments/our-kinds-of-instruments/Economic-instruments/Environmental-taxes-and-charges/>

Bazı Maddelerden Alınan Vergiler (Tax on certain substances)	1.416	1.309	1.187	1.308
Sülfür Vergisi (>Sulphur tax)	131	75	80	56
İç Hat Seferleri Vergisi (>Tax on domestic air transport)	-	-	-	-
Insektisidlerden alınan vergi (>Tax on insecticides)	61	77	81	81
Ticari gübrelerden alınan vergi (>Tax on commercial fertilizers)	303	329	295	306
Atıklardan alınan vergi (>Tax on waste)	729	735	646	787
Çevre koruma harcı (>Environmental protection fee ²⁾)	108	-	-	-
Atık pil harcı (>Fee to the battery fund)	84	93	85	78
Taşımacılıktan alınan vergiler (Tax on transportation)	8.338	10.518	11.079	10.657
motorlu taşıt vergisi (>Vehicle tax)	8.062	10.247	10.519	10.298
motorlu taşıt alım vergisi (>Sales tax on motor vehicles)	-	-	-	-
trafik yükü vergisi (>Congestion tax)	-	-	290	204
kilometre vergisi (>Kilometre tax)	-	-	-	-
araç hurda harcı (>Fee to the vehicle scrap fund)	276	271	270	155
Doğal kaynaklardan alınan vergiler (Tax on natural resources)	202	200	254	261
Doğal taşlar vergisi (>Natural gravel tax)	202	200	254	261
GSYİH içindeki oranı (Per cent of GDP in Sweden)	2,8%	2,8%	2,7%	
Toplam vergi geliri içindeki oranı (Per cent of total taxes in Sweden)	8,7%	8,5%	8,3%	
1) Elektrik enerjisinden alınan vergi uygulamasına 1 Haziran 2000'den itibaren son verilmiş, yerine nükleer termal güç vergisi getirilmiştir. 2) 2004'den sonra da mevcut olmasına karşın, şimdilerde vergi dışı gelirler grubuna kayıtlıdır.				

hizmet sektöründe kullanılırken, %37'si sanayide ve %29'u taşımacılık alanında kullanıldığı belirtilmektedir.⁵¹

Çevre vergileri kimyasal maddeler, ürünler, atıklar, emisyonlar ve doğal kaynaklar üzerinden alınmaktadır. Özellikle tarımsal girdiler üzerinden alınan vergilerin

⁵¹ Sjöstrand, Mats (2007), "Taxes in Sweden", Tax Statistical Yearbook of Sweden, Stockholm: Swedish Tax Agency, s. 15

(pestisidler ve gübreler) ve öteki kimyasal maddelerin (solvent, PVC, hammaddeler ve su) yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır.

İsveç'te 1994–2002 yılları arasında toplam çevresel vergi gelirinin %98'ini enerji ve taşımacılık sektöründe uygulanan çevre vergileri oluşturmaktadır. 2007 verilerine göre enerji ve çevre vergileri, tüketimden alınan vergi toplamının 2/3'sini oluşturmaktadır. 2002'de tarım ilaçları ve gübrelerden elde edilen çevresel vergi hasılatı 400 milyon SEK (toplam vergi gelirinin %0.6'sı) dır.⁵²

Çevre vergilerine karşı siyasi direnci kırmak için vergi mükelleflerine dönüşümü olan bir sistem devreye konulmuştur. İsveç'te NO_x emisyonları üzerine konan vergi, şirketin enerji kullanımından alınan vergileri yatırdığı sırada otomatik ve tam olarak iade edilmektedir.⁵⁴ Böylece bu uygulama ile, kirliliğe neden olabilecek yatırımlarda bir azalma, yakıt tüketimini kısma ve diğer önlemlerle çevreyi etkili biçimde korumak olanaklı olmuştur.⁵⁵

İlk başlarda petrol ve elektrik tüketimine vergi uygulaması başlatılırken amaç, kırsal kesime elektrik ve yol gibi altyapının götürülmesi için finans kaynağı oluşturmaktır. Şimdilerde ise amaç gelir dağılımında adaleti sağlamanın yanı sıra, farklı enerji kaynaklarının hem muhafazası, hem de çevreye zararlı biçimde kullanımının önüne geçilmesidir.⁵⁶ Son yıllarda CO₂ vergisi tedrici olarak artırılırken, öteki enerji tüketim vergilerinin oranı ise düşürülmüştür. Buradaki amaç CO₂ salımını azaltmaktır.

Bazı enerji vergileri bölgesel olarak farklı oranlarda uygulanabilmektedir. Örneğin, İsveç'in kuzeyinde diğer bölgelere oranla daha düşük oranlı elektrik enerjisi vergisi uygulanmaktadır. Keza enerji üzerinden alınan vergiden aynı zamanda KDV de alınmaktadır. KDV, tüketim vergilerini de içine alan birim satış fiyatı üzerinden uygulanmaktadır.⁵⁷

⁵² Kaynak: Statistics Sweden http://www.scb.se/Pages/TableAndChart___39451.aspx

⁵³ Millock, Katrin – Nauges, Céline and Sterner, Thomas, “Environmental Taxes: a Comparison of French and Swedish Experience From Taxes on Industrial Air Pollution” www.hgu.se/files/nationalekonomi/personal/thomas%20sterner/a66.pdf erişim tarihi 25.02.2009 s.2-5

⁵⁴ Sterner, Thomas and Häglund, L. (2000) “Output Based Refunding of Emissions Payments: Theory, Distribution of Costs, and International Experience”, **RFF Discussion Paper**, Resources for the Future, Washington, DC. S. 00-29,

⁵⁵ Bir gözleme göre 190 firmanın 5 yıl içindeki emisyonlarının olumsuz etkilerini %50 azalttığı, bu firmaların şimdilerde uluslar arası standartların çok altında emisyon saldıkları belirtilmektedir. Bkz. Söderholm, Patrik (2004), “Extending the Environmental Tax Base”, **Report 5416**, <http://www.naturvardsverket.se/Documents/publikationer/620-5416-3.pdf> erişim tarihi 3/6/2009, s.23

⁵⁶ Sjöstrand, 2007, 16

⁵⁷ Sjöstrand, 2007, 16

Akaryakıt tüketimine ilave olarak motorlu taşıtlardan da değişik isimler altında vergi alınmaktadır. İsveç'te taşıt vergileri ilk defa 1922'de yolların bakımını finanse etmek amacıyla konulmuştur. 1950'lerde özel bir taşıt alım vergisi getirilmiştir. Bunun konuluş amacı, hızla artan taşıt talebinin önüne geçmek; bir tür "talep dalgakıranı" yaratmaktır.⁵⁸ 1998'de karayollarında (Avrupa genelinde de uygulanan) ağır yük taşıyan araçlardan alınan yıpranma harcı uygulamasına geçilmiştir. Buna göre 12 ton ve üstü ağırlıktaki yük vasıtaları harca tabidirler. Üç dingile kadar olan römorkörlü ağır vasıtalar için 6831 SEK, dört dingilliler için 11.385 SEK harç uygulaması sözkonusudur. İsveç trafik siciline kayıtlı olan araçlar bu harcı yılda bir kez (ve tek seferde) öderler. Yabancı menşeli sürücüler ise bazı karayollarını ve otobanları kullanması durumunda bu harcı öderler. Örneğin, 2006 verilerine göre yabancı sürücülerden alınan toplam yol yıpranma harcı 55 milyon SEK'tir.⁵⁹

2006 yılının başlarında başkent Stockholm'de özel bir vergi uygulamasına geçilmiştir. Gün geçtikçe artan trafik yükünü bir ölçüde azaltmak, şehre araçla girilmesini caydırmak için uygulamaya konan "trafik yükü vergisi" (*araç ayakbastı parası*) 2007 Haziran'ından itibaren kalıcı hale getirilmiştir. Buradan elde edilen gelir, şehrin yol ağının yenilenmesinde kullanılmaktadır. 2006 verilerine göre buradan toplam 492 milyon SEK gelir elde edilmiştir.⁶⁰

2. Planlama ve İmar Hukuku

Mekân –arazi kullanım- planlaması (fizik plan) İsveç hukukuna 200 yıldan beri girmiştir. Çevre koruma ile planlama konusunda yakın bir ilişki olduğu gerçeğinden hareketle pek çok önleyici nitelikteki çevre düzenlemesi planlar aracılığıyla hayata geçirilmektedir. Özellikle yerel yönetimlerin köklü bir deneyime sahip oldukları söylenebilir. 1874 tarihli Milli İmar Kanunu, imar uygulamalarını disiplin altına almak için çıkarılmıştır. Burada özellikle de yerleşim alanlarının bilimsel esaslara uygun olarak kullanımının yanı sıra, yapı güvenliği üzerinde de durulmaktadır. Ancak yasa, kentsel yerleşim alanlarını kapsadığından, kırsal alanlar bakımından yetersiz kalmıştır. Bu yetersizlik daha sonra çıkarılmış olan 1907 tarihli Planlama Kanunu ile giderilmeye çalışılmıştır.⁶¹ Bu yeni Yasa'da, 1917 ve 1922'de önemli değişiklikler yapılmış; bu değişikliklerin yeterli olmadığı anlaşıldığında 1931'de yeni bir Yapı ve Planlama Kanunu çıkarılmıştır.⁶²

⁵⁸ Bu vergi 1996'da binek otomobilleri'nde, 1998'de de yük arabalarında kaldırılmış; 2001'de otobüs ve motosikletlerde de kaldırılarak uygulamaya son verilmiştir.

⁵⁹ Sjöstrand, 2007, 16

⁶⁰ Sjöstrand, 2007, 16

⁶¹ Wollman, 2005, 270

⁶² www.vasab.leontief.net/countries/sweden.htm (erişim tarihi 26.12.2008)

1940'lı yıllarda planlama hukukunda “kamu sağlığı” kavramına öncelik verilmiştir. Önceki Yapı Kanunu'nda mekân planlama, toplumsal ve ekonomik gelişmenin bir aracı olarak algılanıyordu. Fizik planların onay süreci merkezi yönetimde bittiği dönemlerde planlar merkez ve yerel yönetimler arasında bir “fren ve denge” mekanizması olarak görülüyordu. İl (Bölge) İdaresi'nin onayıyla yürürlüğe konan belediyelerin fizik planları hukuksal gücünü çifte onaydan alıyordu.⁶³

Kamuoyunda yerel yönetimlerin güçlendirilmesi ve yetkilerinin arttırılması yönündeki baskılar sonucu 1947'de yeni bir İmar Kanunu çıkarılarak bazı kurumsal yenilikler getirilmiştir. Bunlardan ilki, yerel yönetimlere fizik plan yapma konusunda tekel yetkisinin verilmesidir. Belediyelerin arazi kullanımını ve mekânsal planlama konusunda tam sorumlulukla hareket etmesi sağlanmıştır. Belediyelerin yerleşme alanlarında gelişme aksları belirleme konusundaki yetkileri daha belirginleştirilmiştir. İkincisi, yeni yasa ile iki aşamalı bir planlama süreci öngörülmüştür. Plan hiyerarşisi, bölge planları ve master planlarını içeren fizik planları ile semt planları ve yapı planlarını içeren “ayrıntılı” uygulama imar planlarından oluşuyordu. Fizik planları merkez yönetimin onayı ile yürürlüğe giriyordu. İnşaat yapmak isteyen bir arsa sahibi belediye encümeninden onay alması gerekiyordu. Encümen onayı sırasında özellikle imar disiplininin gereklerine dikkat ediliyordu.

1950'li yıllarda hükümet de sosyal refah devletinin imarcılık boyutuna özgü konularda bazı programları devreye soktu. Bu amaçla konut açığını gidermek, spekülâtlere fırsat vermemek ve konut fiyatlarını makul düzeyde tutabilmek için özel bir “kentleşme programı” yürürlüğe konulmuştur.

Böylece planlama ve imar hukuku, İsveç refah devletinin toplumcu demokrasi anlayışını yaşama geçirmenin bir aracı olarak kullanılmıştır. Ulusal konut politikası, bunun çekirdeğini oluşturdu. Bu kapsamda yerel yönetimlerin arsa satın alması, toprak bankası kredileri kullanılması, belediyelere merkezi hükümete borçlanma olanağı, kamulaştırma gibi hukuksal araçlar sağlanmıştır.⁶⁴

1960'larda planlama anlayışı, çevre koruma'ya odaklanmıştır. Artan endüstriyel kirlilikten değerli doğal kaynakların nasıl korunacağı önplana çıkıyordu. Konu, 1987 tarihli Doğal Kaynaklar Yasası ile özel olarak derli-toplu biçimde düzenlenmiştir. Bununla arazi ve su kaynaklarına ekolojik ve uzun vadeli kullanım planlaması

⁶³ Westerlund, 2007, 144

⁶⁴ Regnemalm, Hans, (1991), *Administrative Justice in Sweden*, Stockholm: Juristförlaget, s.82

anlayışıyla ele alınma zorunluluğu getirilmiştir. Belediyeler milli fizik planlarını esas alarak yerel fizik planları yapmakla yetkilendirilmiştir.⁶⁵

1970'lerin sonlarında var olan planlama mevzuatı artık günün ihtiyaçlarını karşılamaya yetmeyince kamuoyunda eleştiriler artmıştır. Katı master planlarının yarattığı sıkıntılar, yetkide merkezileşme yerine yerinden yönetim gereği belediyelere planlama konusunda özerk karar yetkisinin tanınmasına yönelik öneri ve beklentiler yeni bir yasal düzenlemeyi zorunlu kılmıştır.⁶⁶

1 Haziran 1987'de yeni Planlama ve İmar (Yapı) Kanunu (1987:10 *Planering- och byggnad Lag*) yürürlüğe konuldu. Bu Yasa ile yerel özerklik güçlendirilerek planların yapım sürecinde merkezi yönetime sadece "milli menfaatin" (*riksintressen*) gerektirdiği durumlarda müdahale (etme) yetkisi tanınmıştır. Yasa, (Milli) Doğal Kaynaklar Kanunu ile paralel düzenlemeler getirerek ademi merkezileşme, yerel uyarlama, kaynak yönetimi gibi konularda yalın hükümlerle daha iyi plan uygulama ve basitleştirme çalışmalarına önem vermiştir.⁶⁷ Yeni yasa ile planlama konusundaki karar süreci merkezden yerel yönetimlere aktarılmış, belediyelere plan yapımı konusunda bir tek el yetkisi tanınmıştır. Bundan böyle plan yapımı ve yürütümünden birinci derecede belediyeler sorumludur. Merkezi idare ekonomik kalkınma, bölgelerarası stratejik gelişme, taşıma, altyapı politikaları gereğince bu yetkisini kullanabilmektedir. Ancak bu müdahale karşılıklı müzakere içinde, yerel yönetimlerin özerkliğini ihlal etmeyecek hassasiyette kullanılmaktadır.⁶⁸

Kuramsal olarak yeni İmar Kanunu, Çevre Kanunu'nun hükümlerini ortadan kaldırmamıştır. Bu Yasa, belediyelerin "kendilerine" ait alandaki arazi kullanımı, yapı ve konut politikalarının uygulama dayanağı durumundadır.

İmar Kanunu, üst ölçekli (fizik) plan ile nazım imar planı ve uygulama imar planı olmak üzere üç aşamalı bir planlama hiyerarşisi ve süreci öngörmektedir.⁶⁹ Milli Fizik Planı (MFP), plan hiyerarşisinin başında yer alır. MFP, bölgesel ölçekte ilk kademe, bölge kademesi ve belediye kademesi olmak üzere üç kademeli bir plan düzeni öngörür. Üç büyük metropolitan alanın (*Stockholm, Göteborg, Malmö*) dışında 23 şehir ve kasaba ilk kademe merkezi olarak tasarlanmıştır.

⁶⁵ www.vasab.leontief.net/countries/sweden.htm

⁶⁶ **Malbert, Björn** (1998) **Urban Planning Participation: Linking Practice and Theory**, Chalmers University of Technology, Institutionen för stadsbyggnad, s.25

⁶⁷ www.vasab.leontief.net/countries/sweden.htm

⁶⁸ **Gustafsson, Agne**, (1983), **Local Government in Sweden**, Stockholm: SI, s.119

⁶⁹ Plan- och bygglag, 1 Haziran 1995 tarihinde çıkarılan yeni bir yasal düzenleme ile günün gereksinimlerine uyarlanmıştır.

Ulusal Yapı, Konut ve Planlama Kurulu (*Boverket*) imar hukukunun idari otoritesi konumundadır. Bu Kurul, bağlayıcı genel düzenleyici normlar koyabileceği gibi, tavsiye niteliğinde kararlar (*allmänna råd*) da alabilir.

İl düzeyinde, il idare kurullarının planlama ve imar hukuku sürecinde yön verici yetkileri bulunmaktadır. Bu müdahaleler doğrudan olabileceği gibi, dolaylı biçimde de olabilir. Örneğin ilgili karar birimlerini (örneğin belediye encümenlerini) uyarma, ikna etme, yönlendirme faaliyeti bir tür dolaylı denetim işlevini oluşturur. Kamu sağlığı, güvenliği ve yararı bakımından yerel plan hükümleri ile bölgesel ve ulusal düzeyli üst ölçekteki plan hükümleriyle çelişen yönler tespit edilirse bu konuda belediyelerin dikkati çekilir. Siyasi örtülü sınırlandırmalar müdahale olanağını oldukça daraltmaktadır. Keza il idare kurulları, mahalli idarelerin inşaat ruhsatı ile ilgili kararlarına karşı yapılan itirazları değerlendirir. Buralarda özellikle planlama ve imar konusunda daimi statüde çalışan meslek elemanlarının uzmanlık bilgileri bilimsel gereklere uygun rasyonel kararların alınmasına olanak vermektedir.⁷⁰

Yerel yönetimlerin planlama sürecinde özellikle arazi ve su kaynaklarının kullanımında bireysel hak ve özgürlüklerle birlikte, eşit ve iyi yaşam koşullarını sağlamaya yönelik toplumsal ilerlemeyi güçlendiren sürdürülebilir çevre anlayışıyla hareket edilerek şimdiki ve gelecek kuşakların sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamalarını olanaklı kılacak bir yaşam ortamının yaratılmasına çalışılmaktadır. Etkili bir imar disiplini sağlanması için yönetimlerarası işbirliğine önem verilmektedir.

Nazım imar planlarını (*översiktsplan*) belediyeler hazırlar. Arazi ve su kaynakları başta olmak üzere kentsel yaşam kaynaklarının genel bir düzenlenmesini içeren bu plan hükümleri bireyler bakımından bağlayıcı değildir.⁷¹ Belediye meclisleri, gerek gördükleri zaman planda değişiklikler yapıp güncelleyebilirler. Plan yapım sürecine ilgili sosyal grupların yanı sıra komşu yerel yönetimlerin de katılımı sağlanır. Taslak tamamlandıktan sonra mecliste görüşülür. Bu görüşmelere halkın katılımı sağlanarak farklı seçeneklerin sunulmasına, bilimsel gereklere ve yerel gereksinimlere en uygun bir planın yapılmasına çalışılır. Her aşamada ulusal çıkarı temsilen il idare kurullarının üyeleri de hazır bulunurlar.⁷²

Belediyeler arazi kullanım kararlarını ve konut politikalarını “uygulama imar

⁷⁰ **Ebbesson, Jonas** (2003), “*Democracy and Public Participation in Planning and Environmental Law*”, (Stockholm University, Sweden), “**Planning Law and Integrated Resource Management**” Nordic Environmental Law Network (NELN) Workshop 25-26 August, Royal Veterinary and Agricultural University, Copenhagen sunulan bildiri, s.2 vd.

⁷¹ Wollmann, 2005, 171

⁷² Wollmann, 2005, 172

planları” (*detaljplan*) aracılığıyla hayata geçirmektedir. İzin ve yasakların sınırları belirlenirken kent varlıklarının gelecekte alabileceği yön ve mesafesine dair öngörüler de bu planlarla belirginleştirilmektedir. Uygulama imar planları, bir belediye sınırında ayrıntılı arazi kullanım kararlarını içeren planlardır. Özellikle belli bölgelerin “gelişim alanı” olarak düzenlenmesinde bu plan hükümlerinden yararlanır. Uygulama imar planları da belediye meclisleri tarafından çıkarılır. Bu planlar bağlayıcıdır. Bazı durumlarda genel plan hükümlerine uygun olmak koşulu ile küçük sapsmalarına izin verilebilmektedir. *Detaljplan*’lar aracılığıyla belediyelere cadde, park veya kamusal kullanım alanı oluşturmak üzere kamulaştırma yetkisi verilebilir. Yapı izninin verilmesinden sonra 5 veya 15 yıllık bir süre içinde bu iznin kullanılması gerekir. Ayrıca yapı izni miras yoluyla devretmez. Bu süre içinde plan hükümlerinde bir değişiklik yapılırsa o takdirde arazi maliklerinin zararı idare tarafından tazmin edilir. Belediyeler bu plan hükümlerinin uygulandığı bölgelerde şerefiye harcı koyabilir. Ayrıca belli çaptaki yapılara izin verileceği zaman ÇED (*miljökonsekvensbeskrivning*) yapılması zorunluluğu da öngörülebilir.⁷³

Planlar il idare kurulu tarafından denetlenebileceği gibi, belediye meclis üyelerinden herhangi birinin başvurusu üzerine idari yargı yerince de hukuka uygunluk bakımından denetlenebilir.

Her belediyede bir “yapı dairesi” bulunmaktadır. Bu birim, yapı izinleri ve denetim konusunda yetkilidir. Kararlarına karşı İl İdaresi’ne, oradan da idare mahkemesine kadar gidilebilir.

Belediyelerin plan kararlarına karşı o bölgede oturan herhangi bir yurttaş itiraz hakkına sahiptir. Üç haftalık askı süresinde itirazı olanların bildirimini üzerine, itiraz mercii bu savı yerinde görürse planı belediyeye geri yollar. Plan üzerinde değişiklik yapma yetkisi belediyeye aittir.

Hükümetin belediyelere plan yapma konusunda kuramsal olarak talimat verme yetkisi olsa da, yerel özerklik gereğince nazik duyarlılıkların kırılmaması için bu yetki kullanılmamaktadır.

1987 sonrası süreçte **çevre** konusu, fizik planlamanın birincil derecede öncelikli yönünü oluşturmuştur. Enerji ve kaynak talebine odaklanan bir mekân planlama

⁷³ Çevre Kodu (*Miljöbalkar*)’nın 5 Bölüm, 18’nci maddesine göre çevre, insan sağlığı veya arazi kullanımı, su ve öteki kaynaklara önemli etkileri olabilecek yapı izinleri için ÇED yapılması gerekir.

anlayışı öne çıkmıştır. Konut, yeşil alan⁷⁴, ulaşım aksları ve öteki altyapı kaynaklarının “*elverişliliği*” ölçü alınmaya başlanmıştır. 1990’ların sonunda Hükümet, fiziksel planın merkezi çevre politikalarının bir parçası olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak, ekolojik sürdürülebilir kalkınma konusundaki çalışmalara hız verilmiştir. “*Sürdürülebilir İsveç*” için bazı çevre-politik hedefler saptanmıştır: *Temiz hava, yüksek kaliteli yersuyu *Sürdürülebilir göl ve kaynak suları *Dengeli bir deniz suyu çevresi (ötrofikasyona hayır!) *Sürdürülebilir kıyı bölgeleri ve ormanlık alanlar *Doğal asidifikasyon, *Değişken tarım alanları; toksik olmayan çevre *İyi kent çevresi; radyasyon güvenliği olan yaşam alanları, *Korunmuş ozon tabakası, *İklim değişikliğine minimum ölçüde katkısı olabilecek teknoloji tercihi.⁷⁵

Bu amaçların mümkün olan en kısa zamanda başarılması için ulusal çevre kalitesi, mekân planlama ve yapı sektöründe bir dizi ıslah çalışmaları yapılmıştır. Bu kapsamda özellikle merkez ve yerel yönetimler arasında idari işbölümü ve eşgüdümleme çalışmalarına hız verilmiştir. Taşrada mahalli idareler (belediyeler ve bölge idareleri) kendi yetki alanları içinde ulusal çevre politikalarıyla paralel çevre kalite standartları geliştirecek ve işbirliği içinde bunların uygulamaya geçirilmesi için sorumluluk üstleneceklerdir.⁷⁶

SONUÇ

Özel bir çevre yargısı, sıkı takibatı yapılan bir çevre mevzuatı ile İsveç deneyimi Türkiye için dikkate değer örneklerden biridir. İdarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan çevre davaları Türkiye’de genel görevli idari yargı mahkemelerinde görülmektedir. Oysa kapsam ve nitelik itibarıyla klasik idari davalardan farklı olan ve uzmanlığı gerektiren bu davaların ayrı bir Çevre Mahkemesi’nde görülmesi gerekmektedir. Bu, biraz da çevre hukukunun “karma” yapıyla doğasından kaynaklanmaktadır. Keza, çevre mevzuatının istikrarlı biçimde ve sıkı bir duyarlılıkla uygulanması gerekmektedir. İsveç’te yaşanabilir bir çevre yaratma çabasında bu uygulamaların sonuçları açıkça kendini göstermektedir. Çıkar çevrelerinin isteklerine göre uyarlanan değil, kuşaklar boyu sorumluluğa dayanan yenileme kapasitesiyle çevre mevzuatı kurumsal altyapı, kolluk ve yargı organları aracılığıyla sıkı biçimde uygulanmaktadır.

⁷⁴ İmar Kanunu kentsel yerleşim alanlarının kişi başına rekreasyon, tarımsal faaliyet ve sağlıklı atmosfere imkan verecek kadar **yeşil alanın** ayrılmasını emreder. Belediyeler 10 ve 25 yıl öngörülü planlarında yeşil alana ilişkin kararlarını her 4 yılda bir yeniden gözden geçirip güncelleyecekleridir.

Sandström , Ulf G. - **Angelstam**, Per and **Khakee**, Abdul (2006), “*Urban comprehensive planning – identifying barriers for the maintenance of functional habitat Networks*”, **Landscape and Urban Planning 75** (2006) s.45

⁷⁵ www.vasab.leontief.net/countries/sweden.htm

⁷⁶ www.vasab.leontief.net/countries/sweden.htm

KAYNAKÇA

Adolphson, Marcus (2008) “*New urban settlements in a perspective of public and private interests. Case study: a Swedish municipality within the hinterland of the Stockholm city*” <http://www.springerlink.com/content/g8134h87p2124v53/fulltext.pdf>, s.348 (erişim tarihi 12.01.2009)

Alfredsson, Björn and **Wiman**, Jan (2002), “*Planning in Sweden*”. In Ed. by **Snickars**, Folke – **Olerup**, Brita and **Persson**, Lars Olof, **Reshaping Regional Planning**. Ashgate Publishing Limited, Hampshire

Darpö, Jan, (1999) “*Current Survey: Sweden*”, 1999: The New Environmental Code. EL 1999:3 CS 34, [http://www.jandarpö.se/upload/EL-Env_Code\[1\].doc](http://www.jandarpö.se/upload/EL-Env_Code[1].doc) (erişim tarihi 02.02.2009)

Darpö, Jan, (2009), “*Environmental justice through environmental courts? Lessons learned from the Swedish experience*” in Ed. by Ebbesson, Jonas and Okowa, Phoebe **Environmental Law and Justice in Context**, Cambridge University Press

Darpö, Jan & **Nilsson**, Annika. (2008) “On the Comparison of Environmental Law”., Ur Miljöretlige emner, Festschrift til Ellen Margrethe Basse (Jurist- og økonomiforbundets forlag, Köpenhamn, 2008), Kap. 11, http://www.jandarpö.se/upload/EMB_1208KORR.doc

Ebbesson, Jonas (2007) “*Transbordering Democracy? The Case of Environment Protection*” in **Human Rights and Ethics / Derechos humanos y Ética**, Proceedings from the 22nd IVR World Congress, Granada 2005, Volume III (red. Andrés Ollero, Franz Steiner verlag, Stuttgart)

Ebbesson, Jonas (2003), “*Democracy and Public Participation in Planning and Environmental Law*”, (Stockholm University, Sweden), “**Planning Law and Integrated Resource Management**” Nordic Environmental Law Network (NELN) Workshop 25-26 August, Royal Veterinary and Agricultural University, Copenhagen sunulan bildiri

Gillberg, Minna and **Hydén**, Håkan “*Recent Environmental Law Developments in Sweden*” in <http://www-user.uni-bremen.de/~avosetta/hydenrecenvdev.html> (erişim tarihi 3.12.2008)

Gillberg Bjorn and **Tamplin**, Arthur, “*Training for Environmental Law Enforcement*”, , **International Labour Office Discossing Papers** http://www.eric.ed.gov/ERICDocs/data/ericdocs2sql/content_storage_01/0000019b/80/13/67/7a.pdf (erişim tarihi 10.11.2008)

Gustafsson, Agne, (1983), **Local Government in Sweden**, Stockholm: SI Publication

Lavin, Rune, (2000), “*Administrative Law and Procedure*”, in **Swedish Law in the New Millennium**, (ed. M.Bogdan), Stockholm: Norstedts Juridik

Malbert, Björn (1998) **Urban Planning Participation: Linking Practice and Theory**, Chalmers University of Technology, Institutionen för stadsbyggnad

Millock, Katrin – Nauges, Céline and Sterner, Thomas, “*Environmental Taxes: a Comparison of French and Swedish Experience From Taxes on Industrial Air Pollution*” www.hgu.gu.se/files/nationalekonomi/personal/thomas%20sterner/a66.pdf erişim tarihi 25.02.2009

Nilsson, Annika (2000), “*Environmental Law*”, in **Swedish Law in the New Millennium**, (Ed. Michael Bogdan), Stockholm, Norstedts Juridik

Petersson, Olof, (1994), **Swedish Government and Politics**, Stockholm:Fritzes

Regnemalm, Hans, (1991), **Administrative Justice in Sweden**, Stockholm: Juristförlaget

Sandström , Ulf G. - Angelstam, Per and Khakee, Abdul (2006), “*Urban comprehensive planning – identifying barriers for the maintenance of functional habitat Networks*”, **Landscape and Urban Planning 75** (2006)

Sjöstrand, Mats (2007), “*Taxes in Sweden*”, **Tax Statistical Yearbook of Sweden**, Stockholm:Swedish Tax Agency

Söderholm, Patrik (2004), “*Extending the Environmental Tax Base*”, **Report 5416**, <http://www.naturvardsverket.se/Documents/publikationer/620-5416-3.pdf> (erişim tarihi 3/6/2009)

Sterner, Thomas and Häglund, L. (2000) “*Output Based Refunding of Emissions Payments: Theory, Distribution of Costs, and International Experience*”, **RFF Discussion Paper**, Resources for the Future, Washington, DC. S. 00-29,

Thampapillai, Vinoli (2007), **Water Governance in Sweden**, Swedish University of Agricultural Sciences (SLU) Working Paper Series 2007:2 Department of Economics / Institutionen för ekonomi Uppsala

Westerlund, Staffan, (2006), “*The Swedish Law Codification*”, in **Zeitschrift für Europisches Umwelt- und Planungsrecht**, EurUp

Westerlund, Staffan, (2007), **Environmental Law in Sweden**, Uppsala University
Westerlund, Staffan: “*Law and the Environment*” (revised version 2004), **IMIR Institutet för miljörätt** (Institute for Environmental Law), www.imir.com erişim tarihi 03.03.2009

Wollmann, Hellmut, (2005) “*Country Report Sweden*”, **Comparing Local Governments in England, Sweden, France and Germany**: Between continuity

and change, divergence and convergence, www.wuestenrot-stiftung.de/download/local-government (erişim tarihi 12.09.2008)

www.mkb.slu.se/eiacentre/abouteia.asp

www.boverket.se

www.imir.com/pdf-filer/law2004.pdf. (erişim tarihi 07.05.2008)

www.isv.liu.se/remeso/samverkan/nutek

www.kammarkollegiet.se

www.kemi.se/default___550.aspx

www.lantmateriet.se/

www.naturvardsverket.se

www.naturvardsverket.se/en/In-English/Menu/Legislation-and-other-policy-instruments/Environmental-instruments/Four-kinds-of-instruments/Economic-instruments/Environmental-taxes-and-charges/

www.nfi.slu.se/

www.raa.se/cms/en

www.scb.se/Pages/TableAndChart___39451.aspx

www.slv.se/default.aspx?id=231&epslanguage=EN-GB

www.stralsakerhetsmyndigheten.se/In-English/About-the-Swedish-Radiation-Safety-Authority1/

www.svo.se/episerver4/default.aspx?id=30

www.vasab.leontief.net/countries/sweden.htm (erişim tarihi 26.12.2008)

www.vv.se/

ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN TÜRK İÇ HUKUKUNDAKİ KONUMU VE ETKİLERİ*

Arş. Gör. Ali İbrahim AKKUTAY**

ÖZET

Bu çalışmada, uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukunda uygulanmasıyla ilgili temel ilkeler ve tartışmalar incelenmiştir. Önce genel olarak uluslararası antlaşmaların hiyerarşik yeri üzerinde durulmuş, daha sonra 1982 T.C. Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasına 5170 sayılı yasayla eklenen son cümleden sonraki duruma ve tartışmalara yer verilmiş, konuyla ilgili çeşitli değerlendirmelerde bulunulmuştur.

ANAHTAR KELİMELELER

Uluslararası antlaşmalar, 1982 T.C. Anayasası, Hiyerarşi

ABSTRACT

In this study the basic principles of international treaties and the discussions on these treaties in Turkish municipal law were examined. Firstly the hierarchy of international treaties was discussed and then the amendment of article 90 with its effects was argued.

KEY WORDS

International treaties, Article 90 of 1982 Constitution of Turkey, Hierarchy

* Bu çalışma Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde yapılmış olan "Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuka Etkisi" adlı yüksek lisans tezinden üretilmiştir. (AKKUTAY, İbrahim, **Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuka Etkisi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2007)

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Araştırma Görevlisi.

Uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukunda uygulanması, antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki konumuyla ilgilidir. Bu konu T.C. Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında kaleme alınmıştır. Ancak bu fıkra ile ilgili olarak iki farklı dönem gözümüze çarpmaktadır. Bunun sebebi de bu fıkra ile ilgili olarak 07.05.2004 tarihinde eklenen son cümlesidir. Bu hükümle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar daha farklı bir konuma getirilmiştir.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların, özellikle de çok fazla gündeme gelmesi sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, iç hukukumuzdaki konumu önceden de farklı bir tartışma konusuydu. Ayrıca 2001 yılı Anayasa değişiklikleri yapılırken de uluslararası antlaşmalarla ilgili olarak 90. maddenin son fıkrasında bir değişiklik teklifinde bulunulmuştu. Biz de bu nedenle konuyu 2004 yılında yapılan değişiklikten önce ve sonra olmak üzere ikiye ayırarak inceleyeceğiz.

I. ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR GENEL OLARAK TÜRK İÇ HUKUKUNDA YERİ

T.C. Anayasasının 90. maddesi 2004 yılında yapılan değişiklikten önceki düzenlemesiyle, çağdaş anayasaların çoğunun aksine uluslararası hukukla iç hukukun ilişkisi hakkında bir hüküm koymamıştır. Sadece T.C. Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası¹ usulüne göre yürürlüğe sokulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirtmiştir; ancak bu açık hükme rağmen fıkranın devamında uluslararası antlaşmaların anayasaya aykırılığı hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulamayacak olması hükmünü getirmesiyle uluslararası antlaşmaların kanunların üstünde olduğu görüşü de bazı yazarlar tarafından savunulmuş ve hatta bazı yargı kararlarında da yer almıştır.

Bu noktada sorunu sadece T.C. Anayasası açısından değerlendirmemek gerekmektedir. Karşılaştırmalı hukukta ülkelerin anayasaları ve ulusal yargı kararları dikkate alındığı takdirde, uluslararası hukukta genel geçerli, bir kademelenme ilkesi tespit edebilmek mümkün değildir. Anayasalarda yer alan uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yerine ilişkin açık veya örtülü çatışma kuralları da ya içeriğine ve doğrudan uygulanabilir niteliğine bakılmaksızın, genel olarak uluslararası antlaşmalarla, ya da hukukun genel ilkeleri ile ilgilidir. Özellikle insan haklarının uluslararasılaşması ve küreselleşen dünyada ulus üstü Avrupa Birliği'nin ortaya çıkması, bütünleşebilmek

¹ “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.”

amacıyla anayasalarda yeni formüller bulunması zorunluluğunu beraberinde getirmiştir.²

T.C. Anayasası'nın 148. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kanunların şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluğunu denetlemektedir. Ayrıca aynı madde de kanun hükmünde kararnamelerin de denetleneceği belirtilmektedir. Dolayısıyla kanunların ve kanun gücündeki kararnamelerin anayasaya uygunluğunun denetlendiği bir durumda, anayasanın antlaşmaların açıkça kanun hükmünde olduğunu belirtmesine rağmen Anayasa Mahkemesince denetlenemeyeceğini ifade etmesi, uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukunda kanunlardan ve kanun hükmünde kararnamelerden daha üstün bir konumda bulunup bulunmadığı tartışmasını da beraberinde getirmiştir.

Bir başka ifadeyle usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamama kuralı, uluslararası antlaşmalar arasında bir nitelik farkı gözetmeksizin, genel olarak uluslararası antlaşmalara yönelik ve dolayısıyla hiç de açık olmayan ve dolayısıyla ona öğretinin farklı anlamlar yüklediği bir çatışma kuralıdır.³

Savunulan görüşlerden birisi uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün olduğudur. Bu görüşü paylaşan Mümtaz Soysal, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki uluslararası antlaşmaların kanunlarla eşit olduğu düzenlemesi tek başına yer alıyor olsaydı bir sorun kalmayacağını, özel hüküm – genel hüküm ilişkisinin araştırılacağını ve sonradan getirilmiş olan düzenlemenin rahatlıkla uygulanabileceğini belirtmektedir.⁴

Edip Çelik de uluslararası antlaşmaların kanundan üstün hatta anayasal nitelikte olduğunu özellikle 2004 yılında yapılan değişiklikten önceki durumda insan haklarına yönelik uluslararası antlaşmalar yönünden kabul etmekteydi. "Biz, 1961 ve 1982 Anayasaları'nın antlaşmaları kanun hükmünde sayan hükümleriyle, anlaşma ile kanunu eşdeğerde tuttuğu görüşüne katılmıyoruz."⁵ dedikten sonra "İnsan Haklarının

² YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, "Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasalık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 784

³ YÜZBAŞIOĞLU, a.g.m. , s. 785

⁴ SOYSAL, Mümtaz, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", Anayasa Yargısı, C. 2, Ankara, 1985, s. 15

⁵ ÇELİK, Edip, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Lütfi Duran'a Armağan, S. 1 – 3, 1988, s. 50

korunmasına yönelik kurallar *jus cogens* nitelikli kurallardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan devletler Sözleşme'nin içerdiği hak ve özgürlükleri yargılarına bağlı bütün kişilere tanımayı kabul ettikleri gibi, iç hukuk düzenlerinde Sözleşme'ye aykırı hukuk kuralları koymamayı ve varolan kuralları da Sözleşme ile uyum sağlayacak biçime getirmeyi yüklenmişlerdir. Avrupa Konseyi üyeleri için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki hak ve özgürlüklere ilişkin kurallar, olağan hukuksal yükümlülükler olmaktan öteye, bu devlet toplumunun anayasal niteliğindeki kurallardır.”⁶

Bir uluslararası antlaşma yürürlüğe girdikten sonra, kanun hükmünde olması göz önünde bulundurulduğunda, aynı hususu düzenleyen bir kanunu ilga edecektir. Zira *lex posterior derogat legi priori* ilkesi uyarınca sonraki tarihli kanun, önceki tarihli kanunu ilga eder ve öncelikle uygulanır. Mademki uluslararası antlaşma da kanun hükmündedir, o da önceki tarihli kanunu ilga edecektir.

Tam tersi durum son derece ilginç bir boyuttadır. Zira bir uluslararası antlaşma usulüne göre yürürlüğe sokulup uygulanmaya başladıktan sonra, aynı hususta Türkiye Büyük Millet Meclisince kanun adı altında bir düzenleme getirildiği zaman, kanunun uluslararası antlaşmayı ilga etmesi söz konusu olamaz. Hatta antlaşmadan sonra yürürlüğe giren kanun Anayasa Mahkemesi'ne anayasaya aykırılık iddiasıyla götürülebilirken, antlaşma götürülemeyecektir. İşte bu noktada yine uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün olduğu görüşü savunulabilmektedir. Çünkü bu durumda bir başka ilke karşımıza çıkmaktadır: *lex posterior derogat legi in friori*. Yani özel nitelikte hükümler içeren kanunlar, genel nitelikte hükümler içeren kanunlara göre öncelikle uygulanır. Bu durumda antlaşmaların daha sonra çıkarılan kanunlara göre özel hükümler içerdiği, bu sebeple, hiçbir kanunun uluslararası antlaşma metnini ilga edemeyeceğinden hareketle, antlaşmaların kanunlardan üstün olduğu düşünülebilir; ancak özel hükümler içeren kanunların, genel hükümler içeren kanunlara nazaran öncelikle uygulanması, iç hukuk düzenlerinde de o kanuna bir üstünlük tanımamaktadır. Türk iç hukukunda yer alan normlar hiyerarşisine göre kanunlardan üstün olan hukuk kaynağı anayasadır ve özel nitelikte hükümler içeren bir kanunun, diğer kanunlara göre üstünlüğünün kabul edilmesi onu neredeyse anayasa hükmü konumuna getirir. Bu sebeple hiçbir surette bu ilkenin aynı düzeydeki iki hukuk kaynağının uygulanmasını düzenlediği unutulmamalıdır. Paralel bir şekilde düşünerek bu ilkeye başvurulmasının aynı hukuki güce sahip iki hukuk kaynağının uygulanmasını düzenlediğinden hareketle, uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukunda kanunlarla aynı güce sahip bulunduğu sonucuna ulaşabiliriz.

⁶ ÇELİK, a.g.m. , s. 55

Soysal, devletin bir uluslararası antlaşmayı imzalayıp, onaylayarak, bu antlaşma metnini kendi açısından hüküm ifade eder bir duruma getirdiğini, antlaşma hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu yaptığını belirtmektedir. Bu durumda uluslararası antlaşmalara yasalardan biraz farklı, anayasaya yaklaşıcı ve anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandıran bir boyut olduğunu; uluslararası antlaşma hükümlerinin anayasaya aykırılığının ileri sürülebilmesi nedeniyle⁷,

⁷ Anayasa Mahkemesi eski Medeni Kanun'un kocanın izin vermemesi durumunda karının hakimden izin alarak çalışabileceğini düzenleyen 159. maddesini iptal ettiği E. 1990/30, K. 1990/31 no.'lu ve 29.11.1990 tarihli kararında (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1990/K1990-31.htm>) anayasaya aykırılık savını uyuşmazlığı mahkeme önüne getiren İzmir Sulh Mahkemesi'nin isteği olmadığı halde uluslararası antlaşmalar yönünden incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bağlı 7. Protokol, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve Avrupa sosyal Şartı'na gönderme yapmıştır. Yalnız Türkiye bu tarihte 7. protokole taraf değildir ve 7. Protokolü kararında tartışması, usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir uluslararası antlaşma olmaması itibarıyla Anayasa'nın 90. maddesiyle çelişmiştir. Yalnız yine de Anayasa Mahkemesi Medeni Kanun'un 159. maddesinin uluslararası antlaşmaya değil Anayasa'ya aykırılığına karar vermiştir. Yani uluslararası antlaşmaları destek ölçü norm olarak değerlendirmiş, kanunlardan üstün bir yere koymamıştır. Zaten uluslararası toplumun bir üyesi olarak, uluslararası antlaşma hükümlerinin dikkate alınması kadar doğal bir durum olamaz; fakat sadece imzalanan ve usulüne göre yürürlüğe konulmayan bir uluslararası belgenin dikkate alınması, Anayasa'nın 90. maddesiyle öngörülen amaca aykırıdır. Yalnız yapılan bu saptamanın da Anayasa'nın 138. maddesinin 1. fıkrası hükmünde öngörülen hakim hukuka uygun karar vereceği ilkesine aykırı düşüp düşmeyeceği de bir soru işareti yaratmaktadır; ama yine de pozitif düzenleme itibarıyla hakim yürürlükte olan bir uluslararası antlaşmayı dikkate alması daha yerinde olacaktır.

430 sayılı "Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" nin çeşitli maddelerinin iptali savıyla açılan davada, "Anayasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrasına göre, olağanüstü yönetimlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması ve bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilmesi, bunların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmaması koşulu ile olanaklıdır. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine öncelikle milletlerarası hukukun genel ilkeleri, sonra da devletin taraf olduğu sözleşmeden doğan yükümlülüklerin girdiği kabul edilmektedir. Şu durumda olağanüstü yönetimlerde kişi hak ve özgürlüklerine getirilecek sınırlandırmaların, önce milletlerarası hukukun genel ilkelerine sonrada Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu sözleşmelere aykırı olmaması gerekir." ve "Anayasa'nın 15. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinin hemen hemen bir yinelenmesidir. Bu nedenle olağanüstü yönetime ilişkin bir düzenleme ile hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlandırma Anayasa'nın 15. maddesine uygun görüldüğünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de uygun olacağı kuşkusuzdur." (E. 1991/6, K. 1991/20 no.'lu ve 03.07.1991 tarihli karar) diyerek ilgili kanun hükmünde kararnamenin anayasaya uygunluğunu denetlerken, Anayasa'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olması gerektiği gibi bir izlenim yaratmaktadır. Zira eğer Anayasa'nın 15. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinden farklı bir hüküm içeriyor olsa ve yapılan sınırlandırma anayasaya uygun ve fakat uluslararası antlaşmaya aykırı olsaydı, yine de geçerliliğini koruyacak mıydı? Burada aslında Anayasa Mahkemesi yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini destek ölçü norm olarak görmüş; ancak kaleme alınış şekli bakımından sanki Anayasa adı geçen Sözleşme'nin yorumlanması için bir destek ölçü normmuş izlenimini vermiştir.

(<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-20.htm>)

4149 sayılı "832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna

hükümlerinin anayasayla birlikte düşünülmesi gerektiğini ve anayasanın onlarla birlikte yorumlanmasının daha uygun olduğunu belirtmektedir.⁸

Bunun yanı sıra bazı yazarlarca bir de uluslararası antlaşmaların anayasadan üstün olduğu savunulabilmektedir.⁹ Bu görüşe çeşitli dayanaklar getirilmektedir. Öncelikle Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uluslararası antlaşmaların yapılması hususundaki yetkilerinin kanunların yapılmasında olduğu kadar geniş olmadığı söylenmektedir. Yani buradan çıkacak sonuç meclisin uluslararası antlaşmaların yapılması esnasında bir iradesinin olmadığıdır. Gerçekten sadece yapılması değil onaylanması aşamasında da meclisin uluslararası antlaşma hükümlerinin bir kısmını yürürlüğe sokmama veya değiştirme hakkı yoktur. Yalnız bu hususun tek başına antlaşmaların anayasadan üstün olduğunu gösterdiğini kolaylıkla söylemek her koşulda mümkün değildir. Zira antlaşmayı onaylama yetkisi yine anayasa ve yasalar tarafından belirlenmiş kurumlar tarafından kullanılabilir. Ayrıca Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir uluslararası antlaşmayı tamamen reddetme hakkı da vardır. Bunların dışında bir antlaşmanın belirli hükümlerine çekince de konabilir.

Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun'un 8. maddesiyle eklenen ek 11. maddesinin iptalinin istenmesine dair gerekçede Anayasa'nın 90. maddesine aykırılık da savunulmuştur. Gerekçe şu şekildedir: "Ayrıca, Türkiye'nin 21.11.1988'de Strasbourg'da imzalanan, 8.5.1991 tarih ve 3723 sayılı Kanun gereğince 6.8.1992'de 92/3398 sayılı karar ile Bakanlar Kurulu tarafından onaylanan ve 3.10.1992 gün ve 21364 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 'Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nda da, yerel yönetimlerin mali kaynaklarına, merkezi idare tarafından sınır getirilemeyeceği ve yerel yönetimlerin hizmetlerini yerine getirebilmesi için asgari mali olanaklara sapsız kılınması gerektiği hususları yer almıştır. Bu Şart'ın 'Yerel Makamların Mali Kaynakları' başlıklı 9. maddesine göre T.C. 'mali bakımdan zayıf olan yerel makamların korunmasını sağlamakla, mali yükün eşitsiz dağılımının etkilerini ortadan kaldıracak önlemleri almakla yükümlüdür', üstelik bunu yaparken 'yerel makamların kendi sorumluluk alanlarında kullanabileceği takdir hakkını da azaltamaz' ve bu takdir hakkı 'tam'dır. Belirtilen uluslararası metin TBMM tarafından da kabul edilmiştir ve Anayasa'nın 90. maddesi gereğince, Anayasa'ya aykırılığı bile iddia edilemeyecek, bağlayıcı bir metindir. İptali istenen hüküm, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu bu uluslararası antlaşmaya da aykırıdır." Anayasa mahkemesi şu kararı vermiştir: "Anayasa'nın 90. maddesinde, uluslararası antlaşmaların yürürlüğe konulmasına ilişkin prosedür gösterilmiş ve usulüne göre yürürlüğe konulan antlaşmaların yasa hükmünde olduğunu belirtmiş olup; dava konusu kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi bulunmamaktadır." Aslında dava gerekçesini ileri sürenler burada kanun hükmünün uluslararası antlaşmaya uygunluğunun denetlenmesini istemişlerdir. Anayasa Mahkemesi de dolaylı bir şekilde Anayasa'nın 90. maddesinin kendisine böyle bir yetki vermediğini, bu nedenle 90. maddeye dayanarak bir inceleme yapamayacağını belirtmiştir. Bunu yapmasaydı Anayasa Mahkemesi burada hem kanunların uluslararası antlaşmalara uygunluğunun denetimi yolunu açmış olacak, hem de uluslararası antlaşmaları kanunların üstünde veya anayasal düzeyde bir konuma getirmiş olacaktı. (Bkz. E. 1996/58, K. 1996/43 no.'lu ve 20.11.1996 tarihli karar, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1996/K1996-43.htm>)

⁸ SOYSAL, , a.g.m. , s. 17

⁹ GÜLMEZ, Mesut, "Evet Uluslararası Antlaşmalar Anayasa Üstüdür", Cumhuriyet Gazetesi, 17.06.1998, s. 2

Bir başka dayanak olarak da uluslararası sorumluluk¹⁰ kurumu gösterilmektedir. Yani uluslararası antlaşmayı imzalayan devlet, bu antlaşmaya saygı göstermek, antlaşmanın onaylanması için gerekli önlemleri almak zorundadır. Bunun için iç hukukta gereken düzenlemeler yapılmalıdır.¹¹ Bütün bunlar doğrudur; ancak uluslararası sorumluluk kurumu, ihlaller sonucu gündeme gelen bir kurumdur. Bir antlaşma hükmünün ihlal edilmesi ve bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Ancak bir devletin sorumluluğunun gündeme gelmesi, o devletin tazminat ödeyecek olmasının gerekmesi, o antlaşmayı kanundan veya anayasadan üstün bir konuma getirmez. Zira uluslararası sorumluluk kurumu, devletlerin antlaşma hükümlerine aykırı düzenlemeler yapmasının önünü kesemez, böyle bir önleyici denetimin yapılabilmesi ancak bu durumun T.C. Anayasasında açıkça kabul edilmesi durumunda mümkündür.

¹⁰ Uluslararası antlaşmalarla ilgili olarak muhtemel sorunlardan birisi de, uluslararası antlaşmalara aykırı davranılması veya uyulmaması durumlarında, devletleri bu antlaşmaya uygun davranmaya zorlayacak mekanizmanın ne olacağıdır. Yukarıda detaylı şekilde üzerinde durulan egemenlik kavramı, devletlerin antlaşmalarla daha çok haklar sağlayıp, daha az yükümlülükler altına girmesi şeklinde davranışta bulunmasına neden olan bir dürtüdür. Dolayısıyla devletler, yükümlülüklerini yerine getirmedikleri zaman daha ağır koşullarla karşılaşacaklarını hissetmelidirler.

İç hukuk düzenlerinde hukuk kurallarına uyulmadığı takdirde yasalarla belirlenen yaptırımlar yine yasalarla belirlenen yöntemlerle uygulanmaktadır; ancak uluslararası hukuk düzeninin yapısı ve yaptırım uygulayacak devlet benzeri bir örgütlenmeye sahip olmaması itibarıyla, uluslararası hukukta tek bir otorite tarafından yaptırım uygulanması çok fazla karşılaşılan bir yol değildir. Bu nedenle uluslararası hukukta, çeşitli baskı yöntemleri ya da kuvvet kullanılması veya cezalandırma yoluyla devletlerin yükümlülüklerine uymasının sağlanması veya kurala aykırı davranan devletin karşı tarafa verdiği zararın etkilerini ortadan kaldırmak için durumu düzeltecek önlemler alması ya da zararı gidermesi (uluslararası sorumluluk) şeklinde iki yöntemle karşılaşılmaktadır.(bkz. PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap**, Turhan Kitabevi, Üçüncü baskı, Ankara, 1999, s. 148,149) Egemenlik kavramı ve onun sınırlandırılması ve devri terminolojisi, uluslararası sorumluluk kavramıyla da yakın bir ilişki içerisindedir. Devletlerin egemenlikleri, onlar için uluslararası hukukun bağlayıcı kurallarına aykırı davranma hakkı veren bir kural yaratmaz. (PERKINS, Jon A. , **“The Changing Foundations of International Law: From State Consent to State Responsibility”**, Boston University International Law Journal, Vol. 15, 1997, s. 453) Zira devlet egemenliğinin tek taraflı hakimiyeti, uluslararası hukukun yükümlülüklerine uyacak bir içerik kazanır hale gelmiştir.(TRACHTMAN, Joel P. , **“Reflections on the Nature of the State: Sovereignty, Power and Responsibility”**, Canada – United States Law Journal, Vol. 20, 1994, s. 403) Uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan sorumluluğa çok çeşitli davranışlar neden olabilir. Bu nedenlerin neler olduğunun tek tek belirlenmesi son derece zordur, hatta imkansızdır. Zaten tek bir sözleşmede, antlaşmalar hukukuyla ilgili olarak, antlaşma hükümlerinin ihlal edilmesinin sonuçlarının baştan sona bütün ayrıntılarıyla ele alınması ne kodifikasyon taraftarlarınınca ne de daha sonra doktrin ve yazarlar tarafından savunulmuştur.(REUTER, Paul, **Introduction to the Law of Treaties**, Pinter Publishers, New York/London, 1989, S. 150) Bunun en önemli nedeni uluslararası sorumluluk kurumunun, uluslararası hukuka aykırılığa neden olan davranışları düzenleyen yükümlülükler arasında fark gözetmemesidir. Yani uluslararası sorumluluk yükümlülüğün kaynağı ne olursa olsun sadece yükümlülüklerin ihlaliyle ilgilenmektedir. Bu kurumun ayrıca uluslararası antlaşmalar için özel olarak düzenlenmesine gerek yoktur. Aralarında işbirliği bulunuyor olması yeterlidir.)

¹¹ GÜLMEZ, a.g.m. , s. 2

Uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerle uyulmasını sağlamak amacıyla uluslararası çeşitli denetim mekanizmaları geliştirilmiştir. Bu mekanizmaların kararları yargı kararları gibi bağlayıcı değildir ve iç hukuk düzenlerinde doğrudan etkili olmazlar. Bu denetim mekanizmalarının kararları bağlayıcı olmadığı halde, bu kararlara uygun davranılana kadar baskı unsurları olduğu belirtilmektedir. Zira aykırılıkların antlaşmanın anayasa ve yasalara uygunluğunun sağlanması ile değil, onların antlaşmaya uygunluğunun sağlanması ile giderilebilir olduğu görüşü savunulmaktadır.¹² Zaten bu düşünce uluslararası hukukun gösterdiği gelişim süreci boyunca karşımıza çıkan önceliklerden birisidir. Bununla beraber önceki iki paragrafta da ısrarla üzerinde durulduğu üzere, uluslararası sorumluluk kurumunun ve denetim mekanizmalarının varolması, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayıp kanunlardan farklı hükümler içeren antlaşmaların yargı organlarında ve idari mercilerde öncelikle uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Zira T.C. mahkemeleri önlerine gelen somut olaylara uygulanacak uluslararası antlaşmalar bulunduğu halde, bunları ihmal ederek, kanunu uygulayabilirler. Bu durumun aksini sağlayabilecek ne bir ulusal ne de bir uluslararası düzenleme mevcuttur.

Uluslararası antlaşmaların usulüne göre yürürlüğe konulduktan sonra, iç hukukta bu antlaşmalara uygun davranma yükümlülüğü altına girildiği bir gerçektir. Bu uygun davranma yükümlülüğünün gerçekleştirilebilmesi yollarından birisi de denetim mekanizmalarının caydırıcı yaptırımlar uygulamasıdır. Aslında bu organların daha önceden vermiş oldukları kararları da iç hukukta dikkate almak gerekmektedir. Türk iç hukukunda da Anayasa'nın 138. maddesinin 1. fıkrası hakimlerin hukuka uygun karar vereceklerini belirtmektedir. Sonuç olarak denetim mekanizmalarının karar ve uygulamaları uluslararası antlaşmaların anlam ve niteliğinin ortaya konması araçlarıdır. Dolayısıyla söz konusu karar ve uygulamalar da Anayasa'nın 138. maddesi anlamında hakimlerin uyması gereken hukukun bir parçasıdır. Bununla beraber böylesi bir sonucun uluslararası antlaşmaları anayasa veya kanun üstü bir konuma getirdiği düşüncesine temkinli bir şekilde yaklaşmak gerekmektedir. Zira bu durum, aynı Avrupa Birliği örneğinde olduğu gibi, egemen yetkilerin devri yoluyla gerçekleşebilir. Yalnız ne Anayasa'nın 90. maddesi böyle bir düzenleme getirmiştir, ne de Anayasa'nın 6. maddesi¹³ bu hususa izin verebilecek bir hüküm içermektedir. Zira Anayasa'nın altıncı maddesine göre yasama, yürütme veya yargı organlarına

¹² GÜLMEZ, , a.g.m. , s. 2

¹³ "Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir.

Türk Milleti, egemenliğini, anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanır.

Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz."

ait bir hususta uluslararası bir merciinin kararının doğrudan uygulanabilmesi, bu durumun anayasadan kaynaklanması şartına bağlanmıştır.

Necmi Yüzbaşıoğlu ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin ulus-üstü sözleşmelerin Türk Hukuku bakımından anayasa-üstü olduğunu görüşünü şu şekilde dile getirmektedir: “Biz, bu konuda, **Türk Hukuku** bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi doğrudan uygulanabilir nitelikte olan temel haklara ilişkin ulus-üstü sözleşmelerin ve **Avrupa Birliği Hukukunun** Anayasal veya Anayasa üstü değer taşıdığı görüşlerine katılıyoruz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu kuralı ile güdülen amaç, Türk hukukunda kurallar kademelenmesinde antlaşmaların yerini belirlemek değildir. Bu kuralla ulaşılmak istenen asıl amaç Türk hukuk düzeninde uluslararası hukuk – iç hukuk ilişkilerinde tekçi görüşün benimsendiğini vurgulamak ve dolayısıyla antlaşmaların ayrıca ulusal bir hukuk işlemi gerekmez, iç hukuk düzeninde doğrudan uygulanabileceğine ilişkin kuşkuları ortadan kaldırmaktır.”¹⁴ Yalnız burada Avrupa Birliği Hukuku anlamında doğrudan uygulama ve ulus üstülük kavramları çelişmektedir.

Uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu görüşünü savunan Ergun Özbudun¹⁵, Rona Aybay¹⁶ ve Sevin Toluner’e¹⁷ göre Anayasanın son fıkrasının hükmü gayet açıktır. Buna göre antlaşmaları kanun gücünde saymanın doğal sonucu yukarıda bahsettiğimiz ilke uyarınca sonraki tarihte yürürlüğe giren antlaşmanın önceki tarihli kanun hükümlerini ilga etmesi olacaktır. Bu durum üstünlük olarak değerlendirilemez. Ayrıca yasama yetkisi sınırsız olduğuna göre uluslararası antlaşma hükümlerine aykırı kanun yapılmasının önünde bir engel yoktur.¹⁸ Bu konuda yetki tamamen Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Bu durum gayet tabii uluslararası hukuk açısından sorunlar yaratabilir, kabul edilmez ve istenilmeyen bir durumun ortaya çıkmasına neden olup Türkiye’nin uluslararası sorumluluğunu gündeme getirebilir. Ancak bunların hiçbirisi yasama organının kanun yapma yetkisini ve gücünü ortadan kaldırmaz. Böylesi bir müdahale ancak Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin yasama yetkisini uluslararası hukukun tanımış olduğu yollarla devretmesi ve ulusüstü bir kuruluşun yasama organının kararlarını doğrudan

¹⁴ YÜZBAŞIOĞLU, a.g.m. , s. 789

¹⁵ ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Sekizinci Baskı, Ankara, 2004, s. 207 vd.

¹⁶ AYBAY, Rona, “**Uluslararası Antlaşmalar ‘Anayasa – Üstü’ mü?**”, Cumhuriyet Gazetesi, 06.05.1998, s. 2

¹⁷ TOLUNER, **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973., s. 586 vd.

¹⁸ AYBAY, a.g.m. , s. 2

uygulanması durumunda mümkün olabilir. Bu nedenle uluslararası antlaşmalarla ilgili olarak akılcı ve gerçekçi bir şekilde yapılacak olan yasal düzenlemeler, uluslararası arenada savunulabilir. Dolayısıyla şu anki anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu kabul etmek daha uygundur.

Kemal Gözler de kanunlarla uluslararası antlaşmalar arasında bir hiyerarşi kurulamayacağı görüşünü savunanlardandır. Durumu tamamen Türk iç hukukunun pozitif değerlendirmeleri çerçevesinde ele almaktadır. Ona göre bir uluslararası antlaşmanın onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanun ile özel niteliğe sahip bulunmayan kanunlar Meclisin adi çoğunluğu ile kabul edilmektedir ve eğer uluslararası antlaşmalara kanunlardan üstün ve dolayısıyla anayasal bir değer tanınacaksa, uluslararası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanunların meclisin adi çoğunluğu ile değil, üçte iki çoğunluğu ile kabul edilmeleri gerekir. Bu husus, meclisin adi çoğunluğu ile dokunamayacağı anayasaya, uluslararası antlaşmalar vasıtasıyla dokunması anlamına gelir ki; bu husus anayasanın üstünlüğü ilkesini zedeler ve T.C. Anayasası'nın sert anayasa olma özelliğiyle bağdaşmaz.¹⁹

Hukuk mantığı içerisinde bir uluslararası antlaşmaya taraf olunmasının, yükümlülükler yüklenilmesinin, uluslararası hukuku öncelikle uygulanması gereken bir konuma getirdiği ortadadır. Uyulmayacak yükümlülükler altına girilmesi çok da anlamlı değildir. Bu nedenle uluslararası antlaşmaların yasalardan üstün olması gerektiği görüşü savunulabilir. Ancak böylesi temenniler veya hukuk mantığı yoluyla ulaşılan çıkarımlar, pozitif hukuk düzeni içerisinde varolan durumu değiştiremez. Anayasa'nın 90. maddesi açıkça uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirtmiştir ve aksinin savunulması için ancak Polonya²⁰ ve Slovenya²¹

¹⁹ GÖZLER, Kemal, "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?", <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>

²⁰ Polonya, anayasasının doksanmıncı ve doksan birinci maddelerinde değişikliğe gitmiştir. Buna göre Polonya Cumhuriyeti, Polonya Anayasası'nın doksanmıncı maddesi uyarınca belli bazı konularda, uluslararası antlaşmalar gereğince bir uluslararası örgüte veya uluslararası kuruluşa devlet otoritesinden kaynaklanan bir takım yetkilerini devredebilecektir. (KELLERMANN, Alfred E. , "Türkiye'nin AB'ne Entegrasyon Sürecinin Anayasal Boyutları – Ortaklık Anlaşmasının Katılım Öncesi Etkisi – Katılım ve Ulusal Anayasalar", Avrupa Birliği'ne Katılımın Ulusal Hukuk Düzenleri Üzerindeki Etkisi (Hukuksal Mülhazalar ve Olay İncelemeleri, T.C. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, 12 – 13 Aralık 2003, Böl. 3, s. 6) Ayrıca doksan birinci maddesi uyarınca, onaylanan bir uluslararası antlaşma, Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra iç hukuk düzeninin bir parçası olmakta ve uygulanması bir yasayı gerektirmedikçe doğrudan uygulanmaktadır. Bir yasanın antlaşmayla çatışması durumunda antlaşma hükümleri doğrudan uygulanmaktadır. Polonya Anayasası her ne kadar Avrupa Birliği'ne ya da Avrupa Topluluklarına gönderme yapmıyorsa da Avrupa bütünleşmesinin doğrudan uygulanabilir kurallar içeren kurucu antlaşmalarının iç hukuk düzeninde geçerliliğinin tartışılmasını önlemiş olacaktır. (ODER, Bertil Emrah, "Avrupa Birliğinde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincillik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler" , Anayasa Yargısı, C. 22, Ankara, 2005, s. 181)

²¹ Slovenya'nın Avrupa Birliği'ne üyeliği sürecinde egemenlik yetkilerinin devredilmesiyle ilgili

anayasalarında yapıldığı gibi değişiklik yoluna gidilmeli ve uluslararası antlaşmaların ve uluslararası kuruluşların kararlarının Türk iç hukukunda doğrudan uygulanacağı yönünde düzenlemeler getirilmelidir. Bunun dışında aşağıda inceleyeceğimiz 5170 sayılı Kanunla Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen son cümlede olduğu gibi, uluslararası antlaşmaların uygulamadaki yeri açıkça belirtilmelidir. Bu yapılmadıkça uluslararası antlaşmalar sahip olduğu ayrıcalıklara rağmen kanun hükmündedir.

Uluslararası antlaşmaların kanunlardan veya Anayasa'dan üstün olduğu görüşleri, uluslararası antlaşma hükümlerine uyulması sorunu ile bu kuralların iç hukuktaki değeri sorunu arasında ayırım yapamamaktan kaynaklanmaktadır. Oysa uluslararası antlaşmaların başlıca kaynağını oluşturduğu uluslararası hukuk çerçevesinde doğan yükümlülükler uylumamasının olağan sonucu, yükümlülüğünü yerine getirmeyen devletin uluslararası sorumluluğunun kabulü olmaktadır. Aynı şekilde insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmalar hususunda da, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması mekanizmaları da, uluslararası sorumluluk kurumundan bir takım farklılıklar göstermekle birlikte, sonuçta insan hakları ile ilgili uluslararası antlaşmalara aykırılığı saptama, bu durumun düzeltilmesini isteme ve gerekirse zarar giderim ödenmesine karar verebilme olanakları ile donatılmıştır.²²

Değişiklikten önceki durumla ilgili son olarak, Anayasa'nın 90. maddesi dışındaki, uluslararası hukuka ve uluslararası antlaşmalara göndermede bulunulan maddeleri üzerinde duracağız. Anayasa'nın 15. maddesinin 1. fıkrası savaş seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hal durumlarında uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi şartıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceğini, 16. maddesi yabancılar için temel hak ve özgürlüklerin uluslararası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini, 42. maddesi

çeşitli araştırmalar yapılmış ve pek çok tartışma yaşanmıştır. Sovyet Bloku'nun dağılmasından sonra kendisini ilk kez ulusal egemenliğe sahip bir ülke olarak bulan Slovenya, egemenliğini bir ulus-üstü kuruluşa devretme konusunda halkının karşı çıkışı ve bu konudaki katı tutumuyla karşılaşmıştır. (LINDSTORM, Nicole, "Rethinking Sovereignty: The Politics of European Integration in Slovenia", Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 24, 2000, s. 37) İşte bunun önüne geçmek ve Avrupa Birliği üyeliğini gerçekleştirebilmek için de anayasasında değişikliğe gitmiştir. Buna göre anayasasında belirtilen sınırlar dahilinde egemenliğe dair yetkilerini devredebilecektir. Yalnız Sloven Anayasası örgütlerin yetki devrine neden olan düzenleyici işlemleri neticesinde hükümetin ulusal meclisi bilgilendirmesi gerektiğini, ve ulusal meclisinde alınan bu kararlarla bağlı olacağını belirtmiştir. Ayrıca iç hukukunda yapacağı yasalar ve düzenleyici işlemler önceden onayladığı ve yayınladığı antlaşmalara uygun olmak zorundadır.(KELLERMANN, a.g.e. , s. 9,10)

²² PAZARCI, Hüseyin, "Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Sevin Toluner'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, Y. 24, S. 1 – 2, 2004, s. 655

uluslararası antlaşmalarla düzenlenen durumlar saklı kalmak kaydıyla eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esasların kanunla düzenleneceğini, 92. maddesinin 1. fıkrası uluslararası antlaşmaların gerektirdiği haller dışında Türk askerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı askerın Türkiye'ye gelmesine Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin izin vereceğini düzenlemektedir.

“Belirli konulardaki bu istisna nitelikli yollamalar nasıl yorumlanmalıdır? Sözü edilen konuları düzenleyen uluslararası hukuk ya da antlaşmaların bağlayıcılık gücü ve kurallar sıralamasındaki yeri nedir? 90. maddede antlaşmaların onaylanması ve usulüne göre yürürlüğe konması için aranan koşullar, bu yollamalar için de geçerli midir?”²³

Öncelikle Anayasa'nın bu maddelerde bahsedilen hususlarla ilgili olarak uluslararası hukuk ve uluslararası antlaşma kurallarını doğrudan iç hukukla birleştirdiği, başka hiçbir işlem yapılmasına gerek olmadığı, usulüne göre yürürlüğe koymayı doğrudan Anayasa'nın yaptığı düşünülebilir.²⁴ Yüzbaşıoğlu'na göre 1982 Anayasası'nda, Türk hukuk düzeninde uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini belirlerken, Anayasa'nın 90. maddesinin yanında, Türk hukukunu uluslararası hukuka açan Anayasa'nın 15. , 16. , 42. ve 92. maddeleri de göz önünde tutulmalıdır. 16. , 42. ve 92. maddeler de belirtilen konulara ilişkin kurallar getiren uluslararası antlaşma hükümleri garanti altına alınarak bunlara anayasal bir değer verilmiştir. 15. maddenin yorumundan çıkan sonuçta insan haklarına ilişkin ulus üstü veya uluslararası antlaşmaların anayasa üstü olduğudur.²⁵ Bununla beraber göz önünde tutulması gereken husus usulüne göre yürürlüğe koyma işleminin Anayasa'nın 90. maddesine ve 244 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılmasının gerekli olduğudur. Dolayısıyla bu maddelerde adı geçen yükümlülükler Türkiye'nin usulüne göre yürürlüğe koyduğu uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerdir.

Zaten 90. madde göz ardı edilirse uluslararası antlaşmaların yasama organının iradesi olmaksızın, veya hiçbir iç hukuk işlemi yapılmaksızın doğrudan etkili olduğu sonucuna ulaşılır. Doğrudan etkisi olan uluslararası antlaşmalar da iç hukuka üstün tutularak uygulanırlar. Böylesi bir durumda uluslararası antlaşmaların kanunların

²³ GÜLMEZ, Mesut, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md. 90/son) adlı paneldeki bildiri**, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Ankara, 2005, s. 55

²⁴ GÜLMEZ, a.g.m.(2005), s. 55

²⁵ YÜZBAŞIOĞLU, a.g.m. , s. 790

yanı sıra anayasadan da üstün tutulması gerekir.²⁶ Halbuki bu hususta sadece 90. madde değil Anayasa'nın egemenlikle ilgili maddeleri de engel teşkil eder.

Dolayısıyla denebilir ki, uluslararası antlaşmaların herhangi bir iç hukuk düzeninde kanunlardan üstün olduğunu ve onlara aykırı kanunların bir hiyerarşi düzeni içerisinde uygulanamayacağını ileri sürmek ya uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü kabul eden tekçi görüşü açıkça benimseyen devletler bakımından geçerli olacaktır. Yani iç hukukunda belirtilen ilkeleri kabul etmemiş olan Türkiye için bir antlaşmaya uyulması gerektiği görüşü, yalnızca uluslararası hukuk düzeyinde geçerli olup, bunun da yaptırımı uluslararası sorumluluk olmakta ve kendiliğinden iç hukuk düzeninde uluslararası antlaşmaları yasaların veya anayasanın üstüne yerleştirememektedir.²⁷

II. 07.05.2004 TARİHİNDE 5170 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKTEN SONRAKİ DURUM

Kanunlarla uluslararası antlaşmaların hiyerarşik konumu üzerindeki tartışmalara neden olan hususlardan birisi de temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası antlaşmaların kendine has özellikleridir. Zira uluslararası hukukta temel hak ve özgürlüklere ayrı bir önem verilmekte ve bu konuyla ilgili çok çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır.

Türkiye açısından bu durumun önemi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olmasından itibaren ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu yüklü tazminat kararlarının uygulanmasının zorunluluğu karşısında ayrı bir boyut kazanmış durumdadır. İşte bu aşamada temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukundaki konumuyla ilgili olarak Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına²⁸ yeni bir cümle eklenmiştir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma, Türk iç hukukunda yer alan bir kanunla aynı konuda daha farklı bir düzenleme getirmişse, antlaşmada yer alan düzenleme esas alınacaktır. Aslında madde metninde geçen "esas alınacaktır" ifadesinin anlamı konusunda da şüpheye düşülebilmektedir. Bu ifadeden antlaşmaların kanunlara üstün tutulduğu mu anlaşılmalıdır yoksa kanunlara göre öncelikle uygulanacağı mı? Buradan acaba uluslararası antlaşmalara aykırı kurallar içeren kanunların ya

²⁶ GÜLMEZ, a.g.m.(2005), s. 55

²⁷ PAZARCI, a.g.m., s. 656

²⁸ "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

da kanundaki kimi hükümlerin artık geçersiz olduğu ve uygulanmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilir mi?²⁹

Daha çok Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne uyumu sürecinde Anayasa'nın egemenliğe ilişkin altıncı maddesiyle birlikte tartışılan 90. madde, orijinal haliyle, Avrupa Birliği normlarının, Birliğin öngördüğü biçimde Türkiye'de uygulanmasını imkansız kılmaktaydı.³⁰ Özellikle Birliğe üye ve üye olmaya aday ülkelerin anayasalarında uluslararası hukuka öncelik tanıyan düzenlemeleri birbiri ardına kabul etmesi karşısında, Türkiye'nin de bu yolda bir düzenlemeyi geciktirmeden hayata geçirmesi gerekiyordu, bu şekilde bir düzenleme teknik anlamda Avrupa Birliği üyeliğinin ön şartı olarak ortaya konuyordu. Bu nedenle bu düzenleme ilk kez 2001 yılında yapılan anayasa değişiklikleri sırasında gündeme gelmiş, her türlü uluslararası antlaşmanın kanunlardan üstün olduğu şeklinde bir düzenleme getirilmesi düşünülmüş ancak daha sonra bu değişikliğin yapılmasına sıcak bakılmamıştır.³¹

2004 yılında 90. maddede yapılan değişikliğin gerekçesinde de bu hususlara yer verilmiştir: "Avrupa Birliği'ne üye adayı olan ülkemizin Kopenhag siyasi kriterleri bağlamında yerine getirmesi gereken yasal düzenlemeler, 24.07.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 'Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Ulusal Program'da belirlenmiş bulunmaktadır. Bir taraftan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi, diğer yandan, dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği

²⁹ GÜLMEZ, Mesut, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", TBBD, S. 54, 2004, s. 151

³⁰ Anayasa'nın 90. maddesinde yapılacak değişikliklerle ilgili, değişiklik yapılmadan önce önerilen düzenlemelerin bazılarında uluslararası antlaşmaların kanunlardan açıkça üstün olduğunun belirtilmesi ve Anayasa Mahkemesi'ne kanunların uluslararası antlaşmalara uygunluğunu denetleme yetkisinin tanınması önerileri getirilmekteydi. Örneğin TESEV'İN web sitesinde yer alan bir öneri şu şekildedir: "Anayasa'nın 90. maddesinin halihazırda mevcut bulunan 5 fıkrası aynen muhafaza edilmek suretiyle anılan maddeye aşağıdaki hükümler 6. ve 7. fıkralar şeklinde eklenmelidir:

'T.C. Devleti'nin uluslararası kuruluşlarla, insan haklarının alanını genişletmek, bu hakların güvencelerini güçlendirmek ve demokrasinin geleceğini korumak amacı ile yaptığı antlaşmalar, Türk hukuk sisteminde kanunların üzerinde bir yere sahiptir. Bunlar aleyhine anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmaz.

Kanunların 6. fıkrada tasrih olunan milletlerarası anlaşmalara esas yönünden uygunluk denetimini yapma yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne aittir.' " (BATUM, Süheyl; ÖZBUDUN, Ergun; YAZICI, Serap ve SOFOUOĞLU, Cem, "Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Avrupa Birliği'ne Üyeliğini ve Türk Hukuk Sisteminin Birliğin Hukuk Düzenine Uyumunu Sağlamak Üzere Önerilen Anayasa Değişikliği Teklifi", <http://www.tesev.org.tr/90madde.php>)

³¹ GÖNENÇ, Levent, "2004 Anayasa Değişiklikleri", Güncel Hukuk, S. 7, İstanbul, Temmuz 2004, s. 47

kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı, temel yasamız olan anayasamızda da değişiklikler yapma zorunluluğunu doğurmuştur.”³²

Gereğe bu şekilde kaleme alınırken, anlam bakımından ince bir fark gözlerden kaçmaktadır. Avrupa Birliği’ne üyelik sürecinde, üye devletler veya aday ülkeler Topluluk Hukuku’nu iç hukuk düzenlerinde doğrudan uygulayabileceklerini belirtecek şekilde değişiklikler yapma yoluna gitmişlerdir. Bir başka ifadeyle yapılan değişiklikler ulus-üstü bir kuruluş olan Avrupa Birliği’ne devletlerin egemenlik yetkilerini devretmeleri sonucunu doğurmaktadır. Halbuki T.C. Anayasası’nın tamamı göz önünde bulundurulduğu takdirde egemenlik yetkilerinin devrinin mümkün olmaması bir tarafa, sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin değişiklik yapılması da tek başına yeterli değildir; çünkü Topluluk Hukuku bir bütün olarak ele alınır ve sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları değil her alandaki Topluluk düzenlemelerini, direktifleri ve yargı kararlarını da kapsar.

Burada önemli olan nokta eklenen son cümlenin, değişen egemenlik anlayışını ulus-üstü hukuka, uluslararası hukuka ve iç hukuka yansıtıp yansıtmadığı; ulus-üstü hukuk – iç hukuk arasında sağlıklı bir kademelenme kurulup kurulmadığıdır.³³

T.C. Anayasası ise 6., 7., 8., ve 9. madde hükümleriyle egemenlik yetkisinin kayıtsız şartsız millette olduğunu belirttikten sonra yasama, yürütme ve yargı erklerini kimlerin kullanabileceğini açıkça ifade etmiştir. Anayasa’nın şu anki düzenlemeleri karşısında bu erklerin bir başka uluslararası veya ulus-üstü kuruluşa devredilebilmesi mümkün görünmemektedir. İleride Türkiye’nin olası üyeliği gerçekleşirse, bu normların iç hukuka doğrudan ve üstün bir biçimde uygulanabilmesi için çok kapsamlı Anayasa değişikliklerine ihtiyaç duyulacaktır.³⁴

Bu sebeplerden ötürü temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara tanınan ayrıcalığın nedeni sadece Avrupa Birliği’ne üyelik sürecinde aranmamalıdır. Sonuç olarak dünyanın ve dolayısıyla hukukun küreselleştiği günümüzde, insan hakları kavramının gelişimi ve uluslararasılaşması da göz önünde bulundurulmalıdır. Değişen egemenlik anlayışı ve küresel dünya düzeni, insan hakları hukukuna ayrı bir önem vermeyi gerektirmiş ve bunun sonucunda da T.C. Anayasasında yapılan

³² [rega://eskiler/2004/05/20040522.htm](http://eskiler/2004/05/20040522.htm)

³³ YÜZBAŞIOĞLU, a.g.m. , s. 783

³⁴ ÖZOK, Özdemir, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md. 90/son) adlı paneldeki bildirisi**, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Ankara, 2005, s. 9

değişiklikle, T.C. iç hukukunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara ayrıcalık tanınmıştır.

Bu noktada gözümüze bir çelişki çarpmaktadır. Anayasa'nın başlangıç bölümü; "...Her Türk vatandaşının **bu Anayasadaki** temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak..." demektedir. Yani Anayasa başlangıç hükümlerinde insan haklarını evrensel olarak insan olmanın gereği olarak görmeyip, anayasal bir kural şeklinde nitelerken, 90. maddeyle evrensel insan hakları hukukuna uyum sağlamaya çabalamaktadır.

Yapılan bir başka hatalı değerlendirme de kamuoyunda fazla yer alması sebebiyle bu değişikliğin sanki sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni göz önünde tutarak gerçekleştirildiği noktasından hareketle yatmaktadır. Aslında bu yanlış da, değişikliğin yalnızca Avrupa Birliği üyeliği çerçevesinde gerçekleştirildiğini düşünmekten kaynaklanmaktadır. Oysa Türkiye'nin usulüne göre yürürlüğe sokmuş olduğu bütün temel hak ve özgürlüklere ait uluslararası antlaşmalar ayrıcalığa kavuşturulmuştur.³⁵

İnsan hakları hukuku uluslararasılaşma süreci içerisindedir. Tarihe yön veren olaylar sonucunda birey kavramı, devlet kavramına nazaran daha ön planda tutulmaya başlanmış ve insan hakları hukuku evrensel normlar temeline oturtulmaya çalışılmıştır. 1215 tarihli Manga Carta Libertatum(Büyük Hürriyet Fermanı), 17. ve 18. yüzyıllarda yayınlanan Hollanda Bağımsızlık Bildirisi, İngiltere İnsan Hakları Bildirisi, Amerika Birleşik Devletleri Bağımsızlık Bildirisi ve Fransa'da yayınlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisiyle bireyin korunması, hak ve özgürlüklerinin teminat altına alınması amaç edinilmiş, buna yönelik kurallara yer verilmiştir.³⁶ Bu hareketler halk tabanlı olmakla beraber uluslararası sonuçlar doğurmuştur. Önceleri kendi iç hukuklarında etkili olmuş, devletlerin kendi egemen yetkilerinin

³⁵ Örneğin: Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Kadınlar Hakkında Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi, İşkence ve Başka Zalimce, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışlara Karşı Sözleşme, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Zorla Çalıştırma Sözleşmesi, Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi, Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi, Ücret Eşitliği Sözleşmesi, Zorla Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi, Zorla Çalıştırma Sözleşmesi, Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi, Ayrımcılık Sözleşmesi, Asgari Yaş Sözleşmesi, Çocukların Çalışmalarının En Kötü Biçimlerinin Kaldırılması ve Yasaklanması Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 no'lu Protokol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6 no'lu Protokol, Avrupa Sosyal Şartı, Sosyal Güvenlik Avrupa Kodu, Sosyal Güvenlik Avrupa Sözleşmesi vb. (ÖZOK, a.g.m., s. 11,12)

³⁶ ÇETİNKAYA, Ender, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md. 90/son)** adlı paneldeki bildirisi, s. 14

sınırlandırılması sonucunu doğurmuştur. Daha sonra ise uluslararası ve ulus-üstü insan hakları hukukunun oluşum sürecinde önemli roller oynamışlardır.

Günümüzde üzerinde ortak kabullere varılmış bir temel haklar dönemi yaşanmaktadır. Bununla birlikte devletlerin uygulamaları arasında her zaman bir yeknesaklık olamamaktadır, her devletin kendine özgü bir anlayışı olabilmektedir. Bu husus, gelişen ülkeler açısından bir bakıma zorunluluktur. Bu devletler gelişme koşullarına uygun bir temel haklar kuramı benimseyerek rahat etmek istemektedirler. Yalnız artık kendi anlayışlarına göre değil, ortak uluslararası hukuk kuralları bağlamında serbest oldukları da açıktır.³⁷ Türkiye de uluslararası hukuk düzeninin bir parçası olarak 2004 Anayasa değişikliğinden sonra temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları kanunlardan üstün tutmak yolunu benimsemiştir.

Yapılan değişikliğin çok anlam ifade etmediği de savunulan görüşler arasında yer almıştır. Bu görüşe göre Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “insan haklarına saygılı” hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 15. maddesi gereğince savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hal dönemlerinde temel hakların kullanılmasına ve durdurulmasına yönelik uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilemeyecek olması, olağan dönemlerde uluslararası insan hakları antlaşmalarının dolaylı olarak üstün tutulmasına olanak tanımaktadır ve getirilen değişiklik sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma hükümlerine öncelik vermede çekingen davranan yargı mensuplarının doğrudan bu antlaşma hükümlerini uygulamasına kolaylık sağlayacak niteliktedir.³⁸ Hiç şüphesiz Anayasa, uluslararası toplumun bir üyesi olarak ve dünyadaki anlayış doğrultusunda temel hak ve özgürlükler yönünden birtakım ayrıcalıklar tanımıştır. Bunun yanı sıra taraf olduğu uluslararası antlaşmalarla da yükümlülükler altına girmiştir ve bu yükümlülükleri uygulamaması durumunda sorumluluğu gündeme gelecektir. Zaten bunlar uluslararası hukukun özünde varolan hususlardır; fakat temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün olması, bu üstünlük iç hukukta açıkça belirtilmedikçe savunulamaz. T.C. Devleti, imzalamış olduğu bütün antlaşmalara uygun davranmakla yükümlüdür.

Türkiye, Anayasası'nın 90. maddesinde, dünya düzenine uyum sağlayabilmek amacıyla bu değişikliğe gitmiştir; ancak bu düzenlemenin hem Anayasa'nın

³⁷ AKILLIOĞLU, Tekin, “**Temel Haklar Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler**”, Ankara Üniversitesi Siyasa Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 44 , S. 1 – 2, s. 161

³⁸ BAŞLAR, “**Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Sevin Toluner'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, yıl 24, S. 1 – 2, 2004, s. 299

90.maddesinde yer alan hükümlerle hem de Anayasa'nın diğer maddeleriyle uyumlaştırılmasına çok fazla çaba harcamamıştır. Ayrıca uluslararası hukuk sistemi göz önüne alındığı zaman ortaya çıkabilecek uygulamayla ilgili bir takım sorunlar üzerinde de çok fazla durmamıştır. Bütün bunlar da uygulamada çıkabilecek sorunların irdelenmesini gerektirmektedir.

Öncelikle Anayasa'nın 90. maddesinin birinci fıkrasına göre uluslararası antlaşmaların onaylanması usulünde esas kural, onaylamayı Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir kanunla uygun bulmasıdır.³⁹ Adı geçen maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. İşte bu noktada TBMM'nin iradesi olmaksızın yürürlüğe giren bazı uluslararası antlaşmaların, TBMM'nin iradesinin ürünü olan yasalar karşısında üstünlük kazanması söz konusu olabilecektir ki yürütme organının yasama organından geçiremeyeceğini düşündüğü düzenlemeleri bu yolla yasama organının iradesinden kaçırmaya çalışması mümkündür. Bu uygulama da yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle çelişecektir.⁴⁰ Ayrıca yasama organı ile yürütme organı arasındaki kuvvetler ayrılığı ortadan kalkacaktır. Bu konuda bazı ülkelerin anayasalarında koruyucu düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir.⁴¹

³⁹ Onaylamanın uygun bulunmasına dair kanun tasarısı Dışişleri Bakanlığınca hazırlanır ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edilmek üzere Bakanlar Kuruluna sunulur. Dikkat edilirse, onaylamanın uygun bulunmasına dair kanun tasarısı doğrudan Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerince yapılamamaktadır, bu yetki Bakanlar Kurulundadır. Milletvekillerinin onaylanmanın uygun bulunmasına dair kanun teklif etme yetkilerinin önünde herhangi bir anayasal engel bulunmamaktadır. Bununla beraber Anayasa ve 244 sayılı Kanun uluslararası antlaşmaları imzalama ve onaylama yetkisini Bakanlar Kurulu'na ve ilgili diğer yetkili kişilere vermiştir. Yani imzalanan ve onaylanan bir uluslararası antlaşma ile Bakanlar Kurulu siyasal sorumluluk altına girmektedir. İşte milletvekillerinin antlaşmanın ne imzalanmasında ne de onaylanmasında yetkileri ve siyasal sorumlulukları olmaması, onların söz konusu kanun teklifini Meclis'e sunmalarına engel teşkil etmektedir. İmzalanan bir uluslararası antlaşmayı daha sonra siyasal nedenlerle onaylamaktan vazgeçen Bakanlar Kurulu, kendi iradesi olmaksızın ulusun iradesiyle kurulmuş olan Meclis'ten çıkan onaylanabilir hükmü karşısında zor durumda kalabilir. Dolayısıyla sonuç olarak adı geçen kanunun bir tasarı halinde Bakanlar Kurulunca Meclis gündemine taşınması çok daha uygundur. Yalnız bu durum aynı zamanda yasama yetkisinin genelliği ilkesine getirilmiş bir istisna olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ilkeye göre anayasaya aykırı olmadığı takdirde her konunun kanunla düzenlenebileceğini belirtir. Söz konusu durumdaysa işin niteliği itibarıyla uluslararası antlaşmanın onaylanmasına dair kanun ancak bir tasarı halinde Meclis'e sunulabilmektedir. Bir diğer deyişle Meclis, Bakanlar Kurulunca gündeme getirilmedikçe bu husus da yasama yetkisini kullanamamaktadır.

⁴⁰ GÖNENÇ, Levent, "1982 Anayasasında Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar", <http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/90.madde.htm>

⁴¹ "Örneğin: Arnavutluk Anayasası'nın 122/2. maddesine göre üstün kabul edilen uluslararası antlaşmaların bir kanunla kabul edilmesi gerekmektedir. Slovak Anayasası'nın 7/4. maddesine göre insan hakları ve temel özgürlüklerin de dahil olduğu belirli tür uluslararası antlaşmaların geçerli olabilmesi onaylamanın Slovak Ulusal Konseyince kabul edilmesi gerekmektedir. Çek Hukukunda, bir uluslararası antlaşmanın kanunların üstünde yer alabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir: birincisi parlamento tarafından uygun bulunması, ikincisi ise Kanunlar

Uluslararası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanun için aranan kabul yeter sayısı da bu hususta tartışmalar yaratmaktadır. Anayasa'nın 96. maddesine göre başkaca bir hüküm olmaması durumunda TBMM, üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve katılanların salt çoğunluğu ile karar alır; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından (139) az olamaz. 139 oy uluslararası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanun için yeterli kabul sayıdır. Burada tartışma yaratan konu kanunlardan üstün bir uluslararası antlaşmanın alelade kanunlarla aynı karar yeter sayısı ile kabul edilmesi ve onlara üstün olmasıdır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlarla çatışması ve bu antlaşmaların anayasaya aykırı olması durumunda da sorunlar meydana gelecek gibi gözükmektedir. Adı geçen antlaşmaların kanunlarla çatışması durumunda esas alınacağına ve bu uluslararası antlaşmaların anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına göre, Anayasa'ya aykırı bir hukuki düzenleme uygulama alanı bulabilecektir. Bu fıkra hükmü getirilmeden önce her ne kadar uluslararası antlaşmaların yine de anayasaya uygunluğu denetlenemiyor olsa da, en azından anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle ihmal ediliyor ve ilgili kanun hükümleri uygulanıyordu.⁴² Halbuki şu anda “anayasaya aykırı olmamak” şartı bulunmadığına göre ve aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası antlaşmalar ayrıcalıklı bir rejime sahip olduğuna göre, Anayasa'nın üstünlüğü prensibine, Türk iç hukukundaki normlar hiyerarşisine ve yasama organının iradesine aykırı bir durum söz konusu olacaktır. Bu durumda da Anayasa'ya aykırı temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası

Külliyatında yayınlanması; sadece hükümet tarafından uygun bulunmuş bir uluslararası antlaşma yasaların üzerinde kabul edilmemektedir.” Benzer düzenlemeler Estonya Anayasası'nın 123/2. maddesi ve Yunanistan Anayasası'nın 28. maddesinde yer almaktadır. (BAŞLAR, a.g.m.,s. 307,308)

⁴² Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin önüne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle ilgili yasanın arasında çatışma olan bir uyumsuzluk geldiğini farzedelim ve bu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çatışmaya neden olan maddesinin de Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünelim. Bu durumda Anayasa mahkemesi iki şekilde hareket edebilir. Sözleşme'yi ihmal ederek Anayasa'yı uygulaması halinde Anayasa Mahkemesi kararıyla iç hukuk yolu tüketilmiş olacağından, bu kez Anayasa Mahkemesi kararına karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulabilecek ve bu konuda son sözü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi söyleyecektir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'yı ihmal edip, Sözleşmeyi doğrudan uygulama yolunu seçmesi durumunda, ülkedeki tüm kurum ve organların kaynağı olan Anayasa'nın uygulanamaması gibi bir sonuçla karşılaşılacaktır. (ŞAHBAZ, İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 54, 2004, s. 183)

antlaşmanın, sadece bahsettiğimiz koşullar altında, Anayasa'dan üstün bir konuma gelip gelmediği hususunda akıllarda bir soru işareti olarak bulunacaktır.⁴³

Hatta temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların anayasadan üstün olduğunu savunanların görüşleri dikkate alınırca, yapılacak ilk işin uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca Anayasa'yı uluslararası antlaşmalara uygun bir şekilde yorumlamak olduğu savunulacaktır.⁴⁴

Gülmez, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşmanın, Türk

⁴³ 657 Sayılı Kanunun 135. maddesi son fıkrasında aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceğini belirtmektedir. Aynı kanunun 124. maddesine göre disiplin cezaları beş başlık altında toplanmıştır. Bunlar uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memuriyetinden çıkarılmadır. Bu iki madde bir arada düşünüldüğünde uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapatılmış olduğu sonucu çıkmaktadır. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ise 14. maddesinde "*Herkesin mahkemeler ve adalet divanları önünde eşit olması; herkesin yasayla kurulan yetkili, bağımsız ve yansız bir mahkemede davasının adil ve kamuya açık olarak görülmesine hakkı bulunması; bir suçla suçlanan herkesin suçluluğunun yasal olarak kesinleşmesine değin suçsuz sayılması ve çeşitli güvencelere sahip olması (suçlamanın nitelik ve nedenleri konusunda en kısa sürede bilgilendirilme, savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma, aşırı gecikme olmaksızın yargılanma vb.)...*"(GÜLMEZ, Mesut, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s. 202, 203) Ankara 5. İdare mahkemesi de önüne gelen somut olayda, hak arama özgürlüğünü güvence altına alan uluslararası antlaşma hükmünü 657. maddeyle çeliştirdiğini düşünerek esas almıştır. (E. 2003/1796 , K. 2004/1212 sayılı ve 29.06.2004 tarihli karar) Buraya kadar ki bölümde Ankara 5. İdare Mahkemesi uluslararası antlaşma hükmüyle yasa hükmünün çatıştığına hükmetmiş ve ona göre uygulamıştır. İlginç olan boyutsa, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin bu şekilde yorumlanması halinde Anayasayla çatışır hale geliyor olmasıdır. Anayasa'nın 129. maddesinin 2. fıkrası "*Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç disiplin kararları yargı dışı bırakılmaz*" demektir. Yani uluslararası antlaşmanın ilgili hükmü Anayasaya aykırıdır ve İdare Mahkemesi antlaşma hükmünü uygulamıştır. Bu durumda da uluslararası antlaşmanın anayasaya rağmen uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu hususta iki şekilde düşünebiliriz: birincisi Ankara 5. İdare Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları Anayasayla eş düzeyde görmüştür ve aynı iki Anayasa hükmünden biri diğerine üstün olamayacağı karinesinden hareketle bunlar arasındaki çatışmanın uluslararası antlaşma hükmüne göre çözümlenmesini öngörmüştür ki; bu husus mümkün değildir, Anayasa'nın değiştirilmesi anlamına gelir ve bu ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 2/3 oyu ile mümkündür. İkinci düşünce Mahkemenin uluslararası Antlaşmayı Anayasadan üstün görmüş olduğudur ki, bu husus daha da sıkıntılıdır. Zira bir uluslararası antlaşmanın Anayasa'dan üstün olması demek, yasama yetkisinin bir başka uluslararası kuruluşa devredilmesi demektir; istisnai durumlarda Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle Anayasa değişikliği yapılabilmesi demektir. Egemenlik yetkilerini bu şekilde paylaşabilecek bir Anayasaya sahip olunmaması ve Anayasa'nın 90. maddesinde çok net ifade edilmiş olması dolayısıyla bu uluslararası antlaşmada kanun hükmündedir; ancak uygulamada ciddi bir çelişki yaşanmaktadır. Danıştay bu kararı 18.10.2005 tarihli E. 2004/4548 ve K. 2005/3520 sayılı kararıyla bozmuştur. Yalnız unutulmaması gereken bir şey vardır, o da her zaman böylesine yorum yoluyla çatışma olmadığına ulaşılamayacağıdır, aynı hususu tam olarak düzenlemiş olsa uygulamada Anayasa üstünlük ortaya çıkmış olacaktı. Bu husus tam olarak çözüme kavuşturulmalıdır.

⁴⁴ YÜZBAŞIOĞLU, a.g.m., s. 799

iç hukukunda antlaşmanın konusu hakkında hiçbir kanuni düzenleme olmaması durumunda ne olacağı üzerinde durmaktadır. O'na göre:

“Yeni üçüncü cümle, örtük bir biçimde, Anayasa ile uluslararası antlaşmalar arasında çatışma olabileceğini yadsımış görünmektedir. Buradan da Anayasa koyucunun kurallar sıralamasında uluslararası antlaşmaları Anayasa ile kanunlar arasına yerleştirdiği düşünülebilecektir.”⁴⁵

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gayet açıktır; uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar da aynı şekilde kanun hükmündedir⁴⁶ ve bir kanun hükmüyle çatıştığı takdirde antlaşmanın hükmü esas alınacaktır. Yani temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların hükümleri her zaman için özel hükümler olarak alınacaktır. Bu husus

⁴⁵ GÜLMEZ, a.g.m. (2005), s. 70

⁴⁶ Anayasa Mahkemesinin önüne 90. maddede yapılan değişiklikten sonra, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar hakkında bir uyumsuzluk ilk kez 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun çeşitli maddelerinin yürürlüğünün durdurulması ve iptal edilmesi istemiyle açılan davada gelmiştir. Adı geçen kanunun 18. maddesinin ikinci fıkrasının, 19. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarının, 27. maddesinin birinci fıkrasının, 28. maddesinin ikinci fıkrasının, 29. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarının, 30. maddesinin dördüncü fıkrasının ve 67. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Haklar Evrensel Bildirgesi'nin 22. ve 25. maddelerine ve dolayısıyla Anayasa'nın 90. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptalleri istenmiştir. Anayasa Mahkemesi de adı geçen her bir madde ve fıkra için yaptığı incelemeler de “kuralların Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisinin görülmediğini” belirtmiştir. (E. 2006/111, K. 2006/112 no.'lu ve 30.12.2006 tarihli karar, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2007/K2006-112.htm>) Böylece Anayasa Mahkemesi 20.11.1996 tarihli kararındaki “Anayasa'nın 90. maddesinde, uluslararası antlaşmaların yürürlüğe konulmasına ilişkin prosedür gösterilmiş ve usulüne göre yürürlüğe konulan antlaşmaların yasa hükmünde olduğunu belirtmiş olup; dava konusu kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi bulunmamaktadır.” Şeklindeki görüşünden sapmamıştır. Sonuçta bu maddelerin 90. maddeye dayanarak iptal edilmesinin talep edilmesi demek, bu vesileyle kanunların uluslararası antlaşmalara uygunluğunun Anayasa Mahkemesince denetlenmesini talep etmek demektir. Böyle bir denetimin yapılmış olması da temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları Anayasa düzeyine getirecektir; çünkü Anayasa'nın 148. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluğunu denetleyeceğini belirtmiştir. Halbuki Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının birinci cümlesi çok açık bir şekilde uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirtmiş, temel hak ve özgürlükleri bu anlamda diğer antlaşmalardan ayrı tutmuş, sadece uygulamada bir uluslararası antlaşma hükmüyle kanun hükmünün çatışması durumunda uluslararası antlaşma hükmünün esas alınacağını belirtmiştir. Yoksa eklenen yeni cümle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde bir konum tanımamıştır. Zaten böyle bir durumun söz konusu olabilmesi için Anayasa'nın son fıkrasının son cümlesinin “Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar Anayasa hükmündedir, ve Anayasa gibi uygulanırlar.” şeklinde bir düzenlemenin getirilmesi gerekir. Zaten anayasa hükmünde olan bir uluslararası antlaşmanın da kanunla çatışması gibi bir durum söz konusu olmaz. Bir başka ifadeyle şu an mevcut olan düzenleme dikkate alınırsa, çatışmanın sadece birbirine eş düzeydeki iki hukuk kaynağı arasında olabileceği açıkça ortadadır ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar da kesinlikle kanun hükmündedir.

kesinlikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların hiyerarşik konumunu düzenleme amacı gütmaz.

Aslında 90. maddede yeni haliyle bir üstünlük kaydı getirilmiştir; fakat üstünlük kaydı her zaman hiyerarşik anlamda üstünlük tanınması anlamına gelmez. Burada ortaya konulmaya çalışılan husus bunun hiyerarşik anlamda değil de öncelikle uygulama anlamında bir üstünlük olduğudur.

Peki uluslararası antlaşma hükmü kanunla değil de dayanağını kanundan alan bir başka düzenleyici işleme veya kanun hükmünde kararnameyle çatışırsa ne olacaktır? Bu durumda kanunla çatışması durumunda esas alınan uluslararası antlaşma hükmü, düzenleyici işlemlere karşı evleviyetle esas alınmalıdır. Aynı husus kanun hükmünde kararnameler içinde geçerlidir.⁴⁷ Sonuçta kanun hükmünde kararnameler kanunlarla aynı düzeyde hukuk kaynaklarıdır ve hukuk dünyasında yarattığı sonuçlar da aynıdır; dolayısıyla ekonomik sosyal ve kültürel haklara ilişkin bir kural içermesi, bu kuralın uluslararası antlaşma hükmüyle çatışması durumunda, uluslararası antlaşma hükümleri esas alınacaktır.

Uluslararası antlaşmanın yasama organının faaliyetlerini ne ölçüde etkileyeceği de akla takılan bir başka husustur. Zira temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşmanın hükümlerinden sonra yasama organının bu hükümlere aykırı düzenlemeler yapamayacağı söylenebilir.⁴⁸ Kanımızca böyle bir yorum çok da gerekli değildir. Bir uluslararası antlaşmanın yasama organını bağladığı ve yasama organının bu antlaşmaya göre düzenleme yapma yetkisinin elinden alındığını savunmak yerinde bir değerlendirme değildir. Sonuçta, Türkiye Büyük Millet Meclisi istediği konuda istediği şekilde düzenleme getirebilir, sadece uygulanamayacağı için, böyle bir düzenleme getirmek anlamsız olur.

En önemli ve en sorunlu konuya hangi uluslararası antlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar sayılacağı hususunda gözümüze çarpmaktadır. Uygulamada bu durum iki farklı görüşün ortaya çıkmasına sebep vermektedir. İlk olarak sadece özel olarak insan haklarıyla ilgili olan uluslararası antlaşmaların göz önüne alınacağı kabul edilmektedir. Yani bir antlaşmanın konusu tamamen insan haklarına ilişkin olmak zorundadır.⁴⁹

Bunun yanı sıra ikinci bir bakış açısıyla temel haklara ilişkin bir hükmün temel haklara ilişkin olmayan bir antlaşma içerisinde yer alması durumunda da, bu

⁴⁷ GÜLMEZ, a.g.m. (2005), s. 69

⁴⁸ GÜLMEZ, a.g.m. (2005), s. 74

⁴⁹ BAŞLAR, a.g.m. , s. 312

antlaşmaya üstünlük tanınması gerektiği görüşü savunulabilir.⁵⁰ Bunun anlamı şudur: uluslararası bir belgenin temel haklarla ilgili olmasa da tek bir maddesinde bile temel haklarla ilgili hüküm bulunuyorsa, bu belgenin de temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olduğunun kabulü gerekir. Zira uluslararası antlaşmayla yasaların çatışması durumunda esas alınacak ölçüt antlaşmanın adı değil, temel hak ve özgürlüğün kendisidir.⁵¹

Bu noktada da ayrı bir problem gözümüze çarpmaktadır. Eğer uluslararası antlaşmaların içeriği dikkate alınacaksa, adı temel hak ve özgürlüğe ilişkin bir uluslararası antlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan hükümleri ne şekilde değerlendirilecektir? Temel hak ve özgürlüğe ilişkin olmayan bir uluslararası antlaşmanın, sadece temel hak ve özgürlükle ilgili hükümleri içeren maddesi mi dikkate alınacaktır yoksa antlaşmanın tamamı mı? Burada amaçlanan temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır ve bu nedenle bir uluslararası antlaşmanın sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin maddelerine öncelik ve üstünlük tanınmalıdır. Aynı şekilde adı temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunu belirtmekle birlikte, içeriğinde temel hak ve özgürlüklerden farklı hükümleri olan maddeler çatışma durumunda üstün tutulmamalıdır.

Bir başka tartışılmalı nokta da iç hukukta uluslararası antlaşmaların getirdiği düzenlemeden daha avantajlı bir düzenleme getirildiği takdirde ne olacaktır. Bu durumda iç hukukta uluslararası antlaşmada yer alan düzenlemeden daha ileri bir güvence getirilmiş olmaktadır.⁵² Yasa koyucu, sanki uluslararası antlaşmaların her zaman daha ileri bir düzenleme getireceğinden hareketle böyle bir hüküm getirmiş gibi gözükmektedir. Burada iki görüş savunulabilir: birincisi, uluslararası insan hakları hukukunun her zaman bireylerin daha avantajlı durumda olmasını hedeflediğinden hareketle, daha ileri ve geniş güvenceler sağlayan⁵³ kanunların uygulanmasıyla çatışmanın giderileceği ve uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınmayacağıdır. Yani bu durumda 90. maddenin son fıkrasının yeni kuralı uygulanmayacaktır.⁵⁴ Hatta bu durumda bir çatışma olmadığı kabul edilmelidir.⁵⁵ İkinci bir düşünceyse

⁵⁰ BAŞLAR, a.g.m. , s. 312

⁵¹ ŞAHBAZ, a.g.m. , s. 209, 210

⁵² BAŞLAR, a.g.m. , s. 313

⁵³ Böyle bir tartışmanın meydana gelebileceği değişiklik öncesinde de düşünülmüş ve bazı öneriler de insanın haklarının alanını genişleten uluslararası antlaşmaların öncelikle uygulanması savunulmuştur. (bkz. BATUM, Süheyl; ÖZBUDUN, Ergun; YAZICI, Serap ve SOFOUOĞLU, Cem, "Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Avrupa Birliği'ne Üyeliğini ve Türk Hukuk Sisteminin Birliğin Hukuk Düzenine Uyumunu Sağlamak Üzere Önerilen Anayasa Değişikliği Teklifi", <http://www.tesev.org.tr/90madde.php>)

⁵⁴ GÜLMEZ, a.g.m. (2004), s. 156

⁵⁵ BAŞLAR, a.g.m. , s. 314

uluslararası hukuk sisteminin yeknesaklaştırılması çabasıyla hareketle Anayasa'nın doksanıncı maddesinin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması gerektiği biçiminde şekillenebilir. Kimi ülkeler iç hukuk düzenlerinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin çok ileri düzenlemeler getirirlerken, kimileri de çağın çok gerisinde kalmaktadırlar. Sonuçta küresel bir düzen oluşturma çabası içerisinde, uluslararası hukukun hedefi önce devletlerin hukuk sistemlerinde varolan farklılıklar arasında denge kurmak, daha sonra bunların bir örnek olmasını sağlamaktır. Özellikle Avrupa Birliği⁵⁶ gibi bir ulus-üstü sistemde devletlerin hangisinin daha ileri düzenleme getirdiği göz önüne alınmadan ortak bir hukuk yaratılmaktadır. Türkiye de 90. maddeyle ilgili değişikliği gerçekleştirirken, gerekçe olarak Avrupa Birliği'ne üye olma hedefini ve bu yolda yapılması gerekenleri ortaya koymuştur. Egemenlik anlayışının küresel akımlar doğrultusunda geldiği bu aşamada, açıkçası artık daha ileri düzenlemelerin uygulanmasının değil, ortak hukuk kurallarının uygulanmasının hedeflendiği düşüncesi daha uygun görünmektedir.⁵⁷

Daha az koruyucu uluslararası antlaşmalar konusunda Anayasa'nın 13. maddesini de dikkate almakta fayda vardır. 13. madde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini belirtmektedir. Peki uluslararası antlaşmalar da kanun hükmünde olduğuna göre daha az koruyucu hükümler getiren uluslararası antlaşmalar temel hak ve özgürlükleri sınırladığı gerekçesiyle de kanunlara göre öncelikle mi uygulanmalıdır? Türkiye Büyük Millet Meclisi aynı konuyu kanun şeklinde düzenleyebilir. Bu yüzden Meclis'in iradesini uygun bulma kanunuyla uluslararası antlaşma şeklinde ortaya koyduğunu ve antlaşma hükümlerinin öncelikle uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.⁵⁸ Bununla beraber madde

⁵⁶ Avrupa Birliği Hukukunda iki nedenden ötürü daha az korumacı uluslararası antlaşmaların uygulanması sorun olarak nitelendirilemez. Birincisi uluslararası antlaşmalar Avrupa Birliği hukuk sisteminde her zaman iç hukuktan üstündür ve doğrudan uygulanabilir bir özellik taşımaktadır, bu yüzden uluslararası hukukla iç hukuk arasındaki bir çatışmadan bahsedilemez. İkincisi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. maddesi, bu sözleşmenin uygulanması esnasında iç hukukta daha koruyucu bir hüküm varsa, AİHS'nin bir kenara bırakılarak iç hukuktaki düzenlemenin uygulanması gerektiğini açıkça belirtmiştir. (GÖNENÇ, Levent ve ESEN, Selin, **“The Problem of the Application of Less Protective International Agreements In Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution”**, European Journal of Law Reform, Vol. VIII, no. 4, s. 486)

⁵⁷ Örneğin 151 Sayılı Kamu Hizmetinde Çalışma İlişkileri Sözleşmesi'nin 1. maddesi, yedek yada tamamlayıcı nitelik taşıdığını belirtmiş, ancak başka uluslararası çalışma sözleşmelerinde daha elverişli kurallar bulunmadığı zaman uygulanacağını açıkça belirtmiştir. (GÜLMEZ, a.g.m. (2005), s. 73) Bu şekilde açıkça düzenlenmesi durumunda kanunda yer alan düzenleme de uygulanacaktır. Ancak uluslararası antlaşmada böyle bir hüküm bulunmaması durumunda, uluslararası antlaşma hükümleri esas alınmalıdır.

⁵⁸ GÖNENÇ ve ESEN, a.g.m., s. 496

metninde sınırlamanın “ancak” kanunla yapılabileceğinin belirtilmesiyle uluslararası antlaşmayla böyle bir sınırlandırılma yapılamayacağı da iddia edilebilir.⁵⁹

Bu hususlar madde metninde tam olarak ortaya konmadığı için uygulamada problemler çıkabilecektir.⁶⁰ Öncelikle uluslararası antlaşmaları uygulayacak olan yürütme ve yargı organlarının, her iki yoruma göre farklı işlemler tahsis etmeleri ve kararlar almaları mümkündür. Bu yüzden ya Anayasa’da bu hususun da kaleme alınması ya da kısa zamanda ortaya çıkacak uyuşmazlıklar sonucunda bu konu hakkında mahkemelerce ortak bir içtihat oluşturulması sorunu çözebilecek gibi görünmektedir. Bununla beraber yüksek mahkemelerde içtihat farklılığı olmasının da mümkün olduğunu göz önünde tutularak, en sağlıklı yolun yeni bir Anayasa değişikliği olduğu ortaya çıkmaktadır.

Kanunlarla uluslararası antlaşmalar arasında çıkacak uyuşmazlığın belirlenmesi hususu da düzenlemenin bir başka sorunlu boyutudur. Uluslararası antlaşma metni ve kanun her zaman çok net belirgin hükümler koymaz. Bazı kavramların anlaşılabilirliği için onlar hakkında yorum yapılması gerekebilir. İşte bu yorum iç hukukta kendi idari ve yargı organlarımızca mı yapılacaktır yoksa uluslararası kuruluşların ve denetim mekanizmalarının yorumları mı dikkate alınıp uygulanacaktır? Gülmez bu konuda şöyle düşünmektedir:

“Ek cümlelerin ‘aynı konuda farklı hükümler’ biçimindeki sözleri, uluslararası antlaşmaların salt sözel/pozitif metinleri göz önüne alınarak belirlenmemelidir. Uluslararası antlaşmaların ve onayladığımız pek çok sözleşmenin ayrıntıya girmeyen, yetkili koruma ve denetim organlarının yorumuyla açıklık ve anlam kazanan genel kurallar içerdiği anımsanırsa, kanunlar ile uluslararası antlaşmaların aynı konudaki farklı düzenlemesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık bulunup bulunmadığı, salt antlaşmaların sözel metniyle sınırlı olarak saptanamaz. Koruma ve denetim organlarının o konuya ilişkin yerleşik ilke kararları ve içtihatları göz önünde bulundurmaları gerekir; çünkü ek cümleyle yapılan düzenlemenin temel amacı böyle bir uyuşmazlığın iç hukuk alanında yargısal ya da yönetsel kararlarla çözülmesi

⁵⁹ GÖNENÇ ve ESEN, a.g.m., s. 497

⁶⁰ “90. maddenin 5. fıkrası bütün devlet organları için bağlayıcı olmasına rağmen, uygulayıcılar tarafından aynı konuda, aynı normları uygularken farklı yorumlar yapılabilir. Burada idari organlar açısından sorunun idari hiyerarşi tarafından kolaylıkla çözümlenebileceği iddia edilebilir. Bununla beraber durum yargı organları açısından daha karışıktır. Alt derece mahkemeleri tarafından yapılan farklı uygulamaların üst derece mahkemelerince çözümlenebileceği yine iddia edilebilir; fakat Yargıtay ve Danıştay’ın aynı konuda aynı normları farklı şekillerde yorumlamaları durumunda sorunun nasıl çözüleceği konusuna Anayasa açıklık getirmemiştir.” (GÖNENÇ ve ESEN, a.g.m., s. 492)

ve böylece de, uluslararası koruma ve denetim organları önüne götürülmesinin engellenmesidir.”⁶¹

Gerçekten de amaç Türkiye'nin uluslararası sorumluluğuna yol açabilecek sonuçlardan kaçmaktır. Dolayısıyla denetim ve koruma mekanizmalarının kararlarının göz önünde tutulması kadar olağan bir durum olamaz. Bu kararlar, doğrudan uygulanacak olsa Anayasamızın egemenlik yetkilerine ilişkin hükümleri göz önüne alındığında bu husus mümkün olamayacaktır; ancak ilgili mercilerin kararlarının dikkate alınması aynı şey değildir. Bu durumda kararın dikkate alınması sadece uygulamaya yönelik olarak ilgili maddenin nasıl anlaşılacağı hususunda yol gösterici bir nitelik taşıyacaktır. Sonuçta uluslararası hukukun kaynakları arasında içtihat ve doktrin de vardır. Bunlar yardımcı kaynaklar olmaları itibarıyla somut durumda olaya açıklık getirmek hususunda kullanılmaktadır. Diğer bütün hukuk sistemleri gibi uluslararası hukuk sistemi de bütün kaynaklarıyla bir bütündür ve bütün kaynakların dikkate alınması gerekir.

SONUÇ

Uluslararası hukukun gelişiminde en büyük paya hiç şüphesiz uluslararası antlaşmalar sahip olmuştur. Devletler uluslararası antlaşmalar yoluyla birbirleriyle olan ilişkilerinin adını koymuş ve bu ilişkilerinin kurallarını belirlemişlerdir. Bu sayede haklar kazanırken, aynı zamanda yükümlülükler altına girmişler, bugünkü şekliyle varolan hukuk düzenini yaratmışlardır. Bu süreç çok kolay olmamıştır. Bir devletin, bir başka devlete karşı yükümlülük altına girmesi her zaman için onun hareket sahasının azalmasına ve egemenlik yetkilerinden fedakarlığa neden olmuştur. İnsan haklarının da bu süreç içerisinde ortaya çıkması, devletin yetkilerinin bireylere karşı da sınırlanabileceği düşüncesini doğurmuş, egemenlik kavramı da eş zamanlı olarak farklı tonlara bürünmüştür. İşte değişen veya küreselleşen Dünyada devletler de değişmek zorunda kalmış, bu durumu da uluslararası antlaşmalar yapmak ve bunları iç hukuklarında uygulamak suretiyle gerçekleştirmişlerdir. Bütünleşmelerin de ortaya çıkmasıyla devletler kendi anayasalarında yaptıkları değişikliklerle, egemenlik yetkilerinin sınırlandırılmasını daha geniş bir yelpazeye yaymışlar ve hatta egemenliklerini belirli kuruluşlara devretmeye başlamışlardır.

Bu yapıya ortak olmak isteyen Türkiye de Anayasası'nın 90. maddesinde değişiklik yaparak, uluslararası antlaşmaların iç hukukunda daha etkin bir şekilde uygulanmasını hedeflemiştir. Yalnız esas alınacak uluslararası antlaşmaları temel

⁶¹ GÜLMEZ, a.g.m.(2004), s. 158

hak ve özgürlüklere ilişkin olmak şartıyla sınırlandırmış, madde metninin ve Anayasa'nın geneliyle olan uyumsuzluğu nedeniyle beraberinde pek çok tartışmalı nokta getirmiştir.

Türk hukuku açısından uygulamada yaşanabilecek en sorunlu durum Anayasa'ya aykırı bir temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmanın usulüne göre yürürlüğe konulması durumunda gündeme gelecektir. Bu durumda uygulamaya giren uluslararası antlaşma Anayasa'nın 90. maddesinin açık hükmü karşısında Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulamayacak ve Anayasa'ya uygun olarak çıkarılmış bir kanunla çatışması durumunda uluslararası antlaşma hükümleri esas alınacak, uygulamada antlaşma hükümleri ihmal edilemeyecektir. İşte sadece saydığımız bu şartlar altında, uluslararası antlaşmanın bu hükümlerinin anayasadan dahi üstün olması tartışmalarına açık bir durum söz konusu olabilecektir. Bu tartışmanın önüne geçebilmenin yolu da Anayasa Mahkemesi'ne önleyici denetim yetkisinin verilmesidir. Böylece Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların anayasaya uygun olup olmadığını en baştan denetleyebilecek ve bu sorun giderilecektir.

Anayasaya aykırı bir uluslararası antlaşmanın uygulamaya sokulması durumunda, ikinci bir ihtimal olarak da Anayasa normunun doğrudan uygulanması düşünülebilir. Sonuçta bir hukuk düzeni içerisinde daha alt kademede yer alan normlar, üsttekine uygun olmak zorundadır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar da kanun hükmünde olduğuna göre, anayasaya uygun olmak zorundadır. 90. madde son fıkrasında uluslararası antlaşma hükümlerinin anayasa hükümleriyle çelişmesi durumuyla ilgili olarak bir kural getirmediğine göre, Anayasa'ya aykırı uluslararası antlaşmalar uygulanamamalı, doğrudan anayasa hükmü uygulanmalıdır. Yalnız bu husus çok da kolay değildir; çünkü anayasa normları genelde çerçeve nitelikli hükümler içerip, detaylı düzenlemeler getirmezler. Bu nedenle anayasanın ilgili düzenlemesinin, olaya uygulanabilecek bir şekilde kaleme alınmış olması gerekir. Aksi takdirde önüne gelen uyumsuzluğu çözen bir yargı organı, somut norm denetimi yoluyla ilgili uluslararası antlaşmanın Anayasa'ya aykırılığını Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşıyacaktır. Burada çıkan ilk problem Anayasa Mahkemesi'nin bu incelemeyi yapmaya yetkili olmamasıdır. Diyelim ki bu olay Anayasa Mahkemesi'nin "Yüce Divan" sıfatıyla yargılama yaptığı bir sırada meydana geldi. Anayasa Mahkemesi uluslararası antlaşmayı ihmal ederse Anayasa'nın ilgili düzenlemesine yorum yoluyla anlamını kendisi verip, uluslararası antlaşmanın Anayasa'ya uygunluğunu denetlemiş olacaktır. Hele bir de herhangi bir yargı organının ihmal etmesi durumu söz konusu olabilir ki; Anayasa tarafından açıkça Anayasa Mahkemesi'ne verilmiş olan Anayasa'ya uygunluğun denetlenme yetkisi gasp edilmiş olacaktır. Anayasa

Mahkemesi'ne önleyici denetim yetkisi vererek, hiç ortaya çıkmaması sağlanabilecek bir sorun da büyüdükçe büyüyecektir.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar bundan sonra, kanunların yanı sıra kanun hükmünde kararname ve dayanağını kanunlardan alan diğer düzenlemeler karşısında da, farklı hükümler içermesi durumunda öncelikle uygulanmalıdır. Yalnız bu düzenlemenin uygulamada yürütme ve yargıyı bağladığını kabul etmekle beraber, yasama organını bağladığı görüşüne katılmamaktayız. Yasama yetkisi sınırsızdır ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla istediği konuda istediği düzenlemeyi yapabilir. Değişiklik sonrasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara aykırı kanunlar yapılmasının anlamlı olmadığı gerçektir; ancak bir uluslararası antlaşmayla yasama yetkisinin sınırlanmasını kabul etmek bu şartlar altında mümkün değildir. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara karşı yapmış olduğu düzenlemeler uygulama alanı bulamayacak; ancak bu düzenlemelerin yapılmasına bir engel teşkil edemeyecektir.

Kanunların, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalardan daha ileri düzenlemeler getirmesi durumunda, eğer uluslararası antlaşma açıkça daha ileri düzenlemenin dikkate alınması gerektiğini ifade etmemişse, uluslararası antlaşma hükmü esas alınmalıdır; çünkü uluslararası hukukun amaçlarından birisi de devletlerin uygulamaları arasındaki farklılıkları ortadan kaldırarak, ortak kuralların oluşmasını sağlamaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin önleyici denetim yapması gereken durumlardan birisi de çerçeve antlaşmalar konusunda gözümüze çarpmaktadır. Çerçeve antlaşmalar genellikle çok genel kurallar getirirler ve içeriği ancak yorum yoluyla belirlenebilir. Bu genel hükümler de yürütme organı ve farklı yargı organları tarafından çok çeşitli şekillerde yorumlanabilirler. Yargı organları tarafından bu konuda farklı içtihatlar oluşabilir. Bu aşamada Anayasa Mahkemesi, uluslararası antlaşma yürürlüğe girmeden bahsettiğimiz hükümlere açıklık getirirse, uygulamada mahkemelerin ve yürütmenin yeknesak bir uygulama gerçekleştirmesi mümkün olabilecektir.

Şu ana kadar uluslararası antlaşma hükümleri uygulanmadığı takdirde uluslararası hukuk açısından, sorumluluk müessesinin gündeme geleceği belirtildi. Peki ama bir uluslararası antlaşma uygulanmazsa bunun iç hukuk açısından sonuçları ne olacaktır? Türk iç hukuku açısından bu sorunun cevabı belli değildir. Genel olarak sonraki kanun – önceki kanun veya özel düzenleme içeren kanun – genel düzenleme içeren kanun ayrımlarıyla bu soruna çözüm bulunabilir; ancak sorun temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara dair olunca boyutu da farklı olmaktadır.

Artık bir mahkeme önüne gelen olayda kanunla çatışması durumunda uluslararası antlaşma hükmünü uygulamak zorundadır.

Uluslararası antlaşmalar aleni olmalıdır. Bunun yolu da bu düzenlemelerin iç hukukun bir parçası haline getirilmesi veya uygulamaya konulmadan önce Anayasa Mahkemesince detaylıca incelenmesidir. Özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara tanınan ayrıcalık, Anayasa Mahkemesi'nin önleyici denetim yetkisine sahip olmasını artık bir zorunluluk haline getirmiştir. Bunun yanı sıra görüldüğü üzere Anayasa'nın 90. maddesi o kadar çok sıkıntı yaratacak şekilde kaleme alınmıştır ki, artık yeniden düzenlenmesinde fayda vardır. Anayasa'nın yeniden düzenlenme ihtiyacı gösteren tek maddesi de 90. madde değildir. Egemenliğin değişen anlamı ve yeni dünya düzeni karşısında, özellikle Avrupa Birliği'ne üye olunmak istenmesi nedeniyle Topluluk müktesebatına uyum anlamında, çok detaylı bir Anayasa değişikliği ihtiyacı görülmektedir.

Genel olarak uluslararası hukuk açınsındansa, bir ülke ya bir uluslararası antlaşmanın tarafı olarak bu hükümlere sonuna kadar uymalıdır, ya da hiç tarafı olmamalıdır. Bunun için de bütün uluslararası antlaşmaların ayırım gözetmeksizin kanunlarla çatışması durumunda öncelikle uygulanması gerekmektedir. Yalnız bu husus uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün veya anayasa hükmünde olmasını gerektirmemektedir; önceden denetimi yapılarak kanun hükmünde ve anayasa uygun bir uygulama gerçekleştirilebilir. Böylece de hem uluslararası hukuk düzeninin gereklerinin yerine getirilmesi sağlanacak hem de sorumluluktan ve iç hukukta yaşanabilecek sorunlardan kurtulmak mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU**, Tekin, “**Temel Haklar Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler**”, Ankara Üniversitesi Siyasa Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 44 , S. 1 – 2, s. 161 – 194
- AYBAY**, Rona, “**Uluslararası Antlaşmalar ‘Anayasa – Üstü’ mü?**”, Cumhuriyet Gazetesi, 06.05.1998, s. 2
- BAŞLAR**, “**Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Sevin Toluner’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, yıl 24, S. 1 – 2, 2004, s. 279 – 336
- ÇELİK**, Edip, “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması**”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Lütfi Duran’a Armağan, S. 1 – 3, 1988, s.47 – 56
- ÇETİNKAYA**, Ender, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md. 90/son) adlı paneldeki bildirisi**, s. 13 – 18
- GÜLMEZ**, Mesut, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004
- GÜLMEZ**, Mesut, “**Evet Uluslararası Antlaşmalar Anayasa Üstüdür**”, Cumhuriyet Gazetesi, 17.06.1998, s. 2
- GÜLMEZ**, Mesut, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md. 90/son) adlı paneldeki bildirisi**, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Ankara, 2005, s. 38 – 82
- GÜLMEZ**, Mesut, “**Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri**”, TBBD, S. 54, 2004, s. 147 – 161
- GÖNENÇ**, Levent, “**2004 Anayasa Değişiklikleri**”, Güncel Hukuk, S. 7, İstanbul, Temmuz 2004, s. 44 – 48

(GÖNENÇ, Levent ve ESEN, Selin, “**The Problem of the Application of Less Protective International Agreements In Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution**”, European Journal of Law Reform, Vol. VIII, no. 4, s. 485-500

KELLERMANN, Alfred E. , “**Türkiye’nin AB’ne Entegrasyon Sürecinin Anayasal Boyutları – Ortaklık Anlaşmasının Katılım Öncesi Etkisi – Katılım ve Ulusal Anayasalar**”, Avrupa Birliği’ne Katılımın Ulusal Hukuk Düzenleri Üzerindeki Etkisi (Hukuksal Mülahazalar ve Olay İncelemeleri, T.C. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, 12 – 13 Aralık 2003

LINDSTORM, Nicole, “**Rethinking Sovereignty: The Politics of European Integration in Slovenia**”, Fletcher Forum of World Affairs, Vol. 24, 2000, s. 31 – 47

ODER, Bertil Emrah, “**Avrupa Birliğinde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincilik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler**”, Anayasa Yargısı, C. 22, Ankara, 2005, s. 168 – 215

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Sekizinci Baskı, Ankara, 2004

ÖZOK, Özdemir, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md. 90/son) adlı paneldeki bildirisi**, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Ankara, 2005, s. 7 – 13

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap**, Turhan Kitabevi, Üçüncü baskı, Ankara, 1999

PAZARCI, Hüseyin, “**Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması**”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni - Sevin Toluner’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, Y. 24, S. 1 – 2, 2004, s. 651 – 674

PERKINS, Jon A. , “**The Changing Foundations of International Law: From State Consent to State Responsibility**”, Boston University International Law Journal, Vol. 15, 1997, s. 433 – 509

- REUTER, Paul**, **Introduction to the Law of Treaties**, Pinter Publishers, New York/London, 1989
- SOYSAL, Mümtaz**, “**Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler**”, Anayasa Yargısı, C. 2, Ankara, 1985, s. 7 – 18
- ŞAHBAZ, İbrahim**, “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Hukukundaki Yeri**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 54, 2004, s. 178 – 216
- TOLUNER,** **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973
- TRACHTMAN, Joel P. ,** “**Reflections on the Nature of the State: Sovereignty, Power and Responsibility**”, Canada – United States Law Journal, Vol. 20, 1994, s. 399 – 415
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**, “**Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasalık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme**”, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 782 – 818

İNTERNET KAYNAKLARI

BATUM, Süheyl; **ÖZBUDUN**, Ergun; **YAZICI**, Serap ve **SOFOUOĞLU**, Cem, “**Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin Avrupa Birliği’ne Üyeliğini ve Türk Hukuk Sisteminin Birliğin Hukuk Düzenine Uyumunu Sağlamak Üzere Önerilen Anayasa Değişikliği Teklifi**”, <http://www.tesev.org.tr/90madde.php>)

GÖZLER, Kemal, “**Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?**”, <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>

GÖNENÇ, Levent, “**1982 Anayasasında Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar**”,

<http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/90.madde.htm>

<http://www.eskiler/2004/05/20040522.htm>

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1990/K1990-31.htm>

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-20.htm>

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1996/K1996-43.htm>

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2007/K2006-112.htm>

BOŞ

YARGI KARARLARININ YERİNE GETİRİLMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ*

ÖZET

Yargı kararlarının yerine getirilmemesi, idarenin doğrudan ve asli sorumluluğuna yol açan bir durumdur. Anayasal bir zorunluluk olan yargı kararlarının uygulanması yükümlünün ihlali idare için, Danıştay kararlarında da açıkça ifade edildiği üzere, tipik bir hizmet kusurudur. Yargı kararlarının yerine getirilmemesi ya da eksik olarak yerine getirilmesi sebebiyle zarara uğrayanlar kimseler, bu zararın tazminini talep edebileceklerdir. Zararın tazminine yönelik dava, anayasa hükmü gereği ancak idare aleyhine açılabilir.

ANAHTAR KELİMELER

Yargı kararının yerine getirilmesi, hizmet kusuru, idarenin sorumluluğu

ABSTRACT

To ignore judicial decision causes direct and fundamental liability of administration. As clarified by decisions of Council Of State, to infringement of carrying out judicial decisions obligation, is typical form of service fault. People damaged because of ignoring or lack carrying out of judicial decisions are able to demand this damage. The suit relating to indemnify of damages can only be brought against administration.

KEY WORDS

To carry out judicial decision, service fault, liability of administration

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Yargı kararlarının yerine getirilmemesi ve bundan doğan sorumluluk konusu, bütün yasal düzenlemelere rağmen Türk İdare Hukukunun yıllardır tartışılan; halen kesin çözüme ulaşılamamış bir sorun olarak önemini devam ettirmektedir. Bir hukuk devletinde “*mahkeme kararlarının uygulanmamasından doğan sorumluluk*” konusunun tartışılıyor olmasındaki gariplik bir yana, bu tartışmaların temelinde esas olarak kişisel ve siyasal sebeplerin yatıyor olması da ülkemiz açısından üzüntü verici bir durumdur¹.

Ülkemizde yargı kararlarının uygulanmaması, hem idarenin hem de kararı uygulamayan kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu gerektiren bir durumdur. Yargı kararının *fiili veya hukuki imkânsızlık* sebebiyle uygulanmaması dışında, *kasten veya ihmâl* sebebiyle uygulanmaması, idare bakımından “*ağır hizmet kusuru*”; kararı uygulamayan kamu görevlisi bakımından ise “*salt kişisel kusur*” oluşturmaktadır. Buna bağlı olarak, mahkeme kararının yerine getirilmemesi sebebiyle zarar görenler, salt uygulamama gerekçesiyle dilerlerse hizmet kusuru sebebiyle idari yargı da idare aleyhine, dilerlerse salt kişisel kusur iddiasıyla adli yargıda kararı uygulamayan kamu görevlisi aleyhine dava açabilmektedirler.

Aslında konuyla ilgili yasal düzenlemelerde murat edilen amaçtan farklı gelişen bu uygulamanın temelinde idari teşkilâtın üst kademelerinde bulunanların kamu hizmetinden yararlananların ve yargı mercilerinin karşılıklı güvensizlikleri ve özellikle üst düzey yöneticilerin zarar verme kastıyla ve siyasal saiklerle hareket etme alışkanlıkları yatmaktadır. Nitekim mahkeme kararlarını yerine getirmek durumunda olan bakanlar ve üst düzey bürokratlar kişisel ve siyasal Saiklerle, üstelik devlet bütçesinden tazminat ödemeyi göze alarak yargı kararlarını uygulamamışlar; buna karşılık yargı mercileri de bu görevlilerin şahsen sorumlu olabilmeleri için bazen kanuni düzenlemeleri *yok* sayarak bazen de idare hukukundaki sorumluluk hukuku esaslarını zorlayarak tartışılan kararlar vermişlerdir. Zarar görenler ise çoğu zaman uğradıkları zararlarla ilgili olarak ödeme gücü yüksek idare aleyhine dava açmak

¹ Son dönemde “*astreinte*” uygulaması ile bu sorunu büyük ölçüde çözmüş olan Fransa’da önceki yıllarda sorun, idarenin hareketsizliğinden, bilgisizliğinden ya da kararın uygulanmasındaki fiili güçlüklerden kaynaklanmıştır. Fransa’da “*kararların bile bile uygulanmaması halleri çok nadirdir ve esas olarak yerel makamlarda görülür; çok defa kişisel ve siyasal oyunların döndüğü uyumsuzluklarda söz konusudur*”. 04.03.1976 Tarihi Fransız Danıştay Raporu, “*İdari Yargı Yerleri Kararların Uygulanması Sorunu Hakkında Bir Çeviri*”, (Çev. Özeren Ahmet Şükrü), DD, y. 7, sy. 26–27, 1977, s. 42 vd.

yerine, zarar vermek kastıyla kamu görevlisi aleyhine dava açma yolunu tercih etmişlerdir. Asıl zarar gören ise hukuk devleti ilkesi olmuştur².

İYUK YÜRÜRLÜĞE GİRMEYEN ÖNCEKİ UYGULAMA

1961 Anayasası'nın 132. maddesinin son fıkrasının son cümlesi “*yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadırlar; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*” hükmünü ihtiva etmektedir. Buna göre mahkeme kararlarının yerine getirilmesi, geciktirilmemesi açık bir anayasa emri olarak karışımıza çıkmaktadır.

521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 95. maddesinin son fıkrasında ise “*Danıştay ilâmları icaplarına göre, eylem veya işlem tesis etmeyen idare aleyhine, Danıştay da maddi ve manevi tazminat davası açılabilir*” denilmektedir. Bu hükümle de kararı yerine getirmeyen idare aleyhine doğrudan doğruya tazminat davası açılabilceğı hüküm altına alınmaktadır.

Bu dönemde idarenin, kendisine kanun tarafından verilen işlem veya eylem yapma yükümlülüğüne uymamasını ya da işlem veya eylem yapmakta ihmal göstermesini hizmet kusuru olarak değerlendiren Danıştay, mahkeme kararlarını yerine getirmeyen ya da ihmal eden idarenin bu tutumunu da hizmet kusuru olarak değerlendirmiş; birçok olayda mahkeme kararlarının icaplarına göre işlem veya eylem tesis etmeye mecbur tutulan idarenin bu yükümlülüğüne uymadığı gerekçesiyle 521. sayılı Kanunun 95. maddesine dayanarak idareyi tazminata mahkûm etmiştir³.

² Konunun hukuk devleti ilkesi bakımından değerlendirmesi için bkz. **Uler** Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, s. 79 vd; **Esin** Yüksel–**Dündar** Erol, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Birinci Kitap: Usul, Ankara 1971, s. 80 vd; **Duran** Lutfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara 1974, s. 74 vd.; **Tuncay** H. Aydın, İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları, Ankara 1972, s. 209–214; **Özdeş** Orhan, “*Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu*”, DD, y. 6, sy. 20–21, 1977, s. 27–45.; **Tuncay** H. Aydın–**Özdeş** Orhan **Başpınar** Recep, “*İdari Yargılama Usulü*”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s. 712 vd.; “*İdari Yargı Kararlarının, Özellikle, Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Uygulanması Konusunda T.B.B. Yönetim Kurulunun Görüşleri*”, DD y. 6, sy. 20–21, 1977, s. 75–89.; Bursa Barosunca 20.2.1976 Tarihinde Düzenlenen “*İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*” Konulu Sempozyumda Okunan ve Verilen Tebliğ ve Raporlar, DD, y. 6, sy. 20–21, 1977, s. 90 vd.

³ DDDK, 3.6.1966, E 65/398, K 66/683, DDDKK (Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları, Birinci Kitap 1965 – 1978, Ankara 1981) kn. (Karar No) 854; D12D, 9.5.1972, E 71/3086, K 72/1391, D12DK (Danıştay Onikinci Daire Kararları, Cilt II, Ankara 1976), kn. 229, DDDK, 4.10.1974, E 74/153, K 74/660, DDDKK, kn 861; DDDK, 9.5.1975, E 74/755, K 75/183, DDDKK, kn. 863; DDDK, 25.6.1975 E 75/315, K 76/182, DDDKK, kn. 864; DDDK, 22. 10. 1976, E 75/ 150, K 76/220, DDDKK, kn. 865; DDDK, 29.4.1977, E 76/478, K 77/234, DD, y. 8, sy. 28–29, 1978, s. 242–245; DDDK, 14.4.1978, E 75/383, K 78/286, DDDKK, kn. 866; DDDK, 16.6.1978, E 77/74, K 78/405, DDDKK, kn. 867; DDDK, 2.2.1979, E 77/515, K 79/20, DD, y. 10, sy. 36–37, 1980, s. 310–313; D5D, 21.6.1982, E 81/87, K 82/7738, DD, y. 13, sy. 48–49, 1983, s. 105–106.

Danıştay'a göre 95. madde “*Danıştay ilâmlarının icaplarına göre eylem veya işlem tesis etmeyen idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılabileceğini saptamakla idareye dilerse Danıştay kararını uygulamak dilerse tazminat ödemek tarzlarından birini seçmek gibi bir hak tanımamıştır. Ancak Danıştay kararını yerine getirmeyen idarenin bu fiilinin ağır hizmet kusuru teşkil edeceği ve ferdin uğradığı zararı tazminat olarak isteyebileceği hükme bağlanmıştır*”⁴. Görüldüğü gibi yüksek mahkeme, idarenin mahkeme kararlarını salt uygulamamış olmasını hizmet kusuru; üstelikte ağır hizmet kusuru olarak nitelendirmektedir⁵. Dolayısıyla mahkeme kararının icaplarına göre işlem veya eylem tesis edilmesi gerekli durumlarda işlem veya eylem tesis etmekle görevli kamu görevlisinin kişisel kusuru bulunsa dahi idare salt uygulamama sebebiyle doğrudan doğruya sorumlu olacaktır. Yani Danıştay, 95. madde hükmünü sadece fiili veya hukuki imkânsızlıklar sebebiyle kararın uygulanmaması durumlarına hasretmemiş, kararın bilerek veya isteyerek yahut da ihmal sebebiyle uygulanmamasında dahi idarenin doğacak zarardan sorumlu olabileceğini kabul etmiştir. Danıştay ilâmının uygulanmaması sebebiyle hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, işlemin niteliğine ve oluşma tarzına göre, kişisel kusuru bulunan görevlilere rücu edebileceğini hüküm altına alan kararlar⁶ da bu hususu ifade etmektedir.

Bu konuda Yargıtay'ın görüşü ise uygulamada genel kabul gören görüş niteliğindedir. Buna göre yargı kararlarının uygulanmaması, kararı uygulamayan kamu görevlisinin kişisel kusuruna delalet eder. Kamu görevlisi kararı uygulamamasının neticesi doğan zararlardan adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre şahsen sorumlu tutulabilir.

Yargıtay'ın konu ile ilgili önemli ilk ilke kararı⁷ 1970 tarihlidir. Buna göre; “*yasa kurallarına ve hukuka açıkça karşı gelme durumları da kişisel sorumluluğu gerektiren haksız eylemlerendir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması da bu yoldadır.*

⁴ D8D, 17.6.1974, E 74/2123, K 74/2768, DD, y. 5, sy. 16–17, 1975, s. 309.

⁵ “*İptal kararının hiç yerine getirilmemesi, geç veya değiştirilerek yerine getirilmesi yukarıda sözü geçen madde hükümlerine (521 sayılı kanun m. 95) aykırı olup dolayısıyla böyle bir halin hizmet kusuru teşkil edeceğine şüphe yoktur. Hizmet kusurunun mevcudiyetinin ise idarenin sorumluluğunu gerektiği açıktır*”. D5D, 19.10.1977, E 76/7868, K 77/4694, DD, y. 8, sy. 30–31, 1978, s. 220–221. Bu hususta ayrıca bkz. DDDK, 3.6.1966, E 65/398, K 66/683, DDDKK, kn. 854; DDDK, 25.6.1975, E 75/315, K 76/182, DDDKK, kn. 864; DDDK, 22.10.1976, E 75/150, K 76/220, DDDKK, kn. 865; D12D, 22.5.1978, E 74/2175, K 78/1397, DD, y. 9, sy. 32–33, 1979, s. 790–793.

⁶ DDDK, 2.2.1979, E 77/515, K 79/20, DD, c. 10, sy. 36–37, 1980 s. 310–313. Karşı oy yazısından anlaşıldığı üzere DDDK, 29.4.1977, E 76/478, K 77/234, DD, y. 8, sy. 28–29, 1978, s. 242–245. Aynı yönde D8DK (tarihsiz ve no'suz) Özdeş Orhan, “*Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu*”, DD, y. 6, sy. 20–21, 1977, s. 40.

⁷ Y4HD, 15.5.1970, E 69/5644, K 70/4549, Esin–Dündar, s. 86–90

Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk

Davalılardan Başbakan..., Danıştayca verilen yürütmenin durdurulması kararını... Anayasanın 132. maddesi buyruğuna aykırı olarak yerine getirmemekle, yerine getirmemekte direnmekle, görev boşaldığı halde davacıya öneride bulunmamakla kişisel kusuru kapsayan bir davranışta bulunmuştur” diyen yüksek mahkeme yargı kararlarını yerine getirmemenin kişisel kusur teşkil edeceğini açıkça ifade etmiştir. Kararın devamında ise DMK m. 13 hükmünü⁸ “yok” sayan bir yaklaşımla şu görüşlere yer verilmektedir: “*idare ödevlerinin yerine getirilmesinde bazı durumlarda kişisel kusurla hizmet kusuru birleşebilir. Bu takdirde görevli ile idare birlikte ve müteselsilen sorumlu olur. İdarenin eylem ve işlemlerinden zarar gören dilerse hizmet kusurundan ötürü idareye karşı Danıştay da; dilerse kişisel kusurdan ötürü görevliye karşı Adalet mahkemesinde dava açabilir”*.

Kararda iki husus dikkat çekmektedir: İlk olarak yargı kararlarını yerine getirmemek davranışını “*kişisel kusur*” olarak değerlendiren Yargıtay, hukuka açıkça karşı gelme hallerini kişisel sorumluluğu gerektiren haksız eylemler olarak görerek haksız fiil = kişisel kusur eşitliğini kabul etmiş olmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki “*idari*” karakteri haiz kişisel kusur, BK m. 41 anlamında haksız fiilden farklıdır⁹. İkinci husus, personelin görevle ilgili kişisel kusurları ile ilgili olarak verdikleri zararlar sebebiyle ancak idare aleyhine dava açılabileceğini hüküm altına alan DMK m. 13’ün gözardı edilerek zarar görenlerin ister görevliyi isterse idareyi sorumlu tutulabileceklerinin kabul edilmiş olmasıdır. “*Zarargörenin bu haklarından birini üstün tutup kullanmasına engel bir yasa buyruğu yoktur”*¹⁰ diyerek açıkça 13. maddeyi hiçe sayan Yargıtay’ın bu tutumunu hiçbir geçerli mazeret, mazur gösteremez¹¹.

⁸ 14.7.1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu şu hükmü getiriyordu: “*Kişiler, kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır”*.

⁹ Kişisel kusur kavramı idare hukukuna özgü bir kavramdır. Özel hukukta, haksız fiilin unsuru olarak çıkan kusur, sadece gerçek kişilerce gerçekleştirilebilecek bir “*kusur*” dur. Bu çerçevede haksız fiile neden olan kusur, aynı şartlar içinde bulunan makul, dürüst ve orta zekâlı bir üçüncü kişinin davranışından sapma niteliğinde, hukuk düzeninin hoş görmediği, kınadığı davranış biçimi olarak tanımlanabilir. Oysa idare hukukunda kusur, sadece gerçek kişiler tarafından gerçekleştirilebileceği kabul edilen bir davranış değildir. İdare hukukunda kusur, doğrudan idareye atf ve izafe olunabileceği gibi belli bir kamu görevlisine de atf ve izafe olunabilir. Bu sebeple, idari bir kusur olan ve hizmetin işleyişinde belli bir kamu görevlisinin kusuru olarak karşımıza çıkan kusuru, idarenin sorumluluğu denilince ilk akla gelen, anonim nitelikli, objektif karakterli hizmet kusurundan ayırdetmek amacıyla “*kişisel kusur*” kavramı kullanılmaktadır

¹⁰ Karar, s. 90.

¹¹ Yargıtay anayasa hükmünü uygulamayan kamu görevlisinin eylemini, hukuka açıkça aykırı kişisel sorumluluğu gerektiren haksız eylem olarak nitelendirmekte ve fakat kendisi de açıkça DMK m. 13 hükmünü uygulamamakta; üstelik de “*yok*” saymaktadır.

4. Hukuk Dairesi daha sonra içtihadını değiştirmiş ve yürütmenin durdurulması kararının uygulanmaması nedeniyle kamu görevlisi aleyhine açılan davalarda Danıştay'daki iptal davasının beklenmesi gerekeceği ve eğer iptal kararı verilirse görevli aleyhine tazminata hükmedilebileceği yolunda kararlar vermiştir¹². Söz konusu Hukuk Dairesi 13. madde ile ilgili tutumunu da değiştirmiştir: “657 sayılı Yasanın 13. maddesi kişisel kusurun derecesini açıklamadan zarardan sorumlu olan personel hakkında giderim davası açılmıyacağını öngörmüştür. Bu ilke idare işleminin yargı merciisince iptali konusunda verilen kararların yerine getirilmemesinden doğan giderim isteklerini de kapsamına alır”¹³. Zamanla bu içtihadını da terk eden 4. Hukuk Dairesi, Danıştay kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlilerinin “ağır kişisel kusur”larından bahisle sorumluluklarına hükmetmiş¹⁴; eskisi gibi yargı kararlarının uygulamaması eylemini “haksız eylem” olarak değerlendirerek zarar görenin ayrıca hizmet kusuruna dayanarak Danıştay’da da dava açabileceğini kabul etmiştir¹⁵.

Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurulları¹⁶ ile 4. Hukuk Dairesi arasında ortaya çıkan görüş ayrılıklarını gidermek maksadıyla 1979 yılında içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun bu kararı¹⁷ gerek Yargıtay’ın konu ile ilgili görüşünü açık ve net bir şekilde göstermesi gerekse bundan sonraki uygulamalara etki etmesi bakımından çok önemlidir.

Kararın sonuç kısmında şu ifade yer almaktadır: “(1) Danıştayca verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterli olduğuna, sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmelerinin araştırılmasına gerek olmadığına... (2) Yürütmenin durdurulması kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu

¹² Yenice-Esin, s. 332.

¹³ Y4HD, 7.2.1974, E 14126, K 531, **Tandoğan** Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 1981,, dn. 200, s. 101.

¹⁴ Y4HD, 12.3.1979, E 78/6475, K 79/3248, YKD, c. VI, sy. 1, 1980, s. 38–41; Y4HD, 30.5.1979, E 79/2382, K 79/7230, YKD, c. VI, sy. 5 1980, s. 656–658.

¹⁵ Y4HD, 12.3.1979, E 78/6787, K 79/3249, YKD, c. V, sy. 8, 1979, s. 1136–1139.

¹⁶ Ceza Genel Kurulu’nun bir kararına göre, “Danıştay Yasasının 95. ve Anayasanın 114/son maddelerine göre yargı kararlarına uyulma(ma)sının müeyyidesi olarak yalnız tazminat davası açılabilmesine ve eylemin ayrıca suç teşkil etmeyeceğine dair olan görüş anılan yasa maddelerine yanlış bir anlam vermenin sonucudur... Yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda bulunmasına dair olan anayasa hükmü, yürütme organları ile idareye takdir hakkı tanınmadan uyulması zorunlu bir görev yüklemektedir. Bu görevin yerine getirilme sinde ihmal gösterilmesi veya ısrarla yerine getirilmekten kaçınılması derece derece görevi savsamak veya kötüye kullanmak suçunun oluşmasına yol açar”. YCGK, 25.9.1978, E 78/4–230, K 78/303, YKD, c. V, sy. 8, 1979, s. 1202.

¹⁷ YİBBGK, 22.10.1979, E 78/7, K 79/2, YKD, c. VI, sy. 4, 1980, s. 465–483.

Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk

yönüne gidebilmesi için ilgilinin açmış olduğu iptal davası sonucunun beklenmesine gerek olmadığına... karar verildi”¹⁸.

Görüldüğü gibi Yargıtay bu kararı ile kendi DMK m. 13 uygulamasına uygun bir şekilde kamu görevlisinin kişisel kusurundan şahsen sorumlu olacağını tekrar etmekte ve mahkeme kararlarını uygulamayan kamu görevlisinin bu eyleminin kişisel kusur teşkil edeceğini belirtmektedir. Yani yüksek mahkeme, bu kararı ile mahkeme kararlarını uygulamayan kamu görevlilerinin “*salt uygulamama*” sebebiyle adli yargıda aleyhlerine açılan tazminat davalarında, DMK m. 13’e dayanarak husumetin ancak idareye yöneltilebileceği hususunu ileri süremeyeceklerini zımni olarak kabul etmektedir.

Sonraki Yargıtay kararları da bu içtihadı birleştirme kararı doğrultusunda gelişmiş ve yüksek mahkeme, mahkeme kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlisinin bu davranışını “*salt kişisel kusur*” niteliğinde görerek, DMK 13. maddedeki korumadan yararlanamayacağını hüküm altına almıştır¹⁹.

Bu dönemde doktrindeki genel eğilim de mahkeme kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlisinin, bu davranışının kişisel kusur olduğu ve bundan şahsen sorumlu olacağı yolundadır. Genellikle yargı kararlarına dayanan bu görüşlerde yer yer çelişkilere ve DMK m. 13’ü tamamen yok sayan yorumlara rastlanmaktadır.

Özdeş’e göre “*Mahkeme kararlarını kasıtlı olarak yerine getirmeyen yürütme ve idare tazminata mahkum edilir. Bu hareket tarzı idare için ağır bir hizmet kusuru ve ajan için de kişisel kusur teşkil eder*”²⁰. Böyle bir durumda ise “*görevli ile idare müteselsilen sorumlu olur. ...zarar gören dilerse hizmet kusurundan ötürü idareye karşı Danıştayda dilerse kişisel kusurdan ötürü görevliye karşı Adalet Mahkemesinde dava açabilir*”²¹. Böylece yazar, DMK m. 13 hükmü ile getirilen yasal güvence sistemini²² yok sayarak, birlikte

¹⁸ Karar, s. 475–476.

¹⁹ “22.10.1979 gün ve 7/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre; Danıştayca verilen yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmaması bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin salt kişisel kusurlu olarak kabulleri için yeterlidir”. Y4HD, 19.2.1981, E 80/14013, K 81/1680, YKD, c. VII, sy. 10, 1970, s. 1272.

²⁰ Özdeş, s. 39.

²¹ Özdeş, s. 40. Benzer görüş Esin–Dündar, s. 90.

²² Yasal güvence sistemi, kamu görevlilerinin kusurlu eylem ve işlemleriyle zarara uğrayan üçüncü şahısların açacakları tazminat davalarının ancak idareye yöneltilebileceğini hüküm altına alan bir kanuni düzenlemeyi gerektirir. Böylece bu kanuni düzenlemeye dayanılarak, üçüncü şahısların doğrudan doğruya kamu görevlileri aleyhine tazminat davası açabilmeleri önlenir. Kamu görevlileri bakımından sorumluluk sistemi 1965 tarihli DMK ile değiştirilmiş ve bu kanunun

sorumluluk sistemini²³ benimsemiş olmaktadır.

O dönemde Barolar Birliği'nin görüşünü yansıtan bir raporda yargı kararlarının yerine getirilmemesi “*fili yol*” içinde değerlendirilmektedir²⁴. Rapora göre, “*memurun yaptığı her ‘eylem’ ve ‘işlem’ idarenin sayılmaz. Sadece yapanın ‘memur’ olması yeterli değildir. Örneğin memur ‘keyfi muamele’de bulunabilir (TCK 228). Bu muameleyi ‘idarenin eylem ve işlemi’ saymak olanaksızdır. ‘Parti yararı’na göre yapılan eylem ve işlemler de ‘keyfi’ sayılır*”²⁵. Dolayısıyla mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi idari eylem veya işlem niteliğinde değil fiili yol niteliğinde keyfi eylem ve işlemler kategorisinde yer alır. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü yargı mercilerinin idari eylem veya işlem niteliğinde karar veremeyeceklerine dair açık anayasa hükmü (o dönem, 1961 Any. m. 114) karşısında idare, mahkeme kararlarının icaplarını ancak idari eylem ve işlemlerle yerine getirilebilir. Zaten Danıştay da mahkeme kararlarının icaplarını yerine getirmeyen ya da eksik veya hatalı yerine getiren idarenin bu davranışını bu sebeple “*ağır hizmet kusuru*” olarak görmektedir. Bu nedenle mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi, “*fili yol*” kapsamında değerlendirilemez.

Duran’a göre ise “*mahkeme karar ve hükümlerinin idarece yerine getirilmesi, sorumluluğa yol açan olumsuz tutumun mutlaka müeyyidelendirilmesi gerekli en belirgin örneğidir. Gerçi T.C. Anayasasının 132 nci ve Danıştay Kanununu 95.*

13. maddesi ile *kanuni teminat sistemine* yönelinmiştir. Maddenin gerekçesinde de “hem memur hem de idare edilenler lehine teminat getiren bu hüküm, esas itibarıyla, Alman sisteminden ilham almaktadır” denilmektedir. Ancak gerek doktrin gerekse yargı mercileri DMK m. 13 hükmünü gerekçesinde gösterilen esaslardan farklı şekilde yorumlanmış ve uygulamada hükmün, kamu görevlilerinin sadece görev kusurlarını kapsadığı; buna karşılık salt şahsi kusurları sebebiyle üçüncü şahıslar karşısında şahsen sorumlu olacakları kabul edilmiştir. Yargı kararları ile gelişen bu uygulama karşısında adeta yarı yargısal yarı yasal bir güvence sistemi ortaya çıkmıştır. Geniş Bilgi için bkz. **Akyılmaz**, Bahtiyar, Kamu Görevlilerinin Üçüncü Şahıslara Vermiş Oldukları Zararlardan Doğan Mali Sorumluluk, Konya 1991 (Doktora Tezi).

²³ Sorumluluk sisteminin esası, kamu görevlilerinin, üçüncü şahıslara vermiş olduğu zararlardan bizzat ve doğrudan doğruya sorumlu tutulmasına dayanır. Sorumluluk sistemini kabul eden ülkelerde idarenin sorumluluğu esasının benimsenmiş olması, kamu görevlisinin de şahsen sorumlu tutulabilmesine engel olmaz. İdari bir faaliyet sonucu, kamu görevlilerinin kusurlu eylem veya işlemlerinden zarar gören üçüncü şahıslar, hem idare hem de kamu görevlisi aleyhine dava açabilirler. Bu sebeple sorumluluk sistemi adı verilen bu sisteme “*birlikte sorumluluk sistemi*” de denilmektedir. Bkz. **Akyılmaz**, Tez.

²⁴ “*İdarenin, Danıştayca iptal edilen tasarrufları icraya devam etmesi ile yürütmenin durdurulması kararlarını uygulamaması arasında fark yoktur. Her iki halde de ‘idari direnç’ (bazı yazarlara göre: kafa tutma) ‘idare hukuku dışında kalan fiili bir vaziyet tir’*”. İdari Yargı Kararlarının Özellikle Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Uygulanması Konusunda T.B.B. Yönetim Kurulunun Görüşleri, s. 87.

²⁵ Rapor, s. 88.

Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk

*maddelerinde bu durumu düzenleyen hükümler öngörölmüştür. Fakat bu emredici kurallar bulunmasaydı dahi, hukukun genel prensiplerine göre, idare ilâmları infaz etmemekten, yani olumsuz tutumundan dolayı sorumlu olmak gerekirdi”²⁶. Buna karşılık yazar, kararları uygulamayan kamu görevlisinin de şahsen sorumlu olacağından bahisle şöyle demektedir: “yetkili... hususi maksat veya siyasi saikle Danıştay kararlarını ısrarla yerine getirmemekte devam ederse; yalnız bundan dolayı mali müeyyideye değil, aynı zamanda cezai ve siyasi mesuliyetlerle ve doğrudan doğruya hukuki sorumluluğa da maruz kalabilir”²⁷. **Karayalçın** ise mahkeme kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlileri aleyhine adli yargıda tazminat davası açılabilmesi durumunu DMK m. 13 karşısında doğru bulmamakta ve bu konuda aksi görüş beyan eden yargı merciileri ve doktrini eleştirmektedir²⁸. Yazara göre “uygulanmayan Danıştay kararları dolayısıyla zarar görenlerin, Devlet Memurları Kanunu’na göre (m. 13) ancak ilgili kurum aleyhine dava açabilmeleri mümkün iken, kişisel kusur gerekçesine dayanılarak bakan veya yüksek memurlar aleyhine tazminat davası açmalarını Yargıtay ilgili dairesinin kabul etmesi, yüksek memurları güç durumda bırakmıştır. Yüzbinlerce liralık tazminat tehdidi altında kamu hizmetinin gereklerini yerine getirmenin mümkün olamayacağı aşikârdır”²⁹. Görüldüğü gibi Karayalçın, 13. maddenin, personel aleyhine kişisel kusur iddiasıyla açılacak tazminat davalarını engellediği şeklindeki yorumu ile meseleyi salt kamu görevlisinin himayesi kapsamında ele almaktadır. Buna karşılık kamu görevlisinin davranışının niteliğini gözönünde bulunduran Uler’in yaklaşımı, DMK m. 13 uygulamasına da uygun düşmesi bakımından daha gerçekçidir: “Yargı kararlarının yerine getirilmemesi açıkça anayasaya aykırı bir davranış olmakla beraber, idari bir işlemdir. Çoğu kez hizmetle ilgisiz sayılamaz. Bazen hukuka uygun bile olabilmektedir. Hizmetle bu derece içiçe olabilen bir konuda, daha başlangıçta idare adına işlem yapan kişiyi sorumlu tutmak haksızdır. Yargı kararlarına uyulmamasını ve bunların gereklerinin yerine getirilmemesini hizmet şartları içinde incelemeye yetkili ve yetenekli olan idari yargıya yollamak zorunludur”³⁰.*

Görüldüğü üzere, DMK 13. madde hükmünü, kamu görevlilerinin, salt kişisel kusurları ile verdikleri zarar sebebiyle doğrudan kişisel sorumluluklarını ortadan

²⁶ **Duran**, Türkiye, s. 74.

²⁷ **Duran** Lutfi, 26.3.1966 tarihli konuşması, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Ankara 1966, s. 130–131.

²⁸ **Karayalçın**, Yaşar “Siyasi İktidar ve Yüksek Memurlar”, Fikirler Görüşler Düşünceler Köşesi, Tercüman Gazetesi, 6.11.1979, Salı.

²⁹ **Karayalçın**, Tercüman.

³⁰ **Uler** Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, s. 130. Ozansoy da sonuç olarak Uler’in görüşüne katıldığını ifade etmektedir. **Ozansoy** Cüneyt, Tarihsel ve Kuramsal Açından Devletin Kusurdan Doğan Sorumluluğu Ankara 1989, (Doktora Tezi), s. 339.

kaldırmadığı şeklinde yorumlayan doktrin ve yargı mercileri, sonuç olarak, mahkeme kararlarını uygulamamayı da salt kişisel kusur kapsamında değerlendirerek, kamu görevlisi aleyhine bu sebeple adli yargıda tazminat davası açılabileceğini kabul etmişlerdir. 13. maddenin uygulaması bakımından mahkeme kararlarının “*kasten*” yerine getirilmemesi “*salt kişisel kusur*” olarak değerlendirilebilirse de 1979 tarihli içtihadı birleştirme kararında kabul edildiği gibi kamu görevlisinin ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duygularla hareket edip etmediği aranmadan sırf mahkeme kararını uygulamama davranışının salt kişisel kusur kapsamında görülmesi doğru değildir. Diğer taraftan salt kişisel kusurun belirlenmesi bakımından kastın varlığı için kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların ispat edilmesi de son derece güçtür. Unutulmamalıdır ki mahkeme kararlarının uygulanması kamu hukukuna tabi görevlerle ilgilidir. Dolayısıyla mahkeme kararlarının eksik uygulanması ya da hiç uygulanmamasını kamu hukukuna tabi görev kapsamında kabul etmemek doğru değildir. Her şeyden önce mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ancak idari işlem ve eylemlerle mümkün olur. Bu çerçevede mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi olumsuz idari işlem veya eylem niteliğindedir. O halde mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi hukuka aykırı kusurlu bir idari eylem veya işlemdir. Kararı yerine getirmemede kamu görevlisinin kusuru bulunsa dahi, kusurun oluşumunda görevlinin yetkileri, görevi, hizmet araç – gereçleri ve resmi sıfatı rol oynadığı ve kusur kamu hukukuna tâbi görevin yerine getirilmesi sırasında gerçekleştiği için, ortada doğrudan doğruya ve sadece kamu görevlisinin şahsına atıf ve izafe olunabilen bir kusur değil, idareye atfedilebilen bir kusur bulunmaktadır. Bu bakımdan mahkeme kararlarının uygulanmamasını, BK 41 kapsamında haksız fiil olarak değerlendirmek mümkün olmadığı gibi, idareye atıf ve izafe olunamayan salt kişisel kusur olarak değerlendirmek de mümkün değildir. Aksi düşünce Danıştay’ın, mahkeme kararlarının icaplarına göre işlem veya eylem tesis etmeyen idarenin bu tutumunu “*hizmet kusuru*” olarak gören uygulamalarına da aykırıdır.

Yargı kararlarının uygulanması hususunda ülkemizdeki fiili uygulamanın, mahkeme kararlarını yerine getirmekle yükümlü olan kamu görevlilerinin, genellikle, DMK m. 13 çerçevesinde rücu kararını verecek olan üst düzey yöneticiler olması ve bu nedenle rücu mekanizmasının sağlıklı biçimde işletilememesine bağlı olarak bu şekilde geliştiği söylenebilir. Ancak, rücu müessesesinin sağlıklı işletilememesi, üst düzey kamu görevlilerinin kendi kusurlarından kaynaklanan sorumluluğu devlet hazinesine yıkmak eğilimleri, yasal düzenlemelerin göz ardı edilmesinin mazereti olmamalıdır. Doğru olan, 13. maddeyi yok sayan çözümler yerine, rücu müessesesinin kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıracı şekilde işletilmesine engel olabilecek çözümler üretilmesidir. Bu tür çözümler, bir

yandan hukuk devleti ilkesine inancı artıracak; bir yandan da mahkeme kararlarının uygulanmamasını idare açısından ağır hizmet kusuru, kamu görevlisi bakımından da salt kişisel kusur olarak gören tartışmalı sonuçları ortadan kaldırıp, zarar görenin bir an önce zararının giderilmesi imkânına kavuşmasını, kamu görevlilerinin de daha güven içinde çalışmalarına imkân sağlayabilecektir.

İYUK YÜRÜRLÜĞE GİRDİKTEN SONRAKİ UYGULAMA

12 Eylül 1980 sonrası güçlü yürütme fikrine uygun olarak mali sorumluluk hususunda da yeni düzenlemelere gidilmiştir. Bu düzenlemelerden konuyla doğrudan ilgili olanı 6.1.1982 tarih ve 2577 no’lu İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) 28. maddesidir. Maddenin birinci fıkrasında Anayasa’nın 132. (1961 Anayasası) maddesine paralel bir düzenleme ile “*Danıştay, bölge idari mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, engeç 60 gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur*” hükmü getirilmiştir. Dördüncü fıkrada ise mali sorumlulukla ilgili şu önemli hüküm yer almaktadır: “*Mahkeme kararlarının altmış gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir*”.

İYUK 28/4 hükmü mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi durumunda bazı şartlarda kamu görevlisinin de şahsen sorumlu olacağı hususunda usuli bir kural getirmiştir. Yenice – Esin, bu hükmün 1979 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararındaki esaslarla uyumlu olduğu görüşündedirler³¹. Yazarlara göre bu hükümle “*kararın uygulanmamasından veya geç uygulanmasından zarar gören kişi dilerse idare ajanını, dilerse yalnız idareyi, dilerse de her ikisini dava edebilecektir. Demek ki bu alanda, kişisel kusur karinesi idarenin sorumluluktan kurtulmasına yetmemektedir. Kararın uygulanmaması veya geç uygulanması ajanın kişisel kusurundan ileri gelse dahi idare sorumlu tutulabilmektedir*”³². Yazarların ifadesinden anlaşılan, hükmün, kamu görevlisinin mahkeme kararlarını kasten yerine getirmemesi durumunda idarenin de sorumlu olacağıdır. Yani 28/4 hükmü, idarenin de sorumluluk süjesi olduğunu hüküm altına almaktadır. Oysa kamu görevlilerinin görevle ilgili kişisel

³¹ “Görüldüğü üzere Yargıtay İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun bu kararı idari yargı yerlerince verilen iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarını uygulamamanın neden dolayı kişisel kusur teşkil edeceğini açık biçimde ortaya koymaktadır. Bugün için sorun pozitif hukuk kuralına bağlanmak suretiyle (2577. Kanun md.28/4) daha bir açıklık kazan(mıştır)”, s. 337–338. “28. maddenin 4. fıkrası idari yargı kararlarına beslenen güveni ve toplumsal huzuru pekiştiren önemli bir hüküm getirmiştir. Doktrinde benimsenmiş, içtihatlarla hukuki yaşama girmiş bir kural bu suretle yasal bir niteliğe bürünmüş olmaktadır”, s. 608.

³² Yenice–Esin, s. 331.

kusurlarından idarenin sorumlu olacağı DMK m. 13’de düzenlenmiştir. İYUK m. 28 mahkeme kararlarını kasten yerine getirmeyen kamu görevlileri aleyhine de dava açılabilceğini belirtilerek, kamu görevlisini üçüncü şahıslar karşısında doğrudan doğruya sorumluluk süjesi olarak göstermekte; böylece mahkeme kararlarının yerine getirilmesi bakımından DMK 13’e istisna getirmiş olmaktadır.

28. maddede, kamu görevlisinin ya da idarenin sorumluluğunu düzenlediği kabulüne bağlı olarak, sorumluluğun esas bakımından önemli farklılıklar karşımıza çıkmaktadır. Zira hükmün, idarenin sorumluluğunu düzenlediği, kamu görevlisinin yargı kararlarını uygulamaması da salt kişisel kusur olarak kabul edilecek olursa, idare, kamu görevlisinin tamamen kendi şahsına atıf ve izafe olunan salt kişisel kusurundan dolayı sorumlu tutulmuş; onun kişisel sorumluluğunu üstlenmiş kabul edilecektir. Bu durumda idare için söz konusu olan sorumluluk, *dolaylı sorumluluk* olacaktır. Türk idare hukukunda böyle bir sonuç kabul edilemez. Zira bizde kamu görevlilerinin kusurlu davranışlarından idarenin sorumluluğu, üstlenilen, dolaylı sorumluluk değil, *asli sorumluluktur*. Gerek DMK m. 13 gerekse Anayasanın 129/5 hükümleri ile getirilen esas budur. Bu sebeple 28/4 hükmü ile 13. maddeye bir istisna getirilmiş ve sadece kastın varlığı hâlinde kararı yerine getirmeyen kamu görevlisinin de zarar gören karşısında doğrudan doğruya, şahsen sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Kamu görevlisinin mahkeme kararını yerine getirmemek veya eksik olarak yerine getirmek şeklinde tezahür eden davranışı, idari işlem ve eylem niteliğinde olduğu için, böyle bir davranıştan idarenin sorumluluğu, doğrudan doğruya ve asli sorumluluktur. Duran da benzer bir görüş ifade etmektedir: “*Hükmün genel ifade ve anlamı; mahkeme kararlarına uyulmaması hallerinde esas itibariyle idarenin sorumluluğunun söz konusu olduğu ve ancak kamu görevlisinin bunları ‘kasten’ yerine getirmemesi durumunda, kendisi aleyhine tazminat davası açılabilceği yönünde görülmektedir*”³³. O halde İYUK m. 28/4 hükmü ile mahkeme kararını salt uygulamamanın, kişisel sorumluluğa yol açacağını hüküm altına alan 1979 tarihli içtihadı birleştirme kararı anlamını yitirmiş; kamu görevlilerinin ancak kasten uygulamama durumunda zarar görenlere karşı şahsen sorumlu olacakları kabul edilmiştir.

Kamu görevlisinin sorumluluğu bakımından 13. maddeye istisna getiren İYUK m. 28/4 idarenin sorumluluğu hususunda bir sınırlandırma getirmemiştir. Yani kamu görevlisinin mahkeme kararlarını kasten uygulamaması durumunda dahi idarenin sorumluluğu devam etmektedir. Kanun koyucu 13. maddedeki devletin sorumluluğu

³³ Duran, Lutfi, “*Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu*”, AİD, C. 17, sy. 2, Haziran 1984, s. 9.

Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk

esasını desteklemekte; 1979 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki “*salt kişisel kusur*” belirlenmesini rağmen bu durumu idarenin sorumluluğuna engel görmemektedir³⁴.

Yargıtay İYUK’un yürürlüğe girdiği ilk yıllarda da önceki tavrını devam ettirmiştir. “*Kamu görevlilerine karşı onların salt kişisel kusuru dolayısıyla adli yargı yerinde Borçlar Kanunu haksız eylem ilkelerine göre maddi ve manevi tazminat davası açılabilceğini öngören 22. 10. 1979 gün ve 7/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı geçerliliğini sürdürmektedir*”³⁵ diyen yüksek mahkeme salt kişisel kusurun varlığı halinde bundan sadece kamu görevlisinin sorumlu olacağı görüşündedir: “*Dava, idarenin bir işleminden ötürü uğranılan bir zararın değil, bir mahkeme kararının idarece (kamu görevlisince) yerine getirilmemiş bulunmasından doğan zararın ödetilmesi isteğidir. ...Bir idari yargı yerince verilmiş olan kararın uygulanmaması, bunu uygulamayan kamu görevlisi yönünde salt kişisel kusur oluşturur*”³⁶. Kararda İYUK 28/4 hükmünden, hiç bahsetmeyen Yargıtay, 1979 tarihli içtihadı birleştirme kararının geçerliliğini sürdürdüğünü belirterek bu defa da 28. maddeyi “*yok*” saymıştır³⁷. Yüksek mahkemenin eskisi gibi mahkeme kararlarının sadece uygulanmamış olmasını salt kişisel kusurun varlığı için yeterli görmesi ve 28/4 deki “*kasten yerine getirmeme*” şartına iltifat etmemesi de bu kanaati güçlendirmektedir.

4. Hukuk Dairesi daha sonra verdiği kararlarda sorumluluğun şartları bakımından daha temkinli davranmış İYUK 28/4’ü de göz önünde bulundurarak kamu görevlisinin sorumluluğu için kastın varlığını aramaya başlamıştır: “*Özellikle yürürlükte bulunan 2577 sayılı kanunu 28. maddesinin açık hükmü karşısında yargı kararlarının yerine getirilmemesinden doğan sorumlulukta kusurun kast niteliğinde bulunması gerekir*”³⁸. Yargıtay böylece 28/4 hükmünün içtihadı birleştirme kararı ile getirilen esastan bir parça da olsa ayrılmış; “*kast*” unsurunu objektif ölçülere bağlamaya çalışmıştır: “*İdareye resmen gönderilen bir yargı kararının, bunu bir anayasa emri olarak yerine getirmekle yükümlü olan kamu görevlisinden ‘yerine getirme açıkça istendiği halde’ yasal süre içinde getirilmemesi halinde kastın varlığı kural olarak kabul edilmelidir*”³⁹. Bir başka kararda ise kast şu şekilde tarif edilmektedir⁴⁰: “*Kast,*

³⁴ **Yayla** Yıldızhan, Karar İncelemesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, c. 1, sy. 3, 1986, s. 54–55.

³⁵ Y4HD, 27.2.1986, E 86/1268, K 86/1841, YKD, c. 12, sy. 6, 1986, s. 797.

³⁶ Karar, s. 797.

³⁷ **Yayla**, Karar, s. 53.

³⁸ Y4HD, 13.5.1986, E 86/1995, K 86/4064, YKD, c. 12, sy. 9, 1986, s. 1289.

³⁹ Karar, s. 1289–1290.

⁴⁰ Y4HD, 5.4.1988, E 87/10607, K 88/3416, YKD, c. XIV, sy. 11, 1988, s. 1507–1508.

hukuka aykırı eylemin sonuçlarıyla birlikte bilerek istenerek işlenmesidir; hukuka aykırı sonuç, hukuka aykırılık bilerek istenildiği zaman kastın varlığı kabul edilecektir. ...Çok açık anayasa emri (m. 138) karşısında; kamu görevlisinden yargı kararının yerine getirilmesi istenildiğinde bundan kaçınılması halinde kural olarak kastın varlığı kabul edilmelidir". Böylece Yargıtay bir yandan önüne gelen olaylarda 28/4 hükmünü uygulayarak eski uygulamasından vazgeçtiğini gösterirken; bir yandan da Anayasa hükümleri karşısında yargı kararının yerine getirilmemesini kastın varlığı için yeterli sayarak eski uygulamasının sonuçlarına ulaşmaktadır. Zira "idarenin ve dolayısıyla kamu görevlisinin yargı kararlarını yerine getirmesi bir idari işlem ve eylem niteliğinde değildir; aksine uyulması gerekli bir anayasa emridir"⁴¹.

Görüldüğü üzere Yargıtay, 28/4 hükmünü 1979 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile getirdiği uygulamaya önemli bir değişiklik yapar nitelikte görmemiş; kamu görevlisinin açık anayasa emri karşısında yargı kararlarını uygulamamasını kastın varlığı için yeterli saymış ve böylece 28/4 hükmünü eski uygulamasına benzer bir şekilde yorumlamıştır.

ANAYASA 40/2 VE 129/5 KAPSAMINDA UYGULAMA

1982 Anayasası 1961 Anayasası'nın 132. maddesindeki "yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadırlar" hükmünü, 138. maddesinde aynen muhafaza etmiştir. 40/2 ve 129/5 hükümleri ise DMK m. 13 ile hukukumuzda giren devletin sorumluluğu esasının sınırlarını daha genişletmiş ve bu esası daha vurgulu bir şekilde, anayasa hükmü olarak getirmiştir⁴².

Yargıtay, Anayasa'nın kabulünden sonra verdiği ilk kararlarda bu hükümlerden etkilenmiş görünmektedir. Bir bakanın yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarını uygulamaması sebebiyle aleyhine açılan tazminat davası ile ilgili olarak önüne gelen olayda Hukuk Genel Kurulu 129/5 hükmünü geniş bir şekilde tartıştıktan sonra bakanın 129/5 çerçevesinde kamu görevlisi olduğuna hükmetmiş⁴³, konunun esası ile ilgili olarak da şu ifadeye yer vermiştir: "Bütün bunlardan sonra artık konunun esasına

⁴¹ Y4HD, 13.5.1986, E 86/1995, K 86/4064, YKD, c. 12, sy. 9, 1986, s. 1288.

⁴² Anayasanın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" kenar başlığını taşıyan 40. maddesinin ikinci fıkrasında "Kişinin, resmi görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır" hükmü; (kamu hizmeti görevlilerinin) "Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturmasında güvence" kenar başlıklı 129. maddenin beşinci fıkrasında ise "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir" hükmü yer almaktadır.

⁴³ YHGK, 14.9.1983, E 80/4-1714, K 83/803, YKD, c. IX, sy. 11, 1983 s. 1587-1606.

Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk

girilmesi ve Anayasa'nın 129/5 maddesinin öngördüğü koşullar ile yasal unsurlar açısından idarenin karşılaması gereken bir sorumluluğunun var olup olmadığının belirlenmesi ve sonuca göre uyumsuzluğun incelenmesi gerekmektedir"⁴⁴.

Daha önce 1979 tarihli İtihadı Birleştirme Kararı ile DMK m. 13 den hiç bahsetmeden mahkeme kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlilerinin bu davranışını kişisel kusur olarak telâkki eden ve görevlinin kişisel sorumluluğu için yeterli gören Yargıtay, bu kararı ile 129/5 hükmündeki şartların gerçekleşmesi hâlinde birinci derecede ancak idarenin sorumlu olabileceğini ima etmektedir. O halde yüksek mahkeme anayasanın bu hükmünün eski uygulamasını sınırlandırdığı görüşündedir⁴⁵. Ancak 4. Hukuk Dairesi'nin bir kararı⁴⁶ 129/5 hükmünün uygulanabilmesi ihtimalini adeta ortadan kaldırmaktadır: "*Dava, idarenin bir işleminden ötürü uğranılan bir zararın değil bir mahkeme kararının yerine getirilmemiş bulunmasından doğan zararın ödetilmesi isteğidir*" diyerek mahkeme kararlarının yerine getirilmesini bir idari eylem veya işlem niteliğinde görmeyen Yargıtay'a göre: "*salt kişisel kusura dayanan tazminat davaları Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrasının kapsamı dışında kalır. Bir idari yargı yerince verilmiş olan kararın uygulanmaması, bunu uygulamayan kamu görevlisi yönünden salt kişisel kusur oluşturur. Çünkü kamu görevlisi yargı kararını yerine getirmekle görevlidir ve bunu yerine getirmeme konusunda kendisinin kullanabileceği bir yetkisi yoktur*". O halde yüksek mahkeme tıpkı eskiden olduğu gibi yargı kararlarının uygulanmamış olmasını salt kişisel kusur olarak değerlendirmekte idarenin sorumluluğunun söz konusu olmayacağına hükmetmektedir.

Bu karara katılmak imkânsızdır. Her şeyden önce daha önce belirttiğimiz gibi mahkeme kararlarının icaplarının yerine getirilmesi ancak idari eylem veya işlemlerle mümkün olur; Kararı yerine getirmeme de olumsuz eylem veya işlem niteliğindedir. Mahkeme kararlarını yerine getirmemenin kamu görevlisi için salt kişisel kusur teşkil ettiği görüşü de hatalıdır. Zira öyle durumlar söz konusu olabilir ki mahkemenin verdiği yürütmeyi durdurma veya iptal kararını uygulamak imkânı bulunmaz⁴⁷. Böyle durumlarda bırakın salt kişisel kusuru, görevlinin herhangi bir

⁴⁴ Karar, s. 1592.

⁴⁵ Farklı görüş için bkz. **Duran**, Kamu Personeli, s. 16–17.

⁴⁶ Y4HD, 27.2.1986, E 86/1268, K 86/1841, YKD, c. 12, sy. 6, 1986, s. 796–798. Kararla ilgili olarak Bkz. **Yayla**, Karar.

⁴⁷ "*Görüldüğü gibi, hukuk düzenimizde Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin kararlarının gereğinin idarece geciktirilmeksizin yerine getirilmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur. İdari yargıda açılan dava sonucu, mevcut hukuki durumda değişiklik yaratan subjektif bir işlemin iptali yolunda karar alındığında, bu kararın uygulanmasını sağlamak yükümlüğü işlemi tesis eden idareye ait bulunmaktadır. İptal kararının yerine getirilmesi, dava konusu işlemin tesis edildiği*"

kusuru bile söz konusu olmayabilir. Bu sebeple sadece uygulamamayı görevlinin sorumluluğu için yeterli saymak mantıksızdır. Bunun dışında mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi menfi idari eylem veya işlem niteliğinde olduğu için kamu görevlisinin kusuru da idareye atıf ve izafe olunabilecek bir kusurdur. Kamu görevlisine, kararın icaplarına göre eylem veya işlem yapma görev ve yetkisi bizzat idare tarafından verilmiştir. Dolayısıyla görevlinin işlem veya eylem yapmaktan kaçınması kendisine verilen görev ve yetkiler dahilinde bir kusurlu davranış (kaçınma) olarak karşımıza çıkar. Bu bakımdan da kamu görevlisinin davranışı 129/5'deki "yetkilerini kullanırken işledikleri kusur" şartına uymaktadır. Aksi halde Yargıtay kararındaki "kamu görevlisi yargı kararını yerine getirmekle görevlidir ve bunu yerine getirmeme konusunda kendisinin kullanabileceği bir yetkisi yoktur" ifadesi çerçevesinde, kararların yerine getirilmemesinin, "yetki dışı" kabul edilip, 129/5 kapsamı dışında salt kişisel kusur olarak değerlendirilmesi kabul edilemeyecek sonuçlar doğurur. Zira bu durumda kamu görevlisinin hukuku aykırı, kusurlu bütün davranışları yetki dışı kabul edilip salt kişisel kusur kapsamında görülecek ve idarenin sorumluluğu sadece hizmet kusuruna inhisar ettirilecektir. Oysa 40/2 ve 129/5 hükümleri karşısında böyle bir sonucun kabulü imkânsızdır. Kaldı ki biraz önce bahsettiğimiz İYUK 28/4 hükmü çok daha dar olan "kast" halinde dahi ilgilinin isterse idareyi dava edebileceğini kabul etmiştir. Kasttan daha hafif kusurlarda ise idarenin sorumluluğunun evleviyetle devam edeceği açıktır⁴⁸. Bu sebeplerle, kamu görevlilerinin mahkeme kararlarını uygulamamaları sebebiyle, İYUK 28/4 ve anayasanın söz konusu hükümleri karşısında, yargı kararını sadece uygulamamanın, salt kişisel kusur telâkki edilerek kamu görevlisinin doğrudan kişisel sorumluluğu cihetine gidilebileceği idarenin sorumluluğunun ise söz konusu olmayacağı iddiası, hukuk kurallarının yanlış yorumlanmasının ötesinde, yok sayılması demektir.

anda mevcut olan hukukî durumun davalı idare tarafından yeniden tesisi suretiyle olacaktır. Ancak davalı idarenin tek taraflı işlemi ile dava konusu işlemin tesisinden önceki hukukî durumun yaratılmasının hukuken veya fiilen mümkün olmadığı hallerde yargı kararının uygulanmaması söz konusu olabilmektedir. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 20.03.2002 tarih ve 653 sayılı ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun 20.03.2002 tarih ve 177 sayılı kararları çerçevesinde, 04.04.2002 tarihinde yapılan Tasfiye Halinde Kentbank A.Ş. Genel Kurulu'nda tasfiyenin kaldırılmasına ve Bankanın Bayındırbank A.Ş. bünyesinde devren birleştirilmesine karar verildiği, bu karar gereğince Kentbank A.Ş.'nin tüzel kişiliğinin ticaret sicilinden terkin edilerek sona erdiği görülmektedir. Kentbank A.Ş.'nin banka olarak tüzel kişiliğini İdare Hukuku dışındaki yasal düzenlemeler kapsamında yitirmiş olması ve hukuken ve fiilen idarenin işlem tesisi ile önceki hukuksal durumun re'sen tesis edilmesinin mümkün olmadığı, başka bir anlatımla, devir, kararının alındığı tarihteki Kentbank'ın hukuki ve malî yapısının davalı idarece tesisi suretiyle davacıya iadesinde hukuki ve maddi (fiili) imkansızlık bulunduğu ve idarenin idari yargı kararını uygulamadığı sonucuna varıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır". D13D, 29.11.2005, E 2005/5545, K 2005/5698, DBB; aynı yönde D13D, 29.11.2005, E 2005/5546, K 2005/5699, DBB.

⁴⁸ **Yayla**, Karar, s. 54–55.

Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk

Yargıtay'ın daha sonra İYUK 28/4 hükmünü göz önünde bulundurarak, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunun sadece kasten yerine getirmeme durumlarında söz konusu olacağı içtihadını benimsediği kararında⁴⁹ da kamu görevlilerinin mahkeme kararlarını yerine getirmemelerinin Anayasa 129/5 kapsamında değerlendirilemeyeceği hususunu tekrar etmiştir. Yüksek mahkemeye göre, “Anayasanın 129/5. maddesinin nitelikçe kapsamı; memur ve kamu görevlilerinin ‘yetkilerini işledikleri kusurlarla’ sınırlıdır. Bu nedenle, memur güvencesi için, öncelikle idareye izafe edilecek bir idari işlem ve eylemin bulunması zorunludur. Oysa idarenin ve dolayısıyla kamu görevlisinin yargı kararını yerine getirmemesi bir idari işlem ve eylem niteliğinde değildir; aksine uyulması gerekli bir anayasa emridir”⁵⁰. Görüldüğü gibi Yargıtay idare için “bağlı yetki” söz konusu olan hallerde, yetkinin kullanılmasını (ya da kullanılmamasını) idari işlem veya eylem niteliğinde görmemektedir⁵¹. Bu durumda idari eylem ve işlemler, ancak takdir yetkisinin kullanılması halinde söz konusu olabileceği için Yargıtay’a göre idarenin sorumluluğu da sadece takdir yetkisinin kullanılması hallerinde söz konusu olacaktır.

1988 tarihli bir kararda Yargıtay içtihadını değiştirmiş görünmektedir⁵²: “Davalı, iptal kararının yerine getirilmesi için hiç bir işlem yapmamıştır.. Davaya konu olayda idari işlem yapma yetkisi ona (ilk öğretim müdürü) değil, diğer davalı valiye aittir. Bu nedenle onun yargı kararını yerine getirme eylemine kasten iştirak ettiği kabul edilemez”. Kararda bahsedilen “işlem” ve “eylem” herhalde idari işlem ve eylemdir. Kararında 129/5 hükmünden hiç bahsetmeyen, olayda valinin herhangi bir işlem yapmaması ve davacıya daha alt kademede bir görev teklif etmesini “kast”ın varlığı için yeterli görerek doğrudan İYUK 28/4’e dayanarak, davalı valinin kişisel sorumluluğuna hükmeden Yargıtay bu kararlar mahkeme kararlarının icaplarının idari eylem ve işlemlerle yerine getirilebileceğini kabul etmektedir.

Son yıllarda Yargıtay, yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle uğranılan zararların giderilmesi için açılan davalarda Anayasa'nın 129/5 hükmünden

⁴⁹ Y4HD, 13.5.1986, E 86/1995, K86/4064, YKD, c. 12, sy. 9, 1986, s. 287290.

⁵⁰ Ayrıca kararda şöyle denilmektedir: “Anayasanın memur ve kamu görevlileri için öngördüğü teminatın ‘idari işlem ve eylem’ olarak nitelendirilebilecek davranışlarda söz konusu olduğu maddenin açık sözünde olduğu gibi özünde de vardır; ancak bu gibi eylem ve davranışlardan doğan kişisel kusurundan dolayı memurlar ve diğer kamu görevlileri aleyhine doğrudan dava açılmaz. Memurun kamu görevini yerine getirirken zararı oluşturan davranışı, bir idari işleme yabancı ise, çoğu kez suç teşkil eden bu davranışlar nedeniyle memur zarar görene karşı doğrudan doğruya ve kişisel kusurundan dolayı sorumlu olur”. Karar, s. 288.

⁵¹ **Yayla**, Karar, s. 53–54; **Ozansoy**, s. 338.

⁵² Y4HD, 5.4.1988, E 87/10607, K 88/3416, YKD, c. XIV, sy. 11, 1988, s. 1506–1509.

bahsetmeden⁵³, İYUK m. 28/4 hükmü ve 1979 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına dayanarak hüküm tesis etmekte⁵⁴; bu içtihadının kesinleştiğini de vurgulayarak, 1979 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı çerçevesinde salt yargı kararını yerine getirmemenin kastın varlığı için yeterli olduğunu ifade etmektedir: “*Gerek öğretilerde, gerekse sapma göstermeyen yargısal içtihatlarda yargı kararlarını uygulamamanın, salt kişisel kusuru oluşturacağı benimsenmiştir. ... Öte yandan, idari yargı ve Danıştay’ca verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının salt uygulanmaması, bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin, zararın gerçekleşmesi halinde tazminatla sorumlu tutulmasını gerektirici bir olgudur. Diğer anlatımla, sorumluluk için idarenin ve kamu görevlisinin ayrıca kin, garez, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket ettiklerinin araştırılmasına gerek yoktur. Salt yargı kararlarının yerine getirilmemesi sorumluluk için yeterli bir unsurdur (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 22.10.1979 gün ve 7/2 sayılı kararı)*”⁵⁵.

2577 sayılı İYUK’un 28. maddesinin 4. fıkrasının davalıya iki seçenektan birini kullanarak ya idare aleyhine ya da kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açma hakkı tanıdığını ifade eden⁵⁶ Danıştay ise 28/4 hükmünün, Anayasa’nın 129/5 hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Nitekim bir kararında Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kural*

⁵³ “Anayasanın memur ve kamu görevlileri için öngördüğü teminat ‘idari işlem ve eylem’ olarak nitelendirilebilecek davranışlarda söz konusudur. Memurların ve kamu görevlilerinin kişisel kusur teşkil eden eylemleri Anayasa 129/5. fıkrası kapsamına dahil değildir. Çünkü kişisel kusur teşkil eden eylemleri anılan fıkradaki yetki sınırları içinde varsaymak mümkün değildir. Memurun kamu görevini yerine getirirken zararı oluşturulan davranışı, bir idari işlem veya eylemden kaynaklanmıyorsa çoğu kez suç teşkil eden bu davranışlar nedeniyle memur zarar görene karşı doğrudan doğruya ve kişisel kusurdan dolayı sorumlu olacaktır.” Y4HD, 09.06.1998, E 1998 / 1850, K 1998 / 4581, <http://www.hukukturk.com>.

⁵⁴ “Anayasanın 138. maddesinde, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu belirtildikten başka, kararların değiştirilemeyeceği ve uygulamasının da geciktirilemeyeceği yer almış bulunmaktadır. Yine bu bağlamda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinde de, mahkeme kararlarını 30 gün içinde uygulamayan kamu görevlileri hakkında tazminat davası açılabileceği ifade edilmiştir. Açıklanan bu yasal düzenlemeye paralel olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 24/09/1979 gün ve 7/2 sayılı kararında da, yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu bulunduğuna işaret edilmiştir”. Y4HD, 09.06.1999, E 1999/3555, K 1999/5498, <http://www.hukukturk.com>.

⁵⁵ YHGK, 07.06.2006, E 2006/309, K 2006/359, <http://www.hukukturk.com>.; YHGK, 03.05.2000, E 2000/4-843, K 2000/856, <http://www.hukukturk.com>. Yüksek Mahkemeye göre Bir kararın uygulanmaması durumunda, uygulamayan kamu görevlisinin ki garez, kasıt gibi kusurlarının varlığının aranması gerekmez. Diğer bir anlatımla zarar gören, davalının kasten uygulamadığını kanıtlamakla yükümlü olmadığı gibi davalıda kastının bulunmadığını kanıtlamakla sorumluluktan kurtulamaz” Y4HD, 09.06.1999, E 1999/3555, K 1999/5498, <http://www.hukukturk.com>.

⁵⁶ D5D, 28.09.1999, E 96/1753, K 1999/2643, DBB.

Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk

olarak, kurum aleyhine açılabilceğine ve kurumun genel hükümlerine göre sorumlu personele rücu hakkının saklı tutulduğuna işaret edildikten sonra, olayda kamu görevlisinin şahsi kusuruna dayanılarak anulan görevli aleyhine de dava açıldığından, davanın bu kısmının adli yargı yerince çözümlenmesi gerektiğine karar verilmiştir”⁵⁷ diyerek kamu görevlisinin kişisel kusur nedeniyle verdiği zararlar için açılacak davanın adli yargıda görülmesi gerektiğine hükmetmiştir.

İYUK m. 28, mahkeme kararlarını kasten yerine getirmeyen kamu görevlilerinin zarar görenler karşısında birinci derecede sorumluluk süjesi olabileceğini hüküm altına almakta ve yukarıdaki kararda olduğu gibi adli yargı yerleri bu maddeye dayanarak kamu görevlisi aleyhine açılan tazminat davalarına bakmaktadırlar. Buna karşılık Anayasa’nın 129. maddesi kamu görevlilerinin kusurlu davranışları ile verdikleri zararlardan doğan sorumluluk konusunda genel bir kural getirmiştir: Buna göre, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilir. Yani kamu görevlileri doğrudan, birinci derecede sorumluluk süjesi olamazlar. Bu bir çelişki midir? Bu iki hüküm birbirleriyle uyumlu mudur? Yayla’ya göre, “İdari Yargılama Usulü Kanunu, kasten yargı kararına uymama halinde, bunun görev dışı olduğunu kabul etmekte ve asıl istisnayı bu noktada öngörerek idarenin sorumluluğunu da devam ettirmektedir. Anayasaya aykırılık bu yüzden yoktur. Yeter ki idarenin tazminata mahkum olması halinde, kasıtlı ajana rücuu da yasaklanmış sayılmasın”⁵⁸. Ozansoy ise Yayla’nın görüşüne katılmamaktadır. Yazara göre; “İYUK un Anayasa’ya “istisna” getirme yeteneği söz konusu olamayacağı gibi; yargı kararlarına uymama halini de “görev dışı sayarak Anayasa dışına taşımak mümkün değildir”⁵⁹.

Hemen belirtelim ki yargı kararlarına uymama halini görev dışı sayan İYUK değil, Yargıtay kararlarıdır. Yargıtay uygulamaları ışığında meseleye bakıldığında YAYLA’nın belirttiği gibi 28/4 hükmü Anayasa’ya aykırı değildir. Zira Yargıtay kararlarına göre kamu görevlisinin salt kişisel kusurları 40/2 129/5 kapsamına girmemektedir. Buna karşılık yüksek mahkeme uygulamasına göre, mahkeme kararlarının uygulanmaması kamu görevlisi bakımından salt kişisel kusur olarak değerlendirilmektedir. O halde Yargıtay zaten mahkeme kararlarının uygulanmaması durumunu Anayasa’nın bahsettiğimiz hükümleri kapsamında görmemektedir. Yani istikrar kazanan uygulamaya göre kamu görevlileri yargı kararlarını uygulamamaları sebebiyle doğrudan doğruya, şahsen sorumlu tutulmakta; idare ise 40/2 ve 129/5

⁵⁷ D5D, 09.02.2000, E 97/434, K 2000/1268, DBB

⁵⁸ Yayla, s. 138, dn. 133.

⁵⁹ Ozansoy, s. 336.

açısından sorumluluk süjesi olmamaktadır. 28/4 hükmü ise mahkeme kararlarının uygulanmaması konusunda “*özel*” bir “*usuli*” hüküm getirmiş ve kasten (ve tabii kusurun diğer şekillerinde de evleviyetle) uygulamama durumunda tazminat davasının idareye de yöneltilebileceğini kabul etmiştir.

Böyle bir yorum Anayasa 40/2 ve 129/5 hükümlerinin amacına aykırı düşen zorlama bir yorumdur. Burada tekrar ifade edelim ki yargı kararlarının icaplarına göre tesis edilen eylem ve işlemler idari eylem ve işlem niteliğindedir. Yargı kararını uygulamak hususunda kendisine görev ve yetki verilen kamu görevlisinin kararı yerine getirmeme şeklinde tezahür eden davranışı görev ve yetki içinde gerçekleştirilmiş bir hukuka aykırılıktır. Yoksa böyle bir davranışı görev ve yetki dışı saymak imkânsızdır. O halde yargı kararlarının icaplarına göre eylem veya işlem tesis etmeyen kamu görevlisinin bu davranışından zarara uğrayanlar Anayasa'nın söz konusu hükümlerine göre “*ancak*” idare aleyhine dava açabilirler. Halbuki İYUK 28/4 hükmü bu gibi durumlarda kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilirliğini belirtmekte ve bu ifadesiyle Anayasanın 40/2 ve 129/5 hükümlerine ters düşmektedir.

SONUÇ

1980 sonrası yargı kararlarının uygulanması ile ilgili olarak karşımıza İYUK m. 28/4 hükmü ile Anayasa 40/2 ve 129/5 hükümleri çıkmaktadır. Yargı mercileri ve özellikle Yargıtay ilk başlarda bu hükümleri gözardı ederek 1979 tarihli içtihadı birleştirme kararına göre hüküm vermiş; fakat daha sonra bu maddeleri de göz önüne alma gereği hissetmiştir. Ancak şurası da bir gerçektir ki yüksek mahkeme çözümlerini hep eski uygulaması doğrultusunda geliştirmiş; bu arada yargı kararlarının kamu görevlilerince yerine getirilmemesi durumunu yetki dışı sayarak 129/5 kapsamı dışında görmüştür.

Yargı kararlarını uygulamamanın yetki dışı sayılmasının imkânsızlığı karşısında bu konuda açılacak tazminat davalarının, Anayasa 129/5 hükmüne göre ancak idare aleyhine açılması gereklidir. Bu konuda kamu görevlisi aleyhine de dava açılmasına cevaz veren İYUK 28/4 hükmü, bu bakımdan anayasaya aykırıdır.

Buna göre, kamu görevlilerince, yargı kararlarının yerine getirilmemesi ya da eksik olarak yerine getirilmesi sebebiyle zarara uğrayanlar anayasa hükmü gereği ancak idare aleyhine dava açabilirler. Yargı kararlarının yerine getirilmemesi açıkça Anayasa'nın 138. maddesine aykırı olmakla beraber, idari bir işlemdir. Bu sebeple idarenin doğrudan ve asli sorumluluğunu doğurur. Zira Anayasal bir yükümlülük olan yargı kararlarının uygulanması konusundaki yükümlülüğünü yerine getirmeyen

idare için bu durum, tipik bir hizmet kusurudur⁶⁰. Hatta Danıştay, idarenin, yargı kararını anayasa ve yasada bulunan hükümlere rağmen her ne sebeple olursa olsun⁶¹ gecikmeksizin uygulamamasını pek çok kararında⁶² ağır hizmet kusuru olarak değerlendirmektedir. Danıştay'a göre, yargı kararlarının idarece “aynen” ve “gecikmeksizin” uygulanması, “Hukuk Devleti” ilkesinin doğal bir sonucudur. “Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında, hukuk kurallarına uyulmaması hizmeti yürüten idarenin ağır hizmet kusuru işlediğini gösterir ve tazmin sorumluluğu doğurur”. Bu sebeple “idarenin Anayasa hükümlerini hiçe sayarak yargı kararını uygulamama amacıyla hareket ettiği ve davacının fiili olarak ... valiliği görevinde çalışmasına imkân tanınmayarak ağır bir hizmet kusuru işlendiği açıktır”⁶³. AYİM de benzer yaklaşımı sergilemektedir: “Davacı uzman çavuşun sözleşmesinin feshi işlemleri AYİM’ce iptal edildiğinden davacının ilişkisinin kesildi tarihle yargı kararı ile tekrar göreve başlatıldığı tarih arasındaki tüm aylık ve özlük haklarının ödenmesi gerekirken aksi yönde hareket edilmesi bir hizmet kusuruna yol açtığından davalı idarenin doğan zararı tazminin gerektiği kuşkusuzdur”⁶⁴. Diğer taraftan yargı kararının kanunda belirtilen süre içinde değil de daha sonra uygulanması halinde de idare, geç uygulama sebebiyle ortaya çıkan zararlardan yine hizmet kusuru uyarınca sorumludur⁶⁵.

Kararın yerine getirilmemesinde kusuru bulunan kamu görevlisinin ise dolaylı olarak da olsa idareye karşı sorumluluğu devam etmektedir. Zira 129/5 hükmüne göre kararın yerine getirilmemesi sebebiyle tazminat ödemek zorunda kalan idare kusuru nispetinde, kararın yerine getirilmemesinde kusuru bulunan kamu görevlisine rücu etmek zorundadır. Kamu görevlilerinin hem yargı kararlarını uygulamama, hem de devlet bütçesinden tazminat ödeme cüretini göstermemeleri ise rücu sisteminin mutlak ve işler bir şekilde çalışmasına bağlıdır.

⁶⁰ D6D, 09.10.1996, E 95/7076, K 96/4029, DD, sy. 93, s. 347. AYİM de aynı görüştedir. AYİM1D, 23.05.1995, E 95/61, K 95/62, AYİMKD, sy. 10, s. 986-987.

⁶¹ Danıştay, karar düzeltme başvurusu nedeniyle de olsa yargı kararını uygulamayan idarenin ağır hizmet kusuru işlediğine hükmetmiştir. D6D, 09.10.1996, E 95/7076, K 96/4029, DD, sy. 93, s. 347

⁶² D5D, E 95/3611, K 97/2485, 10.11.1997, DD 1998, Yıl: 28, sy. 96, s. 217–222. Aynı yönde bkz. D10D, E 88/2878, K 90/1143, 23.5.1990, DD 1991, Yıl: 21, sy. 81, s. 353–354; D10D, E 88/1908, K 89/1148, 25.5.1989, DD 1990, Yıl: 20, sy. 76–77, s. 772–774; D10D, E 93/5339, K 94/5161, 25.10.1994, DD, sy. 90, s. 1101–1104.

⁶³ Bu kararda kişisel kusur da söz konusu edilmiş ve yargı kararını uygulamayan kamu görevlisine rücu edilmesi gerektiğine karar verilmiştir D5D, 10.11.1997, E 95/3611, K 97/2485, DD, sy. 96, s. 219–220.

⁶⁴ AYİM1D, 23.05.1995, E 95/61, K 95/62, AYİMD, sy. 10, s. 986-987.

⁶⁵ D10D, 25.10.1994, E 93/5339, K 94/5161, DD, sy. 90, s. 1101–1104.

BOŞ

**OSMANLI MİRAS
HUKUKUNDA KADININ STATÜSÜ
THE POSITION OF WOMAN
IN OTTOMAN INHERITANCE LAW**

Prof.Dr. S.Gül AKYILMAZ*

ÖZET

Osmanlı Devleti'nde kadının hukuki statüsünü belirleyen konulardan birisi de miras hukukundaki konumudur. Osmanlı hukuk sisteminin ikili yapısı çerçevesinde her türlü mülk menkul ve gayrimenkul mal mirasçılar arasında İslam Miras Hukuku hükümlerine göre paylaştırılmıştır. Ana kaynaklarda yer alan düzenlemelere göre kadınlar bazı durumlarda kendileriyle aynı konumda olan erkeklerin yarısı kadar mirastan pay alabilmişlerdir. Buna karşılık miri arazi, gayrisahih vakıflar, icareteynli vakıflar ve mukataalı vakıfların tasarruf hakkı ise örfi intikal hükümlerine göre gerçekleşmiştir. Örfi intikalde ise şer'i intikalın tersine zaman içinde cinsiyetler arası eşitlik temeline dayanan düzenlemeler yapılmıştır. 1913 yılında yapılan son düzenleme ile her zümre için kadın ve erkek arasında hukuki eşitlik sağlanmıştır.

ANAHTAR KELİMELER

Şer'i intikal, örfi intikal, tereke, eshab'ül feraiz, asabe, hukuki eşitlik, miri arazi, icareteynli vakıf, mukataalı vakıf

SUMMARY

The position of woman in Ottoman Inheritance Law has been very important for determining the legal statue of woman in the Ottoman Empire. Ottoman legal system had a dual character. It was a mixture of religious law (şeriat) and sultanic law (örfi hukuk). For this reason all kinds of movable goods and real estates concerning private property were distributed according to the Islamic Law rules. On the other hand miri lands (miri arazi), gayrisahih, icareteynli and mukataalı wakfs were shared according to the sultanic law. In Islamic Inheritance Law while the men were taking two share, the women take one share. In contradiction to the Holy Law, örfi inheritance law codes tried to build up a legal equality between woman and man step by step. The last code dated to 1913 succeeded this aim and the legal equality was realised in örfi inheritance law.

KEY WORDS

Holy Law, sultanic law, inheritance law, heritage, miri lands, wakfs, legal equality.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I.GİRİŞ

Osmanlı hukukunda kadının statüsü belirlenirken üzerinde büyük tartışma olan konulardan birisi de kadınların miras hukukundaki durumudur. Miras hukuku Osmanlı hukuk sistemindeki ikiliği ortaya koyan alanlardan birisidir. Bilindiği üzere Osmanlı hukuk sistemi tıpkı kendisinden önceki Türk devletlerinde olduğu gibi ikili bir yapıya sahip olmuştur. Bunlardan ilki “şer” ya da “ahkâm-ı şer’iyye” olarak da ifade edilen İslam Hukuku, diğeri ise “örf”, “kanun”, “kavanin-i örfiye” gibi isimler verilen ve Osmanlı hükümdarları tarafından konulan hukuk kurallarından oluşan örfi hukuktur. Ferman, berat, hüküm, kanunname, siyasetname, adaletname tarzındaki Osmanlı hukuk belgelerinde Osmanlı Hukukunun bu ikili yapısı “şer ve kanun” şeklinde birlikte anılmıştır. Örneğin 1569 tarihli Eğriboz livası kanununda adı geçen livanın “şer-i şerif ve kanun-i münife riayet” olunarak vergilendirilmesinden bahsedilmektedir¹.

Osmanlı Hukukunun birinci parçasını Kur’an, Sünnet, icma ve kıyasa dayanan ve fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş bulunan normlar manzumesinden ibaret olan İslam Hukuku oluşturur. İslam Hukukunun ayrıca istihsan, amme maslahatı, sahabe fetvası gibi tali kaynakları da vardır. Eğer bir hukuki problemin çözümü ana kaynaklarda yoksa İslam hukukçuları yine İslam Hukuku kaynaklarını kullanarak yeni hukuki kurallar ortaya koyabilirler. Bu yöntem içtihad olarak adlandırılır. İctihadın ana kaynaklarda yer alan hukuk kurallarından en önemli farkı zamana, devletin ve toplumun ihtiyaçlarına göre değişebilmesidir. Ayrıca aynı hukuki meselenin çözümünde birden fazla içtihad olabilir ve biri diğerini ortadan kaldırmaz. İctihad farklılıkları İslam Hukukunda dört Sünni mezhebin doğuşunda da etkili olmuştur. Diğer Türk devletlerinde olduğu gibi Osmanlı Devleti’nde de resmi mezhep Hanefi mezhebidir. Bu tercihin anlamı kadıların davaları görürken Hanefi mezhebinin içtihadları doğrultusunda karar vermeleridir². Unutulmaması gereken önemli bir nokta da şer’i hukukun büyük bir bölümünün içtihadlardan oluştuğu gerçeğidir.

Osmanlı hukukunun ikinci büyük parçasını ise örfi hukuk oluşturmaktadır. Örfi hukukun değişik şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Fatih döneminin önemli tarihçilerinden Tursun Beğ “Tarih-i Ebûl Feth”de “nizam-ı âlem için akla dayanarak hükümdarın koyduğu nizama siyaset-i sultanî ve yasağ-ı padişahî ya da örf denilir” derken³ esasında Osmanlı Devleti’nde ilk olarak örfi hukukun tanımını vermektedir.

¹ Aydın Mehmet Akif , “Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı ve İşleyişi”, Türkler, c. 10, Ankara 2002, s. 15.

² Akyılmaz Gül, “The Kadi in the Ottoman Empire”, Position und Aufgaben des Richters nach westlichem und nach islamischem Recht, Mohr Siebeck 2007, s. 89.

³ İnalçık Halil, “Örf”, İ. A. c. 9, İstanbul 1988, s. 480; Mumcu Ahmet, Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl, Ankara 1985, s. 39-40.

Bir başka tanıma göre ise örfi hukuk ulül'emrin müslüman cemaatin hayrı düşüncesi ile şerf kaynak ve prensipler dışında, kendi iradesine dayanarak çıkardığı kanunlar bütünü anlamına gelmektedir⁴.

Osmanlı miras hukuku alanında da hem şer'i hukukun hem de örfi hukukun etkili olduğu görülmektedir. Osmanlı Devleti'nde tüm mülk menkul ve gayrimenkul mallar İslam miras hukuku hükümlerine göre paylaştırılmıştır. Buna karşılık kuru mülkiyeti (rakabe) devlete ait olan miri arazinin tasarruf hakkı ile icareteynli ve mukataalı vakıflarda intikal, örfi hukuk tarafından düzenlenmiştir. Bu nedenle Osmanlı Miras Hukukunda kadının statüsü incelenirken hem şer'i hem de örfi miras hukukuna göre durumu gözden geçirmek yararlı olacaktır. Böyle bir inceleme her iki hukuk sisteminin konuya yaklaşımlarını mukayeseli olarak analiz etme imkânını da sağlayacaktır.

II. İSLAM MİRAS HUKUKUNDA KADININ STATÜSÜ

İslam miras hukuku ile ilgili ayrıntılı düzenlemelerin büyük bölümü İslam hukukunun ilk kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'de yer almaktadır. Kur'an'ın çeşitli ayetlerinde miras payları düzenlenirken, kalan boşluklar da ikinci ve üçüncü asli kaynaklar olan sünnet ve icma tarafından doldurulmuştur⁵. Bu düzenlemelere göre feraiz olarak da adlandırılan şer'i miras hukukunda üç grup mirasçı vardır. Bunlar Ashâb'ül Feraiz, Asabe ve Zevi'l-Erhamdır. Her üç grup içinde de kadınlar mirasçı olarak karşımıza çıkmaktadır. Şer'i intikal kapsamında kadınlara miras hakkı tanınmış olması son derece önemli olmakla birlikte bu hakkın erkek mirasçılarla birlikte oldukları zaman eşitlik ilkesine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği büyük bir önem arz etmektedir. Bu sebeple öncelikle şer'i intikalde kadının durumunun teorik olarak nasıl düzenlendiği gözden geçirildikten sonra, Osmanlı uygulaması da göz önüne alınarak genel bir değerlendirme yapılacaktır.

A. ASHÂB'ÜL FERAİZ MİRASÇI OLARAK KADIN

İslam miras hukukunda mirastaki payları ferdi sisteme uygun olarak tek tek belirlenen mirasçılara "belirli pay sahibi mirasçılar" anlamında ashâb'ül feraiz denmiştir. Bu grupta yer alan mirasçıların miras payları Kur'an, Sünnet ve icma kaynaklarınca belirlenmiştir. İslam Hukukunda belirli pay sahibi mirasçılar esasında daha önceki sistemlerde miras hakkına sahip olmayan kişileri gerçek mirasçılara karşı

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Anhegger R./İncalcık Halil, Kanunname-i Sultanî ber Müceb-i Örf-i Osmanî, Ankara 1956.

⁵ Döndüren Hamdi, "Ashabü'l Feraiz", TDVİA, c. 3, İstanbul 1991, s. 467; Cin Halil, Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 1979, s. 10.

korumak için tespit edilmiştir⁶. Özellikle amaç yalnız erkekleri dikkate alan miras hukuku düzenlemelerini yumuşatarak bazı kadın akrabaları korumaktır. Farz sahibi mirasçılar on bir tanedir. Bunlar koca, karı, baba, babanın babası (dede), kız, oğlun kızı, ana bir kardeşler (kız-erkek), ana-baba bir kız kardeşler, baba bir kız kardeşler, anne, nine (annenin ve babanın anneleri)dir. Görüldüğü gibi farz sahibi mirasçıların büyük bölümü kadınlardan oluşmaktadır. Tereke açıldığı zaman öncelikle bu gruba mensup mirasçıların payı verilir, daha sonra diğer grupların mirasçılığı söz konusu olur. Daha ayrıntılı değerlendirmeler yapmak için Ashâb'ül Feraiz mirasçı olarak kadının durumunu gözden geçirmek yararlı olacaktır.

a) Sağ kalan eş olarak kadın

Miras bırakanın karısı için de iki durum söz konusudur:

- 1) Kadın, miras bırakanın (kocasının) oğlu, kızı, oğlunun oğlu... veya kızı ile birlikte bulunursa terekenin 1/8'ini alır.
- 2) Bunlardan hiçbirisi bulunmazsa terekenin 1/4ünü alır⁷.

b) Kız çocuk

Miras bırakanın kızı için üç durum söz konusudur:

- 1) Murisin oğlu olmayıp, yalnız bir kızı varsa, bu kız terekenin yarısını (1/2) alır.
- 2) Murisin oğlu olmayıp, birden fazla kızı varsa, bu kızlar terekenin 2/3'sini aralarında eşit olarak paylaşırlar.
- 3) Murisin kızı (veya kızları) murisin oğlu (veya oğulları) ile birlikte bulunursa artık belirli pay sahibi mirasçı olmaktan çıkarak asabe mirasçı haline gelir (birlikte asabelik). Bu durumda ashâb'ül feraiz durumundaki mirasçılar miras paylarını aldıktan sonra kalan terekeyi murisin kızı bir, oğlu iki hisse almak üzere ikili-birli paylaşırlar⁸.

c) Oğlun Kızı

Oğlun kızı için altı farklı durum söz konusudur:

- 1) Miras bırakanın oğlu veya kızı yoksa ve yalnızca bir tane oğlunun kızı varsa bu kız terekenin yarısını (1/2) alır.
- 2) Aynı durumda oğul kızları birden fazla iseler terekenin 2/3'sini

⁶ Ansay Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara 1954, s. 230; Cin, Miras, s. 11; Ashâb'ül Feraiz mirasçılar ve miras payları için bkz. Cin Halil/Akyılmaz Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2008, s. 382-387.

⁷ Nisa, 4/12.

aralarında eşit olarak paylaşırlar.

- 3) Oğlun kızı oğlun oğlu veya kendisinden daha aşağı derecede oğlun oğlu (oğlun oğlunun oğlu gibi) ile birlikte bulunursa ashab'ül feraiz mirasçısı olmaktan çıkararak asabe mirasçı haline gelir ve belirli pay sahipleri haklarını aldıktan sonra kalan terekeyi oğlun oğlu ile birlikte ikili-birli bölüşür.
- 4) Murisin oğlu olmayıp sadece bir kızı varsa oğlun kızı ya da oğlun kızları (oğlun oğlu ile birlikte 3. durumda olduğu gibi asabe olmazsa) terekenin 1/6'sını alır. Birden fazla oğlun kızı varsa 1/6'lık payı aralarında eşit olarak bölüşürler.
- 5) Miras bırakanın birden fazla kızı varsa oğlun kızı mirastan mahrum olur.
- 6) Oğlun kızı, miras bırakanın oğlu veya kendisinden daha üst derecede oğlun oğlu ile birlikte bulunursa mirastan mahrum olur⁹.

ç) Ana-Baba Bir Kız Kardeş

Ana-baba bir kız kardeşler beş durumda bulunurlar:

- 1) Miras bırakanın ana-baba bir kız kardeşi bir tane ise terekenin yarısını (1/2) alır.
- 2) Ana-baba bir kız kardeşlerin sayısı birden fazla olursa terekenin 2/3'sini aralarında eşit olarak paylaşırlar.
- 3) Ana-baba bir kız kardeşler, ana-baba bir erkek kardeşleriyle mirasçı olurlarsa asabe mirasçılar grubuna geçerler ve terekeyi erkek kardeşleriyle ikili-birli (kızlar bir pay, erkekler iki pay) paylaşırlar.
- 4) Ana-baba bir kız kardeşler miras bırakanın kızı, oğlunun kızı veya oğlunun oğlunun kızı ile birlikte bulunursa asabe (asabe ma gayrihi) olup, terekeden artanı alırlar.
- 5) Ana-baba bir kız kardeşler murisin oğlu, oğlun oğlu, oğlun... oğlu, baba, dede ile birlikte bulunurlarsa mirastan mahrum olurlar¹⁰.

d) Baba Bir Kız Kardeş

Baba bir kız kardeşin mirasçılığında yedi durum söz konusudur:

- 1) Miras bırakanın bir tane baba bir kız kardeşi varsa terekenin yarısını (1/2) alır.

⁸ Nisa, 4/11.

⁹ Nisa, 4/176.

¹⁰ Nisa, 4/176.

- 2) Baba bir kız kardeşler birden fazla iseler terekenin $\frac{2}{3}$ 'sini aralarında eşit olarak paylaşırlar.
- 3) Baba bir kız kardeş bir tane anne-baba bir kız kardeşle birlikte bulunursa terekenin $\frac{1}{6}$ 'sını alır. Baba bir kız kardeşler birden fazla olursa $\frac{1}{6}$ aralarında eşit olarak paylaşırlar.
- 4) Baba bir kız kardeşler baba bir erkek kardeşlerle birlikte mirasçı olurlarsa asabe (asabe bi gayrihi) olurlar. Ashab'ül feraizden artan tereke parçasını ikili-birli paylaşırlar.
- 5) Miras bırakanın kızı, oğlun kızı veya oğlunun oğlunun kızı... ile birlikte olurlarsa asabe (asabe ma gayrihi) olup belirli pay sahiplerinden artanı alırlar.
- 6) Ana baba bir kız kardeşler birden fazla iseler, baba bir kız kardeşler mirastan mahrum olurlar.
- 7) Murisin oğlu, oğlunun... oğlu, babası, dedesi, anababa bir erkek kardeşleri ve asabe (asabe ma gayrihi) olan ana baba bir kız kardeşleri bulunursa baba bir kız kardeşler mirastan pay alamaz¹¹.

e) Ana Bir Kardeşler (Erkek ve Kız Kardeşler)

Miras bırakanın ana bir erkek-kız kardeşleri cinsiyetlerine bakılmaksızın üç durumda bulunurlar:

- 1) Ana bir kardeş bir tane ise terekenin $\frac{1}{6}$ 'sını alır.
- 2) Ana bir kardeşler birden fazla iseler terekenin $\frac{1}{3}$ 'ini kız erkek ayrımı olmaksızın aralarında eşit olarak paylaşırlar.
- 3) Murisin oğlu, kızı, oğlunun oğlu... veya kızı, babası, dedesi ile birlikte bulunan ana bir kardeşler mirastan pay alamazlar¹².

f) Ana

Murisin anasının çeşitli durumlara göre mirasta üç hali vardır:

- 1) Ana, murisin oğlu, kızı, oğlunun... oğlu veya kızıyla ve hangi taraftan olursa olsun birden çok kardeşiyle (erkek veya kız kardeş olabilir) beraber bulunursa terekenin $\frac{1}{6}$ 'sını alır¹³.
- 2) Yukarıda sayılan kişiler yoksa ana terekenin $\frac{1}{3}$ 'ini alır.

¹¹ Nisa, 4/176.

¹² Nisa, 4/11.

¹³ Bu kardeşler fiilen mirastan pay alacak durumda olmasalar bile varlıkları ananın $\frac{1}{6}$ hisse alması için yeterlidir

- 3) Ana murisin babası ve karı ya da kocası ile birlikte bulunursa sağ kalan eş (karı veya koca) hissesini aldıktan sonra kalan terekenin 1/3'ini alır¹⁴.

g) Büyükana (Nine)

Murise gerek yalnız kadınlar vasıtasıyla (ananın anası, ananın anasının anası vb.) gerekse yalnız erkekler vasıtasıyla (babanın anası, babanın babasının anası vb.) bağlı olan büyükana (nine) ashab'ül feraiz mirasçısı sayılmıştır. Bir başka ifade ile belirli pay sahibi nineler araya gayri sahih dedenin girmediği anne ve baba tarafından büyük annelerdir¹⁵. Miras bırakanla arasına bir sıra erkekten sonra bir sıra kadın girmiş olan büyük anne de ashab'ül feraizden sayılır. Murisin babasının babasının anasının anası gibi.

Ninenin mirasçılığında iki durum söz konusudur:

1) Mirasçı oldukları durumda ister bir tane isterse birden fazla olsunlar terekenin 1/6'sını alırlar ve aralarında paylaşırlar. Murise derecede yakın olan nineler uzak olanları mirastan mahrum bırakırlar.

2) Ananın hayatta olması durumunda ister ana isterse baba tarafından olsun tüm büyükanalar miras dışı kalır. Baba tarafından büyükanalar babanın hayatta olmasıyla da mirastan mahrum olurlar. Buna karşılık ana tarafından büyükanalar (nineler) babanın sağ olmasıyla mirastan mahrum olmaz. Baba tarafından olan nineler, muris ile aralarında bulunan dedenin hayatta olması durumunda da mirastan pay alamazlar.

B. ASABE MİRASÇI OLARAK KADIN

Asabe miras bırakan kişinin baba tarafından akrabalarıdır¹⁶. Bir ya da birden fazla erkek ve kadından oluşabilir. Fıkıh ve feraiz kitaplarında asabe tek başına bulunduğu zaman mirasın tamamını alan, belirli pay sahibi mirasçılarla (ashab'ül feraiz) birlikte olduğu zaman ise farz sahibi mirasçılar hisselerini aldıktan sonra terekeden kalanı alan mirasçı şeklinde tarif edilmiştir¹⁷. Asabe mirasçılar üç kısma ayrılmıştır:

¹⁴ Nisa, 4/11.

¹⁵ Muris ile ninelerin arasına gayri sahih dedeler girmiş, bir erkek, bir kadın şeklinde karışık bir sıra ortaya çıkmışsa büyükanne farz sahibi mirasçı olmayıp zevi'l-erhamdan sayılır. Murisin anasının babasının anası gibi. Cin, Miras, s. 17; Berki Ali Himmet, İslam Hukukunda Feraiz ve İntikal, Ankara 1986, s. 68.

¹⁶ Asabe kavramı İslam'dan önce baba tarafından gelen erkek akraba ve erkek çocuklar anlamında kullanılmıştır.

¹⁷ Cin, Miras, s. 18; Berki, Feraiz, s. 70; Berki Saadettin, "Eski Hukukumuzda Feraiz", Adalet Dergisi, Yıl: 52, sy. 7-8, 1961 s. 729; Akın Zeki, "İslam Miras Hukukunun Umumi Esasları ve Osmanlı Kanunnamelerinde Buna Aykırı Hükümler", Adalet Dergisi, Yıl: 41, sy. 11, 1950, s. 443;

1) Asabe binefsihi: Miras bırakanla aralarında kadın bulunmayan erkeklerdir ve bunların asabe olmaları kimseye bağılı olmadığından “kendi başına asabe” anlamına gelen asabe bi nefsihi kavramı ile ifade edilmişlerdir. Murisin oğlu, oğlunun oğlu, babası gibi.

2) Asabe bigayrihi: Bu grup doğrudan değil, ancak bir erkek vasıtasıyla asabe olabilen kadınlardan oluşur.Örneğin murisin oğluyula birlikte bulunan murisin kızı.

3) Asabe magayrihi: Asabe olmayan bir kadınla buldukları zaman asabe olan kadınlardır. Bu grup da doğrudan değil, bir başka kadın vasıtasıyla asabe olabilir. Örneğin murisin kızıyla birlikte bulunan ana-baba bir kız kardeş.

Konumuz itibariyle bizi ikinci ve üçüncü grup asabe mirasçılar ilgilendirmektedir.

a) Asabe bigayrihi¹⁸

Asabe bigayrihi bir erkek vasıtasıyla asabe olan kadınlardan oluşur. Bu kadınlar esasen belirli pay sahibi mirasçılar arasında yer alırlar. Ancak erkek kardeşleriyle birlikte bulduklarında asabe haline gelip, onlarla terekeyi ikili birli paylaşır. Asabe bigayrihi içinde yer alan kadınlar dört sınıftır:

1) Murisin kızı: Murisin kızı, murisin oğlu ile birlikte bulunursa asabe olup ashâb’ül feraiz payını aldıktan sonra kalan terekeyi erkek kardeşleriyle ikili birli paylaşır.

2) Murisin oğlunun kızı: Murisin oğlunun kızı, oğlun oğlu ile birlikte bulunduğu zaman asabe olup, terekeyi oğlun oğlu ile ikili birli paylaşır. Ayrıca oğlun kızı kendi derecesinden aşağıda bulunan oğlun oğlu ile de asabe haline gelir.

3) Murisin ana baba bir kız kardeşi: Ana baba bir kız kardeşler, ana baba bir erkek kardeşleriyle birlikte bulunurlarsa asabe olup, farz sahibi mirasçılardan arta kalan terekeyi ikili birli paylaşır.

4) Murisin baba bir kız kardeşleri: Baba bir kız kardeşler baba bir erkek kardeşleriyle birlikte bulduklarında asabe olup, artan terekeyi ikili birli paylaşır.

Karaman Hayrettin, “Asabe”, TDVİA, c. 3, İstanbul 1991, s. 452. Asabe olma vasfı verasetin en kuvvetli sebebi olarak kabul edilmiştir. Çünkü bu sıfatı taşıyan mirasçı tek başına kaldığı zaman bütün mirası alabilmektedir. Hâlbuki derece itibariyle başta bulunan ashâb’ül feraiz mirasçıları mirasın tamamını alamamaktadırlar. Karaman, Asabe, s. 452.

¹⁸ Asabe bi gayrihi için bkz. Cin/Akyılmaz, s. 390; Cin, Miras, s. 20-21; Berki, Feraiz, s. 75-77; Karaman Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, c. 3, İstanbul 1986, s. 407; Karaman, Asabe, s. 452; Akın, s. 1439-1440; Bilmen Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, c. 2, İstanbul, s. 274-276; Aydın Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, s. 331; Mahmut Esad, Feraid-ül Feraiz, İstanbul 1326, 188-189; Ansay, s. 242.

Bir kadının asabe olması için kendisiyle birlikte bulunduğu erkeğin asabe olması şarttır. Ayrıca bu tür asabelikte sınıf ve hısımlık kuvveti farkı asabeliğin kurulmasını engeller. Örneğin kız, erkek kardeşin oğlu ile asabe olamaz. Çünkü sınıfları farklıdır. Benzer bir biçimde anababa bir kız kardeş, baba bir erkek kardeşle asabe olamaz. Çünkü hısımlık kuvvetleri farklıdır.

b) Asabe magayrihi¹⁹

Bunlar aslında ashab'ül feraiz mirasçısı olup, bir kadın sebebiyle asabe haline gelen, belirli pay sahipleri paylarını aldıktan sonra terekeden kalanı alan kadınlardan oluşur. Asabe magayrihi iki sınıftır.

1) Ana-baba bir kız kardeş: Murisin kızı veya oğlunun kızı ile birlikte bulunan ana-baba bir kız kardeş asabe olur ve terekeden artanı alır.

2) Baba bir kız kardeş: Murisin kızı veya oğlunun kızı ile birlikte bulunan baba bir kız kardeş asabe sayılır ve terekeden artanı alır.

C. ZEVI'L-ERHAM MİRASÇI OLARAK KADIN

Zevi'l erham murise kan hısmı olup, âshab'ül feraiz ve asabe olamayan mirasçılardır. Bunlar belirli pay sahibi mirasçılardan eş (karı ya da koca) dışında kimse yoksa ve hiç asabe mirasçı da bulunmuyorsa ancak o zaman mirastan pay alabilirler²⁰.

Zevi'l erham dört sınıftır:

1) Murisin ashab'ül feraiz ve asabe grubunda yer almayan füruu: Murisin kızının çocukları, oğlun kızının çocukları, oğlun oğlunun kızlarının çocukları gibi.

2) Murisin ashab'ül feraiz ve asabe içinde yer almayan usulü: Bu sınıf miras bırakanın gayri sahih dede ve ninelerinden oluşur. Murisin anasının babası, babasının anasının babası, anasının babasının anası gibi.

3) Murisin anne ve babasının ashab'ül feraiz ve asabe içerisinde yer almayan füruu: Ana-baba bir ve baba bir kız kardeşlerin çocukları, ana-baba bir ve baba bir erkek kardeşlerin kızları, ana bir kardeşlerin çocukları gibi.

¹⁹ Asabe ma gayrihi için bkz. Cin/Akyılmaz, s. 391; Cin, Miras, s. 22; Berki, Feraiz, s. 77-78; Karaman, İslam Hukuku, s. 408; Karaman, Asabe, s. 452-453; Aydın, Hukuk Tarihi, s. 331-332; Bilmen, c. 2, s. 276-277; Akın, s. 445.

²⁰ Cin, Miras, s. 22; Berki, Feraiz, s. 94; Akın, s. 1440; Bilmen, c. 2, s. 282; Mahmut Esat, s. 243; Ansay, İslam Hukuku, s. 250; Seyhan S., Tatbikatlı İntikal ve Feraiz Kanunları, Ankara 1948, s. 72; Zevi'l erhamın mirasçılığı konusu mezhepler arasında tartışmalıdır. Hanefi ve Hanbeli mezhepleri zevi'l erhamın mirasçı olabileceğini kabul ederken, Maliki ve Şafii mezhepleri karşı çıkmışlardır. Osmanlı uygulaması Hanefi içtihadına uygun olmuştur.

4) Murisin dede (büyükbaba) ve ninesinin (büyükana) ashab'ül feraiz ve asabe içerisinde yer almayan füruu: Hala, dayı, teyze ve bunların çocukları, amcakızları gibi.

Görüldüğü üzere Zevi'l-Erham mirasçılar arasında da kadınlar yer almaktadır. Ancak bazı durumlarda Zevi'l-Erham konumunda olan kadın ve erkek mirasçılar arasında eşit bir dağılım söz konusu olmamaktadır. Örneğin birinci grup Zevi'l-Erhamda mirasçılarının murise yakınlık derecesi eşitse kızlar bir pay erkekler iki pay olmak üzere ikili-birli bir paylaşım söz konusu olur. İkinci ve dördüncü grupta ise eğer hısımlık ciheti ayrı ise terekenin 2/3'si baba tarafından zevi'l erham olanlara, 1/3'i ana tarafından zevi'l erhamlara ait olur ve her grubun taksimi kendi arasında yapılır. Yine ikinci, üçüncü ve dördüncü gruplarda da her şey eşitse cinsiyete göre ikili- birli taksim söz konusudur²¹.

III. FERAİZ HÜKÜMLERİNE GÖRE KADININ MİRASHUKUKUNDAKİ DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

İslam Hukuku yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi başta Kur'an olmak üzere temel kaynaklarda yaptığı düzenlemelerle kadına miras hakkı tanımıştır. Hatta bazı kadın mirasçıları özel bir koruma altına alarak, belirli pay sahibi mirasçılar grubu olarak adlandırılan ve mirastan payı öncelikle verilen Ashâb'ül Feraiz içine dâhil etmiştir. Bu durum Cahiliye Dönemi ya da çağdaşı toplumlar düşünüldüğünde kadınlar açısından son derece önemli bir gelişmedir. Bununla beraber konu erkek mirasçılarla birlikte değerlendirildiğinde kadınlar açısından eşitlik ilkesine aykırı uygulamalar ortaya çıkabilmektedir.

Bir önceki başlıkta da üzerinde durulduğu gibi Kur'an, kadına birçok durumda miras hakkı tanımıştır. Ancak bazı durumlarda kadın erkeğin yarısı kadar miras payına sahiptir. Bunlardan birincisi karı-kocanın durumudur. Eğer çocukları yoksa erkek toplam terekenin 1 / 2'sini alırken, aynı durumda kadının payı 1 / 4'dür. Eğer çocukları varsa erkek terekenin 1 / 4'ünü alırken, kadın 1 / 8'ini alır²². Diğer iki durumda ise kadının aynı ana-babanın çocuğu olarak erkek kardeşleriyle birlikte mirasçı olması söz konusudur. Nisa suresinin 11. Ayetine göre murisin kızları ve

²¹ Bu konuda bkz. Cin/Akyılmaz, s. 391-394; Cin, Miras, s. 24-28, Berki, Feraiz, s. 95-118; Karaman, İslam Hukuku, s. 420-423;

²² "Zevcelerinizin geride bıraktığının yarısı sizindir, eğer onların çocukları yoksa. Eğer onların çocukları varsa, vasiyet etikleri ve borçları ödendikten sonra geriye bıraktıklarının dörtte biri sizindir. Eğer sizin çocuğunuz yoksa bıraktığınızın dörtte biri zevcelerinizindir. Eğer sizin çocuğunuz varsa bu durumda, yaptığınız vasiyet ve borcunuz ödendikten sonra geriye kalanın sekizde biri zevcelerinizindir" Nisa 4/12. Eğer birden fazla eş söz konusuysa 1/8 veya ¼ lük

oğulları beraber mirasçı olurlarsa kadının payı erkeğin yarısıdır. İkili birli paylaşım oğlun kızları ve oğlun oğulları birlikte mirasçı olduğu zamanda geçerli olacak şekilde genişletilmiştir. Yine aynı sürenin 176. ayetine göre anne-baba bir ve baba bir erkek ve kız kardeşler birlikte mirasçı olduklarında da erkeğin miras payı kadının iki katıdır²³. Bu durumlar dışında Ashâb'ül Feraiz ve Asabe mirasçı olarak, kadın mirasçılar erkek mirasçılarla beraber bulduklarında mutlaka yarım pay almazlar. Örneğin Nisa suresinin 12. ayetinde belirtildiği üzere ana bir erkek ve kız kardeşler cinsiyet farkı gözetilmeksizin toplam terekenin 1 / 3'ünü aralarında eşit olarak paylaşırlar. Yine murisin erkek çocuğuyla birlikte mirasçı olan anne-babanın her birinin miras payı 1 / 6'dır. Ayrıca murisin eğer çocuğu ve kardeşleri yoksa anne terekenin 1 / 3'ünü alabilmektedirler. Yani kadının erkek karşısında mirastan yarım pay alması bazı durumlarla sınırlıdır. Bununla birlikte bu paylaşımın günümüzdeki "kanun önünde eşitlik" ilkesiyle bağdaşmadığı da bir gerçektir. Ayrıca kadın Zevi'l-Erham mirasçısı statüsünde olduğu bazı durumlarda da birlikte bulunduğu erkek mirasçılardan daha az pay alabilmektedir. Örneğin birinci grup Zevi'l-Erhamda mirasçıların murise yakınlık derecesi eşitse kızlar bir pay erkekler iki pay olmak üzere ikili-birli bir paylaşım söz konusu olur. İkinci ve dördüncü grupta ise eğer hısımlık ciheti ayrı ise terekenin 2/3'si baba tarafından zevi'l erham olanlara, 1/3'i ana tarafından zevi'l erhamlara ait olur ve her grubun taksimi kendi arasında yapılır. Yine ikinci, üçüncü ve dördüncü gruplarda da her şey eşitse cinsiyete göre ikili-birli taksim söz konusudur.

Feraiz kurallarına göre miras paylaşımında yukarıda açıklanan durumlarda kadının erkekten az pay almasının gerekçesi Kur'an'da belirtilmiştir. Esasen

hisseyi aralarında paylaşırlar. İslam aile hukukuna göre eğer evlilik ric'i talak (dönülebilir boşanma) ile sona ermiş ve koca iddet müddeti içinde ölmüşse kadın kocasına mirasçı olabilir. Ancak taraflar bain talak ile ayrılmışlarsa evlilik birliği derhal sona ereceğinden koca iddet içinde de ölse kadın mirasçı olamaz. Örneğin kocası kendisini bain talakla boşadıktan sonra iddet müddeti içinde ölen Zeynep binti Abdullah isimli kadın mahkemeye başvurup sadece mehr-i müeccel ve iddet nafakası talep etmiş, mirasla ilgili bir istekte bulunmamıştır. Kaya Ali, "17.Yüzyıl Bursa Şer'iyye Sicillerinin İslam Aile Hukuku Açısından Tahlili", Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, c. 17, sy. 1, 2008, s. 94; Bunun tek istinası ölüm hastası olan kocanın karısının rızasını almadan bain talakla boşaması durumudur. Böyle bir durumda kocanın kötü niyetli davrandığı varsayımında hareketle iddet içinde kadına mirasçılık hakkı tanınmıştır. Bkz. Cin/Akyılmaz, s. 352-353.

²³ "Allah size çocuklarınızla ilgili olarak şunu öneriyor: Erkek için iki dişinin payı kadar" Nisa 4/11; "...çocuğu olmayan, bir kızkardeşi bulunan kişi öldüğünde, onun terekesinin yarısı kızkardeşinindir. Eğer ölenin iki kız kardeşi varsa terekenin üçte ikisi onlarındır. Eğer mirasçılar kadın, erkek, birçok kardeşlerse bu durumda erkek kardeşe, iki kız kardeşin payı kadar verilir" Nisa 4/176; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Cin, Miras, s. 12-18; Berki, 46-62; Powers David S., "The Islamic Inheritance System: A Social Historical Approach", Islamic Family Law, (Ed: Mallat Cibli/Connors June), London 1993, s. 18-19.

Kur'an'da erkeğin kadından üstün tutulduğu (faddale) tek konu mirastır²⁴. Fakat bu tercihin gerekçesi (illeti) Nisa Suresi 34. ayetinde “erkeklerin kendi mallarından bol bol harcaması sebebiyle” şeklinde açıklanmıştır. Yani koca, eşin ve çocukların geçimini kendi mal varlığından sağlamak zorunda olduğu için ve diğer bazı mali yükümlülükleri sebebiyle böyle bir tercih yapılmıştır²⁵. Bilindiği üzere, İslâm hukukunda mal ayrılığı rejimi kabul edildiğinden, kadın sahip olduğu mal varlığı ne kadar büyük olursa olsun ailenin geçimi için bundan bir şey harcamak zorunda değildir. Buna karşılık erkeklerin başta nafaka ve mehir olmak üzere birtakım mali mükellefiyetleri vardır. Şer'i hukuka göre kadın mülkiyet hakkına sahiptir ve eğer tam eda ehliyeti varsa (mümeyyiz, baliğ, reşit) kimsenin rızasına ihtiyaç olmaksızın malları üzerinde ivazlı-ivazsız her türlü tasarrufta bulunabilir. Evlenme kadının eda (fiil) ehliyeti üzerinde hiçbir değişiklik yapmaz. İslâm hukuku eşler arasında tam bir mal ayrılığı rejimi kabul etmiştir. Karı, kocasının rızasını almadan malları üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Kadının hiçbir hukuki muamelesine, kocanın şu ya da bu şekilde karışmak, engel olmak hakkı yoktur. Kadın mallarını bizzat idare edebileceği gibi, bu işi kocasından başka bir şahsa da bırakabilir²⁶. Yine bu mal varlıklarıyla kadınlar kocalarının rızalarını almadan serbestçe vakıflar kurabilirler²⁷.

Mal ayrılığı rejimi çerçevesinde kocanın karısına evlenirken verdiği mehir de kadının mal varlığına dâhil olur ve ne koca ne de baba mehir üzerinde herhangi bir hak iddia edemezler. Nikâh akdi esnasında mehirden hiç bahsedilmese ya da koca mehir veremeyeceğini söylese bile kadın mehre hak kazanır. Genellikle mehrin bir kısmı “mehr-i muaccel” adıyla nişan gerçekleşince veya evlenme akdi yapılırken kadına verilir. Mehrin geriye kalan ve “mehr-i müeccel” denilen kısmı ise evlilik ölüm ya da boşanmayla sona erdiği zaman kadına ödenir. Kadının mehir hakkı öylesine önemlidir ki koca öldüğünde terekeden öncelikle kadının mehr-i müecceli

²⁴ Vedud -Muhsin Amine, Kur'an ve Kadın, (Çeviren: Şişman Nazife), İstanbul 1997, s. 122-123.

²⁵ Öztürk Yaşar Nuri, Kur'an'daki İslâm, İstanbul 1992, s. 538-541; Ateş Süleyman, İslamda Kadın Hakları, İstanbul 1996, s. 51-52.

²⁶ Cin Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988 s. 193; Şer'iyye sicillerinde kadınların kocalarını kendilerine vekil tayin ettiklerine dair çok sayıda örneğe de rastlanmaktadır. Mustafa kızı Şahi'ye vekil kocası Şaban'ın, Ankara Kalesi'ndeki karısına ait ev hissesini Abdullah oğlu Hızır'dan talep ve dava ettiğine dair zabıt, Ongan Halit, Ankara'nın İki Numaralı Şer'iyye Sicili, Ankara 1974, s. 19, No: 228; Mehmet Şah Bey kızı Şah Hatun'un kocası Mahmut Çelebi'yi her hususta vekil-i mutlak nasbettiğine dair hüccet, Ongan, s. 22, No: 276; Baba Çelebi kızı Fatma'ya vekâleten kocası H. Ahmet'in müvekkilesine ait Hacıhalil Mahallesindeki altıda bir ev hissesini Fatma'nın kardeşi Mehmed'e sattığına dair hüccet, Ongan, s. 37, No: 478.

²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Baer Gabriel, “Women and Wakf, An Analysis of the İstanbul Tahrir of 1546” Asian and Africian Studies, c. 17, sy. 9-10.

verilir, daha sonra mirasçılar arasında taksim yapılır. Mehr-i muacceli veya mehr-i mücceli ödenmeyen kadın kocasını dava ederek hakkını alabilir²⁸.

Mal ayrılığı rejiminin bir uzantısı olarak koca karısının ve çocuklarının nafakasını temin etmek zorundadır. Kadın zengin de olsa, hatta bir işte çalışıyor bile olsa (kocanın rızasıyla) evin masraflarına katılmak zorunda değildir²⁹. Kocanın nafaka mükellefiyetinin içine mesken, yiyecek, giyecek, tıbbi tedavi ve ilaçlar ve gerekli olduğu takdirde hizmetçi masrafları girmektedir. Koca, nafaka mükellefiyetini yerine getirmede kadını mahkemeye başvurarak onu zorlayabileceği gibi, koca nafakayı ödememekte ısrarcı olursa kadını mallarını sattırıp borcunu ödemek veya bir müddet kocayı hapsedmek hakkına sahiptir³⁰. Eğer koca güç yetiremediği için veya gâipliği sebebiyle nafaka mükellefiyetini yerine getiremiyorsa bu takdirde kadını bir nafaka tayin eder ve kadına kocası adına borç alma yetkisi verebilir³¹. Osmanlı Devleti'nde koca nafaka mükellefiyetini mutlaka yerine getirmek zorundadır³².

²⁸ “Halil oğlu Şaban şer’i meclise beraberinde karısı Tuna ile geldi ve Tuna şöyle ikrarda bulundu. Kocam Şaban Bey’de 500 Halebi mehr-i muaccelim var, talep ederim. Bunun üzerine Şaban da ikrarda bulunup mehr-i muaccel karşılığında Dülük yerinde 500 tiyek bağ verdim deyince Tuna dahi kıblesinde boş arazi, kuzeyinde Bayezıt oğlu bağı, doğusunda Baloğlu bağı olan söz konusu bağı kocası Şaban’a istediği şekilde tasarrufta bulunmak üzere ariyet verdiğini söyledi ve durum sicile kaydolundu” 10–20 Rebiül-evvel 938/1561, G1/36 (108), Şeriyye Sicilleri, Türk Dünyası Araştırma Vakfı, c. 1, İstanbul 1988, s. 271; “Anadolu Vilayetinin Çorum kasabasındaki Çepni Mahallesinden olup şu anda İstanbul’da Tahta Minare mahallesinde oturan bu belgenin sahibi Satılmış kızı Emine, Şer’i meclisde eski kocası Yunus oğlu Abdurrahman huzurunda şöyle ikrar ve dava eyledi: Abdurrahman bu belgenin yazıldığı günün bir önceki gecesinde oturduğum evden bana “çık git kabbe, seni boşadım” dedi. Bazı eşyalarımı vererek beni çıkardı ve boşadı. Zimmetinde olan 3000 akçe mehr-i müccelimi isterim deyince durum Abdurrahman’a soruldu. O söylediklerini ikrar ederek 3000 akçe mehr-i müccel ile tekrar evlenmek isteyince, Emine’ye karar vermesi için mühlet verildi ve durum talep üzerine sicile kaydedildi.” 20 Zilkade 1021 (1612), İS 1/65 (454), Şer’iyye Sicilleri, s. 271; Armağan kızı Ünzile’nin ölü kocası Kasım’ın veresesinden 1000 akçe mehir talebi üzerine muhaleffattan ödenmesi hususunda hüküm, Ongan, s. 122; No: 1597.

²⁹ Kırbaşoğlu Hayri, “Kadın Konusunda Kur’an’a Yöneltilen Başlıca Eleştiriler”, İslâm’da Kadın Hakları, c. 1, Ankara 1993, s. 167; Cin, Evlenme, s. 195 vd.; Aktan Hamza, “İslam Aile Hukuku”, Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, Ankara 1992, s. 407; Karaman, İslam Hukuku, c. 1, s. 286–288.

³⁰ Cin/Akyılmaz, s. 340–341.

³¹ Cin/Akyılmaz, s. 341; Kocası Hamza’nın nafakasız bırakıp gitmesi üzerine karısı Aynişâh’a günde bir şâhi nafaka takdir edildiği hakkındaki hüccet 21 Zilkade 997 (1589). Ongan, s. 21, No: 262; Yakub adında birinin memleketi terk etmesi üzerine gerek karısı Muhsine ve gerekse çocukları için günde 5 akçe nafaka takdir olunduğuna dair hüccet, Ongan, s. 36, No: 469. Nafakaya karşılık olarak kadını, kadına borçlanma yetkisi verdiğinde borçlara koca muhatap olmaktadır. Zaman zaman şer’iyye sicillerinde kaybolan kocaları üzerine değil de kayınpederleri üzerine nafaka davası açarak, nafaka elde eden kadınlar da görülmektedir.

³² Fetvalar da bunu destekler niteliktedir. “Hind-i ganiyenin nafakası zevci Zeyd üzerine vacibe olur mu? **El-cevâb:** OLUR”, “Zeyd zevcesi Hind’i ve evlad-ı sığarını bila nafaka bırakıp ahar diyara gidip harçlık dahi göndermese Zeyd’in babası Amr-ı musırr Zeyd’e rücu etmek üzere Hind’i

Hatta Hanefi mezhebi dışındaki hukuki mezheplere göre nafaka borcunu yerine getirmemek kadın tarafından boşanma sebebi olarak ileri sürülebilir.

Mehir ve nafaka dışında erkeğin başka mali mükellefiyetleri de vardır. Örneğin evlilik boşanma ile sona erdiğinde iddet müddeti süresince (yaklaşık üç ay) erkek kadına iddet nafakası ödemek zorundadır. Ayrıca bu evlilikte çocuklar söz konusu ise ve çocuğun velayeti belirli bir yaşa gelinceye kadar anneye ya da bir başka akrabaya bırakılmışsa (hidane)³³ erkek ilgili kişiye de çocuğun masrafları için ödeme yapmak zorundadır³⁴. Kur’anda belirtildiği üzere bütün bu mali yükümlülükler sebebiyle şer’i miras hukukunda erkekler bazı durumlarda mirastan kadımlara göre daha fazla pay almaktadırlar.

IV.OSMANLI UYGULAMASI

Osmanlı Devletinde de mülk olan her türlü menkul ve gayrimenkul malın paylaşımında istisnasız feraiz kurallarına uyulmuştur³⁵. Bu sebeple kadınların gerek muris gerekse mirasçı olmaları durumunda, İslam miras hukuku hükümlerine göre miras paylaşımı gerçekleştirilmiştir. Şer’iyye sicilleri ve arşiv belgelerinde bu konuda sayısız örnek mevcuttur. Ancak bazen şer’i miras hukuku hükümleri dışına çıkan ilgi çekici uygulamalara rastlanmaktadır. Örneğin Konya şer’iyye sicillerinde yer alan 1660 yılındaki bir belgeye göre Seyyid Emrullah Çelebi’nin kızı Raziye ile erkek kardeşi Seyyid Mehmet Çelebi babalarından kalan malı eşit olarak paylaşmışlardır. Oysa feraiz hükümlerine göre Raziye’nin mirastan erkek kardeşinin yarısı kadar pay alması gerekmektedir. Bir başka ilgi çekici nokta konu bir başka sebepten mahkemeye taşındığı zaman hâkimin bu duruma itiraz etmemiş olmasıdır³⁶. Mirasla ilgili olarak

ve sığarını infaka cebr olunur mu? **El-cevâb: OLUNUR**”, Yüksel Hasan/Savaş Saim, “Osmanlı Aile Hayatına İlişkin Fetvalar”, Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, c. 3, Ankara 1992, s. 894–895.

³³ Hidane annenin veya duruma göre bazı hısımların çocuğu belli bir yaşa gelinceye kadar besleyip, büyütmeye ve terbiye etme hakkıdır. İslam hukukçuları evlilik sona erdiğinde hidane konusunda önceliği anneye vermişlerdir. Anne hayatta değilse veya gerekli şartları taşıyorsa bu hak anne tarafından yakın akrabalara geçer. Erkek çocukta yedi-dokuz, kız çocukta dokuz-on bir yaşlar hidane süresinin sonu olarak belirlenmiştir. Cin/Akyılmaz, s. 367–368.

³⁴ Bu ücret çocuğun giyim, yiyecek, mesken ve çocuk muhtaç olduğu takdirde hizmetçi ücretini içerir. Cin/Akyılmaz, s. 368; Karaman, İslam Hukuku, c. 1, s. 343; Bilmen, c. 2, s. 441–442.

³⁵ Merhume Emir kızı Selçuk öldüğünde varis olarak eşi, üç oğlu, kızı ve annesini bırakmıştır. Selçuk’un terekesi şöyledir: Bir halı 50, bir kaftan 25, bir sandık 50, bir gömlek 15, bir iç çamaşırı 10, bir döşek 30, bir yorgan 20, bir yastık 10, bir saç bağı 10, on bir miskal nikâh altını 500. Askeri kassam tarafından taksim edilen terekeden herkes feraiz kurallarına göre payını almıştır. K3 (94), Şer’iyye Sicilleri, c. 1, s. 338a; Bu konuda çok sayıda örnek için bkz. Sak İzzet, 10 Numaralı Konya Şer’iyye Sicili (1070-1071/1659-1661), Konya 2003.

³⁶ “...mülk menzil makeddema müvekkilem Raziye’nin babası Seyyid Emrullah Çelebi’nin mülkü olup, fevt oldukda menzil-i merkumun nisfı kızı Raziye’ye ve nisfı karındaşı Seyyid Mehmed

çıkan anlaşmazlıklarda kadınlar bizzat ya da vekilleri aracılığıyla haklarını aramak için mahkemeye başvurmuşlar ya da arzuhaller (dilekçe) vermişlerdir³⁷. Kadınlar, zaman zaman eşlerinin terekesindeki malların bir kısmının kendilerine ait olduğunu iddia etmişlerdir. Örneğin Cansever adında bir kadın, kocası Ali'nin ölümünden sonra, bir evlek ekilmiş soğanın kendisine ait olduğunu ileri sürmüştür. Bunun doğruluğuna dair mahkemeye güvenilir şahitler getirebildiği için istediğini de elde etmiştir. Havuz Mahallesi'nden Yahya'nın hanımı Hümâ binti Hasan ise kocasının terekesi olarak gösterilen bir siyah ineği kendi parasıyla aldığı iddia etmiştir. Ayşe binti Abdullah'ın tek varisi olan Râziye ise iki inek, üç kaz, beş tavuk, bir eski tencere, bir bakraç, iki yastık, bir köhne (eski) yorgan, bir kalıçe v b.den oluşan terekeden bir sarı ineğin kendisine ait olduğu gerekçesiyle şer'iyye mahkemesine başvurmuştur³⁸.

Osmanlı Devleti'nde İslam Miras Hukuku hükümleri çerçevesinde bazı durumlarda kadınların mirastan erkeklere göre daha az pay almaları sebebiyle mağdur olmalarının önüne geçmek için hibe, vakıf gibi hukuki müesseselerden yararlanılmıştır³⁹. Burada Osmanlı Devleti'nde son derece yaygın olarak karşımıza

Çelebi'ye intikal eylemiş idi." Sak, s. 101; Bir başka örnekte ise kardeşler arasında ikili birli paylaşım kuralına uyulmuştur. 1661 yılındaki belgeye göre mirasçılar murisin karısı, üç kızı ve oğludur. Kadın sağ kalan eş olarak 1/8'lik payını alırken kız kardeşler erkek kardeşlerinin yarısı kadar hisse almışlardır. Sak, s. 350-351.

³⁷ "Antep'den Deveci Meryem'in vekili olan Yusuf oğlu Mehmet Şer'i meclise Beşareti kızı Şahi'yi getirip şöyle dava eyledi. Karım Meryem'in atasından intikal etmiş olan eşyaları vardır. Talep ederim dedi. Şahi dahi ikrar edip bir çift altın küpe ve bir altın yüzük ve bir bohça ve bir döşek ve bir yastık yüzü ve bir yorgan yüzü ve bir yeni mervi lastiği ve bir teşt ve bir tepsi ve bir hamam tası ve bir melhâfe –yorganın iç yüzü– bu zikrolunan eşyalar işbu Mehmed'in karısı mahdum zadenin meşru mülküdür diye ikrar eyledi" Cemaziyelevvel ortaları 948 (1541), G2/263 (864), Şer'iyye Sicilleri, c. 1, s. 312; Bolu Sancağının Benderkili kazasına bağlı Çanaklı karyesinde ikamet eden babaları Hüseyin'in ölümü üzerine kendi miras paylarına düşen eşya ve gayrimenkullere amcaları Mustafa ve Mehmet'in el koyması üzerine bu durumun menî için Fatma ve Zeynep'in yazdıkları istida, BOA, CTA, No: 2414, t: 21/Ş/1234 (1819); Isparta'da ölen kocası Hacı Halil'den payına düşen miras hissesine kocasının kardeşi Hacı Mehmed'in el koyduğu ve hakkının ancak bir kısmını verdiği şikâyetle, Hacı Mehmed de öldüğünden alacağı mirasın Mehmed'in mirasçılarında tahsil edilmesi için Rahime Hatun'un verdiği dilekçe, BOA, CTA, No: 4158, t: 3/Z/1209 (1795).

³⁸ Maydaer Saadet, "Osmanlıda Klasik Döneminde Kadınların Servet Edinme Yolları", <http://topatan.blogspot.com/2008/04/osmanli-klasik-dneminde-kadnlar-servet.html>, s. 2.

³⁹ Örneğin nakibu'l-eşrafık yapmış olan ilmiye sınıfına mensup Seyyid Hasan bin Seyyid Yusuf, vekili el-Hac Ahmed bin Yusuf aracılığıyla kız kardeşi Rabia Hatun'a Araboğlu Mahallesi'ndeki iki yer evi, iki sofa, zîr-i zemin (bodrum, mahzen), fırın, akarsu, kenîf (tuvalet), hâbiye (kuyu), hücre (oda), matbah (mutfak), muhavveta (bahçe), ahır olan evi ile biri Bursa yakınlarında, diğeri İnegöl Geyiklibaba Köyü'nde bulunan iki ayrı bahçeyi hibe ettiğini mahkemede tescil ettirmiştir. Maydaer, s. 3; Bazen de murisin mirasçı kadınlardan birine borcu varmış gibi gösterilerek kadına miras payı dışında bir ek ödeme yapılması sağlanmıştır. Mesela müderris Mevlana Mustafa Çelebi bin Mehmed'in terekesinden hanımı Ümmü Hatun binti Nureddin'e 10.000 akçe borç olarak ödenmiştir. Ümmü ayrıca mirastan 1288 akçelik bir pay da almıştır. Maydaer, s. 2.

çıkan vakıflar yoluyla şer’i miras kurallarının değiştirilmeye çalışılması çabaları üzerinde durulması gerekmektedir. Çünkü vakıf yöntemiyle kadınların miras payları üzerinde önemli değişiklikler yapılabilmektedir. Bu durum iki farklı uygulamayı beraberinde getirmiştir:

1. Vakıf yoluyla varislerini mirastan eşit bir şekilde (ale’s–seviyye) yararlandırma: Bazı vâkıflar kurdukları ailevî vakıflarla kız ve erkek evlalarını vakfettikleri malları ve mülkleri üzerinde eşit bir şekilde pay alır duruma getirmişlerdir. Örneğin XVII. yüzyıl vakıfları üzerinde yapılan bir araştırmaya göre bu dönemde tesis edilen vakıfların kurucularının %14,69’u (313’ün 46’sı) vakfettikleri mal ve mülklerinin gelirlerinden ve diğer menfaatlerinden kız ve erkek evlatlarının eşit bir şekilde yararlanmalarını şart koşmuşlardır. Bu şartı ileri sürenler arasında İslâm miras hukukunu çok iyi bilen müderrislerin de bulunması son derece ilgi çekicidir⁴⁰.

2. Şer’i miras düzenlemelerini kızlar aleyhine değiştirmek: Bazı vâkıflar tesis ettikleri ailevi ve yarı ailevî vakıflar yoluyla, erkek evlatlarının nesli devam ettikçe kızlarını mirastan yoksun bırakmış, erkek evlatlarının nesli kesilince kızlarına ve bunların çocuklarına, tesis ettikleri vakfın gelirlerinden yararlanmayı şart koşmuşlardır⁴¹.

Osmanlı Devleti’nde Fatih Sultan Mehmet döneminden itibaren uygulanmaya başlayan kul sistemi de kadınların miras hakları üzerinde etkili olmuştur. Fatihle birlikte müslüman Türk ailelerden gelen devlet adamları yönetimden uzaklaştırılarak, kul statüsündeki devşirme kökenliler onların yerine tayin edilmiştir. Devşirme kökenli devlet adamları İslâm hukuku prensipleri çerçevesinde bir çeşit köle kabul edildikleri için sultanın kulu sayılmışlardır. Kul statüsünde olmanın anlamı,

⁴⁰ 1634/1635 tarihlerinde Manisa’da yarı ailevî bir vakıf tesis etmiş olan müderris Hamza Efendi, vakfının gelir fazlasını hayatta olduğu sürece kendisine, ölümünden sonra ise eşit bir şekilde kız ve erkek evladlarına şart koşmuştur. Yine 7 Mayıs 1667 tarihinde el Hac Hızır b. Abdullah İzmir’de tesis etmiş olduğu yarı ailevî vakfının akarlarının kullanım ve oturma haklarını hayattayken kendisine, daha sonra ise kız ve erkek evladlarına ale’s–seviyye şart koşmuştur, Yüksel Hasan, “Vakfiyelere Göre Osmanlı Toplumunda Aile”, Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, c. 2, Ankara 1992, s. 477; Bir başka örnekte ise Darphane Mahallesi’nden Hacı Mehmed bin Timurtaş, aynı mahallede bulunan evinin bir kısmını eşi Mükrimine Hatun’a, diğer bir kısmını ise diğer eşi Ayşe Hatun’a kayd-ı hayat şartıyla, yani yaşadıkları süre boyunca oturmak üzere vakfetmiştir, Maydaer, s. 3.

⁴¹ 16 Kasım 1621’de Kayseri’de ailevî bir vakıf tesis etmiş olan Elhac Sefer b. Ebulhayr vakfının gelir kaynaklarını oluşturan dört tarla, iki dükkân ve diğer iki dükkândaki hisselerinin kira gelirini erkek evladlarının evlâd–ı evlâdına; bunların nesli kesilince kızlarına ve kızların evlâd–ı evlâdlarına şart koşmuştur. Bir diğer örnekte yarı ailevî bir vakfın kurucusu olan Beylerbeyi Mustafa Paşa vakfının gelir fazlasını öz oğlu Hasan Bey’e ve erkek torunları ile torunlarının erkek çocuklarına, bunların nesli kesilince kız torunlarına ve bunların evlâdlarına şart kılmuştur. Yüksel, s. 478.

iktidara ve buna bağlı olarak zenginlik ve yüksek konuma sahip olanların, bunu devletten bağımsız bir biçimde, kendi statü ve kimliklerini kendileri belirleyen özerk toplumsal katmanların üyeleri olarak değil, padişahın keyfine bağlı olarak sağlamaları şeklinde anlaşılmıştır⁴². Böylelikle kulların can ve mal güvenliklerinin bulunmadığı düşünülmüştür. İlke olarak kulların mirasçısı padişaktır ve uygulamada devlet hazinesinin kulların mal varlıklarına el koyması (müsadere) şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca padişah kullarını keyfi olarak cezalandırabilir hatta yargılamadan idam cezasına çarptırılabilir⁴³. Bu kurallar padişah açısından, memurun efendisine bağlı olmasını garanti etmektedir. Memur içinse bu bağımlılığı kabul etmek, iktidar ve zenginliğe ulaşabilmenin tek yoludur⁴⁴. Kanunî devrinden itibaren ilmiye sınıfı dışında kalmak üzere askerî sınıf içinde Türk–devşirme ayrımı ortadan kalkmış, kulluk anlayışı, devşirme olmayan askerî sınıf üyelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir⁴⁵. Bundan sonra ulema hariç olmak üzere askerî sınıf padişahın kulu sayıldığından, onun iradesi karşısında mallarının ve canlarının teminatı kalmamıştır. Üstelik müsadere yalnızca bir ceza olarak uygulanmamış, üst düzey devlet

⁴² Findley Carter V., *Ottoman Civil Officialdom*, Princeton 1989, s. 42.

⁴³ Mumcu, s. 57 vd. Kul sistemi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Cin/Akyılmaz, s. 105-111.

⁴⁴ Findley, s. 25. Meselâ padişahın mutlak vekili olan, din ve devlete ait her türlü işi görme yetkisi bulunan Vezir-i âzamlar son derece güvensiz bir hayat sürmüşlerdir. Padişahın kulu sayıldıkları için sebep gösterilmeden görevlerinden azledilebilmişler, malları müsadere edilebilmiş, hatta yargılanmadan ölüm cezasına çarptırılabilmişlerdir. Vezâreti alınarak kalebend edilmesine ve emval ve eşyanın zaptına karar verilen Mustafa Paşa ile ilgili ferman, BOA, CTD, No: 4869, T: L/1190 (1776).

⁴⁵ Mumcu, s. 71.

⁴⁶ “Çend-i rûz-ı mukaddem vefat eden reis-ül-küttâb Seyyid Mehmet Dürri Efendi merhumun kaide-i miriyye-i miriyye üzere Hace Paşa’da kain hanesinin temhiri defterdar efendi kullarına havale olunduğuna binaen... hazinedarlık hizmetinde olan İsmaili getürdüp merhumun nesi var nesi yok icmalime bilinmek için sual eyledükde, BOA, HHT, No: 57686, T: 1207 (1792); Üsküdar’da sabık Kaftan Ağası Derya Kalemi Alay Beyi Gürcü oğlu Hacı İbrahim Ağa vefat edip, zevcesinden başka varisi olmayıp ashab-ı servetten bulunduğu binaen canib-i miriden muhallefatinin tahririne ne vechile irade buyrulacağıın beklendiğine dair hatt-ı hümayun, BOA, HHT, Dosya No: 214, Gömlek No: 11714, T: 29/Z/1205; Kıbrıs’da Lefkoşa’da vefat eden Zangılakzade Hacı Mustafa’nın emval ve eşyasının canib-i miriden zabtı emr ve mübaşir gönderilmiş ise de emrin vürudundan evvel emval ve eşyanın kassam marifetile vereseye bırakıldığına ve tensip edilirse bedel mukabilinde vereseye terkine dair Kıbrıs Muhassılı Hafız Ali Efendi tarafından varid tahriratın arz-ı atebe edildiğine dair hatt-ı hümayun, BOA, HHT, Dosya No: 227, Gömlek No: 12631, T: 29/Z/1220; Vefat eden Sadrazamın sabık Divan Katibi hacedandan Ahmed Efendi’nin hanesi başbakikulu marifetiyle temhir ettirilmiş ve yine ağa-yı mumaileyh ve kassam katibi marifetiyle mührü fekk ve eşyası tahrir ve ashab-ı duyun veresesine tevzi ve taksimi hususunda ne vechile irade edileceğine dair hatt-ı hümayun, BOA, HHT, Dosya No: 213, Gömlek No: 116511, T: 29/Z/1205; “...Menâfii devletimi kendüye me’kel eyleyüp emvali miriyeden servet kesbeylemiş rical ve kibardan vefat eyleyenlerin malı ne benim ve ne de müteveffanın ve ne de vârislerindir; ancak beytülmâli müslimin ve emvali miriyenindir; tamamca alınır, hıfz-ı din-ü devlet için sarfeylerim ve ecdâdî izâmım dahi böyle derler idi”, Karal Enver Ziya, *Selim III’ün Hatt-ı Hümayunları-Nizam-ı Cedid*, Ankara 1988, s. 33.

adamları öldükten sonra feraiz hükümlerine göre terekeleri mirasçıları arasında paylaşılmayarak doğrudan beytülmâl adına el konmuştur⁴⁶. Yani kul statüsünde bulunan devlet görevlilerinin eşleri ve çocukları şer’i bir kural olmamasına rağmen miras hakkından mahrum olmuşlardır. Böyle bir uygulama kuşkusuz kadın mirasçıları çok derinden etkilemiş, mirastan hakları olan payı alamadıkları için güç durumda kalmışlar, zaman zaman yazdıkları arzuhallerle padişahın, vezir-i azamdan miras paylarını talep etmişlerdir⁴⁷.

V. OSMANLI DEVLETİ’NDE ÖRFİ MİRAS HUKUKUNDA KADININ STATÜSÜ

Makalemizin giriş bölümünde de vurguladığımız üzere Osmanlı hukuk sisteminin ikili yapısını açık bir biçimde ortaya koyan alanlardan birisi de miras hukukudur. Her türlü menkul ve gayrimenkul mülk mallar şer’i hükümlere göre intikal ederken; miri arazi, icareteynli vakıflar ve mukataalı vakıfların mirasçılara intikali örfi hukuk tarafından düzenlenmiştir. Ancak burada son derece önemli bir noktanın gözden kaçırılmaması gerekir. O da örfi intikale konu olan miri arazinin rakabesinin devlete, icareteynli ve mukataalı vakıflarda ise vakıf hükmi şahsiyetine ait olduğu hususudur. Dolayısıyla örfi intikale konu olan ve mirasçılara geçen arazilerin kuru mülkiyeti değil, sadece tasarruf hakkıdır⁴⁸. Örfi intikalle ilgili düzenlemeler

⁴⁷ “Müteveffa reis-ül küttab Abdullah Berri Efendi’nin kerimesi Şerife Fatma Hanım arzuhal vererek habsolunan babasının terekkesinden miras payının iadesini istirham etmiştir. BOA, HHT, No: 53098, T: 1222; Müteveffa Abdi Paşa’nın varisi Şerife Emine Hatun’un müteveffanın verile diye ferman kılınmış ise de defterdara ledel-havale ordudan gelip satılan muhalledat bedelinin nısfı Tersane’ye ve nısf-ı diğer Cebehane, Darbhane ve Mehterhane mühimmatına verildiği beyan edilmekle Kütahya’dan gelecek ve satılacak muhalledattan payının verilebileceğine dair hatt-ı hümayun, BOA, HHT, Dosya No: 212, Gömlek No: 11555, T: 29/Z/1205; Edirne’de mukim iken eceliyle ölen merfuülvüzare Mahmud Paşa’nın beş kerimesi şayan-ı merhamet ve bikes olduklarından terekkesinin kızlarına terk edileceğine dair hatt-ı hümayun, BOA, HHT, Dosya No: 188, Gömlek No: 8985, T: 29/L/1211; Kocaları İsmail Ferruh Efendi’nin terekkesinden kendilerine düşen hissenin Divan-ı hümayun haccânından Recai Efendi tarafından zabtedildiğinden perişan düşükleri, merhamet buyrulması talebindeki Zübeyde ve Fatma hanımların arzuhal BOA, HHT, Dosya No: 219, Gömlek No: 12106, T: 21/L/1211 “Merhum reis-ül küttab efendi fi’l-asl ahsam-ı servetten olmadığına binaen mücevherat ve zi-kıymet nesnesi olmayub ve el’an mühür altında olan mefruşat ve melbusatı furuhat olunmak lazım gelse yirmi kiseye balığ olur olmaz kabilinden idüğünü ve merhumun sarrafu esnafa olan duyunu yüz yirmi akçeye balığ olacağını ve müteveffa-yı mumiileyhin bir nefer oğlu ve bir kerimesi ve bir nefer dahi zevcesi olub vücuh’a sayeste-i merhamet-ül şefkat inayet idüklerini...evlad-ı iyalinin ahval-i pür melallerine merhamet ve müteveffa-yı mumiileyhin müddet-i vafireden beru devlet-i Aliyelerine sebkat iden hidmetine hürmeten hanesinin mühri fekk ve mefruşat-ı melbusatının evlad-ı iyaline in’am ve ihсан buyrulması babında emru ferman şevketlu kerametlu mehabetlu kudretlu velinimetim efendim padişahım hazretlerindir.” Vezir-i azamın bu takririnin üzerine “mührü fekk olunub veresesine verile” emrini ilıştiren padişah özellikle kadın mirasçıların mağdur olmaması için talebi kabul etmiştir, BOA, HHT, No: 57686, T: 1207

⁴⁸ Örfi intikal hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cin/Akyılmaz, s. 396 v.d.

feraiz hükümleri gibi değişmez nitelikte olmadığı için zaman içinde şartlara ve ihtiyaçlara göre yeniden şekillenebilmiştir. Konumuz açısından önemli olan nokta ise gelişimin hukuki eşitlik doğrultusunda olduğu ve şer’i miras hukukunun tersine belli bir dönemden sonra kadın ve erkek mirasçılara eşit pay verildiği gerçeğidir. Bu durumu daha net görebilmek için şimdi örfi miras hukukunun geçirdiği aşamalara daha yakından bakalım.

A.MİRİ ARAZİ VE GAYRİSAHİH VAKIFLARDA İNTİKAL

Miri arazi ve gayrisahih vakıflarda arazinin tasarruf hakkının intikali çeşitli tarihlerde yapılan hukuki düzenlemelerle değişikliklere uğramış, her aşamada kadın ve erkek arasında hukuki eşitliği sağlamaya yönelik yeni adımlar atılmıştır.

1. Birinci Dönem Devletin Kuruluşundan 1567/975 Tarihine Kadar olan Devre

Bu devrede mutasarrıfın ölümü halinde arazinin mirasçılara intikali konusunun nasıl düzenlendiği tartışma konusu olmuştur. Tartışma 1567 yılına kadar süren dönemde intikal hakkı sahibi yani bedel ödemeksizin araziye iktisap hakkına sahip mirasçının bulunup bulunmadığı noktasında odaklanmaktadır. Bir kısım hukukçular söz konusu devrede miri arazinin mutasarrıfın mirasçılarında hiçbirine bedelsiz olarak intikal etmeyip, ancak tapu misli ile erkek evlada tefviz edildiği fikrini ileri sürmüşlerdir⁴⁹. Bazı hukukçular ise böyle bir dönemin hiç olmadığı ve erkek çocuğun başlangıçtan itibaren intikal hakkına sahip olduğu görüşündedirler⁵⁰. Gerçekten de 1567 tarihinden önce çıkarılmış olan bazı kanunlar mutasarrıfın ölümü halinde arazinin erkek evlada bedelsiz olarak intikal ettiğini doğrulamaktadır⁵¹. Ancak yine bazı kanunnamelerden mutasarrıfın erkek çocuklarından da tapu bedelinin alındığı bir dönemin bulunduğu anlaşılmaktadır⁵². Büyük bir ihtimalle başlangıçta böyle bir uygulamanın yapıldığı bir dönem mevcut olmuş, daha sonra erkek çocuklardan tapu bedeli alınması uygulaması terk edilmiştir.

⁴⁹ Cin/Akyılmaz, s. 402; Ali Haydar, Şerh-i Cedid-i Kavanin-ül Arazi, İstanbul 1321, s. 5; Atıf Bey, Kanunname-i Arazi Şerhi, İstanbul 1330, s. 5-6; Halis Eşref, Külliyyat-ı Şerh-i Kanun-ı Arazi, İstanbul 1315, s. 33; Berki, Miras, s. 137.

⁵⁰ Barkan Ömer Lütfi, “Türk Toprak Hukukunda Tanzimat ve 1274/1858 Tarihli Arazi Kanunnamesi”, Tanzimat, İstanbul 1940, s. 345; Cin Halil, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1992, s. 256.

⁵¹ Örneğin II. Bayezid döneminde hazırlanmış olan çeşitli kanunnamelerde oğlun tapu bedeli ödemeksizin intikal hakkı sahibi olduğu açıkça belirtilmiştir. Benzer yönde hükümler için bkz. Bolu Livası, Erzurum Livası Kanunnameleri. Barkan Ömer Lütfi XV XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukukî ve Mali Esasları, İstanbul 1943, s. 28-33, 64; Cin, Toprak, s. 256; Barkan, Tanzimat, 355.

⁵² Akgündüz Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, 2. Kitap, İstanbul 1990, s. 182, 257.

2. İkinci Dönem 1567/975 Tarihinden 1847/1263 Tarihine Kadar Olan Devre

1847'ye kadar devam eden bu dönemde mutasarrıfın erkek ya da kadın oluşuna göre miri arazinin intikali farklı kurallara tabi olmuştur. 1567'den 1702 tarihine kadar çıkarılan bir dizi örfi hukuk düzenlemesiyle miri arazinin intikalinde şu şekilde bir sıra izlenmiştir⁵³.

Mutasarrıf erkek ise arazisinde intikal hakkı tek mirasçısı erkek çocuklarıdır. Tapu hakkı sahipleri ise şunlardır:

- 1) Miras bırakanın kız evlâdı
- 2) Anne-baba bir erkek kardeş
- 3) Anne-baba bir kız kardeş (Arazinin bulunduğu yerde oturmak şartıyla)
- 4) Baba
- 5) Ana
- 6) Arazi üzerinde bulunan mülk ağaç ve binaları şer'i intikale göre iktisap edenler
- 7) Araziye müştereken tasarruf edenler (şerik) ve arazi üzerinde irtifak hakkına sahip olanlar (halit)
- 8) Arazinin bulunduğu yerdeki köy halkından toprağa ihtiyacı olanlar

Mutasarrıf kadınsa intikal hakkı sahibi mirasçısı yoktur. Erkek çocukları ise ancak tapu bedelini ödemek suretiyle annelerinden kalan araziyi iktisap edebilirler⁵⁴.

Görüldüğü üzere ikinci devrede muris erkekse intikal hakkı sahibi tek mirasçı erkek çocuktur. Kız çocuk ise ancak erkek çocuk yoksa tapu hakkı sahibi mirasçı olarak devreye girmekte ve tapu bedelini ödeyerek arazinin tasarruf hakkına sahip olabilmektedir. Ayrıca anne-baba bir erkek kardeşler kız kardeşlerinden, baba da anneden önce bu hakka sahip olabilmektedir. Muris kadın ise tüm bu sıralama geçersiz olmakta, sadece erkek çocuk, o da tapu bedelini ödemek suretiyle arazinin tasarruf hakkını kazanabilmektedir. Anlaşılacağı üzere ikinci dönemde eşitlik prensibine aykırı bir şekilde murisin ve mirasçıların cinsiyeti sonucu etkileyebilmektedir.

⁵³ Cin/Akyılmaz, s. 403; Halis Eşref, s. 33; Ali Haydar, s. 5; Barkan, Tanzimat, s. 346–348; Cin, Miras, s. 56–58; Cin, Toprak, s. 257–259, 309.

⁵⁴ Erkek çocuktan sonra sırasıyla arazi üzerindeki mülk ağaç ve bina sahipleri, halit ve şerikler ve köy halkından araziye ihtiyaçları olanlar tapu bedeli ile arazinin tasarruf hakkına sahip olabilirler.

3. Üçüncü Dönem 1847/1263'den 1858/1274 Tarihine Kadar Olan Devre

1847 yılı miri arazinin intikalinde çok önemli değişikliklerin yapıldığı bir tarihtir. İlk olarak 7 Cemaziyelevvel 1263/23 Nisan 1847 tarihli irade-i seniyye ile babanın arazisinde intikal hakkı kız çocuklara da tanınmış ve bu tarihten itibaren babanın arazisinde erkek ve kız çocukların eşit intikal hakkına sahip oldukları kabul edilmiştir⁵⁵. Böylelikle adi intikalle şer'i intikal arasında önemli bir fark ortaya çıkmıştır. 14 Cemaziyelevvel 1263/30 Nisan 1847 tarihli bir başka irade-i seniyye ile ananın tasarrufunda bulunan miri arazinin de aynı esaslar dâhilinde erkek ve kız çocuklara intikal etmesi kabul edilmiştir⁵⁶. Böylelikle hem mutasarrıf kadın da erkek de olsa miri arazinin aynı hukukî hükümlere tabi olacağı ilkesi getirilmiş, hem de erkek ve kız çocuğa ana ve babalarının miri arazisinde eşit intikal hakkı tanınmıştır.

1265/1849 tarihli iki ayrı düzenlemede ise tapu hakkı sahipleri derecelenmiştir. Bir önceki dönemdeki sıralama bir tek farkla aynen kabul edilmiştir. Yalnız tapu hakkı sahiplerinin beşinci sırasına “oğlun oğlu” yerleştirilmiştir⁵⁷.

4. Dördüncü Dönem 1858 Arazi Kanunnamesinden 1867'ye Kadar Olan Devre

1858 Arazi Kanunnamesi ile intikal hakkı sahipleri biraz daha genişletilmiş ve murisin ana ve babasına da intikal hakkı tanınmıştır⁵⁸. Kanunnameye göre intikal hakkı sahipleri şöyledir:

- 1) Murisin oğlu ve kızı. Murisin yalnız bir kızı ya da oğlu bulunuyorsa arazinin tamamı ona intikal eder⁵⁹.
- 2) Baba
- 3) Ana

⁵⁵ Karakoç Serkiz, Tahşiyeli Kavanin, I, Dersaadet 1330, s. 124-125; Cin, Miras, s. 59; Cin, Toprak, s. 259-261; Cin/Akyılmaz, s. 403.

⁵⁶ Cin, Miras, s. 59-60; Cin, Toprak, s. 260-261; Aydın, Hukuk Tarihi, s. 341; Cin/Akyılmaz, s. 367; Berki, Feraiz, s. 173; 5 Cemaziyelahir 1263/1847 Tarihli Tapu Nizamnamesinde de baba yahut ananın ölümü halinde arazinin erkek ve kız evlada karşılıksız ve eşit biçimde intikal edeceği prensibi kabul edilmiştir.

⁵⁷ Karakoç, I, s. 128-129, 213; Cin/Akyılmaz, s. 404.

⁵⁸ Esasında Arazi Kanunnamesinden önce Evâhir Cemaziyelahire 1274/Şubat 1858 tarihli irade-i seniyye ile sırasıyla baba ve anne de intikal hakkı sahipleri arasına alınmış, ardından 11 Receb 1274 tarihli iradeyle bu hüküm gayrisahih vakıflara da uygulanmış, sonra da aynı hüküm arazi kanunnamesine alınmıştır. Bkz. Atıf Bey, s. 196-197; Berki, Feraiz, s. 174; Barkan, Tanzimat, s. 329; Cin, Miras, s. 60; Karakoç, I, s. 163-165.

⁵⁹ Ömer Hilmi Ahkam'ül Arazi, İstanbul 1300, s. 7; Cin, Miras, s. 61, dipnot: 94.

Önceki sırada bir hak sahibi sağken intikal hakkı sonrakine geçmez. Arazi Kanunu murisin ölüm tarihinde ana rahminde bulunan cenini de cinsiyet ayrımı yapmaksızın sağ olarak doğmak şartıyla mirasçı kabul etmiştir⁶⁰.

1858 tarihli Arazi Kanunnamesi tapu hakkı sahiplerini de dokuz derece olarak düzenlemiştir. Buna göre intikal hakkı sahibi mirasçısı olmadan ölen mutasarrıfın arazisi sırasıyla şu kimselere intikal eder⁶¹.

- 1) Ana-baba bir ve baba bir erkek kardeşler.
- 2) Ana-baba bir ve baba bir kız kardeş. Kız kardeşlerin arazinin bulunduğu yerde oturmaları şartı kaldırılmıştır.
- 3) Oğlun oğlu ve kızı birlikte bulunurlarsa tapu bedelini ödemek şartıyla eşit intikal hakkına sahiptirler. Murisin kızı ve oğlu için 1847'den itibaren sağlanan eşitlik Arazi Kanunnamesi ile oğlun oğlu ve kızına da yaygınlaştırılmıştır.
- 4) Sağ kalan eş. Sağ kalan eşin koca ya da karı olması arasında fark yoktur.
- 5) Ana bir erkek ve kız kardeşler. Tapu misli ile verilirken erkek kız ayrımı yapılmaz.
- 6) Kızın kızı ve oğlu (eşit olarak).
- 7) Arazi üzerindeki mülk ağaç ve bina sahipleri.
- 8) Araziye müştereken tasarruf edenler (şerik) ve arazi üzerinde irtifak hakkı (halit) sahipleri.
- 9) Toprağa ihtiyacı olan köylüler.

1858 Arazi Kanunnamesi ile örfi intikalde kadın-erkek eşitliğinin sağlanması konusunda yeni adımlar atılmıştır. Her şeyden önce baba ile birlikte murisin annesi de intikal hakkı sahibi mirasçılar grubuna sokulmuştur. Ayrıca oğlun oğlu ve oğlun kızı ile anne bir erkek ve kız kardeşlere, birlikte tapu hakkı sahibi olarak eşit intikal hakkı sağlanmıştır. Sağ kalan eş cinsiyetine bakılmaksızın tapu hakkı sahipleri arasına dâhil edilmiştir. Bununla birlikte henüz tüm kademelerde tam bir eşitlik sağlanmış değildir. Örneğin hala baba, annenin üzerinde, anne-baba bir ve baba bir erkek kardeşler, anne-baba bir ve baba bir kız kardeşlerin üzerinde yer almaktadırlar.

⁶⁰ Arazi Kanununun konu ile ilgili düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cin, Miras, s. 61-67; Cin, Toprak, s. 261-268.

⁶¹ Cin, Miras, s. 73-74; Cin, Toprak, s. 309-310; Cin/Akyılmaz, s. 405; Karakoç, I, s. 211-213.

5. Beşinci Dönem 1867 Tarihli Tevsi-i İntikal Nizamnamesinden 1913'e Kadar Olan Devre

Adi intikalde beşinci dönem 21 Mayıs 1867 (17 Muharrem 1284) tarihli Tevsi-i İntikal Nizamnamesi ile başlar ve 6 Mart 1913 (21 Şubat 1328) tarihli kanuna kadar devam eder. 1867 tarihli düzenleme intikal hakkı sahiplerini son derece genişleterek, sekiz gruba çıkarmıştır. Nizamnameye göre miri arazi ile gayrisahih vakıflarda intikal hakkına sahip mirasçılar sırasıyla şöyledir⁶².

- 1) Erkek ve kız çocuklar.
- 2) Torunlar.
- 3) Ana-baba.
- 4) Ana-baba bir ve baba bir erkek kardeşler.
- 5) Ana-baba bir ve baba bir kız kardeşler.
- 6) Ana bir erkek kardeş.
- 7) Ana bir kız kardeş.
- 8) Eş.

Bu sıralama ile ilgili birkaç önemli nokta üzerinde durmak gerekmektedir. İkinci sırada bulunan torun bir tane ise tek başına, birkaç tane iseler cinsiyet farkı olmadan eşit olarak araziyi iktisap ederler. Yalnız muristen önce ölmüş bulunan erkek ve kız evladın çocukları anne ve babalarının yerine geçerek, ilk sırada yer alan murisin çocukları ile birlikte intikal hakkına sahip olurlar. 1867 tarihli nizamname bu konuda büyük bir yenilik getirerek halefiyet prensibini kabul etmiştir. Ancak bu sınırlı bir halefiyet olup, muristen önce ölen erkek ve kız çocukların miras payı sadece torunlara geçer. Torun çocuklarına intikal etmez.

İkinci olarak üçüncü sırada bulunan ana ve babanın, dördüncü sırada bulunan ana-baba bir ve baba bir erkek kardeşlerin ve beşinci sırada bulunan ana-baba bir ve baba bir kız kardeşlerin birbirlerine önceliği yoktur. Eşit intikal hakkına sahiptirler.

Sağ kalan eş sekizinci sıraya kadar intikal hakkı sahibi mirasçı bulunmadığı zaman miri arazinin tamamına sahip olur. Ancak üçüncü sıradan (ana, baba) itibaren de eşin miri arazi üzerinde ¼'lik sabit bir payı vardır. Eş birinci (çocuklar) ve ikinci (torunlar) sıradaki intikal hakkı sahipleri ile birlikte bulunursa miri araziden pay alamaz. Eşin cinsiyeti mirasçılık payını etkilemez.

⁶² Cin, Miras, s. 90-92, Cin, Toprak, s. 344-345; Berki, Feraiz, s. 175-176; Cin/Akyılmaz, s. 406; Aydın, Hukuk Tarihi, s. 342; Atf Bey, s. 200-208; Karakoç, I, s. 211-213; Ali Haydar, s. 315-316; Barkan, Tanzimat, s. 402-403.

Görüldüğü üzere 1867 tarihinde yapılan düzenleme ile örfi intikalde cinsiyetler arası eşitlik konusunda yeni adımlar atılmaya devam edilmiş, sadece anne-baba bir erkek ve kız kardeşler, baba bir erkek ve kız kardeşler ve anne bir erkek ve kız kardeşler arasında tam bir eşitlik sağlanamamıştır. Her ne kadar kız kardeşler de erkek kardeşleri gibi artık intikal hakkı sahibi mirasçı konumuna yükseltilmişlerse de mirastan pay alma konusunda erkek kardeşlerin önceliği vardır. Yani erkek kardeşleri hayatta ise kız kardeşler mirasçı olamazlar.

6. Altıncı Dönem 1913 Tarihli Emval-i Gayrı Menkulenin İntikalatı Hakkında Kanun'dan Devletin Sona Ermesine Kadar Geçen Devre

Miri arazi ve gayri sahih vakıfların intikalinde son devre 6 Mart 1913 (21 Şubat 1328) tarihli kanunla başlamıştır. Bu düzenleme ile çok önemli bazı yenilikler getirilmiştir⁶³.

1) Adi intikalde mevzuat birleştirilmiştir. Yani kanunun hükümleri miri arazi ve gayri sahih vakıfların yanı sıra icareteynli ve mukataalı vakıflara da uygulanacaktır.

2) Zümre sistemi getirilmiştir. Buna göre adi intikalde üç zümre kabul edilmiştir. Murisin füruu, murisin anne-babası ve onların füruu, murisin büyük ana ve babası ve onların füruu. Zümreler arası sıra vardır. Bir önceki zümreden mirasçı varken diğer zümreden olanlar intikal hakkına sahip olamazlar.

3) Halefiyet prensibi bütün zümreler için kabul edilmiştir.

4) Birinci zümre ile birlikte bulunan ana ve babaya 1/6'lik hisse verilmiştir.

5) Eş birinci zümre ile birlikte bulunduğu ¼, ikinci ve üçüncü zümrelerle birlikte bulunduğu ise ½'lik bir paya sahiptir.

a. Murisin Füruu

İntikal hakkının ilk sahibi murisin erkek ve kız çocuklarıdır. Murisin çocukları hayatta iken bunların çocukları mirasçı olamaz. Yani evlat, torunları miras dışı bırakır. Muristen önce ölmüş olan erkek ve kız evladın hissesi halefiyet yoluyla kendi füruna intikal eder. Ölen evladın füruu yoksa hissesi diğer evlada veya onların fürularına intikal eder. Halefiyet yoluyla intikal ancak evladın torununa kadar geçerlidir. Daha sonraki fürular için intikal mümkün değildir⁶⁴. Bu zümre ile birlikte bulunan ana-babanın 1/6, eşin ise ¼'lük sabit payı vardır. Ana-baba her ikisi de hayatta iseler

⁶³ Düzenleme ve getirilen yeniliklerle ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Cin/Akyılmaz, s. 406-409.

⁶⁴ 1328 Tarihli Kanun, m. 2.

1/6'lık hisseyi eşit olarak paylaşırlar. Yalnız biri hayatta ise 1/6'lık hissenin tamamını o alır. Ana-babadan biri veya her ikisi de ölmüşlerse, sağ olsalardı kendilerine verilecek 1/6'lık hisse fūrularına intikal etmez.

b. Murisin ana ve babası ve onların fūruu

İntikal hakkı sahiplerinin ikinci zümresi miras bırakanın ana-babası ile onların fūrudur. Ana ve babanın her ikisi de hayatta iseler eşit intikal hakkına sahiptirler. Ana-babadan biri ölmüşse hissesi halefiyet yolu ile fūruna geçer. Fūruu bulunmaması halinde hayatta bulunan ana veya baba tek başına intikal hakkına sahip olur. Ana-babanın her ikisi de ölmüşlerse her birinin hissesi kendi fūruna geçer. İkinci zümredeki halefiyet prensibi, birinci zümrede olduğu gibi sadece evlādın torununa kadar (miras bırakanın torun çocuğu) geçerlidir.

Ana ve babadan her ikisi de ölmüşlerse ve birinin fūruu yoksa onun hissesi de diğerinin fūruna kalır.

c. Murisin büyük ana-babası ve onların fūruu

İntikal hakkı sahiplerinin üçüncü zümresi miras bırakanın büyük ana-babası ile onların fūrudur. Ana ve baba tarafından olan büyük ana ve babaların sayısı dört olup hepsi eşit intikal hakkına sahiptirler⁶⁵. Muristen önce ölmüş olan büyükbaba veya ananın hissesi kendi fūruna intikal eder. Fūruu bulunmayan büyük ana veya babanın hissesi ise diğerine intikal eder. Ana veya baba tarafından büyük ana ve büyükbabalar hayatta değilse, intikal hakkı diğer taraftaki büyük ana ve büyük babaya geçer. Bunlardan biri veya her ikisi hayatta değilse miras fūrularına intikal eder.

d. Sağ kalan eş

Sağ kalan eş daha önceki intikal kanunlarına nazaran daha avantajlı bir konuma getirilmiş ve hangi zümre ile mirasçı olursa olsun terekeden pay alabilmiştir. Sadece birlikte bulunduğu zümreye göre miras payı değişmiştir. Sağ kalan eş birinci zümre ile birlikte bulunursa ¼'lik intikal hakkına sahiptir. İkinci ve üçüncü zümre ile birlikte bulunduğu takdirde ise terekenin ½'sini alır. Ancak eş üçüncü zümre ile birlikte bulunduğu zaman özel bir durumu vardır. Büyük ana ve babalarla birlikte

⁶⁵ 1913 tarihli kanunun 4. maddesinden anlaşıldığı üzere büyük baba ve büyük ananın ana ve babaları intikal hakkına sahip değillerdir. Ancak Şurâ-yı Devlet Genel Kurulu'nun 30 Nisan 1335/1917 ve gene Şurâ-yı Devlet Mülkiye ve Maarif Dairesi'nin 29 Mart 1335 tarihli kararlarında büyük ana ve büyük babaların ana ve babalarının da intikal hakkı sahibi olacağı ve hatta ikinci ve üçüncü derecedeki büyük ana ve babaların da intikal hakkına sahip olacakları belirtilmiştir. Ancak birinci dereceden büyük ana ve büyük babalar varken sonraki derecelerde yer alan büyük ana ve babalar intikal hakkı sahibi olamayacaklardır. Berki, Feraiz, s. 186; Cin, Miras, s. 104–105.

fürüü da mirastan pay alma durumundaysa, füruna intikal edecek hisseyi de sağ kalan eş alır⁶⁶.

Örfi intikalde 1913 yılında yapılan düzenleme ile zümre sistemine geçilmiş ve kadın ve erkek mirasçılar arasında her kademedede tam anlamıyla eşitlik sağlanmıştır. Böylelikle örfi intikalde 1913'e kadar aşama aşama ilerleyen cinsiyetler arası eşitlik bir sonuca ulaştırılmıştır. Artık çocukların, torunların, kardeşlerin, eşlerin ve ebeveynlerin cinsiyeti miras paylaşımını değiştirmeyecektir. Kadın ve erkek mirasçılar aynı konumda mirasçı oldukları zaman birinin diğerine önceliği olmayacağı gibi, alacakları pay da eşit olacaktır.

B. İCARETEYNLİ VAKIFLARDA İNTİKAL

Osmanlı Devleti'nde icareteyn usulü ile tasarruf edilen vakıf arazi, dükkan, han gibi vakıf malların mutasarrıfın ölümü durumunda mirasçılara intikali üç aşamadan geçmiştir.

1. Birinci Dönem 1867 Tarihli Tevsi-i İntikal Nizamnamesine Kadar Olan Devre

Birinci dönem icareteynli vakıfların ortaya çıkışından 1867 tarihli Tevsi-i İntikal Nizamnamesine kadar olan dönemdir. Bu dönemde mutasarrıf öldüğünde icareteynli vakıftaki tasarruf hakkı erkek ve kız çocuklara eşit olarak intikal etmiştir. Murisin çocuğu yoksa tasarruf hakkı vakfa geri dönmüştür⁶⁷. İcareteynli vakıflarda tapu hakkı sahibi yoktur.

2. İkinci Dönem 1867 Tarihli Nizamnameden 1913 Tarihli Kanun'a Kadar Olan Dönem

9 Haziran 1867/6 Safer 1284 tarihli Vakıf Musakkafat ve Müstegallatın İntikali Usulü Hakkında Kanun'la intikal hakkı sahipleri genişletilmiştir. Bu dönemde intikal hakkı sahipleri sırasıyla şunlardır:

- 1) Erkek ve kız çocuklar
- 2) Torunlar
- 3) Ana-baba (eşit olarak)

⁶⁶ 1328 Tarihli Kanun madde 7. Örneğin murisin mirasçıları sağ kalan eş ile baba tarafından büyük ana ve baba ve ana tarafından büyük ana ve babanın fürüü ise mirasın 1/2'sini sağ kalan eş alır. Kalan 1/2 hisse dörde ayrılırsa hayatta olan büyük ana ve büyük baba 1/8'er hisse alırlar. Ölmüş olan büyük ana ve babanın füruularına intikal edecek 1/8'erlik iki hisse sağ kalan eşe geçer. Bu durumda sağ kalan eşin hissesi $\frac{1}{2} + \frac{1}{4} = \frac{3}{4}$ olur. Karakoç, I, s. 435-340; Berki, Feraiz, s. 182 vd.; Cin, Miras, s. 104.

⁶⁷ Cin, Miras, s. 98-99; Ömer Hilmi, s. 90; Cin/Akyılmaz, s. 409.

- 4) Ana-baba bir erkek ve kız kardeşler (eşit olarak)
- 5) Baba bir erkek ve kız kardeşler (eşit olarak)
- 6) Ana bir erkek ve kız kardeşler (eşit olarak)
- 7) Sağ kalan eş.

Bu sıralamada önceki sıradan mirasçı varken tasarruf hakkı bir sonrakine geçmez. Ancak muristen önce ölmüş olan evladın erkek ve kız çocukları ana ve babalarının yerine geçerek halefiyet yoluyla murisin kız ve erkek çocuklarıyla birlikte mirasçı olabilirler.

Sağ kalan eş yedinci sırada tasarruf hakkının tamamına sahip olurken üçüncü sırada yani ana-babadan itibaren 1/4'lük payı vardır. Murisin çocukları ve torunları ile bulunan eşin ise intikal hakkı bulunmamaktadır.

3. Üçüncü Dönem 1913 Tarihli Kanun'dan Devletin Yıkılışına Kadar Olan Devre

İcareteynli vakıflarda son dönem 6 Mart 1913/27 Rebiulevvel 1331 tarihli Emval-i Gayrimenkulenin İntikalatı Hakkındaki Kanun-i Muvakkat ile başlamakta ve devletin yıkılmasına kadar devam etmektedir. Bu kanunla Osmanlı'da örfî hukukta mirasla intikal rejimi birleştirilmiş, icareteynli vakıflar da miri arazi ve gayrisahih vakıflarla aynı intikal hükümlerine tabi olmuşlardır⁶⁸.

Görüldüğü üzere icareteynli vakıflarda ilk aşamadan başlayarak erkek ve kız çocuklar arasında intikal konusunda eşitlik mevcut olmuştur. Daha sonraki düzenlemelerle bu eşitlik her kademeyi kapsar biçimde genişletilmiştir

C. MUKATAALI VAKIFLARDA İNTİKAL

Mukataalı vakıflarda vakıf arazi üzerinde mutasarrıfın mülkü olan ağaç ve binaların bulunması durumunda bunlar şer'i miras kurallarına göre mirasçılara geçeceğinden, bunların üzerinde bulunduğu arsa ya da arazi de aynı hükümlere göre mirasçılara intikal edecektir. Ancak vakıf arazi üzerinde bina veya ağaç yok ise o zaman adi intikal kurallarına göre bir paylaşım söz konusu olacaktır.

Bu açıdan mukataalı vakıflarda iki dönem vardır⁶⁹.

⁶⁸ Cin, Miras, s. 101 vd; Karakoç, I, s. 435-443; Cin/Akyılmaz, s. 409-410.

⁶⁹ Cin/Akyılmaz, s. 410.

1. Birinci Dönem

Mukataalı vakıfların ortaya çıkışından 1913 yılına kadar olan dönemdir. Bu dönemde intikal hakkına mutasarrıfın erkek ve kız çocukları eşit olarak sahiptirler.

2. İkinci Dönem

1913 yılından devletin yıkılmasına kadar olan dönemdir. Bu dönemde miri arazi, gayrisahih vakıflar, icareteynli vakıflar ve mukataalı vakıflarda uygulama birleştirilmiş, mukataalı vakıflarda zümre sistemine göre intikal gerçekleşmiştir.

Tipki icareteynli vakıflarda olduğu gibi mukataalı vakıflarda da ilk aşamadan başlayarak erkek ve kız çocuklar arasında intikal konusunda eşitlik mevcut olmuştur. Daha sonraki düzenlemelerle bu eşitlik her kademeyi kapsar biçimde genişletilmiştir.

VI. SONUÇ

İslam-Osmanlı hukukunda kadının statüsü belirlenirken üzerinde tartışmaların yoğunlaştığı konulardan birisi de kadınların miras hukukundaki konumu olmuştur. Bu konuda Osmanlı hukukunun ikili yapısı da belirleyici bir role sahip olmuştur. Aslında İslamiyet öncesi Türk devletlerinden başlayarak bütün Türk toplumlarında kadının miras hakkının tanındığı görülmektedir. Örneğin Hun, Göktürk, Uygur devletlerinde sağ kalan eş kadına $\frac{1}{4}$ 'lük miras payı olmuştur. Ayrıca evlenerek evden ayrılan kız ve erkek çocuklara belirli bir miktarda mal verildiğinden bunların miras hakkı sona ermiş, ancak anne baba öldüğünde evde olan kız ve erkek çocukların mirasçılığı devam etmiştir⁷⁰. Kısacası eşin ya da çocukların cinsiyeti mirasçılık haklarını ortadan kaldırmamıştır. Çağdaş devletlerde kadınlara mirasçılık hakkının hiç tanınmadığı düşünülürse konunun önemi daha iyi anlaşılabilir.

Makale boyunca üzerinde durduğumuz gibi Osmanlı hukukunda şer'i intikal ve örfi intikalde kadının mirasçılığı birbirinden farklı düzenlemelere konu olmuştur. Osmanlı Devleti'nde her türlü mülk menkul ve gayrimenkul mal İslam Miras Hukuku (ferai) kurallarına uygun olarak paylaştırılmıştır. Bu çerçevede daha önce vurguladığımız gibi bazı durumlarda kadınlar kendileriyle aynı konumdaki erkek mirasçıların yarısı kadar hisse alabilmişlerdir. Öte yandan tamamen örfi hukuk tarafından düzenlenen miri arazi, gayrisahih vakıflar, icareteynli vakıflar ve mukataalı

⁷⁰ Kızlar evlenirken kendilerine çeyiz adı altında belli bir miktar mal verildiği, erkek çocuklara ise yine evlenirken yeni bir ev kurulduğu için bunların anne ve babalarının ölümü durumunda mirasçılık haklarının bulunmadığı kabul edilmiştir. Arsal Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947, s. 342; Akyılmaz Gül, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Konya 2000, s. 15.

Osmanlı Miras Hukukunda Kadının Statüsü

vakıfların tasarruf hakkının intikali konusunda ise İslam Miras Hukuku hükümlerinin tersine, zaman içinde cinsiyetler arası eşitlik temeli üzerine şekillenen hukuki düzenlemeler ortaya çıkmıştır. Örneğin 1847 tarihinden itibaren önce babanın sonra da annenin arazisi üzerinde erkek ve kız evlada eşit intikal hakkı tanınmıştır. 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi ile babadan sonra anneye de intikal hakkının tanınması, 1867 tarihli Tevsi-i İntikal Nizamnamesi ile miri arazinin intikalinde erkek ve kız çocukların yanı sıra erkek ve kız torunlarla birlikte ana-babaya da eşit intikal hakkı verilmesi cinsiyetler arası eşitlik konusunda atılmış olan önemli adımlardır. 1913 tarihli Emval-i Gayr-ı Menkulenin İntikalatı Hakkında Kanun ise cinsiyetler arası farkı tamamen ortadan kaldırmış, mirasçılarını kadın erkek farkı olmaksızın murise yakınlıklarına göre sınıflara ayırmak suretiyle her kademede hukuki eşitliği sağlamıştır. Mukataalı vakıflar açısından da aynı düzenleme ile benzer bir eşitlik gerçekleştirilmiştir. İcareteynli vakıflar konusunda ise eşitlik konusundaki adım daha erken bir tarihte, 1867 yılında atılmış, çocuklar, torunlar, anne-baba, erkek ve kız kardeşler arasında eşit bir paylaşım söz konusu olmuştur.

KAYNAKÇA

- Akın Zeki, “İslam Miras Hukukunun Umumi Esasları ve Osmanlı Kanunnamelerinde Buna Aykırı Hükümler”, *Adalet Dergisi*, Yıl: 41, sy. 11.
- Aktan Hamza, “İslam Aile Hukuku”, *Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi*, Ankara 1992.
- Akgündüz Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, 2. Kitap, İstanbul 1990.
- Akyılmaz Gül, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü*, Konya 2000.
- Akyılmaz Gül, “The Kadi in the Ottoman Empire”, *Position und Aufgaben des Richters nach westlichem und nach islamischem Recht*, Mohr Siebeck 2007.
- Ali Haydar, *Şerh-i Cedid-i Kavanin-ül Arazi*, İstanbul 1321.
- Anhegger R./İnalçık Halil, *Kanunname-i Sultanî ber Müceb-i Örf-i Osmanî*, Ankara 1956.
- Ansay Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara 1954. (İslam Hukuku)
- Arsal Sadri Maksudi, *Türk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul 1947.
- Ateş Süleyman, *İslamda Kadın Hakları*, İstanbul 1996.
- Atıf Bey, *Kanunname-i Arazi Şerhi*, İstanbul 1330.
- Aydın Mehmet Akif, “Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı ve İşleyişi”, *Türkler*, c. 10, Ankara 2002.
- Aydın Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 1999. (Hukuk Tarihi)
- Baer Gabriel, “Women and Wakf, An Analysis of the İstanbul Tahrir of 1546” *Asian and Africian Studies*, c. 17, sy. 9–10.
- Barkan Ömer Lütfi, “Türk Toprak Hukukunda Tanzimat ve 1274/1858 Tarihli Arazi Kanunnamesi”, *Tanzimat*, İstanbul 1940. (Tanzimat)
- Barkan Ömer Lütfi XV XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukukî ve Mali Esasları, İstanbul 1943.

Osmanlı Miras Hukukunda Kadının Statüsü

- Berki Ali Himmet, İslam Hukukunda Feraiz ve İntikal, Ankara 1986. (Feraiz)
- Berki Saadettin, “Eski Hukukumuzda Feraiz”, Adalet Dergisi, Yıl: 52, sy.7-8, 1961.
- Bilmen Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhıyye Kamusu, c. 2, İstanbul.
- Cin Halil, Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 1979. (Miras)
- Cin Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988. (Evlenme)
- Cin Halil, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1992. (Toprak)
- Cin Halil/Akyılmaz Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2008.
- Döndüren Hamdi, “Ashabü'l Feraiz”, TDVİA, c. 3, İstanbul 1991.
- Findley Carter V., Ottoman Civil Officialdom, Princeton 1989.
- Halis Eşref, Külliyyat-ı Şerh-i Kanun-ı Arazi, İstanbul 1315.
- İnalçık Halil, “Örf”, İ. A. c. 9, İstanbul 1988.
- Karakoç Serkiz, Tahşiyeli Kavanin, I, Dersaadet 1330.
- Karal Enver Ziya, Selim III'ün Hatt-ı Humayunları-Nizam-ı Cedid, Ankara 1988.
- Karaman Hayrettin, “Asabe”, TDVİA, c. 3, İstanbul 1991. (Asabe)
- Karaman Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, c. 3, İstanbul 1986. (İslam Hukuku)
- Kaya Ali, “17.Yüzyıl Bursa Şer’iyye Sicillerinin İslam Aile Hukuku Açısından Tahlili”, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, c. 17, sy. 1, 2008.
- Kırbaçoğlu Hayri, “Kadın Konusunda Kur’an’a Yöneltilen Başlıca Eleştiriler”, İslâm’da Kadın Hakları, c. 1, Ankara 1993.
- Mahmut Esad, Feraid-ül Feraiz, İstanbul 1326.

- Maydaer Saadet, “Osmanlıda Klasik Döneminde Kadınların Servet Edinme Yolları”, <http://topatan.blogspot.com/2008/04/osmanli-klasik-dneminde-kadnlarn-servet.html>
- Mumcu Ahmet, Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl, Ankara 1985.
- Ongan Halit, Ankara’nın İki Numaralı Şer’iyye Sicili, Ankara 1974.
- Ömer Hilmi Ahkam’ül Arazi, İstanbul 1300.
- Öztürk Yaşar Nuri, Kur’an’daki İslâm, İstanbul 1992.
- Powers David S., “The Islamic Inheritance System: A Social Historical Approach”, Islamic Family Law, (Ed: Mallat Cibli/Connors June), London 1993.
- Sak İzzet, 10 Numaralı Konya Şer’iyye Sicili (1070-1071/1659-1661), Konya 2003.
- Seyhan S., Tatbikatlı İntikal ve Feraiz Kanunları, Ankara 1948.
- Şeriyye Sicilleri, Türk Dünyası Araştırma Vakfı, c. 1, İstanbul 1988.
- Yüksel Hasan/Savaş Saim, “Osmanlı Aile Hayatına İlişkin Fetvalar”, Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, c. 3, Ankara 1992.
- Vedud -Muhsin Amine, Kur’an ve Kadın, (Çeviren: Şişman Nazife), İstanbul 1997.
- Yüksel Hasan, “Vakfiyelere Göre Osmanlı Toplumunda Aile”, Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, c. 2, Ankara 1992.

İDARE HUKUKUNA İLİŞKİN TEMEL TESPİTLER VE BU HUKUK DALININ BELLİ BAŞLI ÖZELLİKLERİ¹

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY*

ÖZET

İdare hukuku her şeyden önce idareye tatbik edilen ve idareyi yöneten kamu hukukunun bir dalı olarak ortaya çıkmıştır. İdare kavramı bazen bir etkinliği, bazen de bir organı ifade etmek için kullanılmaktadır. İdare kamu otoritelerine kullanmaları için gerektiğinde kamusal üstünlük ve ayrıcalıklar tanıyarak kamu yararını tatmin etme etkinlikleri şeklinde kendini gösterir. İdari rejimlerde “idare hukuku, genel hukuktan farklılıkları olan kamu tüzel kişilerinin faaliyetlerini düzenlemek için var olan kuralların bütünüdür.” şeklinde tanımlanır. Bu anlamda olmak üzere idare hukukunun teknik niteliklerini genç bir hukuk dalı olması, tedvin edilmemiş olması ve yargı içtihatlarıyla oluşturulması şeklinde özetleyebiliriz. Makalede ilk olarak idarenin toplumsal ilişkilerde ve insan yaşamındaki yeri ve ağırlığı incelenmiştir. İdare hukukunun temel iki sorunu olarak bu hukukun soyut ve aşırı teknik niteliği olduğu varsayımı ile eğitsel anlamda değeri olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Daha sonra idare hukukunun temel nitelikleri; yakın tarihe dayanan bir hukuk dalı olması, bir mucize gibi değerlendirilmesi, eşitsizlik hukuku gibi anlaşılması, milli niteliği olması, anayasa hukukunun somutlaşmış hali olması, dinamik bir hukuk dalı olması ve disiplinler arası bir hukuk olması şeklinde ortaya konulmuştur.

ANAHTAR KELİMELER

İdare hukuku, idari rejim, idare hukukunun temel sorunları, idare hukukunun önemli özellikleri.

SOMMAIRE

Le droit administratif apparaît, de prime abord, comme la branche du droit public qui applique et régit l’administration. Le mot d’administration désigne tantôt une activité, tantôt un organe. L’administration apparaît comme l’activité par laquelle

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

¹ Bu makalenin kaleme alınmasında **Markus Müller**’in *Droit administratif, Origine et spécificité*, (Stämpfli Edition SA, Berne 2006) adlı eserinin sh..5-23’lük kısmından önemli ölçüde yararlanılmıştır.

les autorités publiques pourvoient, en utilisant le cas échéant les prérogatives de la puissance publique, à la satisfaction des besoins d'intérêt public. Dans les régimes administratifs, le droit administratif est l'ensemble des règles juridiques dérogatoires au droit commun qui régissent l'activité administrative des personnes publiques. Dans ce point de vue, nous pouvons résumer les caractères techniques du droit administratif comme un droit jeune, non codifié et largement jurisprudentiel. A l'article, tout d'abord on explique la place et l'importance de l'administration dans la vie d'être humain ainsi que dans les relations sociales. On essaye de mettre les problèmes essentiels du droit administratif en évidence comme premièrement être considéré comme un droit austère et déconnecté de la vie quotidienne et deuxièmement la valeur didactique de ce droit. Ensuite on explique les caractères essentiels du droit administratif sous sept titres : le droit administratif est un droit récent, considéré comme un miracle, un droit inégalitaire, un droit national, un droit de concrétisation du droit constitutionnel, un droit dynamique et un droit interdisciplinaire.

LES MOTS CLES

Le droit administratif, le régime administratif, les problèmes essentiels du droit administratif, les caractères importantes du droit administratif.

GİRİŞ

Bazı hukuk sistemlerinde hukuka yüklenen anlam tek olup, aynı kurallar devletin içerisindeki bütün ilişkileri yönetir, bütün ilişkilere tatbik edilir. Bu tür sistemlere gösterilebilecek en önemli örnek geleneksel İngiliz sistemidir. Buna karşılık idari rejim olarak adlandırılan Fransa ve ülkemizde de uygulanan sistemde idarenin kural olarak özel hukuk kurallarından farklı nitelikli kurallarla yönetildiği kabul edilmektedir.² Bu bakış açısına göre idare hukukunun kuralları idareye özgü kurallardır.

İdare kavramı genel olarak kamusal işlerin yönetilmesi şeklinde tanımlanabilir. Dolayısıyla kavram ilk olarak bir etkinliği (faaliyeti, fonksiyonu, işlevi) ifade etmek için kullanılır. Bu anlamda idare kamusal işlere ilişkin etkinliktir. Ancak söz konusu etkinlikte idarenin yanında yasama ve yargı etkinliklerinin de söz konusu olduğu için bu anlamda yapılan tanım yetersiz kalmaktadır. Diğer yandan idare kavramı kamusal işlerin yürütülmesi için yükümlü kılınmış organları, yapıyı ifade etmek içinde kullanılmaktadır.

İdare, etkinliklerini ve örgütlenmesini yöneten özgün bir hukuka tabi kılınmıştır.

² Geleneksel İngiliz sistemi ve idari rejim hakkında bkz. **ATAY Ender Ethem**: *İdare Hukuku*, Ankara 2006, sh.27 vd.

Tabii kılındığı hukuk aynı zamanda idare ile idare edilenler arasındaki ilişkilerin niteliğini de belirlemektedir. Bu kurallar idarenin varlık sebebidir ve kamu yararının veya daha spesifik anlamda kamu hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin ihtiyaçların giderilmesinde de yardımcı olur. İdarenin kamu hizmetlerini yerine getirirken kullandığı araçlar doğası gereğince farklılık göstermektedir. İdarenin kamu kudretinden kaynaklanan ayrıcalıklarının uygulamaya koyduğu durumlarda “**kamusal işlerin yönetilmesi**” söz konusudur. İdarenin özel kişilerin arasındaki ilişkilerde olduğu gibi yöntemlere başvurduğu hallerde ilişkilerinin özel hukuk kurallarına göre yönettiği bir alan söz konusudur. Yapılan bu ayırımın teorik ve pratik anlamında bir önemi bulunmaktadır. Kamusal işlerin yürütülmesinde idarenin kamu hukukunun özgün bir alanına tabii kılınması ve bu alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkların idari yargı yerlerinde çözümlenmesi esastır. İkinci tür etkinliklerden doğan uyuşmazlıklarda çözüm yeri genel mahkemeler yani adli yargı yerleridir. Bu bağlamda yapılacak değerlendirmenin sonunda idare hukukunun miks, karışık bir hukuk dalı olduğu söylenebilir. Bu hukuk dalının bir kısmı kamu hukuku kurallarından kaynaklanmakta diğer kısmı da özel hukuktaki kurallardan hareketle uygulanmaktadır. Burada ilk grupta yer alan ilkeler teknik anlamda idare hukukunu oluşturur.

Tarihsel kökenlerine göre idare hukuku kendine özgü birtakım özelliklerini muhafaza etmektedir. İlk olarak idare hukuku özel hukuka oranla daha hızlı biçimde gelişme gösterir. Anlaşılması açısından içeriği ve kapsamı diğer hukuk dallarına nazaran daha zordur. Bu bağlamda olmak üzere diğer hukuk dallarının temel bir kanunundan söz etmek mümkün iken; idare hukukunun bu anlamda temel bir kanunu mevcut değildir. İdare hukukunun bir takım özellikleri sıralanabilmekle birlikte üzerinde ittifakken kabul edilen özellikleri idare hukukunun otonom olması ve idare hukuku ilkelerinin kural olarak yargı içtihatlarıyla oluşturulmuş olmasıdır.

1- İDARENİN TOPLUMSAL İLİŞKİLERDE VE İNSAN YAŞAMINDAKİ YERİ VE AĞIRLIĞI³

Kamu hukuku anlamında idare kamusal işlerin yönetilmesi için devlet tarafından yaratılan bir yapıyı ifade eder. Bu yapı hem örgütlenmeyi, hem de faaliyette bulunmayı içermektedir. İdare uygulandığı çevreden tamamıyla bağımsız bir olgu değil; bilakis, ekonomik ve sosyal güçlerle özel bir denge kurmuş biçimde her siyasal sistemde mevcuttur. İdareye tatbik edilen hukuk olan idare hukuku da bu anlamda kendisine düşen nasibini alıp, buna göre uygulanacağı ülkenin ekonomik ve sosyal güçleri arasında üst hukuk normları ve/veya istikrar kazanan uygulamalarla

³ DEBBASCH Charles: *Droit administratif*, 6ème édition, Economica, Paris 2002, sh.5-6.

şekillenmiş statükoya uygun kural ve kurumlarını oluşturmuş ve oluşturmaya devam etmektedir.

Sistem olarak içinde yer aldığımız idari rejim sisteminde idare özellikle amaç ve yöntemleriyle özel hukuk kurumlarından farklı bir öze sahip gibi değerlendirilmektedir. Kamusal bir yapılanma olan idare özel çıkarlarla uyumlaştırılması mümkün olmayan “*kamu yararı*”nı gerçekleştirilmeyi üstlenmiştir. İdareyi oluşturan bu özgün özellik genel anlamda dört sonucun ortaya çıkmasına neden olmuştur.

• Kamu hukuku tüzel kişilerinin statüsü özel hukuk tüzel kişilerinin statüsünden farklıdır. Bu nedenledir ki Anayasanın “**İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği**” başlığını taşıyan 123. Maddesinin son fıkrasında; “*Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.*” denilmiştir. Anayasanın 135. maddesine göre; “*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.*”

• Memurlar, kamu görevlisi statüsüne ve bu anlamda oluşturulmuş mevzuat hükümlerine tabidirler ve buna bağlı olarak özel teşebbüslerde istihdam edilen kişilere uygulanan iş hukukunun kurallarına bağlı değillerdir.

Bu nedenledir ki, “**Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler**” başlığı altında 128. Maddede genel ilkeler olarak; “*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.*” hükmü yer almış, “**Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence**” başlıklı 129. Maddesinde de; “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler. Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez. Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar*

İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler

hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır.” hükmü getirilmiştir.

• İdareye tatbik edilen hukuk yani idare hukuku, özel nitelikleri haiz bir kamu hukukudur. İdare hukuku kamu yararı ile temel hak ve hürriyetleri uyumlaştırmayı, dengelemeyi amaçlamaktadır. İdare hukukunun sadece kamu yararı ile idareye tanınan üstünlük ve ayrıcalıklar hukukudur şeklindeki bir anlayış keyfi idare yönetimi anlamına gelir. Oysa modern anlamda devletin bütün alanlardaki kamu kudreti sınırları belirlenmiş, keyfi olarak kullanılmaktan uzak, hukuk, adalet ve nasfet (hakkaniyet) kurallarıyla sınırlandırılmıştır. Devlete ve idareye bu özelliğini çoğulcu demokrasi ve hukuk devleti kavramları vermektedir. Bu iki kavramın varlığı için bireyin hak ve hürriyetinin tanınması ve güvence altına alınması zorunludur.

• İdari uyuşmazlıklardan kaynaklanan davaların çözümü idari yargı yerlerine aittir. Fransız hukukundan⁴ farklı olarak Türk hukukunda idari yargı anayasal güvence altına alınmıştır. Bu anlamda olmak üzere Anayasanın 155. Maddesinde Danıştay için aşağıdaki düzenleme öngörülmüştür: “*Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.*”

İdarenin ülkemizde toplumsal ilişkilerde ve insan yaşamındaki yeri ve ağırlığı kesintisiz bir şekilde artış göstermektedir. Bunun doğal sonucu olarak kamu görevlisi ve memurların sayısı yıllar itibariyle artış göstermektedir. Bu durum başlı başına idarenin ve ona uygulanan hukukun önemini göstermede yeterlidir.

⁴ Bkn. **ATAY E. Ethem**: “*Fransa’da Adli Yargı İdari Yargı Ayrımı*”, Kamu Hukuku Arşivi, Yıl:1, Ekim 1998.

İdare hukukundaki gelişmenin bir diğer sebebi de devletin müdahaleciliğidir.⁵ Söz konusu müdahalecilik özellikle ekonomik alanlarda başlangıçta istisnai nitelik arz etmekte iken, günümüzde yoğun bir şekilde uygulanmakta ve artık devlet ekonomik dengelerin sağlanmasından sorumlu tutulmaktadır.⁶ Bu anlamda iki öğretinin karşı karşıya geldiğini görüyoruz. Bunlar sosyalizm ve liberalizmdir.

Sosyalist anlayışa göre ekonomik hayatın bizzat devlet tarafından yönetilmesi esastır. Bu anlayış müdahaleciliği benimseyen ve teşvik eden bir anlayıştır. Söz konusu anlayış kamu hizmeti niteliği ağır basan özel sektör tarafından kurulup, yönetilen üretim araçlarının mülkiyetinin devlete geçirilmesine yönelik tercihleri yöreklendirir ve uygulamaya aktarılmasında yardımcı olur. Liberalizme göre devlet ekonomik hayatta oyunun kurallarını belirleyerek bu kuralların özel sektöre uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Devlet mümkün olduğu ölçüde ve savunma, yargı, kolluk gibi konularda ve dar bir alanda faaliyette bulunmalıdır. Bu görüşün doğal sonucu olarak devlet ekonomik alanda sahip olduğu üretim araçlarını özel sektöre devretmelidir.

Söz konusu iki dünya görüşü anayasamızda aynı maddede birlikte yer almıştır. Anayasanın “**Devletleştirme ve özelleştirme**” başlığını taşıyan 47. Maddesine göre; “*Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir. Devletin, kamu*

⁵ İdare hukukunun süratli gelişiminin nedenleri olarak savaşlar, devletin ekonomik alandaki rolünün artış göstermesi, teknik ve bilimsel alandaki gelişmenin idarenin faaliyetlerine de sirayet etmesi, sanayileşmenin ve gelişmişliğin bir göstergesi olarak da gösterilen halkın kırsal kesimden şehirlere doğru yönelişi, göçü, devletin sosyal hizmetler alanında faaliyet alanının genişlemesi, çevre sorunları gibi hususlar gösterilmektedir. (EROĞLU Hamza: *İdare Hukuku*, 5.B., Ankara 1985, sh.26-28)

⁶ Anayasanın “**Ekonomik Hükümler**” başlıklı **İkinci Bölümünde 166. Maddede “Planlama”**; “*Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir. Planda millî tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir. Kalkınma planlarının hazırlanmasına, Türkiye Büyük Millet Meclisince onaylanmasına, uygulanmasına, değiştirilmesine ve bütünlüğünü bozacak değişikliklerin önlenmesine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.*” şeklinde düzenlenmiş, “**Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi**” başlıklı **167. Maddede** ise, “*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler. Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir.*” denilmiştir.

İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler

iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”

İdari kurumlarda sayısal anlamda görülen artış özellikle sosyal alanda kendisini hissettirmektedir. Eşit şartlar içerisinde vatandaşların tamamı için devletin sosyal ihtiyaçları gidermesi, sağlık anlamında sosyal güvenlik kurumlarını, yaşlılar ve yoksullar için özel kurumların oluşturulması, işsizlik durumunda bu kişilere belirli bir standardı sağlayacak mekanizmaların gerçekleştirilmesi, yoksul kişi ve ailelere sosyal yardımların yapılması⁷ ve eğitimin teşviki anlamında kurumların oluşturulması zorunlu olmuştur.

İdari kurumların toplumsal yaşantıdaki ağırlığının artışının bir diğer sebebi de teknik alanlarda gerçekleştirilen gelişmelerdir. Bu gelişmeler doğal olarak yeni ihtiyaçların doğumuna neden olmakta öteden beri varolan ihtiyaçların yürütülme usul ve yöntemlerinde değişiklikler görülmektedir. Söz konusu ihtiyaçların toplumsal boyutu, bu alanda idarenin müdahalesi ve etkin anlamda rol almasını zorunlu kılmaktadır. Bilimsel ve teknik gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni durumlar bu alanlarda idarenin faaliyetini ve düzenlemede bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Her türlü ulaşım araçlarında ortaya çıkan yenilik ve gelişmeler doğal olarak bu alanlarda idarenin faaliyette bulunmasını; aynı şekilde radyo ve televizyon yayıncılığı alanında gözlemlenen gelişmeler idare hukukunun faaliyet ve düzenleme alanının artırması belirtilen duruma verilebilecek örneklerin başında gelmektedir.

Devletin faaliyetlerinin etkinliği anlamındaki yeni yaklaşımlara göre faaliyetler anlamında bir azalma ve bazı faaliyet alanları üzerinde yoğunlaşma gerekmektedir. Söz konusu alanlar özellikle egemenlik yetkisini güvenlik ve kamu düzeni, adalet, milli savunma, uluslararası ilişkiler gibi doğrudan etkisinin gösterildiği alanlardır. Devlet bazı alanlarda da regülâtör rolü üstlenmelidir. Söz konusu alanların özel hukuk kişilerine açılması ve bu alanlarda aktörlerin faaliyetlerinin ve aralarındaki ilişkilerin belirli kurallar çerçevesinde cereyan etmesinin sağlanması devletin görev alanına dâhil edilmelidir. Bu anlayışa bağlı olarak devlet içerisinde klasik idari

⁷ Bkn. 01.07.1976 gün ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 10.07.1976, N0:15642.; 29.05.1986 gün ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma Ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, 14.06.1986 tarihli RG, N0:19134.

yapılanmadan farklı düzenleyici ve denetleyici kurumlar (bağımsız idari otoriteler) oluşturulmuştur.

İdare kavramı kamu düzeninin oluşturulması ve sürekliliğinin sağlanması ile diğer kamu yararının tatmin edilmesine ilişkin örgütlenme ve etkinliklerin tamamını ifade etmek için kullanılmaktadır.

2- İDARE HUKUKUNUN İKİ TEMEL SORUNU

A) İdare Hukukunun Soyut, Aşırı Derecede Teknik ve Sert Olarak Algılanması Başlangıçtaki Temel Sorundur

İlk karşılaşıldığında idare hukuku aşırı derecede soyut, teknik ve sert, çok katı bir niteliği haiz ve buna ilaveten kamu görevlilerin geniş hareket serbestisi içinde şekillenen ve varlığını buna göre uyumlaştırmış kuralların bulunduğu kamu hukukunun dalı gibi de algılanır. Ancak gerçek tamamıyla farklılık arz etmektedir. İdare hukuku ne aşırı derecede serbestiye dayanan bir hukuk dalı, ne de günlük hayattan ilgisi kesilmiş kurallar bütünüdür. Tam aksine idare hukukunun bireyin yaşantısının her kesitinde belli derecede yeri ve önemi bulunmaktadır. Bu anlamda bireyin hayatında sürekli yer alır ve bireyin hayatını farklı yöntemler kullanmak suretiyle şekillendirir. İdare bireye günlük yaşantısını en az sorunla sürdürmesi ve insancıl standartlara uygun bir ortam yaratmayı amaçlar. İdare bu ortam içinde bir takım hizmetleri bizzat sunmak veya sunulmasını örgütlemek ve sağlamak için oluşturulmuş bir devlet organıdır.

Günlük yaşantıda herkes bir şekilde idare hukukunca kabul edilmiş uygulamaya konulmuş kuralların muhatabı olmaktadır. Her ne kadar sağlık sorunu taşımayan kişi için hastanelerde verilen hizmetin niteliği, okul banklarını terk etmiş kişi için eğitim alanında yaşanan sorunlar ve eğitimin kalitesi doğrudan önemli olmasa da; hepimiz her gün kamu hizmetinden yararlanan statüsüyle bir veya birden fazla kamu hizmetiyle ve dolayısıyla da bunlara ilişkin düzenlemelerle karşı karşıya kalmaktayız. Su musluğunun açılması, elektrik düğmesinin yakılması veya bir toplu taşıma aracına binilmesi bizlere belirli bir nitelik kazanma veya statüye girme durumu yaratmaktadır. Pazar yerinde alışverişte bulunmak için gittiğimizde söz konusu ameliye ancak idarenin bu anlamda gerçekleştirdiği yani pazarın nizamı ve kontrolü ile satılan sebze ve meyvenin sağlık şartlarına uygunluğu ile mümkün olabilmekte veya en basitinden kamu yollarından yararlanmada idarenin gerçekleştirdiği düzenlemelerin ya da yerine getirdikleri eylemlerinin etkili olduğu yadsınamaz bir gerçekliktir.

Dolayısıyla adımını evinin eşliğinden dışarı attığı andan itibaren birey idare ve

İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler

idare hukuku ile karşılaşır. Bu anlamda metroya binerken bilet satan kamu görevlisi, mektubunu göndermek, bir takım faturalarını ödemek için girdiği postanede gişede oturan kişi, mesai saatlerinin yoğun olduğu dönemlerde trafiği düzenlemeye çalışan trafik polisi, eğitimin her derecesinde bu etkinliği gerçekleştiren kişiler idareyi ve bunlara ve bunlarla kişiler arasındaki ilişkiye yönelik kurallar da idare hukukunu ifade etmektedir. Söz konusu örnekleri sayıca artırmak mümkündür. Sayılan bu birkaç örnek göstermektedir ki bizler metroda, postane şubelerinde, yolda, sağlık ve eğitim kurumlarının binalarında idare ve idare hukuku ile sürekli bir tarzda ilişki içerisindeyiz. Kamu hizmetinden yararlanan statüsüyle hepimiz milliyetimiz, sosyal veya kişisel statümüz ne olursa olsun tam manasıyla farkında olmasak da idare hukukuna ilişkin düzenlemelerin konusu olmakta söz konusu kuralların oluşturduğu atmosferden yararlanmaktayız. Böylelikle başlangıçta varsayılan idare hukukunun nitelendirilmesindeki soyutluk bireylerin etkinlikleri sonucunda somutlaşarak idareyi ve idare hukukunu tanımlar. İdare hukuku düzenleme anlamında olduğu kadar uygulama anlamında da hukukun birçok dalı ile yakın ve yoğun ilişkisi olan bir kamu hukuku dalıdır. İdare hukukunun önemini belirtmesi açısından aşırı bir tanımla yapılmış olsa da, devletin kanunsuz, yargıçsız var olabileceği ve fakat polis ve idari hizmetlerin yerine getirilmediği bir durumda var olamayacağından söz edilir.⁸

İdare hukuku diğer hukuk dallarına nazaran günün koşullarını daha hızlı ve gecikmeksizin takip edip farklılaşan şartlara rahatlıkla uyum sağlamalıdır. Aksi takdirde iyi işleyen bir idare ve onu düzenleyen hukuk kurallarından söz edilemez. Zira iyi işleyen idare, idare edilenlerin varlığından haberi olmadığı idaredir. Böyle bir idare kendisinden beklenenleri gerektiği gibi gerçekleştirdiğinden, idare edilenler bu hizmetin kimin tarafından ve nasıl yerine getirildiğiyle ilgilenmezler. Onlar için önemli olan beklenti içinde buldukları ve/veya yasal olarak yürütülmesi gereken hizmetlerin, bilinen ve öngörülen standartlara uygun görülmesidir.

İdare kamu hizmetlerini yürütmekle yükümlü devlet cihazıdır. İdarenin varlık sebebi ve hareket alanının kapsamı ve sınırı bu kavramdan hareketle belirlenebilmektedir. İdare kamu yararının somutlaşmış hali olan kamu hizmetini yürüttüğü için kamusal üstünlük ve ayrıcalıklara sahiptir. Kamu hizmetinin günün koşullarına uyum sağlayabiliyor olması idare hukukuna dinamizm verir ve bu hukuk dalının süratli bir şekilde gelişiminin nedenini açıklar. İdareye kamu hizmetleri faaliyetleri sırasında tanınmış olan hukuki bir yetki olan takdir yetkisi de bu amaca hizmet eder. İdarenin gerekli süratle hareket etmemesi, günün şartlarıyla uyumu

⁸ CAMBIER Cyr: *Droit administratif*, Bruxelles 1968, sh.11.

sağlayacak kural ve mekanizmalar üretmemesi hizmet kusurunu ve bu anlamda da ilgili idarenin akçalı sorumluluğunu doğurur.

B) İdare Hukukunun Özgünlüklerinin Eğitsel Değeri Sorunu

İdare hukukun anlaşılması ve algılanmasında bu hukuk dalının kapsamına giren idarenin farklı örgütsel yapılanması ile bunların yönetilmesine ilişkin normların bilinerek öğrenilmesi yeterli değildir. Ayrıca idare hukukunun niteliklerinden ayırt edilemeyen tamamıyla teorik olan bilgilerin ve anlayış tarzının uygulamaya aktarılmasına ilişkin gözlemin de anlaşılması gerekir. Burada hukuk eğitimin başından sonuna kadar tek bir işlemle neticelendirilemeyen bir şekillenme ve sürekli öğrenim süreci söz konusudur. İdare hukukunun özü ve karakteristikleri sorunu tam aksine bir durumu işaret etmektedir. Bu bağlamda olmak üzere idare hukukunun özgünlüğü anlamında tek ve kesin doğru bir tanım vermek mümkün değildir. Zira benzer bir analizin belli bir ölçüde sübjektiflik taşıyacağı kuşkusuzdur.

Klasik idare hukuku otonom bir hukuk olup yargıçların eseridir ve bütün faaliyetlerinde onların denetimine tabidir. Yargıç idarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu araştırmakta ve denetlemektedir. Bu işlevin yerine getirilmesi sırasında yapılan yorumlar ve kararların gerekçeleri idare hukukunun gelişiminde başlıca etmen olmuştur. Dolayısıyla genellikle yargıçlar için yapılan “*kanunun ağızı*” olma nitelmesi idari yargıç için “*kanunun ağızı ve idare hukukunun yaratıcısı*” şeklinde özetlenebilir.

İdare hukukunun uygulama alanının kamu hizmeti kavramına yüklenen anlama bağlı olarak genişlemesi veya daralması ve idare hukukunun hem faaliyet, hem de örgütlenme anlamında içeriğindeki değişimler, bu hukuk dalının yeniden oluşturulması ve değerlendirmeye tabi tutulmasını gerektirmektedir. Kapsam itibarıyla idare hukuku günümüzde idarenin faaliyette bulunduğu tüm alanlarını içine alamamaktadır. İdarenin etkinlik alanında gözlemlenen artış ve genişleme bu alana uygulanacak hukuk kurallarının kaynağı anlamında sadece kamu hukukuna dayanmasının yetersizliğini göstermeye başlamıştır. Dolayısıyla kural olarak idare hukukunun kapsamına giren bazı kurumlara özel hukuk kuralları uygulanmaya başlamıştır. Özellikle ekonomik nitelikli idarenin etkinliklerinde özel hukukun git gide daha da ağır bastığını söylemek yanlış olmaz.

Özel hukukun idare hukukuna uygulanamayacağı ilkesi idare hukukunun zorunlu bir şekilde ve katı olarak her alandaki kuralların özel hukuktaki kurallardan farklılığı

⁹ Bu anlamda olmak üzere Anayasa Mahkemesi yargıçları için de “*anayasanın ağızı*” olma nitelendirilmesi yapılmaktadır.

İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler

anlamı taşımaz. Bazı durumlarda kuralın tatmin ettiği noktalar ile aksi durumunun aynı derecede ehemmiyeti haiz olması söz konusu ise, aynı kuralın hem özel hukukta, hem de idare hukukunda aynı anlam ve içerikte uygulanması söz konusu olabilir. Ancak genellikle idare hukukundaki kuralın, özel hukuka uygun düşmesi bahse konu olmaz. Bu hususu zorlayıcı ayrıcalıkların varlıklarıyla izah edebiliriz. Bu anlamda bilinen ve aksinin söylenmesi pek mümkün olamayan örnek için tek taraflılık özelliğini haiz ve özel hukuktaki hukuki tasarruflarda tamamıyla ayrılmış durumda bulunan idari işlemler verilebilir. Sayıca büyük bir çoğunluğa ulaşmış birçok alanda idare hukuku kuralının özel hukuktaki kuralla derinlemesine bir araştırmada az çok farklılıkları bulunmakla birlikte aynı değeri taşıyabilmektedir. Bahse konu duruma ilişkin örnek kabilinden idari sözleşmeler, idarenin malları ve idarenin sorumluluğu gösterilebilir. İdari sözleşmede idarenin lehine ilkelerin yanında öngörülmezlik durumu (emprevizyon nazariyesi) idarenin olduğu kadar karşı akidin de lehine olan ve uygulanan bir ilkedir. Aynı şekilde risk ilkesinin idarenin sorumluluğu konusunda hızlı bir gelişme ve uygulama alanı bulması, söz konusu alanda idarenin kusursuz sorumluluğunun uygulama alanında gözlemlenen gelişmeler idarenin aleyhine idare edilenlerin ise lehine bir gelişme göstermiştir. Dolayısıyla idare hukukunda yer alan ilkelerin tamamının idarenin lehinde olan kurallar olarak algılanması ve değerlendirmesi doğru değildir. İdare hukukunun ilkelerinin bazıları doğrudan idare edilenlerin lehinde hukuki hüküm ve sonuç yaratmak için vardır.¹⁰

Bazen idare hukuku kuralının özel hukuk kuralının içeriğinden çıkarılması mümkündür. Bu da idare hukukunda idare hukukunun gereklerinin özel hukukta ise özel hukukun gerekliliklerinin bu tür bir benzerliğin nedeni olduğu ve söz konusu durumunda yasa koyucu veya idare yargıcınca fark edildiği neticesini doğurur.

Bazen de idare hukuku yargıcı, özel hukuk düzenlemelerini doğrudan uygulamaksızın, söz konusu mevzuatın kaynağında yer alan ilkeleri uyguladığını açıklar. Doğal olarak yasa koyucunun bir kuralın kapsam ve değerini kabullendirmeyi amaçladığında söz konusu metnin içeriğinin özel hukuk nitelikli olması durumunda da bu kural uygulanma zorunluluğunu idare yargıcını da zorlar ve idare yargıcı bu anlamda bir karar verir. Bu anlamda olmak üzere 18 yaşını ikmal etmeye bağlı olarak kişi artık hem özel hukuk, hem de idare hukuku anlamında gerçekleştirdiği tutum ve davranışlarının sonucuna katlanacaktır. Aynı şekilde bir ceza davasında yargıcın kamu görevlisi hakkında tesis edilen işlemin dayanağı veya gerekçesinin gerçeği yansıtmadığı, maddi vakıanın hiçbir şekilde vuku bulmadığı yönündeki

¹⁰ LAUBADERE André de, VENEZIA Jean-Claude, GAUDEMET Yves: *Manuel Droit Administratif*, 15ème édition , LGDJ, Paris 1995, sh.16.

değerlendirmesi idare hukuku anlamındaki uygulamalarda ve uyuşmazlıklarda uyulması zorunlu kanıtlar, değerlendirmeler olarak kabul edilir.¹¹

3- İDARE HUKUKUNA İLİŞKİN YEDİ TEMEL ÖZELLİK

A) İDARE HUKUKU YAKIN TARİHE DAYANAN BİR HUKUK DALIDIR.

İdare hukuku her medeniyetin veya kültürün kamuya ilişkin hususlara ve bunların hukuki özgünlük derecesini algılama tarzına göre farklı şekillerde her toplulukta rastlanıldığı genel kabul görmektedir. Böylece Antik Çağ'da Atina ve Roma'da farklı anlayışların hâkimiyetine bağlı olarak zengin uygulamalar söz konusu olmuş ve belirtilen iki anlayış gereğince Site içinde birey ile devlet, topluluk ile birey arasında karşılıklı ilişkiler ve etkilenmeler oluşmuştur.¹²

İdare hukukunun diğer hukuku dallarına oranla daha yakın bir tarihe dayandığı bilinmektedir. Toplumların büyük bir çoğunluğunun devlet haline gelmeden önce veya sonra olmak üzere medeni hukuku ve ceza hukukunu bildikleri ve uyguladıkları kabul edilmektedir. Buna karşılık idare hukukundan söz edebilmek için ön şart olarak iyi bir şekilde oluşturulmuş devlet sisteminin varlığına ihtiyaç vardır. Ancak bu düşünce tarihin tanıklık ettiği ve onayladığı Antik Roma örneğinde olduğu üzere önemli ölçüde gelişmiş bir devletin zorunlu olarak birleşik bir idare cihazına sahip olduğu gerçeğini inkâr etmeyi gerektirmez. Bundan dolayı devletlerin ortaya çıktığı dönemde temel, yeterli bir şekilde idari örgütlenme söz konusu olsa bile, bu durum otomatik olarak hukuk kurallarıyla baş başa gitme anlamını taşımaz. Devlet yönetimi olduğu kadar bağımsız ve farklı yapısal idari bir cihaz ülkelere göre farklı şekillerde gelişmiş uzun tarihsel süreçten kaynaklanan özel bir hukukla yönetilmektedir. Söz konusu bu hukuk hali hazırda tamamlanmamıştır.

Her idari sistemde idare-idare edilen ilişkilerini düzenleyen, yönlendiren bazı kuralların bulunması hem doğal, hem de zorunludur. Fakat bu kurallara idare edilenlerin olduğu kadar idare edenlerinde uyma zorunluluğu bulunmuyorsa, söz konusu kurallar bir hukuk devletindeki anlamıyla hukuk kuralı niteliğini kazanamaz. Şu halde, idare hukukunda hukuk kuralından söz edebilmek için devletin hukuka bağlılığının kabul edilmelidir. Bir başka deyişle hukukun devletin nüvesi ve onun üstündeki yeri ve işlevinin kabulü, devlet kaynaklı işlemlerin de ancak bu kurallara uygun olmaları halinde hukuki ve meşru olduğu kabullenilebilir. Devletin hukuka

¹¹ **GAUDEMONT Yves:** *Traité Droit administratif, T.I, Droit administratif général*, 16ème édition, LGDJ, Paris 2001, s.27 vd.

¹² **RICCI Jean-Claude:** *Droit administratif général*, 2eme édition, Hachette Supérieur, Paris 2005, sh.7.

İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler

bağlılığı veya hukuk devleti denilen bu safha hukuk tarihinde oldukça yenidir. Nitekim ülkemizde ve mukayeseli hukukta devletin hukuka bağlılığı, hukukla sınırlandırılması her zaman günümüzdeki gibi anlaşılma ve uygulanma anlamında kolay olmamış, idarenin keyfiliğe dek varan geniş bir hareket serbestisine sahip bulunduğu dönemler de olmuştur. Ancak söz konusu serbesti idare edilenlerin genel ve hukuki anlamdaki güven ihtiyaçlarına ve toplumun yararlarına aykırı düşer. Bu nedenle, idarenin, ifa etmekle yükümlü olduğu hizmetleri gerçekleştirebilmek için gerekli olan yetkiler saklı kalmak koşuluyla, hukukla bağlı olması gerekir. Hukukla bağlı idareler, idare edilenlere genel ve hukuki olarak güven verecek kurum ve kurallarını oluşturmuş ve uygulamaya aktarmış hukuk düzenine tabi bulunan idaredir. Belirtilen bu tür idareler modern devlet ve hukuk devleti ilkesiyle yakın tarihimizde ortaya çıkmıştır.

Tarihi olarak Kıta Avrupası Modeli olarak adlandırılan başta Fransa ve ülkemizin de içinde yer aldığı idari bir rejime dayanan ve bu rejimin dışında kalan ülkeler arasında bir ayırım genel hatlarıyla öteden beri yapıla gelmektedir. En bilinen örnek olarak İngiltere'nin gösterildiği ve Anglo-Sakson Modeli olarak adlandırılan ikinci grubun içinde yer alan ülkelerde ne idare hukukunun, ne de idari yargının hiçbir şekilde bulunmadığı söylenemez. Başlangıçtan itibaren bu iki modelin karışımı anlamında bir model yönünde tercihini kullanan ülkeler bulunmakla birlikte söz konusu ayırımın aşırı iki ucunda yer alan Fransa ve İngiltere'de karma bir sistemin oluşturulmasına yönelik uygulamaların olduğu da bilinmektedir. Söz konusu bu yönelim ve gelişme Ülkemizi de doğal olarak etkilemekte ve Ülkemizde de idare hukukunun oluşum ve gelişim tarz ve sürecinin bu mecrada yol almaya başladığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Bununla birlikte İngiltere'nin idari rejim ile normal yani adli rejim arasındaki karakteristik ayrılığı tanımadığı bilinmektedir.

Ancak XVIII. Yüzyılın sonlarından itibaren kuvvetler ayrılığı ilkesinin anayasalara girmeye başlamasıyla birlikte idare için hazırlanmış ve idareyi özel bir hukuka tabi kılma olgusu tedricen varlığını göstermeye başlamıştır. Devlet ve devlet idaresine kıyasla idare hukuku daha yakın tarihlerde ortaya çıkmıştır.

Tarihi sürecin idare hukukuna katkısı dört noktada somutlaşmaktadır. Buna göre ilk olarak idare siyasi erkin bir enstrümanıdır ve idare kendisinden sadır olan hukuk kurallarına tabi olarak oluşmuş ve gelişmiştir. Netice itibariyle tarihsel gelişimin bir sonucu olarak artık günümüzde idarenin hukuka bağlılığından söz edilmektedir. İkinci olarak idare özgün bir hukuka bağımlı kılınmıştır ve bu özgün hukuk kişilere uygulanan genel hukuk kurallarından önemli ölçüde amaç, işlev ve araçlarıyla farklıdır. Bu durumun sebebi gayet basittir. Çünkü bireyler aralarında eşitlik ilkesi geçerlidir. Buna karşılık idare kamu yararının işlevlerinde somutlaştırıcısı olması

hasebiyle diğer hukuki aktörlerle olan ilişkilerinde eşit değildir. Bu duruma bağlı olarak üçüncü netice için bazen ikinci sebebin sonucu, bazen de etkisi olarak idarenin sadece idarenin yargısal denetimini gerçekleştirmek amacıyla yaratılan idari yargıcın denetimine tabi kılınması söz konusudur. Sonuncu olarak tarihsel gelişimin bir sonucu olarak idarenin varlık sebebi ve bu anlamda işin doğası gereğince idarenin bir düzenleme yetkisine sahip olması gerekmektedir. Bu yetki gereğince idare kendi yarattığı genel, soyut, kişilik dışı kuralların kendisine tatbik edilmesini sağlar. Böylelikle idare aynı zamanda hem hukuka tabi, hem de hukukun koruyucusudur.¹³

B) İDARE HUKUKU DİĞER HUKUK DALLARINA NAZARAN BİR ZORU GERÇEKLEŞTİRİMİŞ OLUP BU DURUM MUCİZE OLARAK NİTELENDİRİLMEKTEDİR.

Genel olarak hukuk adaletin tesisi idesine bağlı kalarak toplumda birçok işlevi yerine getirme yükümlülüğünü üstlenmiştir. Hukuk toplumsal düzeni ve barışı kurup sürekliliğini temin eder, adaleti gerçekleştirir, erklerin meşruiyeti ile hukukiliğini sağlar ve bunları denetler. İdare hukukunun söz konusu olduğu durumlarda bu hukuk dalının temel ilkeleri kamusal düzen ve kamusal güç, yani kamu kudreti ile birlikte bunların denetimi de gündeme gelir. Muhtemelen denetim kavramı ve idare hukukundaki işlevi neticesindedir ki, başta Fransız hukuk literatürü olmak üzere idari rejimi benimsemiş diğer ülkelerde idare hukuku bir mucizenin gerçekleştirilmesi gibi nitelendirilmektedir.¹⁴

En azından teorik planda devletin kendisini hukukla bağlı kılması ve aynı zamanda söz konusu hukuku kendi yaratması ve yarattığı bu hukuku değiştirebilme yetkisini elinde tutmaya devam etmesi bir paradoks gibi görülür. Normun zorlayıcı özelliğini yaratıcısı yani norma uyulmadığı durumlarda yaptırım uygulayabilme yetki ve ayrıcalığını elinde bulunduran gücün, iradi ve isteyerek söz konusu yarattığı

¹³ **RICCI Jean-Claude:** *age*, sh.9.

¹⁴ Bir mucizeden doğan idare hukuku her gün yeni bir mucizeyle yenilenmeksizin varlığını sürdüremez. Bilindiği gibi hiçbir güç hükümeti maddi anlamda hukuka bağımlı kılmaya veya bir mahkeme kararının hüküm fikrasına riayet etmeye zorlayamaz. Ancak devlet en azından teorik anlamda istediği durumlarda otolimitasyonuna son verebilir veya bu sınırlamayı daha da güçlü kılar. Mucizenin gerçekleşebilmesi ve sürekli olarak varlığını devam ettirebilmesi için devleti oluşturan farklı koşulların bir araya gelmesi zorunludur. Bu anlamda devlet erkini kullanan organların yargının denetimine kendilerini bırakmayı kabul etmeleri mucizenin ta kendisidir. Devletin kendisini hukukla sınırlı kabul etmesi kural olarak evrensel bir ilke gibi gözükse de uygulamada bu ilkenin gerçekleşmediği birçok ülkenin varlığı maalesef söz konusudur. (**WEIL Prosper, POUYAUD Dominique:** *Le Drot administratis*, PUF, 22ème édition, Paris 2008, sh.3-5)

kurallarla kendisini bağlı gibi hissetmeyi ve davranmayı kabul etmesi, bu anlamda geçerli olan kuralla idare edilenlerin uyma zorunluluğu aynı şekilde kuralı koyan için söz konusu olamaz. Bu durumun aksi olarak kamu yararının uygulamacısı rolünü üstlenen devlet ve farklı idarelerin kendilerini hukukla bağlı gibi görmeleri ve bunu kabullenmeleri ve ancak söz konusu kuralların çizdiği alan içinde kalarak hareket ettiği ve söz konusu düzenlemeleri uygulamaya koyduğu durumda bir hukuk devletinin varlığından söz edilir. Hukuk devleti keyfi devletin karşıtıdır. Keyfi devlette kamu görevlileri kendi iradeleri ile bağlıdırlar ve bu bağlılıklarının temelinde de kamu yararına ilişkin kişisel anlamdaki değerlendirmeleri yatar.

Devlet ve idare tüm idare edilenler gibi kanun ve hukuk ile bağlıdır. Hukuk devleti ilkesine uygun olarak söz konusu bağımlılık, bağımsız yargı yerlerince denetlenir ve gerektiğinde de yaptırıma tabi kılınır. Gerçekten de ancak bu yolla devlet erkinin, kudretinin hukuki bir erke dönüşümünden söz edilebilir. Bunun sonucudur ki artık kamu kudretinden kaynaklanan üstünlük ve ayrıcalığın hukuken sınırlandırılmış bir yetki olduğu söylenebilir. Bu tespit yadırganmayan bir olgu olarak günümüzde kabul edilmekle birlikte başlangıçta durum bu merkezde değildir. Bilindiği üzere kamusal yetkilerin hukuka tabi kılınarak sınırlandırılması öteden beri hem siyaset bilimcilerini, hem de felsefecileri meşgul eden bir konu olmuştur. Mutlakiyet periyodu olarak da adlandırılan hukuk devleti öncesi dönem öncelikle, idarenin hukuka tâbi kılınmadığı ve kamu erkini elinde bulunduranların sahip olduğu yetkilerini serbestçe değerlendirebileceği anlamda bir hakkının bulunduğu anlayışının geçerli olduğu periyot şeklinde tanımlanır. Bu noktanın hatırdta tutulması gerekir.

Söz konusu dönemi takip eden XVIII. Yüzyılın ikinci yarısından sonraki dönem olan aydınlanma çağı aynı zamanda hukuk devleti ve hukuka bağlı, hukuk kurallarıyla şekillenmiş devlet idaresine doğru bir gelişimi de ifade eden bir dönem olarak tanımlanmaktadır. XIX. Yüzyılda geçerli olan modern hukuk devleti olgusu, bilinçli bir şekilde, isteyerek devlete bir takım sınırlarının olduğunu empoze etmiş ve devleti kanuna ve hukuka bağımlı kılmıştır. İşte bu nokta bir mucize olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda olmak üzere “**kendi kendini sınırlandırmak öğretisi**” (otolimitasyon öğretisi) takdire şayandır. Çünkü bu öğreti günümüz anlamındaki idare hukukunun doğuşunda önemli bir etmen olmuştur. Hiç kuşkusuz kendi kendini sınırlandırmak tam anlamda söz konusu değildir. Bu dönemde idare hukukunda hâlâ açıklığa kavuşturulmamış ve tartışma konusunu oluşturan idarenin salt anlamda hukuka bağımlı kılınmaması gereken bir alanının olması fikri belli ölçüde kabul görmüştür. İdare hukukunun etkinliğini sağlama anlamında kamu yararı ile bireyin hak ve hürriyetlerinin dengelenmeye çalışılmasındaki dozaj idare hukukunun etkinliğini de etkilemektedir.

C) İDARE HUKUKU EŞİTSİZLİK İLKESİ ÜZERİNE İNŞA EDİLMİŞTİR.

Bir hukuk devletinde dahi kamu erki, kamu kudreti tamamıyla hukukun hükümlerine bağımlı kılınmamıştır. Mutlak bir hürriyetten yararlanmaksızın benzetmek yerindeyse tasması sıkı bir şekilde bağlanmamış ve fakat tasması bulunan ve bu tasmanın da hukuki olarak elde tutulduğu şeklinde bir anlayışın sonucu hukuka bağlılıkta birçok vesileyle uzaklaşabilmektedir. Belirtilen bu noktayı hukuki kavramlarla ifade etmek gerektiğinde söz konusu durumlar en genel ifadeyle idarenin takdir yetkisi, hareket serbestisi, hareket ve değerlendirme marjı, hukuki anlamın dışında kalan iç düzen ve hatta aciliyet gerektiren durumlara ilişkin hukuki haklar olarak adlandırılabilir. Kamu kudretinin kendi kendini sınırlandırması ilkesi kuşkusuz sınırsız değildir. Gerçekten de devlet sayısal anlamda çok ve karmaşık bir yapı arz eden özellikle de genel olarak kamu yararının sağlanması ve sosyal politikalar alanlarında etkili bir biçimde görevlerinin gereğini bu bağlamda yerine getirmektedir. Bu bakış noktasına göre hem Fransız ve Türk hukukunda, hem de idari rejimi benimseyen ülkelerde idare hukuku, eşitsizlik ilkesinin (*droit inégalitaire*) veya haklı olmanın ölçüsünün sınırlarının aşıldığı yani azar azar özel hukuk yörüngesinden çıkan hukuk (*droit exorbitant*) olarak nitelendirilmektedir. Devletin ayrıcalığı ilkesi, devletin otoriter ve tek taraflı hareket edebilmesidir. Tek taraflı hareket edebilme kamu hukukunun temel ilkesi ve aşırı bir şekilde özel hukukun temel özelliği olan tarafların eşitliği ilkesinden uzaklaşmanın en normal dışılığı anlamına gelir.

İdarenin etkinlikleri genel anlamda ancak eşitsizlik ilkesi üzerine inşa edilebilir. Bireyler ve kamu kudretini elinde bulunduran arasındaki ilişkinin bireyler arasındaki ilişkilerden farkı, ilişkilerin konusundan kaynaklanmaktadır. Bireylerle kamu kudretini elinde tutanlar arasındaki ilişkide idarenin etkinlikleriyle belirginleşen kamu yararının bireysel ilişkilerdeki temel hak ve hürriyetler kavramıyla bağdaştırma, uyumlaştırma söz konusudur. Doğal olarak her durumda ve her halükarda kamu yararının baskın gelmesi beklenir. Bu amaca ulaşabilmek için kamu tüzel kişileri ayrıcalık ve üstünlüklerle donatılmışlardır. Sadece kamu tüzel kişilerinin kamu yararını tatmin etme anlamında kanuni yükümlülükleri söz konusudur.

Türk idare hukukunda taraflar arasında bu anlamdaki eşitsizliğin kamu otoriteleri lehine tesis edildiği kabul edilmektedir. Ancak bu özellik devlete keyfi davranış anlamında bir alan özgülediği şeklinde yorumlanmaz ve anlaşılmaz. Söz konusu durum kamu kudretine tek taraflı işlem tesis edebilme anlamında bir alan özgülenmesini ifade etmektedir. Bu özellik aynı şekilde hukuk devleti ilkesinin bir

eksikliği, yetersizliği olarak algılanmamalıdır. Tam aksine bu nokta günümüzde hâlâ idare hukuku tarafından yönetilen birey-devlet ilişkisi olarak tanımlanan sosyal ilişkilere bağlı dengesizlik nedenine bağlıdır. İdarenin gerektiği durumlarda tek taraflı olarak hareket edebilmesi yani ilgililerin önceden uygun görme anlamında rızasını almaksızın davranabilmesi mümkünse, her halükarda soyut bir şekilde kendisinden söz edilen devletin kamu yararının özel hukukta söz konusu olan kişisel çıkarlara oranla daha fazla önem verilmesi, kamu çıkarının ağır basması olgusunun dikkate alınmasıdır.

Devlete tanınan üstünlük ve ayrıcalıkların her zaman için sorun yarattığı konuya ilişkin görüşlerin dile getirildiği eserlerin en eski tarihlilerinde dahi gündeme getirilmiştir. Söz konusu üstünlük ve ayrıcalıkların ortaklaşa şekli bir olguya benzetilen bir yetkinin devlet otoritelerine tanınmasına ilişkin sarf edilen olağanüstü çaba yakın tarihlere dayanmamakta, hatta bu durum bazı zorluklar sunmakla birlikte hali hazırda yeni bir hız kazanmıştır. Uzlaşmaya dayanan idari etkinlikler, devletin etkinliklerinin yerine getirilmesi sırasında daha yumuşak tavır sergilenmesi ve daha genel anlamda vatandaşa yakınlaştırılmış devletten bahsedilmeye başlanılma eğilimi güncel bir hale dönüşmüştür. Buna rağmen söz konusu yönelim takdire şayan, ulaşılan nokta ise tartışmaya açıktır. Zira sadece bir retoriği ifade eden bu durum idare edilenlere birey-devlet ilişkisinin temelindeki bir değişim anlamında bir söz vermeye eşdeğerliliği ifade etmektedir. Hiç kuşkusuz bu anlamda iyileşmeler özellikle kamusal karar alınma sürecinde bireye başvurunun tonunda olumlu anlamda bir artışın gözlemlenmesi mümkündür. Belirtilen bu husus devlet cihazının durmaksızın takip etmek zorunda olduğu öncelikli hedefidir. Ancak yapılan bu açıklama özü itibariyle olduğu kadar idare hukukunun nitelikleri üzerinde de hiçbir değişikliğe yol açmamıştır. Bundan dolayı idare hukukunun hâlâ eşitsizliklerin esas olduğu bir hukuk olma özelliğini koruduğu rahatlıkla söylenebilir.

Özetle idare hukukunda kamu yararı özel yararlar üstün tutulduğu için, idarenin yaptığı tek taraflı ve icrailik özelliklerini taşıyan işlemlerinde de görüldüğü üzere idare özel hukuk kurallarının aksine, idare edilenlere karşı üstün durumdadır. İdare edilenlerle ve idare arasında, özel hukuk da görülen eşitlik ilkesi geçerli değildir.

D) İDARE HUKUKU MİLLİDİR.

Yabancı hukuk ve uygulamalardan kaynaklanan etkilemelerin soyutlanmasını yaptığımızı farz edersek, idare hukuku geniş bir ölçekte milli, hatta mahalli bir hukuk dalıdır. İçeriği ve eğilimi itibariyle evrensel olma özelliği taşıyan özel hukukun aksine idare hukuku yöneldiği topluluğun geleneklerinin ve gerçeklerinin ve hatta

söz konusu topluluğun tarihi ve kurumlarının izlerini taşır.¹⁵ Bu nedenle idare hukuku sadece normların bir ürünü değildir. İdare hukuku aynı zamanda hukuki bir veri alanının ideolojik, kültürel ve sosyal şartları ile günlük hayatın içinden kaynaklanan zorunlulukların da bir ürünüdür. Bu bağlamda olmak üzere Avrupa Birliği'nin ortaya çıkmasıyla birlikte idare hukukunun supranasyonal (uluslar üstü) bir hüviyet kazanmaya başladığını söylemek de gerekir. Netice itibarıyla tek, bir idare hukuku mevcut değildir. Kavramların, kuralların ve ilkelerin anlam ve kapsamaları idare hukuklarını biri birinden ayırıştırır ve bunların biri birleriyle mukayesesinin yapılması da zordur.

Milletlerin ve hatta yerel toplulukların özellikleri idare hukukunun içeriğini ve aynı zamanda da normların yapısının sınırlarını belirler. Topluluklara göre rolü, önemi ve zorlayıcı etkisiyle şekillenen ve gelişen hukuk söz konusu etmenler anlamında da farklılık göstermektedir. Buda yasama yetkisi, kuralların uygulanması ve konuya ilişkin yargı kararları ve öğreti anlamında farklılıkların oluşması ve ortaya çıkmasına sebebiyet verir.

İdare hukuku idarenin örgütlenmesi ve faaliyetlerini inceler. Örgütlenmede göz önünde tutulması gereken ilkelerin her ne kadar evrensel boyutta teorik açıklaması yapılabilirse de örgütlenmede mihenk taşı olarak kabul edilecek ilkeler ülkenin ekonomik, siyasi, kültürel, tarihi ve coğrafi etkenlerin baskısıdır.¹⁶ Bu etmenler ülkeden ülkeye doğal olarak değişkenlik gösterecektir. Aynı şekilde idarenin faaliyetleri toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olacağından idare hukuku bu anlamda da milli olmak durumundadır. Ancak bireyin korunması ve tanınması gereken haklarındaki evrensellik özelliği idare hukukunun milli olma vasfını zayıflattığı ileri sürülebilirse de, bu durumun sunulacak hizmetlerin içeriği bakımından etkili olacağı göz önünde bulundurulmalıdır.

¹⁵ “Almanya, Kara Avrupası'nın diğer büyük bir yönetim hukuku sistemine sahiptir. Alman yönetim hukuku, Fransız yönetim hukukuna nazaran farklı etkenlerin etkisi altında gelişmiştir. Bu gelişme de öğretinin de yargı mercileri kadar önemli rolü olmuştur. Yargı mercileri arasında ise, sadece yönetsel yargı değil, adli yargı, özellikle Alman İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht) de büyük rol oynamıştır. Gerçekten, Almanya'da yönetsel yargının görev alanı önceleri sınırlı bulunuyordu ve bir kısım önemli yönetsel konular adli yargının denetimine tabi idi. Fransız Adli yargı yerlerinin aksine olarak, Alman yargı yerleri önlerine gelen yönetsel sorunlarda kamu hukuku anlayışına bağlılık göstererek yönetim hukukunun uygulanmasına oldukça özen göstermişlerdir. Bununla birlikte, Almanya'da yönetsel yargıya iliksin alanın sınırlı olması ve üstelik bir müddette otoriter rejimin hüküm sürmüş olması yüzünden Fransa'ya nispetle yönetim hukukunun gelişmesi İkinci Dünya Savaşı'na kadar sınırlı kalmıştır. Ancak bugün için Almanya'da da durum değişmiştir. Bugünkü demokratik Batı Almanya'da kapsayıcı yetkiye sahip tam bir yönetsel yargı örgütü mevcuttur. Bu itibarla yönetim hukuku, büyük bir gelişme aşamasına gelmiş, hayli de ilerlemiş bulunuyor.” (ALPAR Erol: “YÖNETİM HUKUKU VE ÖZELLİKLERİ”, AYİMD, 14 NUMARALI DERGİ, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=29)

¹⁶ DURAN Lütfi: *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1982, sh.46.

İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler

İdare hukukunun geleceği anlamında uluslararası ilişkilerde gözlemlenen supranasyonal örgütlenmenin konu açısından önem taşıdığı kuşkudan uzaktır. Şöyle ki, AB'ne üye bir ülkenin Birliğin amacının tek bir Pazar oluşturma ve bu Pazar içinde hukuki ilişkilerin akışkanlığını sağlamak olduğu için Birlik tarafından oluşturulan kurallar bütününe ilgili üye devlete rekabet, şeffaflık, eşitlik, kamu tüzel kişileri ile özel kişiler arasındaki sınırın haddeden geçirilmiş gibi belli belirsiz bir hale getirmeye yönelik zorlamaları söz konusudur. Aynı şekilde AİHM tarafından AİHS'nin içeriğindeki hak ve hürriyetlerin ve ilkelerin en geniş anlamda ve en kapsamlı bir tarzda uygulanmasına imkân sağlamak için farklılıkların asgariye indirilmesi yani kamu kudretinin özgünlüğünün asgariye indirilmesi söz konusudur. Bu bağlamda olmak üzere diğer üye ülkeler gibi Türkiye'de etkinlikleri, kavramları, ilkeleri ve kamu kurumlarının çok az bir kısmını AİHS'nin kapsamı dışında tutabilmektedir. Küreselleşme aynı şekilde ister ekonomik ve ticari anlamda olsun (Dünya Ticaret Örgütü) ister iletişim anlamında (İnternet ve diğer haberleşme araçları), isterse dünya barışının sağlanması amacıyla (BM) olsun günümüzde dünya sınırları bu sınırlar içerisinde yaşayan insanların özgünlüklerinin mümkün olduğu ölçüde azaltıldığı büyük bir köye dönüşmüş ve devlet bu anlamda git gide kamusal kudretin katı uygulamacısı özelliği yerine etkili kuralların bekçisi haline dönüşmüştür. Bütün bu noktalar idare hukukunun milli özelliğini belli ölçüde erozyona uğratmaktadır. Ancak törpülemenin tamamıyla ülkenin faaliyet ve örgütlenmesindeki millilik vasfını ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlamak en azından günümüz açısından hayalî (ütöpik) olur.

E) İDARE HUKUKU ANAYASA HUKUKUNUN SOMUTLAŞMIŞ HALİDİR.

İdare hukuku milli ve mahalli siyasi, sosyal, ekonomik ve kültürel anlamda belli, somutbirçevreninürünüolduğukadar anayasa hukukunun kapsamındaki hukuki sistem ve üst kurumsal yapının hiyerarşik örgütlenmesi gereğince oluşmaktadır. Bu nedenle anayasa idare hukukunun en üst kaynağıdır. Bu anlamda doğrudan uygulanabilen uluslararası düzenlemelere ilişkin çekinceyi ayrık tutmak yerinde olacaktır. Bununla birlikte özellikle önemli ölçüde yankı uyandıran temel hak ve hürriyetlere ilişkin olanlar olmak üzere anayasanın düzenlemeleri hazırlanması aşamasında çok fazla tartışma konusu edilmez. Çünkü bu anlamdaki düzenlemelerdeki temel özellik, soyut bir şekilde kaleme alınmış olmalarıdır. Bu anlamda düzenlemeler uygulamaya yani sosyal hayata aktarılmadığı sürece kâğıt üzerinde kalmaya mahkûmdur. Söz konusu düzenlemelerin sosyal hayata yansması ve burada etki gösterebilmesi için idare hukukuna ihtiyaç vardır. İdare hukuku aracılığıyla kanun metinleri veya kanundan kaynaklanan diğer düzenlemelerin açıklanması ve uygulanabilmesi

mümkün olur. Bu sebeptendir ki, idare hukuku anayasa hukukunun somutlaşmış halini oluşturmaktadır.

Bir devletin hukukilik niteliği veya bir başka ifadeyle adalet, hakkaniyet ve hürriyet orantısı ilk olarak anayasallık temeline göre belirlenmez. Bu durum idare hukuku ve uygulamalarıyla kamusal otoritelerle bunlara en yakın idare edilenler arasındaki ilişki ve uygulamalara göre belirlenir. Onun içindir ki, bir ülkenin demokratikliği veya bu ülkede hukuk devleti ilkesinin ulaştığı noktanın uluslararası platformda değerlendirilmesinde anayasal ve yasal düzenlemelerle birlikte ve fakat onlarında önünde yer alacak şekilde uygulamalar esas alınmaktadır. Bilindiği üzere erkler ayrılığı, millet veya halk egemenliği ve temel hak ve hürriyetlerin anayasanın içeriğinde yer alıyor olması birey açısından içinde bulunulan şartlara bağlı olarak minimum bir güvence sağlar. Bu düzenlemeler açısından olumlu bir değerlendirme genel olarak ancak günlük hukuki yaşantıdaki işlemler aracılığıyla gerçekleştirile bilmektedir. Dolayısıyla bir devlette hukuk devleti ilkesinin somutlaştırılması bu ilkenin günlük hayattaki uygulamaları yani işlemler aracılığıyla sağlanmaktadır. Çünkü idari işlemler yukarıdan aşağıya soyuttan somuta doğru sıralanan kuralların nihai durağı ve uygulamasıdır ve idare edilenlerin hayatında en etkili ve doğrudan hüküm ve sonuç doğururlar.

Bir mahkûmu örnek olarak alırsak; yaşantısının mahkûmiyetin çekilmesine ilişkin kısmında en önemli olan düzenlemeler öncelikle cezanın çekilmesine ve hapislihanenin iç düzenine ilişkin düzenlemelerdir. Bir başka ifadeyle mahkûmiyette önem kazanan konuya ilişkin idari mahiyetteki düzenlemeler ve bunlardan daha da önemlisi de söz konusu düzenlemelerin uygulanmasıdır. Burada mahkûmun hapislihaneye yaşantısının merkezinde bu alana ilişkin düzenlemelerin en altında olanı yani en somut düzenlemeleri içeren kurallar yer alacaktır ve bu durumun şartırtıcı bir yönü bulunmamaktadır. Bu durumu açıklamak için bazı hak ve ödevlerin somut bir şekilde idare hukukuna bağlı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bundan dolayıdır ki bir idari sirküler, anayasanın büyük bir önem vererek ciddiyetle deklare ettiği düzenlemesi kadar bir önemi haiz olur.

Özetleyecek olursak hürriyet kavramının tanımı ve içeriği anayasa kadar idarenin işlem ve uygulamalarının üzerine inşa edilir. Burada yargıcın uygulamalarını küçümsemeksizin ve hatta rolüne vurgu yaparak idari yargıcın işlevini de zikretmek gerekir. Adli yargıç gibi Fransız hukukunda idari yargıç da görevini yerine getirirken “*hukuka uygunluğun sağlanmasında gardiyanlık*” işlevini “*hürriyetin gardiyanı (koruyucusu)*” olma işlevine dönüştürerek yüklenmiştir.

Anayasa hukuku ile idare hukuku arasındaki ilişki; hiç kuşkusuz birincisinin

normatif olarak diğerinin normatif düzenlemelerine üstünlüğüne indirgenmemelidir. Bu iki kaynak her zaman için biri biriyle karşılıklı etkileşim içindedir. Dolayısıyla idare hukuku anayasa hukuku tarafından belirgin hale getirilmekte ve tanımlanmakta aynı şey anayasa hukuku açısından da idare hukukunun bu anlamda bir işlevi yüklendiği şeklinde ifade edilebilmektedir. Bu noktaya örnek olarak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırmasının sınırında ölçüt olarak kullanılan “**ölçülülük ilkesi**” gösterilebilir. Bilindiği gibi söz konusu ilke, esas olarak idare hukukunda ve idari kolluk uygulamaları anlamında ileri sürülen ve uygulanan bir ilkedir. Daha sonra bu ilke anayasa mahkemelerince kullanılmaya başlamış ve anayasaların pozitif düzenlemelerinde yer alarak anayasal bir ilke hüviyetini kazanmıştır. En kısa zaman süresinde getirilen idari normatif düzenlemelerin değişiklikleri bazen anayasa hukuku üzerinde etki gösterebilmekte ve bu anlamda anayasada değişiklik yapılmasına yol açabilmektedir. Bu açıklamanın sonucu olarak; “**anayasal bazı normların içeriği ve anlamı bazen hukuki rejimin yeterince kuvvetli bir şekilde işaret etmediği idari etkinliklerin uygulamalarından hareketle belirlenmektedir.**” denilebilir.

Günümüzde kural olarak ülkelerde, az ya da çok, idare hukukunun bazı temel kavram, kurum ve kuralları bizzat anayasa tarafından belirlenmektedir. Bu husus kavram olarak anayasanın tanımının doğal bir gereğidir. Zira anayasa devlet organlarını ve bunların oluşumu görev ve yetkilerini belirten en üst hukuk normudur. Bu üst hukuk normu devlet organlarından birini oluşturan idarenin kuruluş, görev ve yetkilerine ve bu organın diğer devlet organlarıyla olan ilişkilerine yönelik düzenlemelerde bulunması doğaldır. Bu anlamda örnek olmak üzere Anayasanın, 123 ve devamı maddelerinde, Türk idare hukukunun temel ilkelerini, kurumlarını, kavramlarını doğrudan doğruya düzenlemiştir. Buna göre idarenin bütünlüğü (mad.123/1), merkezden yönetim ve yerinden yönetim ilkeleri (mad.123/2), kamu tüzel kişiliği (mad.123/3), yönetmelik (mad.124), idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi olması (mad.125/1), idarenin sorumluluğu (mad.125/son, 129/5), merkezî idarî kuruluşunda bölümler (mad.126/1), yetki genişliği ilkesi (mad.126/2), mahallî idare birimleri (mad.127/1), idarî vesayet (mad.126/5), kamu görevlileriyle ilgili hükümler (mad.128), kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilememesi (mad.129/2), kanunsuz emir (mad.137) gibi idare hukukunun temel kavram ve ilkeleri bizzat Anayasa tarafından düzenlenmiştir.

Keza Anayasada birçok kamu kurum ve kuruluşuna, idarî yargının organlarının gerek kuruluşuna, gerekse işleyişine ilişkin çok sayıda hüküm vardır. Bu hükümlerin hepsi idare hukukunu doğrudan doğruya etkiler. Bu hükümler nedeniyle “idare hukukunun anayasal temellerinin” bulunduğu söylenebilir. Diğer yandan, Anayasanın pek çok maddesinde idareyi dolaylı olarak etkileyen hükümler vardır. Örneğin hukuk

devleti ilkesi, idareye vatandaşlara hukukî güvenceler sağlarnasını, sosyal devlet ilkesi, idareye herkese insan onuruna yaraşan asgari bir hayat düzeyi sağlama, sosyal güvenlik kurumları oluşturma ödevini yükler. İnsan haklarına saygılı devlet ilkesi, idareye eylem ve işlemlerinde bireylerin temel hak ve hürriyetlerine saygılı olmaya zorlar.

Bu bağlamda anayasa hukuku ile idare hukuku arasında bir soyutluk-somutluk ilişkisi görölmüştür. Anayasa hukukunun soyut ilkeleri belirlediğini, idare hukukunun bunları somutlaştırdığı sıklıkla düşünölmüştür. Dolayısıyla idare hukuku, “somutlaşmış anayasa hukuku”dur. Aynı şekilde anayasanın genel ilkelerinin idare tarafından uygulamaya konulduğu düşünöncesi de yaygın bir düşünöncedir. Bu nedenle idare, “çalışmakta olan anayasa” olarak görölmüştür.

F) İDARE HUKUKU DİNAMİK BİR HUKUK DALIDIR.

Anayasa hukukunun geçici idare hukukunun kalıcı olduğu yönündeki görüş Otto MAYER tarafından ileri sürölmüştür. Bu görüşe göre idare hukuku anayasa hukukuna bağımlı ve onun öngördüğü sınır ve çizgi üzerinde varlığını devam ettirebileceği şekilde anlaşılıyorrsa; idare hukukunun kalıcılığı noktası, kanun koyucudan başka hukuk öğretisi ve uygulamasından kaynaklanan diğer aktörlerin de katkıda bulunduğu uzun soluklu bir süreci ifade etmesi nedeniyle, mantiki olarak varlığını devam ettirir. Buna karşılık görüşün ileri süröldüğü yani Weimer Cumhuriyeti başlangıcında tarihi kontekst anlamında mantiki ve yerinde değildir. Toplam tarihi perspektiften bakıldığında idare hukukunun durağanlığından değil; tam aksine idare hukukunun aşırı derecede dinamik bir hukuk olduğundan söz edilebilir.

Siyaset, toplum, bilim, teknik ve çevrenin çok hızlı bir değişim gösteriyor olması idare hukukunun bu anlamda kesintisiz bir şekilde bahse konu değişime ayak uydurması, onlarla uyum içinde bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Bunun içindir ki, idare hukukunun özel bir konusu veya alanı ile ilgili yapılacak yayınlarda, yayınlanmak için hazırlanan materyalin yazarının elinden çıkıp, yayımcının eline ulaşmadan veyahut da matbaada dizgiye hazır hale getirilmeden eskimiş, geçmiş olabilmektedir.

İdare hukuku özü itibariyle, doğası gereğince ağır işleyen bir hukuk dalı değildir. İdare hukukunun günümüzdeki anlama ulaşmasında geçen sürenin kısalığı bu hukuk dalının özüne bağımlılığı ancak kısmen ortadan kaldırmaktadır. Gerçekten de bazen yapay gerekçelerle, bazen de siyasi tercihleri hukukilik kılıfına sokarak yeni öneriler ve çözümleri gündeme getirerek kamu hizmetinin yürütölmesindeki temel nokta olan kamu yararı ve bunun somutlaşmış hali olan toplumsal ihtiyaçlar

engellenebilmektedir. Bahse konu engelleme bahaneleri genellikle her şeyden önce örgütlenme ve yönetim alanlarında modernleştirme kisvesinin arkasına saklanılarak iyi düşünülmüş iyi yönetim telkin ve tavsiyelerinden kaynaklanmaktadır. Benzer durum kuşkucu muhafazakârların göz ardı edilemeyecek bir bölümünün reform girişim ve çabalarından vazgeçerek zaman ve kaynak israfının önüne geçileceği düşüncesiyle hareket edebilmelerinde de söz konusudur. İdare hukuku bu gibi olumsuzlukların üstesinden ancak sürekliliği ve etkili bir kapasitesinin varlığıyla gelebilecektir. Dolayısıyla bu etkinlik bazen bir eksiklik nedeniyle, bazen de aşırı değişikliklerle akamete uğratılabilmektedir. Sürekli ve sınırsız nitelikli aşırı değişiklikler idare hukukuna bir geçicilik özelliği, hüviyeti veriyormuş gibidir. Üstelik sürekli olarak hareket halinde olan ve ayrıca da her zaman gerekli özen gösterilerek hazırlanmayan idare hukuku mevzuatı sürekli bir biçimde uygulamacı idarecilere yeni sorunlar yaratmaktadır ve şeffaf ve durağan bir uygulamanın oluşturulmasını zorlaştırmaktadır.

G) İDARE HUKUKU DİSİPLİNLER ARASI BİR HUKUKTUR.

İdarenin örgütlenmesi dâhil olmak üzere devletten beklenen farklı ve teknik görevlerin sonucundan hareketle idare hukukunun disiplinler arası (*interdisiplinaire*) özelliği haiz olduğu kuşkusuzdur. İdare hukukunda normların kabul edilmesi, onaylanması kadar onların uygulanması da hukuk dışında yer alan disiplinlerin temsilcileriyle de sıkı bir işbirliğinin yaratılmasını gerektirmektedir. Bu durum gerçek ve hukukun kurucu potansiyel nedenlerinin en üst dereceden birlikteliğini elde edecek biçimde gerçekleştirilmektedir.

Bu ihtiyaç özel alanları yöneten idare hukukunun özel branşlarında hasletten aşıkârdır. Özellikle imar hukuku anlamında mimar, çevre mühendisi, jeolog ve biyologun; sağlık hukukunda sağlık ve tıp dünyasında çalışanların ve eğitim hukukunda ise pedagog veya psikolog ve sosyologların yakın işbirliği zorunludur. Diğer yandan söz konusu alanlar özel idare hukukundan kaynaklanmışlardır. Bu nedenle hukuk dışındaki disiplinlerden kaynaklanan aktörlerle olan işbirliği tamamen kuşkudan uzaktır. Kamu hukuku örgütlenmesinin yönetim psikolojisi, sosyolojisi, işletme ekonomisi ve genel bir tarzda olmak üzere kamu yönetimi uzmanlarının katılımı olmaksızın gün ışığına çıkması mümkün değildir. Bu bakış açısına göre idarenin iyi yönetim teknikleri aksı üzerine oturtulmuş yönetim bilimi git gide özgün ve idare hukuku biliminden ayrılmış gibi kurulmuş hukukilikten uzaklaşmış gibi ortaya çıkmıştır. Bu durumun aksine olmak üzere kamu yönetimi işletme ekonomisinden kaynaklanan dil ve düşünce yöntemlerinin git gide etkisi altında kalmaktadır. Bu nedenledir ki, günümüzde kuvvetli bir şekilde disiplinler

arası işbirliğinin esas olduğu ve bahse konu olumsuzlukların giderilmesinde önemli bir rol üstlenildiğine inanılmaktadır.

İdare hukukunun disiplinler arası özelliği bundan böyle kabul görüyorsa, bir kavşak rolü üstleniş bulunan psikolojinin etkili olduğu alanın konuya dâhil edilmesinin unutulması yönünde bir eğilimin bulunduğu söylenebilir. İdare hukuku her zaman kişilerin mahsulüdür veya bir başka deyişle doğrudan veya dolaylı olarak kişilerin davranışlarını etkilemeyi amaçlamıştır. Bununla birlikte bu bakış açısı genellikle alanın tekniğiyle; bazen de nesnellik ve uzak durma endişesi içinde insanoğlunu kişiler, yönelilenler, hedef alınanlar, talep sahipleri ve kısa bir süreden beri de müşteriler olarak nitelendirilerek idari lisanda kullanılmaya başlamıştır. Oysa idare hukuku ilişkilerinden bahsedenler bununla sosyal ilişkilerden bahsetmeyi amaçlamakta ve hatta bir idari organın temsilcileri olan kamu görevlileri ve vatandaşlar arasındaki ilişkiyi dile getirmektedirler. İdarenin bütünlüğünden ister işlemin hazırlayıcısı, isterse yöneldiği anlaşılın burada her halükarda davranan, davranışa tepki gösteren ve uyuşmazlığa taraf olan insandır. İdare hukukunun uygulanmasındaki zorluklar kişiler arasındaki veya iletişim ilişkilerden kaynaklanan sorunlara bağlıdır. Buradaki en azından kuramsal anlamda idare hukuku normlarının kabulü ve uygulamaya konulması sürecinde karşı konulmayan önemli rol; yönetim, iletişim, örgütlenme, psikolojik davranışların tamamını içeren psikolojik bilimlerde dir. Uygulamada bununla birlikte bunların dikkate alınması ancak belirli olanlar için mümkün olabilmekte tamamının söz konusu edildiği durumlarda yetersizliklerinden bahsedilmektedir.

Psikolojik yetenekler kamusal görevlerin yerine getirilmesinde olduğu kadar alan uzmanlarının uygulamaları için önemli olsa da, bu yetenekler günümüzde hâlâ önemli ölçüde kamu yönetiminde alttaki yöneticilerden kaynaklanmaktadır. Oysaki hiç kuşkusuz psikolojik etkenler idare ile vatandaş arasındaki ilişkilerde geniş bir ölçüde kendini göstermektedir. Periyodik olarak şahitlik edilen şimdiye kadar istisnai olarak idari örgütlenme seviyesinde kalıcı iyileştirmelerle sonuçlanmış idari otoriteler karşısında memnun olmayan vatandaş grubunun ihlalde bulunan davranış ve tutumlarında olduğu gibi uyuşmazlık durumlarının kaynağında bu ilişkiler bulunmaktadır.

SONUÇ

Günlük lisanda idare kelimesi farklı anlamlarda kullanılıyor olsa da; hukuki teknik anlamda kavramdan anlaşılması gereken kamusal yönetimdir. İdare kavramı ister etkinlik, ister organik anlamda kullanılsın, gerçek olan bir husus vardır ki o da, idarenin netice itibarıyla kamu düzeninin kurulması ve korunması ile yasal olarak

İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler

tatmininde zorunluluk olan hizmetlerin yürütülmesi için oluşturulmuş ve bunları yüklenmiş bir devlet organı olduğudur.

Bu organ varlık sebebine koşut olarak hukukunu yaratmış, yaratılan bu hukuk kanun koyucunun eseri olmaktan ziyade hukukun uyuşmazlıklar anlamında uygulayıcısı ve yorumlayıcısı olan yargıçların eseridir. İdari rejimin anavatanı olan Fransa'da bu özellik üzerine sürekli vurgu yapılmakta ve idare hukukunun bu özelliğinden dolayı da her zaman kendileri için bunun bir övünç noktası olduğu her vesilede dile getirilir.

Benzer bir gelişim ülkemizde de yaşanmış ve fakat bu hukuk dalının ülkemiz ve toplumumuzun geçmişiyile olan bağı üzerinde fazla vurguda bulunulmamıştır. Özel hukuka nazaran daha fazla milli olma vasıflarını taşıyan kamu hukukunda bu hukukun bir branşı olan idare hukukunda millilik daha belirgindir. Ancak bu hukuk dalının geleceğine ilişkin yapılan değerlendirmelerde sürekli olarak supranasyonal oluşumların idare hukukunu olumsuz anlamda etkileyebileceği dile getirilmektedir. Ancak bu durumun idare edilenler açısından olumsuz neticeler doğuracağı şekilde algılanması ve anlaşılması yerinde değildir. Bilakis bu süreç iyi takip edilip, yönetilebilirse idare edilenler açısından olumlu neticeler çıkması kuvvetle muhtemeldir.

İdare hukuku yüklendiği işlevi, konusu itibariyle diğer hukuk dalları ve hatta sosyal bilimlerin diğer dallarıyla yakın ilişki içinde bulunmak zorundadır. İdare hukuku bu anlamda bütün hukuk dallarının kavşak noktasında bulunan mültidisipliner bir hukuk dalıdır. İdare hukukunun konusu bu hukuk dalını diğer hukuk dallarından otonom bir yapıya sahip olmaya zorlamaktadır. İdare hukuku hukukun diğer branşlarındaki kaynaklardan beslenir ve fakat besinleri kaynağındaki anlamın dışında kendi özgünlüğü içinde sindirir. İdare hukuku diğer hukuk dallarına oranla kişinin yaşamında daha büyük bir yer ve önemi haizdir.

BOŞ

İSVİÇRE’NİN TARAFSIZLIK STATÜSÜ İŞİĞİNDA AB ÜYELİĞİNE BAKIŞ

Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA*

Özet

Avrupa’nın merkezinde yer almakla beraber, AB’nin içinde yer almak istemeyen bir ülke olarak İsviçre’nin AB’ne bakışı bu makalenin inceleme konusunu oluşturmaktadır. AB’ne üyeliğin ekonomik ve siyasi koşullarına mutlak olarak sahip olan İsviçre AB ile bilateral ve sektörel ilişkiler geliştirerek üçüncü devletlerle ilişkilerinde elini serbest tutmak istemektedir. İsviçre siyasi olarak bugün AB içinde yer almasa da, AB ile yapmış olduğu çok sayıda anlaşmalarla AB müktesebatının tarafı olmuş gözükmektedir. İsviçre yargı kararlarına da yansıyan bu yaklaşım AB hukukunun üye olmayan devletlerle ilişkilerde de entegrasyon işlevine sahip olduğunu ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Tarafsızlık hukuku, İrlanda, Avusturya, Norveç’in tarafsızlık statüsü, AB anlaşmalarına çekince, İsviçre’nin ATAD içtihatına bağlılığı.

Abstract:

As a country located in the center of Europe, but doesn’t want to be included in the EU, the view of Switzerland towards the EU constitutes the subject of this article. Switzerland, absolutely holding the economic and political conditions of membership to the EU, desires to develop bilateral and sectoral relations with the EU and to keep its hand free in its relations with third countries. Even though today Switzerland is not included in the EU politically, it seems that it has become a party of the EU acquis with several agreements it has signed with the EU. This approach, having been reflected on the judgment decrees of Switzerland, indicates that the EU law has the function of integration in relations with non-member states.

Keywords:

Law of neutrality, Ireland, Austria, neutrality status of Norway, reservation to the EU agreements, commitment of Switzerland to Court of Justice of the European Communities conviction.

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Tarafsızlık hukuku 1907 tarihinde La Haye anlaşmasında yapılan kodifikasyondan sonra yenilenmemiştir. 1949 Cenevre sözleşmelerinde ve 1977 tarihli I nolu ek protokolde tarafsız ve silahlı çatışmalara katılmayan devletler için kimi hükümler öngörülmeyle beraber, bu düzenlemeler bu devletlerin sadece insani DH çerçevesinde kimi fonksiyonlarıyla sınırlı olup, temelde tarafsızlık hukukunu değiştirmemiştir.

Yüzyılın başında savaşa katılmayan devletler bakımından tarafsızlık hukukuna riayet etmek bir mükellefiyet olarak kabul edilmiştir. Savaşta tarafsızlık ancak günümüzde ihtiyari ve seçilebilen bir tutum olmaktan çıkmıştır. Bu gelişme önce Milletler Cemiyeti Misakında ve Kallogpakt'ında, daha sonra BM Şart'ında kuvvet kullanma yasağı ile bağlantılı olarak silahlı bir saldırıya maruz kalan devlete yardım etme hakkı – yükümlülüğü ile ortaya çıkmıştır (BM anl. md.51). Bu şekilde yapılan bir savaşta tarafsızlık yahut saldırıya maruz kalan devlet safında savaşa katılma arasında bir tercih olanağı kalmamaktadır. Günümüzde sadece İsviçre, Avusturya ve belli ölçüde İsveç klâsik tarafsızlık hukukunu uygulamaktadır. Diğer devletler belli durumlarda çıkarlarına uygun düştüğü nispette nadir olarak tarafsızlık hukukunun kimi normlarına istinat etmektedir. Tarafsızlık devletler arasındaki askeri ve ekonomik birlikler nedeniyle de anlamını kaybetmiştir. Askeri ve ekonomik birlikler içinde biraraya gelen devletlerin kural olarak tarafsızlık politikası izlemesi mümkün değildir. Zira tarafsızlık geleneksel şekli itibarıyla bağlantısızlığı önkoşul olarak gerektirmektedir. İkinci dünya savaşından beri sadece sınırlı örneklerde (örneğin Laos 1961, Malta 1982) kimi devletler tarafsızlık yükümlülüğü altına girmiştir. Bu anlaşmalarda tarafsızlık hukukuna gönderme yapılmamıştır. Tarafsızlığa anlaşmalarda öngörülen içerik verilmiştir. Tarafsızlık hukukunun devre dışı kalmasının bir nedeni de günümüzde savaşların çok istisnai olarak tarafsızlık hukukunun uygulanabileceği geleneksel türden olmasıdır. Günümüzdeki silahlı çatışmaların çoğuna tarafsızlık hukukunun uygulanamayacağı devlet dışı taraflar katılmaktadır (iç savaşlar, kurtuluş savaşları). Savaş nedeni olan amaçlara yine günümüzde tarafsızlık hukukunun uygulanamayacağı, örneğini terörizm, ekonomik baskı gibi araçlarla ulaşılmaya çalışıldığı görülmektedir.

Bununla beraber devletlerin savaşlarda tarafsız kalabileceği prensip olarak kabul görmektedir. 1975 tarihli Helsinki Nihai Senedi ve 1980 tarihli Madrid zirvesinde kabul edilen kapanış metni tarafsızlık hakkını kabul etmiştir. İsviçre, Avusturya ve İsveç'in tarafsızlık çekinceleri 1972'de AT tarafından Serbest Ticaret Anlaşmasında kabul görmüştür. Tarafsız devletlerin savaş durumunda La Haye Tarafsızlık Anlaşmasına istinat etme hakkı şimdiye kadar tartışma konusu

İsviçre'nin Tarafsızlık Statüsü Işığında AB Üyelğine Bakış

olmamıştır. Sürekli tarafsızlık, belli devletler için sürekli tarafsızlığın tesisine ve tanınmasına ilişkin hükümler dışında genel tarafsızlıktan farklı olarak DH tarafından düzenlenmemiştir (İsviçre 1815, Avusturya 1955).

Sürekli tarafsız bir devlet, savaşa dahil edilmemek için her şeyi yapmakla mükelleftir. Yine aynı şekilde onu savaşa müdahil edecek herşeyden kaçınmakla mükelleftir. Sürekli tarafsız devlet savaş durumunda tarafsızlığa aykırı davranışta bulunmasına yol açacak taahhütlere girmeme yükümlülüğündedir. Sürekli tarafsız bir devletin barış zamanında yaptığı bir taahhülle savaş zamanında tarafsızlık hukukunun kurallarına uyma olanağını ortadan kaldırması tarafsızlık hukukunun ihlâlidir. Barış zamanında yapılan taahhüdün savaş durumunda tarafsız davranışı zorlaştırması olasılığı ise tarafsızlık hukukunun ihlâli olarak görülmemektedir¹. Bu tür taahhütler, savaş zamanında tarafsızlık yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde tarafsızlık hukukunun ihlâlüne neden olmaktadır.

İsviçre tarafsızlığını amaç olarak değil, araç olarak yorumlamaktadır. Tarafsızlık İsviçre'nin bağımsızlığını temin eden araç olarak kabul edilmektedir. İsviçre sürekli tarafsızlığını korumak bakımından DH tarafından yükümlü kılınmayıp kendi iradesi ile bu statüsünden vazgeçebileceğinin altını çizmektedir².

İsviçre'nin daimi tarafsızlığında iç ve dış politika nedenleri esas olmuştur. Yayılımcı bir dış politikadan vazgeçilerek, tarafsızlık politikasının kabul edilmesi içte birliğin oluşmasını sağlamıştır. Yine din savaşları ve Birinci Dünya savaşı esnasında içerde birliğin korunması tarafsızlık politikası ile sağlanmıştır. İsviçre tarafsızlığının ortaya çıkmasında Avrupa'da kimi devletlerin öncelikli rolünü engelleyen denge politikasının da rolü büyüktür. Avrupa dengesi İsviçre tarafsızlığının önkoşulu olmayıp, tersine İsviçre'nin tarafsızlığı Avrupa'daki dengelerin korunmasında önemli bir etken olmuştur. İsviçre'nin jeopolitik konumu da tarafsızlık politikasında önemli bir rol oynamıştır. Avrupa'nın ortasında bulunan bir devlet olarak büyük devletlerin savaş alanı olma ihtimali sürekli tarafsızlık politikası ile ortadan kaldırılmıştır.

Bu nedenler doğal olarak İsviçre'nin tarafsızlığının korunmasında güncelliğini kaybetmiştir. Ancak kimi başka iç ve dış politika nedenlerinin tarafsızlık statüsünün devamında önemli olduğu görülmektedir. İsviçre'nin tarafsızlığı İsviçre'nin ekonomik refahının teminatıdır. İsviçre tarafsızlık statüsü sayesinde savaş eylemlerinin sahnesi olmamıştır, ticari ilişkilerini bu sayede geliştirmiştir. Dış politikada tarafsızlığın, dünyaya açık olma ve ekonomik dinamizmle bir çelişki

¹ Manfred Rotter, *Dauernde Neutralität*, Berlin, 1981, s. 121.

² Michael Schweitzer, *Dauernde Neutralität und Europäische Integration*, Wien, 1977, s. 105vd.

teşkil etmediği, bilakis tarafsızlık politikası ile bu konular arasında doğrudan bir ilişkinin olduğu ifade edilmektedir.

İsviçre iç politikası ve tarafsızlık statüsü arasında bugün halâ önemli bir ilişki bulunmaktadır. Dış politikadaki sürekli tarafsızlık nedeniyle İsviçre’de siyasi yaşam mutlak olarak iç politikaya odaklanabilmektedir. Dış politikaya ilişkin tartışmalar tarafsızlık politikası nedeniyle büyük ölçüde söz konusu olmamaktadır. Tarafsızlık, 19.yüzyıl’dan itibaren doğrudan demokrasi kurumlarının alışılmamış ölçüde kapsam kazanmasına neden olmuştur. Sadece doğrudan demokrasinin değil, konsensüs demokrasisinin dış politika sorunları olmaksızın bu denli gelişmesi mümkün olamazdı. Dış politika sadece hızlı karar alınmasını gerektirmemekte, aynı zamanda diğer devletlerle irade uzlaşısını da gerektirmektedir. Referandum ve inisiyatif hakkı dış politikanın bu ihtiyaçlarını karşılamamaktadır. Tarafsızlık ve İsviçre demokrasisi birbirleri ile çok sıkı ilişki içindedir. İsviçre’nin dış politikasındaki her değişim İsviçre devlet yapısında hissedilmek durumundadır. Tarafsızlık, doğrudan demokrasi ile birlikte İsviçre’nin kimliğini oluşturmaktadır. Aynı dil ve kültürde büyük komşu ülkelerle sınırdış olan İsviçre’nin siyasi bir ulus olarak (politische Nation) kendini öteki devletlerden ayıran ayırıcı özelliklerinin olması gerekmektedir. Bu özellikleri İsviçre tarafsızlık politikası üzerinden sağlamaktadır.

İsviçre’nin uluslararası camiada tarafsızlık politikası ile verdiği insani hukuk hizmetlerinin de bu çerçevede unutmaması gerekmektedir. İsviçre 16.yüzyıldan itibaren siyasi ve dini nedenlerle takip edilenlerin iltica mahalli olmuştur; 19.yüzyıldan itibaren savaş kurbanlarına ilişkin çalışmalar yapmıştır. Uluslararası Kızılhaç örgütü İsviçre’nin organize ettiği bir örgüttür. İsviçre bunların yanı sıra bir çok uluslararası örgütün başkentidir ve yine birçok uluslararası konferansa ev sahipliği yapmaktadır. Bütün bu çalışmalarda İsviçre’nin tarafsızlığı önemli bir dayanak teşkil etmektedir.

İsviçre’nin tarafsızlığının amaç değil, amaca götüren bir araç olarak kabul edilmesi, Avrupa entegrasyonunun yoğunluğu karşısında anlamını ve gerekçesini muhafaza etmesi mümkün müdür? Avrupa’nın, İsviçre’nin de büyük ölçüde parçası olarak görülebildiği mutlak bir ekonomik ve siyasi birlik teşkil etmesi durumunda, İsviçre’nin tarafsızlık politikasına devam etmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Aynı durum tarafsızlığın ekonomik refahın artmasına değil, zayıflamasına yol açması durumu için geçerlidir. Uluslararası camiada İsviçre’nin tarafsızlık rolü çoğu kez göz ardı edilen Avrupa’daki ve dünyadaki mevcut gerilim ve çatışmalar nedeniyle önem kazanmaktadır. Gerilim ve çatışmaların olmadığı bir ortamda tarafsızlığın anlamı bulunmamaktadır.

Supranasyonalite ve Tarafsızlık

Tarafsızlık hukuku bakımından supranasyonal örgütün organlarının çoğunluk kararı ile bağlayıcı kararlar alabilmesi önemli sonuçlar doğurabilmektedir. Bir supranasyonal örgütün organlarının tarafsızlık hukukuna ilişkin önemli kararlar alabilmesi durumunda tarafsızlık statüsünün zedelenmesi mümkündür.

Tarafsızlık hukuku bakımından sonuç doğurmayan kararlara sürekli tarafsız bir devletin tâbi olmasında mahsur bulunmamaktadır. Üye devletler arasında serbest ticarete, üçüncü devletlere karşı ortak ticaret politikasına, kişilerin serbest dolaşımına, hizmet edimi serbestisine ve sermayenin serbest dolaşımına, tarım ve ulaştırma politikasına vs. ilişkin alanlarda alınan Konsey kararlarının tarafsızlık hukuku bakımından sonuç doğurması kaçınılmazdır. AT'na üye sürekli tarafsız bir devletin, savaş durumunda bu kararların dışında kalması derogasyon almasına bağlıdır. Bu durum ya katılım görüşmeleri esnasında açık bir istisna elde etmesi yahut 1966 Lüksemburg Uzlaşısı'na göre oybirliği kuralına istinat edilmesi veya 296 ve 297.maddelerdeki korunma önlemlerine istinat edilmesi ile mümkündür.

Bağımsızlık ve Tarafsızlık

Askeri, ekonomik ve siyasi bağımsızlık arasında ayırım yapılması gerekliliği bulunmaktadır. Askeri bağımsızlık AT'ye katılım ile etkilenmemektedir. Ekonomik bağımsızlık konusunda tarafsızlık hukukunun korunabilmesi için savaşta dış ekonomik ilişkileri bağımsız olarak düzenleyebilme yetkisinin kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde savaş durumunda tarafsızlık yükümlülüklerinin yerine getirilmesi mümkün olamaz. Supranasyonal bir örgüte üyelik durumunda en çok siyasi bağımsızlık etkilenmektedir. Olası gelişmeler ışığında İsviçre'nin bağımsızlığının AB'ye tam üyelik durumunda AT'nin organlarında oy hakkına sahip bir üye devlet olarak, dışarıda olan ve alınan kararlara uyum sağlamak durumunda olan bir devlete nazaran daha iyi temin edilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Tarafsızlık hukuku bakımından AT içinde birlikte belirleme rolünün olması hiç önemli değildir. Birlikte belirleme yetkisinin olduğu organlarda da tarafsızlık hukukuna aykırı kararların alınması olasılığının göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Tarafsızlık çekincesi

DH'da çekince kimi anlaşma hükümlerinin hukuki etkisini ortadan kaldırmak veya değiştirmek amacıyla yapılır. AT anlaşması çekince olanağı öngörmemektedir. Çekince yapılması konusunda Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 20.madde 2.fikrası ölçü olmak durumundadır. Çekince yapılması konusunda Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 20.madde 2.fikrasına göre anlaşmanın amaç ve hedefleri muvacehesinde anlaşmanın tüm anlaşma tarafları bakımından hüküm ve sonuç

doğurmasının kabul edildiği durumlarda çekincenin tüm anlaşma taraflarınca kabul edilmesi gerekliliği bulunmaktadır. Bu hükmün uluslararası örgütlerin anlaşmalarına ilişkin çekinceleri düzenleyen 20.madde 3.fıkra bakımından öncelikli olarak sonuç doğurması gerekmektedir³.

Yorum bildirimleri Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde düzenlenmemiştir. Yorum bildirimleri değişik anlamlar taşıyabilir. Yorum bildirisi bir anlaşma hükmünün yorumunu muayyen bir istikâmette sınırlama amacı güttüğü takdirde, yorum bildirisi çekince teşkil etmekte ve çekinceler gibi aynı kurallara tâbi olmaktadır. Yorum bildirisi buna karşılık bir devletin nokta-i nazarını ortaya koyduğu takdirde, bu açıklamada sadece belli beklentilerin dile geldiği kabul edilmekte ve kural olarak hukuki bir etkisinin olduğu kabul edilmemektedir.

AT kurucu anlaşmalarına ilişkin çekincelerin yapılması konusunun AB'ne katılma ve anlaşmaların değişikliği ile bağlantılı olarak ele alınması gerekmektedir. AB anlaşmasının 49.maddesi yeni üyelerin alınmasını düzenlemektedir. AB anlaşmasının 48.maddesi ise anlaşma değişikliğine ilişkindir. 49.madde 2.fıkra katılma koşullarının ve anlaşmada yapılması gerekli uyumun üye devletler ve katılım talebinde bulunan devlet arasında yapılacak bir anlaşmada düzenlenmesini öngörmektedir. Bu anlaşmanın tüm üye devletler tarafından kendi anayasa düzenlemeleri ışığında onaylanması gerekmektedir. Bu prosedür çerçevesinde zorunlu olarak anlaşmanın uyumu (örneğin AT organlarının teşkili), genişlemenin yol açtığı anlaşma değişiklikleri de yapılacaktır. AB anlaşmasının 49.maddesi geçiş düzenlemeleri için de esas olacak maddedir. AB'ne katılan devletten bir geçiş döneminden sonra "acquis communautaire"i, yani şimdiye kadar gerçekleştirilen entegrasyon müktesebatını üstlenmesi ve siyasi hedefleri benimsemesi istenmektedir.

Katılım nedeniyle entegrasyonu tehlikeye sokacak değişiklikler 48.maddeye göre anlaşma değişikliğini gerektirmektedir. Her iki madde arasında anlaşma değişikliğine ilişkin prosedür bakımından mevcut olan fark Avrupa Tek Senedi'nde ilgili maddede yapılan değişiklik nedenliye asgari düzeye inmiştir. Anlaşma değişikliklerinde sadece dinlenme hakkına sahip olan Avrupa Parlamentosunun katılım anlaşmaları ve bununla bağlantılı anlaşma değişikliklerinde bundan böyle uygun bulma yetkisi kullanması kabul edilmiştir.

Anlaşma değişiklikleri için bunun dışında tam üyelik çerçevesinde öngörülmeyen bir prosedür olarak üye devletlerin hükümetlerarası bir konferansa daveti gerekmektedir. Her iki durumda da değişikliklerin tüm üye devletler tarafından

³ Hummer/Schweitzer, Das Problem der Neutralität – Österreich und die EG-Beitrittsfrage, Europa Archiv, 1988, s. 506.

İsviçre'nin Tarafsızlık Statüsü Işığında AB Üyeliğine Bakış

onaylanması gerekmektedir. Yeni katılan devletin gerek çekincelerinin, gerekse anlaşma hükümlerinin yorumlarını sınırlayan açıklamalarının tüm üye devletlerce onayı gerekmektedir.

Avrupa Topluluklarının kuruluşundan itibaren Birliğe yeni devletlerin katılması bir çok DH tasarrufu üzerinden gerçekleşmektedir. Katılma anlaşması sadece katılmayı ve anlaşmanın yürürlüğe girmesini düzenler. Katılma anlaşması bunun dışındaki konular için anlaşma eki olan katılım aktine göndermede bulunur. Katılım aktinde ve ona ekli protokollerde katılım koşulları ve kurucu anlaşmanın uyumu ile ilgili düzenlemeler yer alır. Nihai akitde bütün söz konusu metinler sayılır ve çok sayıda bildiriler bunlara eklenir. Bu bildiriler kısmen anlaşma akdine katılan tüm tarafların bu açıklamaları kabul ettiğine ilişkin ortak açıklamalardır; kısmen de münferit devletlerin tek taraflı açıklamalarıdır.

Katılmaktane eklenen protokoller büyük ölçüde geçiş düzenlemeler öngörmektedir. İstisnai olarak bu düzenlemeler sürekli geçerliliğe sahip hükümler de içermektedir. AT organlarına AT hukukunun muayyen bir şekilde yorumlandığını ileten bu ortak veya tek taraflı bildiriler büyük ölçüde yorum bildirileri karakterindedir. İsviçre'nin AB'ne katılması halinde sürekli tarafsızlığının temini için İsviçre'nin muayyen durumlarda AT hukukundan sapmasını sağlayan çekinceleri yorumlayan bildirilerin gündeme gelmesi gerekecektir. Bu durumlarda AB anlaşmasının 48.maddesinde öngörülen prosedürün işletilmesi gerekecektir. Tarafsızlık statüsünden kaynaklanan muafiyetlerin sağlanmasında AT hukukunun muayyen şekilde yorumunu yapan protokol ve bildiriler büyük ölçüde yeterli olacaktır. Bu tür protokoller ve bildiriler şimdiye dek AB'ne katılan devletlerin katılım akitlerine ek protokollerden ve bildirilerden farklı olarak daha çok çekinceye yakın anlam taşıyacaktır. Bu bildirilerle ve protokollerle tarafsız devletin aşağıda işaret edilecek haklarının temin edilmesi mümkün olacaktır.

- Uluslararası silahlı bir çatışmada yer alan devlete savaş malzemesinin gönderilmesi ve ihracı çerçevesinde 296. ve 297. maddeye istinat etme hakkının korunarak malların serbest dolaşımına, ortak ticaret politikasına ve ulaştırma politikasına ilişkin AT hükümlerinden tarafsızlık yükümlülüğünü yerine getirmek için sapmanın mümkün kılınması;
- Savaş durumunda gerekli ürünlerin ve hammaddelerin depolanmasına ilişkin kurallar ihdas etme hakkı;
- Avrupa Yatırım Bankası kararı muvacehesinde silahlı bir uluslararası çatışma içinde bulunan üye devlete borç verme yükümlülüğünde olmama;

- Üçüncü sütuna ilişkin konularda da tarafsızlığın ihlâl edilmesi söz konusu olabileceği için bu çerçevede de muafiyetlerin tanınması olanağı..

AB anlaşmasının 48.maddesinde öngörülen prosedür üzerinden tüm üye devletlerin veya bir kısım üye devletlerin uluslararası bir silahlı çatışma içinde bulunması durumunda ticaret politikasının İsviçre tarafından yeniden bağımsız olarak yürütülmesini, kişi, mal, hizmet ve sermayenin serbest dolaşımının askıya alınmasını temin eden gerçek anlamda bir çekincenin yapılması gerekli olabilir. Bu istisnai durum dışında tarafsızlık hukukundan doğan problemlerin AB anlaşmasının 49.maddesi çerçevesinde yapılacak protokollerle ve bildirimlerle çözümlenmesi mümkündür.

İrlanda'nın 1987'de Avrupa Tek Senedi'nin onayı vesilesiyle verdiği bildirin özel bir karakteri vardır. Bu bildiri Avrupa siyasi işbirliği ve İrlanda'nın tarafsızlığı ilişkisi nedeniyle önem taşımaktadır. Bu bildiri İrlanda'nın sorunları daha sonra ortaya çıktığı için Avrupa Tek Senedi'nin kabulü esnasında yapılmamış ve diğer üye devletlerin bilgisine sunulmamıştır. Aynı şekilde Avrupa Tek Senedi'ne ek nihai protokolde bu bildiriye yer verilmemiş ve AB Resmi Gazetesi'nde yayınlanmamıştır. Bildiri bununla beraber tüm üye devletlere gönderilmiş ve bu şekilde bilgilendirilmeleri söz konusu olmuştur. Bildiri ancak bir yorum bildirisi olarak nitelendirilebilir. Bildiride AT devletleri arasında dış politikada işbirliğine ilişkin Avrupa Tek Senedi III. başlığının lâfzında öngörülen hususlar teyit edilmekte; AT devletleri arasında güvenlik konuları konusunda yapılan işbirliğinin askeri boyut taşımadığı ve İrlanda'nın silahlı çatışmalara katılmamaya ilişkin askeri tarafsızlığına dokunulmadığı dile getirilmektedir. Bildirinin içeriğinden herhangi bir AT mükellefiyetinden muaf olduğuna ilişkin bir sonuç çıkartılması mümkün değildir. İrlanda'nın Falkland savaşında olduğu gibi AT'nin savaştan 3.devlete karşı öngördüğü ekonomik yaptırımlara katılmamayı talep etme hakkının bu bildirden istihraç edilmesi zordur. İsviçre için İrlanda'nın bildirisinin hiçbir şekilde model teşkil etmesi sözkonusu değildir.

ATAD'ın tarafsızlık politikası nedeniyle alınan önlemleri denetleme yetkisi

AT anlaşmasının 296. ve 297.maddelerinde yer alan koruma önlemleri ile bağlantılı olarak tarafsız devletin tarafsızlığını korumak için aldığı önlemlerin ATAD tarafından hukuka uygunluk kontrolünden geçirilmesinin mümkün olup olmadığı konusunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu konunun 296. ve 297. maddelerden bağımsız olarak bir devletin Lüksemburg uzlaşısı veya katılım esnasında tanınan çekinceye istinat etmesi çerçevesinde de gündeme gelmesi mümkündür. Sürekli tarafsız bir devletin tarafsızlık nedeniyle aldığı önlemlerin

İsviçre'nin Tarafsızlık Statüsü Işığında AB Üyeliğine Bakış

uluslararası yargının denetimine tâbi olmadığı, bu tür önlemler hakkında sadece kendisinin karar verebileceği iddiasının kabul görmesi mümkün değildir. Diğer DH yükümlülükleri gibi tarafsızlık hukukundan doğan yükümlülüklerin de bağımsız bir yargı denetimine tâbi olması kaçınılmazdır. Bu şekilde hakkın kötüye kullanılması büyük ölçüde engellenebilir. Sürekli tarafsız bir devletin 3.devletlere yönelik önlemlere katılmaması rekabet hukuku bakımından önemli problemler doğurabilir. AT bakımından sürekli tarafsız bir devletin ekonomik yaptırımın muhatabı devletle ilişkilerini normal olarak yürütmesi kabul edilemez bir durumdur. Böyle bir durumda sürekli tarafsız devletin tarafsızlık hukukunun gereklerini Topluluk hukuku ile uyumlaştırması gerekmektedir. Tarafsızlık önlemlerini silah ticaret ile sınırlamak durumundadır. Sürekli tarafız devlet bu tür malzemelerin ihracını ve ülkesinden geçişini bütün devletler bakımından AT devletleri de dahil olmak üzere yasaklayabilir.

Bunun ötesinde sürekli tarafsız devlet koşullara bağlı olarak bu tür önlemleri tarafsızlık hukukunun gerektirdiği nispette alabilir. Bu önlemlerin silahlı bir çatışmadan bağımsız olarak öngörülmesi halinde, tarafsız devletin önlem almaktan feragat etmesi mümkündür. Avrupa dışında bulunan devletlere karşı ve Avrupa dışı uyuşmazlıklarda bu tür bir politikanın uygulanması gerek tarafsızlık, gerekse AT hukuku ışığında kabul edilebilir. Avrupa'da cereyan eden bir savaşta ise özellikle AT'nin 3.devlete karşı kapsamlı bir ticaret yasağı kararlaştırdığı durumlarda tarafsız üye devlet ve AT arasında iç pazarın korunması mümkün değildir. Sürekli böyle bir durumda tarafsız devlet iç pazarın askıya alınması ve tarafsızlık statüsünün ihlâli arasında kalmak durumundadır.

İrlanda örneği

İrlanda'nın 1972'de AT'ye katılmasıyla NATO'ya üye olmayan ve kendisini tarafsız nitelendiren bir devlet AT'ye üye olmuştur. Bu nedenle İrlanda'nın üyeliğinin sürekli tarafsız bir devlet olan İsviçre'ye örnek teşkil edip etmeyeceği gündeme getirilmektedir. İrlanda 1921'de İngiltere'den bağımsızlığını kazandığı esnada İngiltere, ABD ve Milletler Cemiyeti tarafından garanti edilen bir tarafsızlık statüsü elde etmek istemiştir⁴. İrlanda'nın bu isteği bağımsızlık anlaşmasında İngiltere'nin İrlanda'da deniz üsleri elde etmesi ve İrlanda'nın deniz savunması hakkını muhafaza etmesi ve İrlanda kara ordusunun sınırlandırılması nedenleri ile gerçekleşmemiştir. İrlanda bu şekilde İngiltere'nin savaşları dışında kalma olanağını elde edememiştir. 1938'de, 1921 anlaşması değişikliğe uğradığında ve İngiltere deniz üslerinden

⁴ Trevor C.Salmon, Neutrality and the Irish Republic: Myth or Reality?, The Round Table No.290, 1984, s.209vd.

feragat ettiğinde İrlanda'nın tarafsızlık politikası mümkün olabilmiş ve bu şekilde de İrlanda. İkinci Dünya savaşı esnasında tarafsız kalabilmiştir.

Tarafsızlık İrlanda bakımından başlangıçtan itibaren İngiltere'den bağımsızlığı, öncelikle İngiltere'nin savaşlarına bulaşmama anlamını taşımaktadır. Aynı sebepten dolayı İrlanda 1949'da NATO'ya girmemiştir. İrlanda ülkesinin bölünmesinden sorumlu olan bir devletle aynı ittifak içinde yer almak istememiştir. İrlanda'nın İngiltere ile birlikte AT girişinde durum farklıydı. AT'ye girişte ekonomik beklentiler, özellikle tarım ekonomisindeki beklentiler önemli rol oynamıştır. 1972'de yapılan referandumda oy kullananların %83'ü AT'ye evet demiştir. İrlanda diplomasisinde 1970'den beri tarafsızlık kavramının kullanılmasına özen gösterilmektedir. Bunun mümkün olmadığı durumlarda "askeri tarafsızlık" veya "bağlantısız"lıktan söz edilmektedir. İrlanda Avrupa Tek Senedinin onayı vesilesiyle yaptığı deklarasyonda bunu teyiden "Ireland's long established policy of military neutrality" ve "Ireland's international status of military neutrality"den söz edilmiştir. İrlanda'nın tarafsızlık statüsünün ortaya çıkışının ortaya koyduğu gibi, "askeri tarafsızlık" İrlanda'nın savaşlardan, özellikle İngiltere'nin savaşlarından uzak durulması amacına matuftur. İrlanda'nın AT'ye katılımını bu nedenle tarafsızlık statüsüyle bağdaşmadığı ileri sürülemez (Mac Sweeny, *Irish Neutrality and International Law*, *The Irish Law Times and Soltor's Journal* 2 (1984), s.147). İrlanda bakımından dış politikada işbirliği bir problem teşkil etmemektedir. İrlanda AGİT çerçevesinde de AT üyesi devletlerle işbirliği içinde çalışmaktadır ve bu bağlamda tarafsızlık hukukuna İrlanda şimdiye kadar istinat etmemiştir. Tarafsızlık hukukuna ilişkin problemler Falkland savaşı esnasında AT'nin Arjantin'e karşı kararlaştırdığı yaptırımlar nedeniyle gündeme gelmiştir. Bu önlemlere İrlanda önce katılmış, daha sonra ise İngiltere ve Arjantin arasında askeri uyuşmalığın başlaması üzerine önlemleri askıya almıştır.

AT bu önlemleri İtalya'nın da İrlanda paralelinde aynı tutumu alması nedeniyle kısa sürede kaldırmıştır. İrlanda'nın tarafsızlık kurallarına istinat etmeksizin savaş dışında kalma amacının gerçekleşmesinde coğrafi ve stratejik konumu kolaylık sağlamıştır. AT'nin tüm önlemlerine katılma durumunda dahi savaşa bulaşma ihtimali sözkonusu konumu nedeniyle oldukça zayıf mütalâa edilmiştir. İrlanda'nın özel konumu AT bakımından ve İsviçre bakımından önemsiz değildir. NATO üyesi olmayan bir devletin AT üye olması ve bu statüsü nedeniyle askeri savunma önlemlerinin dışında kalması, İsviçre bakımından da değerlendirilebilecek bir husustur.

Avusturya'nın tarafsızlığın korunarak AT'ye katılması

Avusturya'nın AT'ye sürekli tarafsızlığının korunarak katılmasının hangi

İsviçre'nin Tarafsızlık Statüsü Işığında AB Üyeliğine Bakış

sonuçlar doğuracağı, Avusturya'nın AT'ye hangi tarafsızlık anlayışı ile alındığına bağlı olarak değerlendirilecek bir durum oluşturmaktadır. Hummer/Schweitzer'in raporunda yer alan anlayışın esas alınması durumunda⁵, Avusturya'nın AB'ne katılımı çekincesiz gerçekleşmiştir. Gerek Hummer, gerekse Schweitzer tarafsızlık ve AT üyeliği arasında özellikle ortak ticaret politikası çerçevesinde doğabilecek sınırlı uyumsuzlukların AT anlaşmasının 296. ve 297.maddeleri yahut Lüksemburg uzlaşısı muvacehesinde ortadan kaldırılmasını mümkün görmektedir. Her iki yazarın da görüşüne göre Lüksemburg uzlaşısına istinat edilmesi veya tarafsızlık hukuku muvacehesinde öngörülen yükümlülükler nedeniyle 296 ve 297.maddelere istinat edilmesinin AT anlaşmasının 298.madde 2.fıkra anlamında hakkın kötüye kullanılması anlamı taşımadığına ilişkin bir yorum bildirisinin AT'ye katılım esnasında yapılması söz konusu pürüzlerin ortadan kaldırılması için yeterli olabilir.

Diğer bir Avusturyalı yazar Andreas Khol da benzer bir değerlendirme yapmıştır⁶. Avusturya Avrupa'nın gerçeklerini erken teşhis etmiştir. AT'ye katılım ve tarafsızlık hukuku arasında yegane uyumsuzluk ihtimali savaşı devletlere konulan ambargo nedeniyle doğabilecektir. Siyasi uygulamanın gösterdiği üzere savaş durumlarında uygulanan bu tür ambargolar çok nadir durumlarda tarafsız devletlere problem yaratmaktadır. Avrupa dışında AT'yi doğrudan ilgilendirmeyen savaşlarda ambargo kararının tarafsız devletlere problem yaratmaması mümkün gözükse de, Avrupa'da cereyan eden bir savaş için bunu iddia etmek her zaman için mümkün değildir.

Bu çerçevede dikkate alınması gereken husus, Avusturya'nın tarafsızlığını devam ettirme konusunda DH muvacehesinde mükellefiyetinin bulunmasıdır. Avusturya'nın tarafsızlığı tarafsızlık hukukunun şekillendiği anlaşmanın spesifik partnerinin Sovyetler Birliği olması nedeniyle İsviçre'nin tarafsızlığına nazaran daha bağlayıcı bir tarafsızlıktır. Buna karşılık İsviçre'nin tarafsızlığı Avusturya'nın tarafsızlığına nazaran daha köklü bir tarafsızlıktır⁷.

AT'na çekincesiz katılımın sürekli tarafsız devlet bakımından sonuçları:

İsviçre'nin çekincesiz AT'ye katılımının sürekli tarafsızlıktan feragat etme sonucunu doğuracağı İsviçre'de oldukça yaygın bir görüş olarak temsil edilmiştir. Bu görüşün isabetli olduğunu kabul etmek mümkün değildir. AT'ye çekincesiz katılma tarafsızlık hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlâli anlamını taşımamaktadır. Sürekli tarafsız devletin barış zamanında tarafsızlık yükümlülüklerini ihlâl etmesi

⁵ Waldemar Hummer/Michael Schweitzer, Österreich und die EWG, Wien, 1987.

⁶ Andreas Khol, Von der Süderweiterung der EG zur EFTA – Erweiterung der EG zur EFTA – Erweiterung? Die Vorreiterrolle Österreichs, Europa- Archiv 1988 (13), s. 359vd.

⁷ Felix Ermacora, 20 Jahre Österreichische Neutralität, Frankfurt 1975, s. 222.

savaş durumunda tereddüt yaratmayacak şekilde tarafsızlık hukukunun kurallarını uygulayacağı taahhütler altına girmesi halinde söz konusu olabilir. AT'ye katılım savaş durumunda tarafsızlığı bir gereklilik olarak ortadan kaldırmamaktadır. Uluslararası bu silahlı çatışma durumunda tarafsız bir üye devletin tarafsızlık mükellefiyetlerini ihlâl etmesi gerekliliği bulunmamaktadır. Tarafsızlık mükellefiyetlerinin ihlâl edilmesi dahi zorunlu olarak sürekli tarafsızlıktan feragat edildiği şeklinde bir anlam verilemez. DH mükellefiyetini ihlâl eden devletin tâbi olduğu statü devam eder. Uluslararası silahlı çatışmaya katılmamakla beraber tarafsızlık yükümlülüklerini ihlâl eden bir devletin tarafsızlık statüsü devam eder. Bu devletin tarafsızlık statüsünü kaybetmesi savaşa dahil olması durumunda söz konusu olur.

AT'ye çekincesiz katılmanın tarafsızlık hukuku bakımından olmasa da, münhasıran tarafsızlık politikası bakımından sorunlar yaratması mümkündür. Çekincesiz olarak AT'ye katılma diğer devletler nezdinde sürekli tarafsız devletin bir savaş durumunda tam olarak tarafsız kalıp kalmayacağı konusunda tereddüt yaratabilir. Özellikle böyle bir çekincesiz katılım sürekli tarafsız devletin uluslararası camiada barışta oynadığı roller bakımından etkiler doğurabilir. Tarafsız devletten dostça girişim gibi diplomatik çözüm yollarında yardımcı olma rolü talep edilmeyebilir.

İsviçre'nin Avrupa Topluluklarına tarafsızlığını koruyarak katılması prensip olarak mümkün olmakla beraber, bu katılımın kısmen hukuki, kısmen siyasi problemler yaratması mümkündür. AT üyeliği ve tarafsızlık statüsü arasında hukuki uyumsuzluk ağırlıklı olarak tarafsız devletin savaş için önemli malzemelerin ihraç ve geçişine ilişkin olarak savaşan taraflar için aldığı (eşit muamele kuralı muvacehesinde) sınırlama ve yasaklamalar ve savaşan devletlerden herhangi birini ekonomik olarak özel olarak kayırmama mükellefiyeti nedeniyle doğabilir. Sürekli tarafsız bir AT üyesi devletin uluslararası silahlı çatışmanın tarafı olan bir üçüncü devlete karşı Konseyin savaş malzemelerinin ülkesinden geçişini veya ihracını sınırlayan yahut yasaklayan yahut ambargo öngören kararından kaçınması mümkün değildir. AT'nin şimdiye dek uygulamalarında hiçbir üye devletin 3.devlete karşı boykot önlemlerine katılmaya zorlanmadığı görülmektedir. AT'nin düşman tarafla ticareti yasakladığı bir savaş durumunda tarafsız devletin statüsünü korumak için AT ile ilişkilerini askıya alarak ticaret politikasını bağımsız yürütme tercihinin kullanma zorunluluğu doğmaktadır. Ancak bu şekilde her iki savaşan tarafın gerekli ölçüde eşit olarak muamele edilmesi ve taraflardan birinin diğerine nazaran tercihli muamele görmemesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda kişi, mal, hizmet ve sermayenin serbest dolaşımının da askıya alınması gerekmektedir.

İsviçre'nin Tarafsızlık Statüsü Işığında AB Üyelğine Bakış

AT anlaşmasının 296. ve 297. maddelerinde yer alan korunma önlemleri tarafsızlık statüsü bakımından yeterli olmamaktadır. Tarafsızlık statüsünün icabı çekincelerinin katılım aktinde yer alması ve katılım akti çerçevesinde kararlaştırılacak bu çekincelerin üye devletlerin tümü tarafından onaylanması gerekmektedir.

AT üyeliği ve tarafsızlık statüsü arasında siyasi uyumsuzluk AT'nin siyasi amaçları nedeniyle de ortaya çıkmaktadır. AB amaçları ile üye devletlerin hukuki yükümlülüklerinin birbirine ters düşmemesi gerekmektedir. Siyasi birlik oluşturma amacını kabul etmeyen bir devletin AB içinde yer alması mümkün değildir. Siyasi birlik oluşturma hedefi uluslararası sorunlar, özellikle uyuşmazlıklar bakımından ortak görüş, tutum, strateji oluşturulmasını gerektirmektedir.

İsviçre'nin AT'ye ekonomik olarak güçlü şekilde bağlılığı üyelik olmaksızın da mümkündür. İsviçre AB'ne katılımı söz konusu olduğu takdirde savaş durumunda tarafsız statüsünün temini için gerekli önlemleri alma hakkını katılım anlaşmasında saklı tutmalıdır.

İsviçre, Norveç'in yanı sıra aynı ekonomik, toplumsal ve siyasi koşullara sahip olmasına rağmen yegane batı Avrupa devleti olarak Avrupa Birliği'nin içinde yer almak istemeyen ve hattâ Avrupa Ekonomik Alanı (AEA) için hayır diyen bir ülke olarak AB tarafından anlaşılmakta zorlanmaktadır.

AB ve İsviçre arasında özellikle ekonomik nitelikli çok sayıda karşılıklı bağımlılıkların ve ilişkilerin bulunduğu bir vakıdır. İsviçre'nin ihracata yönelik ekonomisinin AB pazarlarına ihtiyacı olduğu açıktır. Aynı şekilde AB'nin de kimi alanlarda örneğin, Alplerden transit geçişte olduğu gibi İsviçre'nin işbirliğine ihtiyacı bulunmaktadır. Bu durum İsviçre'nin AB üyesi olmamasına ve AEA içinde yer almamasına rağmen belli alanlarda pragmatik çözümler ve kimi işbirliği şekillerinin aranmasına neden olmaktadır.

AT ve EFTA üyesi İsviçre arasındaki ilişkiler uzun süredir ticari engelleri kaldıran kimi sektörel özel anlaşmalarla gerçekleşse de AT ve İsviçre arasında yapılan 1972 anlaşması bu çerçevede ilişkilerin şekillenmesinde ayrı bir dönemeç oluşturmuştur⁸. Bu anlaşma ile gümrükler ve diğer ticari sınırlamalar ortadan kaldırılmış ve anlaşma tarafları arasında prensip olarak malların serbest dolaşımı temin edilmiştir.⁹

⁸ Jens Drolshammer/Regula Walter, Die Schweiz und die Gestaltung ihrer Beziehungen zur EG nach dem 6.12.1992, EuZW 1994, 549(550).

⁹ Serbest Ticaret Anlaşmasının 13.maddesi AT anlaşmasının 30.maddesine benzeyen bir içerik taşımakla beraber, 13.maddenin ATAD ve Federal Mahkeme tarafından yorumu arasında fark ortaya çıkmıştır. ATAD sürekli içtihadında (EuGH, Rs.C-163/90, Slg.1992, I-4625, Ziff.22 vd-Legros; EuGH, Rs.C-207/91, Slg.1993, I-3723, Ziff.24 vd.-Eurimpharm) bu hükmün doğrudan

İsviçre'nin AT ile ilişkilerinin yapısal olarak değişime uğraması AT içinde iç pazarın gerçekleşmesi ile gündeme gelmiştir. AEA anlaşması ile tüm EFTA ülkelerine ilgili *acquis communautaire*'in üstlenilmesi kaydıyla iç pazara katılım olanağı öngörülmüştür. İsviçre aktif bir şekilde bu çerçevedeki müzakerelere katılmış ve İsviçre hukuk düzenini AEA'na uygun şekillendirmek üzere yasal değişikliklerle ilgili bir paket (EUROLEX) hazırlamıştır¹⁰. Bu çalışmalar çerçevesinde geleneksel yöntem yerine yeni bir yöntem kullanılmıştır. *Acquis communautaire*'in zamanında ulusal hukuka dahil edilebilmesi için 6.12.1992'de normal yasama prosedüründen sapılarak bir taraftan AEA anlaşmasının uygun bulunmasını, diğer taraftan parlamentoya Federal hukukta AEA anlaşmasının gerektirdiği değişiklikleri referanduma gitmeden karara bağlama olanağını veren bir karar mecliste oylamaya sunulmuştur. Federal meclis hattâ daha da ileri giderek Mayıs 1992'de Avrupa Topluluklarına tam üyelik başvurusu yapmıştır¹¹.

AEA'na 6.12.1992'de mecliste hayır denilmesi Federal meclisin ve Federal hükümetin şimdiye dek takip ettiği entegrasyon politikasına gölge düşürmüştür. Bu tablo bilateral ve sektörel olarak nitelendirilen yeni bir stratejinin oluşturulmasına yol açmıştır. İlişkinin bilateral olarak nitelendirmesi, AEA anlaşmasının multilateral karakterinden farklı olarak ilişkinin bir tarafında AT'nin, diğer tarafında ise İsviçre'nin bulunmasından ileri gelmektedir. Sektörel olarak nitelendirmesi ise, müzakerelerin konusunun ve amacının bundan böyle İsviçre'nin AT iç pazarına kapsamlı katılmasının olmayıp, bir yahut diğer taraf için önemli alanları kapsamamasından ileri gelmektedir¹².

Bilateral ilişkilerde ATAD içtihatına bağlılık

Kişilerin serbest dolaşımına ilişkin bilateral İsviçre-AT anlaşması bakımından İsviçre mahkemeleri Topluluk hukuku kavramlarına yorum getiren ATAD içtihatı ile bağlıdır. ATAD'ın 21.06.1999 tarihli kararından önce böyle bir yükümlülük şekli olarak kabul edilmese de ATAD içtihatına uygulamada İsviçre mahkemelerinin

uygulanması görüşünü kabul etmesine karşılık, Federal Mahkeme Serbest Ticaret Anlaşmasının malların serbest dolaşımını teminine ilişkin söz konusu maddesinin amacının ve içeriğinin nisbi olarak belli olması gerekçesiyle doğrudan uygulanmasını reddetmiştir [BGE 105 II 49–Omo; BGE 104 IV 175-Adams; BGE 112 Ib 183-Maison G.Sprl; BGE 118 Ib 367-Bouteilles PVC]. Bu hükmün doğrudan uygulanabilirliğinin reddedilmesi, hükmün hukuken etkin olmasına sınırlama getirmektedir.

¹⁰ Federal meclisin (Bundesrat) 27 Mayıs 1992 tarihli AEA hukukuna uyum paketi için bknz.: BBl.1992 V, s. 1vd; 15 Haziran 1992 uyum paketi için bknz.: BBl.1992 V, s. 520vd.

¹¹ Federal meclis raporu için bknz.: BBl. 1992 III, s. 1185vd.

¹² Federal meclisin bu stratejiye ilişkin raporu için bknz.: BBl. 1993 I 805.

İsviçre2nin Tarafsızlık Statüsü Işığında AB Üyelğine Bakış

uyduğu görülmüştür¹³. Bilateral anlaşma alanları dışında İsviçre bakımından önemli konularda örneğin, rekabet hukukuna, sermayenin serbest dolaşımına, üçüncü devletlerin yurttaşlarına ilişkin (örneğin 2003/109 sayılı direktif için bknz.: Abl. 2004 L 16/44) ATAD içtihatı İsviçre mahkemeleri tarafından dikkate alınmaktadır.

AEA (Avrupa Ekonomik Alanı) hukuku ve AEA mahkemesi içtihatı İsviçre bakımından bağlayıcı değildir. Bununla beraber AT hukukunun AEA hukuku ile büyük ölçüde homojenlik göstermesi nedeniyle AEA hukuku İsviçre ve AB arasındaki bilateral hukuk bakımından önemlidir.

Komisyon ve Hollanda arasında AB yurttaşı bir yabancının sınırdışı edilmesi nedeniyle cereyan eden bir ihlâl davasında (EuGH, Rs.C-50/06 Kommission-Niederlande, Entscheidung 07.06.2007) Komisyon 64/221 sayılı direktifin¹⁴ ihlâl edildiğini iddia etmiştir. ATAD bu iddiayı kabul etmiştir. Birlik yurttaşlığı ile üye devlet yurttaşları bakımından anlaşmada ve icra düzenlemelerinde öngörülen istinai sınırlamalar dışında ikâmet hakkıyla bağlantılı temel bir statü yaratılmıştır. Söz konusu direktifin bireylere uygulanma alanının geniş yorumlanması gerekmektedir. Üye devletlerin bu direktiften kaynaklanan hakları koruma mükellefiyeti ülkelerinde hukuka uygun olarak ikâmet etmeyen kişileri de kapsamaktadır. Kamu düzeni ve güvenliği nedeniyle söz konusu direktifin 3.maddesi muvacehesinde alınabilecek önlemlere münhasıran ilgili kişinin kişisel davranışları esas alınabilir. Bu kişinin ceza hukukuna göre mahkum olması bu önlemlerin alınmasına esas olamaz. Kişinin kişisel davranışlarının mevcut durum itibariyle kamu düzenini ihlâl etmesi halinde sınır dışı edilme gündeme gelebilir. Hollanda söz konusu prensibi ihlâl etmiştir.

Bilateral hukukun benzer bir hüküm içermemesi nedeniyle ATAD'ın AB yurttaşlarına ilişkin içtihatı bilateral hukuk bakımından bağlayıcı değildir. Bununla beraber 64/221 sayılı direktif bilateral müktesebata dahil kabul edilmektedir. ATAD'ın önceki içtihatını teyit eden bu karar bilateral hukuk bakımından da doğrudan esas alınmaktadır. İsviçre bakımından bir kişinin cezai mahkumiyeti sınır dışı edilmek için yeterli bir neden oluşturmamaktadır¹⁵.

Mutad ikâmetgâh ve kamu hizmetinde istihdam edilme

Alevizos davasında¹⁶ Yunanlı subay Alevios İtalya'daki NATO görevinden Yunanistan'a dönmüştür. Yunanistan'a kişisel eşyası olarak otomobilini getirmiştir.

¹³ SZIER 2005, s. 628; SZIER 2006, s. 475.

¹⁴ Konseyin 25.01.1964 tarihli direktifi için bknz.: Abl.1964 tarihli direktifi için bknz.: Abl.1964, s. 850.

¹⁵ 64/221 sayılı direktif 204/38 sayılı direktifle ikâme edilmiştir. Bknz.: SZIER 2005, s. 614vd.

¹⁶ Bknz.: EuGH, Rs.C-392/05 Georgios Alevios.

Otomobilden bir defaya mahsus olmak üzere özel bir vergi alınmıştır. Bunun üzerine Alevios 83/183 tarihli direktif muvacehesinde dava açmıştır¹⁷. Söz konusu direktif mutad ikâmetgâhın bir üye devletten başka üye devlete nakledilmesi halinde kişisel eşyalardan vergi alınmamasını öngörmektedir. Yunanlı subayın İtalya'ya görevli gönderilmesi ve geri gelmesi mutad ikâmetgâhın nakli midir? Mutad ikâmetgâh direktifin 6.maddesinde tanımlanmıştır. ATAD atıfta bulunduğu önceki bir içtihatında mutad ikâmetgâhın naklini, kişinin mesleki ve kişisel bağının kesilmesi şeklinde yorumlamıştır. Bu değerlendirmenin kümülatif yapılması gerekmektedir. Mesleki ve kişisel bağların bir bütün olarak değerlendirilmesinin yeterli olmaması durumunda kişisel bağlara öncelik verilecektir. Tartışma konusu verginin söz konusu direktifin uygulama alanına girmemesi ancak işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili AT anlaşmasının 48.maddesine göre bir değerlendirme yapılması halinde mümkündür. ATAD 48.madde anlamında işçi kavramına geniş bir kapsam verilmesi gerektiğini, istihdam ilişkisinin hukuki tabiatının ölçü olmadığını, kamu personelinin de bu kavramın kapsamına girdiğini hatırlatmaktadır. Yunanlı subay meslek olarak askerlik yapması nedeniyle kamu hizmetinde istihdam edilmektedir. Kamu hizmetinde çalışanların AT anlaşmasının 48.madde 4.bendi muvacehesinde direktifin uygulama alanı dışında kalıp kalmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. ATAD 48.madde 4.bendinin istisna edilen alan olarak dar yorumlanması gerektiğine işaret ederek, bu hükmün yegane amacının üye devletlere devlete sadakati, karşılıklı hak ve yükümlülükleri önkoşul olarak gerektiren bazı işlerde yabancıları kamu hizmetinde istihdam etmeme olanağı vermek olduğunu; buna karşılık kamu hizmetine alınan bir işçinin 48.madde 1.fikra hükümleri dışında tutulmasına yol açmasının söz konusu olmadığını ortaya koymuştur. Bu durum Yunanlı subay için de geçerlidir. Bu sonuç kişilerin serbest dolaşımına ilişkin bilateral anlaşmanın 1 nolu ekinin AT anlaşmasının 48.madde 4.bendine paralel 10.maddesi bakımından da geçerlidir. Aradaki fark, bilateral hukuktaki formülasyonun (kamu hizmetinde istihdam etme hakkında kaçınılabilir) AT hukukuna nazaran (kamu hizmetinde istihdamda uygulanmaz) daha açık olmasıdır. ATAD'ın bu kararı bilateral anlaşmanın imzasından önceki kişilerin serbest dolaşımına ilişkin içtihatına istinat etmektedir.

Sermayenin serbest dolaşımı

Holböck davası AT hukukunun sermayenin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerinin (davada üçüncü ülke olarak İsviçre'de yatırım değerlendirilmiştir) üçüncü ülkede uygulanmasına ilişkindir. Bu tür yatırımlar prensip olarak sermayenin serbest dolaşımı hükümlerine tâbidir. Bu durum üçüncü devlet, dolayısıyla İsviçre için sonuçlar doğurmaktadır. Fidium Finanz davasında ATAD

sermayenin serbest dolaşımı hükümlerinin değil, somut koşullar altında yerleşme serbestisi hükümlerinin uygulanabileceğini karara bağlamıştır¹⁸. Holböck davasında ise AT hukukunun uygulanması alan istisnası nedeniyle reddedilmiştir¹⁹. Somut bir dava sermayenin serbest dolaşımına ilişkin AT hukukunun uygulanması konusuna açıklık getirecektir.

EFTA Mahkemesinin AEA Hukukuna ilişkin kararı

EFTA mahkemesi söz konusu davada verdiği kararda Norveç'in şelalelerden enerji üretimine ilişkin olarak verdiği imtiyazlarla (Konzession) Avrupa ekonomi alanı hukukunun yerleşme ve sermayenin serbest dolaşımı hükümlerini ihlâl ettiğini saptamıştır. Norveç sanayileşme kanununun ilgili hükümlerine göre bir Norveç kamu işletmesine ve yabancı işletmeler dahil olmak üzere diğer işletmelere imtiyaz verilmesi değişik prosedürlere tâbidir. İmtiyaz son durumda zamanla sınırlı olarak, ilk durumda zamanla sınırlı olmaksızın verilmektedir. Özel işletmelere imtiyaz verildiğinde mülkiyet hakları ve donanımı tazminatsız olarak devlete geri dönmektedir. EFTA denetim mercii, Norveç kanununun AEA hukukuna ters düştüğünü kabul etmiş ve bu nedenle de anlaşma ihlâl prosedürünü işletmiş ve sonuç olarak da dava EFTA mahkemesine kadar gelmiştir. Norveç bu suçlamaları reddetmiş ve AEA'nın 125.maddesi muvacehesinde (AT anl.nın 295.madde lâfzına paralel olarak mülkiyet düzenlemelerini üye devletlere saklı tutan) konunun AEA hukuku kapsamına girmediğini, böyle bir durum sözkonusu olsa dahi bir anlaşma ihlâlden söz edilemeyeceğini ileri sürmüştür.

EFTA Mahkemesine göre AEA anlaşmasının 125.maddesinin AT anlaşmasının 295. maddesinden farklı yorumlanmasını gerektiren bir neden bulunmamaktadır. AEA devletleri kendi topraklarında geçerli mülkiyet kurallarını anlaşmanın temel kurallarını dikkate alarak saptamakta serbesttir. AEA anlaşmasının 125.maddesi şelalelere ilişkin Norveç hukukunu AEA anlaşmasının uygulanma alanı dışında bırakan bir etki doğurmaktadır. Bir su işletmesine özel iştirak söz konusu olduğuna göre bu çerçevede yerleşme-sermayenin serbest dolaşımı (AEA anl., md.40) söz konusudur. Bu hükümlerin ihlâli muvacehesinde farklı muamele doğrudan vatandaşlık nedenine değil, daha çok Norveçli bir kamu işletmesi olma ölçüsüne dayandırılmaktadır. Sanayileştirme kanununun öngördüğü düzenleme işletmenin 2/3 hissesinin Norveç kamu kurumlarına ait olması halinde işletmenin kamu işletmesi karakterini kabul etmektedir. Bu hüküm söz konusu olayda vatandaşlık nedeniyle

¹⁷ Direktif için bkz.: ABl.1983, L 105/64.

¹⁸ SZIER 2006, s. 397-401.

¹⁹ EuGH, Rs.C-157/05 Winfried L. Holböck.

dolaylı ayrımcılığa yol açmaktadır (EFTA denetim mercii doğrudan ayrımcılıktan söz etmiştir). Bu ayrımcılığın karara göre savunulmasının mümkün olmaması nedeniyle AEA anlaşmasının 31 ve 40.maddeleri ihlâl edilmiştir.

İsviçre bakımından bu karar bir taraftan AEA hukukunda yer almayan, ancak AT hukukunda yer alan sermayenin serbest dolaşımı gibi bir alan bakımından; diğer taraftan da sermayenin serbest dolaşımında etkin bir unsur olan vatandaşlık nedeniyle “dolaylı ayrımcılık” bakımından önemlidir. ATAD kararlarında şimdiye kadar “dolaylı ayrımcılık” örneği verilmemiştir.

ATAD’ın ve İsviçre Federal Mahkemesinin Bilateral Hukuka İlişkin Kararı

Bilateral hukuk taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda bağlayıcı karar yetkisine sahip bir üst yargı organı öngörmemiştir. Böyle bir durumda hukuki teminat prensip olarak anlaşma taraflarınca sağlanmaktadır. AB-AT için yargı yetkisi ulusal mahkemeler ve Lüksemburg’taki ATAD tarafından, İsviçre için İsviçre mahkemeleri ve nihai mahkeme olarak Federal mahkeme tarafından kullanılmaktadır. Bilateral hukukun ilk adımını teşkil eden anlaşma 1999’da imzalanmış ve 01.06.2002’de yürürlüğe girmiştir. Federal Mahkemenin bilateral hukuka ilişkin kararları yanısıra, ATAD’ın da bilateral hukuka ilişkin kararı bulunmaktadır. ATAD, Federal Mahkemeden farklı olarak bilateral hukukun yorum yahut uygulanmasıyla ilgili olmayan, bilateral hukukun geçerliliğiyle ilgili bir karar vermiştir.

ATAD’ın bilateral hukukla ilişkin kararı

Bilateral hukukun ilk adımı birçok tarım ürünü yanı sıra, şarabı da ilgilendiren bir tarım anlaşması ile atılmıştır. Bu anlaşma coğrafi menşe işaretlerinin kullanılmasını öngörmektedir. Anlaşma ekinde bu işaretler belirtilmiştir. “Şampanya“ nitelendirmesi anlaşma ekinde İsviçre için değil, sadece Fransa için kabul edilmiştir. İsviçre’de şampanya isimli bir köy olmasına ve bu köyün uzun zamandır beyaz şarap üretmesine ve bu ürünü şampanya olarak nitelendirmesine rağmen, bilateral anlaşma yapılırken İsviçre Fransa’nın anlaşmayı imzalamasını temin için ilgili köyün çıkarlarını göz ardı etmiştir. İsviçre’ye bu çerçevede verilen yegane ödün şampanya nitelendirmesinin belli koşullar altında sınırlı sayıda kullanabilmesiydi. Bu istisnai hak şampanya koşulu olarak tarım anlaşmasında düzenlenmiştir.

Ne İsviçre’de, ne de AT seviyesinde doğrudan tarım anlaşmasına karşı alınacak bir önlem olmaması nedeniyle Şampanya köyü şampanya isminin korunması için bir komite teşkil ederek Lüksemburg’ta İlk Derece Mahkemesi nezdinde AT Bakanlar

İsviçre'nin Tarafsızlık Statüsü Işığında AB Üyelğine Bakış

Konseyi'nin bilateral anlaşmaya izin veren kararının iptali için bir grup İsviçreli üzüm üreticisinin iptal davası açmasını temin etmiştir²⁰. Geçersizlik talebi şampanya koşuluna verilen iznin iptaline matuf olmakla beraber (aynı anlaşma paketi içinde 7 sözleşme bulunmaktaydı), iptal davası paralelinde tazminat davası da açılmıştır. Dava sebebi olarak iznin verilmesinde hukuka aykırılık, mülkiyet hakkının ihlâli ve ölçülülük prensibinin ihlâli zikredilmiştir. Üçüncü devletlerle yapılan anlaşmalar çerçevesinde AT'nin genel hukuk prensipleriyle ne ölçüde bağlı olduğu sorusu da bu şekilde ortaya atılmıştır. Bu sorunun cevabı İlk Derece Mahkemesinin söz konusu kararında tartışmaların bu noktaya varmaması nedeniyle verilmemiştir.

AT anlaşmasının 230.maddesine göre şampanya uyuşmazlığında olduğu gibi bir iptal davasının açılabilmesinin caiz olması için davacılar bakımından doğrudan bir hukuki yararın bulunması gerekmektedir. Bu durum mahkeme tarafından büyük ölçüde kabul görmemiştir. AT içinde Fransa bakımından özel rejim bilateral hukuktan çok önce kabul edilmiştir. İsviçre ile yapılan tarım anlaşmasında İsviçre için öngörülen geçiş düzenlemesi Fransa için geçerli özel rejimi teyitten başka bir düzenleme yapılmamıştır. Mahkeme, yapılan anlaşmanın İsviçre'deki durumu değiştirdiğini, ancak açılan davanın anlaşmaya karşı değil (AT hukukunda anlaşmaya karşı iptâl davası açılması mümkün değil) Konsey kararına karşı olduğunun altını çizmiştir. Konsey kararının İsviçre'nin egemenliği esas alındığında sadece AB içinde etki doğurması mümkündür. İsviçre'de Konsey kararının etki doğurması için İsviçre yetkilidir (İsviçre'nin izni gereklidir).

Bu durum muvacehesinde iptal kararının davacıların durumunda bir iyileşmeye yol açması söz konusu değildir. Mahkeme Topluluk hukuku seviyesinde verilen izin kararının ortadan kaldırılmasının (iptalinin) davacılar bakımından doğrudan onların yararına etkiler doğurmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Tazminat davasını da mahkeme Konsey tarafından verilen izin kararı ve iddia edilen mağduriyet arasında illiyet bağı olmaması nedeniyle reddetmiştir. Konsey tarafından verilen iznin İsviçre bakımından kendiliğinden hukuken bir etki göstermesi mümkün değildir. Dava karmaşık olmaması nedeniyle basitleştirilmiş bir prosedür çerçevesinde karara bağlanmıştır.

Hukuki açıdan kararda ortaya konulan sonuç sürpriz sayılmamaktadır. Karar, ATAD'ın tazminat hukuku ve iptal davası çerçevesinde dava açma nedenleriyle ilgili içtihatına tam olarak uymaktadır. Şampanya davası bununla beraber çarpıcı bir davadır. Zira AT-AB tarihinde ilk kez bir küçük yerel birim (Şampanya beldesi) uluslararası bir anlaşmanın yapılmasına karşı kendini savunmuştur.

²⁰ Bknz.: Rs.T-212/02; Neue Zürcher Zeitung, 22 August 2007, s. 17.

İsviçre'nin Schengen alanına dahil edilmesi

AB Dışişleri Bakanları Şubat 2008'de yaptıkları toplantıda kişilerin serbest dolaşımına ilişkin Schengen müktesebatına ve AB ülkelerinde iltica yasalarının koordinasyonu ve uygulamasındaki iş bölümüne ilişkin Dublin müktesebatına İsviçre'nin katılımını kabul ettiler. Her iki anlaşmayı İsviçre 2004'te imzalamış, 2006'da onaylamıştır. İsviçre Aralık 2008 itibariyle Schengen alanına üye olmuştur.

Bibliyografya

Andreas Khol Von der Süderweiterung der EG zur EFTA – Erweiterung der EG zur EFTA – Erweiterung? Die Vorreiterrolle Österreichs, Europa- Archiv 1988 (13)

Felix Ermacora 20 Jahre Österreichische Neutralität, Frankfurt 1975.

Jens Drolshammer/ Die Schweiz und die Gestaltung ihrer Beziehungen zur EG

Regula Walter, nach dem 6.12.1992, EuZW 1994

Waldemar Hummer/ Österreich und die EWG, Wien 1987

Michael Schweitzer

Waldemar Hummer/ Das Problem der Neutralität – Österreich und die

Michael Schweitzer EG-Beitrittsfrage, Europa Archiv 1988

Mac Sweeny Irish Neutrality and International Law, The Irish Law Times and Soltor's Journal 2 (1984),

Manfred Rotter Dauernde Neutralität, Berlin 1981,

Michael Schweitzer Dauernde Neutralität und Europäische Integration, Wien 1977,

Trevor C.Salmon Neutrality and the Irish Republic: Myth or Reality?, The Round Table No.290, 1984

Kısaltmalar

AB	Avrupa Birliği
ABl.	Amtsblatt
AEA	Avrupa Ekonomik Alanı
AT	Avrupa Topluluğu
ATAD	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
BBl.	Bundesblatt
BGE	Schweizerische Bundesgerichtsentscheidungen
BM	Birleşmiş Milletler
Bundesrat	Federal Meclis
DH	Devletler Hukuku
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaften
EUROLEX	European Legal Services Association
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschafts-Gemeinschaft
Rs.	Rechtssache
Slg.	Sammlung
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
Ziff.	Ziffer

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

Yrd. Doç. Dr. M. Savaş BAYINDIR*

ÖZET

Bu çalışmada sağlık kamu hizmetleri kapsamında idarenin ve hekimin sorumluluğu ele alınmıştır. Bu bağlamda öncelikle sağlık, sağlık hakkı ve sağlık kamu hizmeti, sonrasında ise idarenin kusura dayanan sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğuna değinilmiştir. Hekimin idareye karşı sorumluluğu ve bu kapsamda rücu konusu ile son olarak uyuşmazlıklarda hangi yargı organlarının görevli olduğu konusu anlatılmıştır.

Anahtar kelimeler: Sağlık kamu hizmeti, sağlık hakkı, idari sorumluluk, rücu, görevli mahkeme

ABSTRACT:

In this study, the administrative responsibility and the doctor's responsibility are dealt with within the framework of the health public services. In this context, firstly, health, a right of health and the health public service are addressed. Following this introductory part, the administration's defect liability and absolute liability are examined. Then doctors' responsibility to the administration is examined and, in this context, recourse to administration is also expressed. The paper ends with an analysis of the determination of court jurisdiction when the disputes arise.

Key words: health public service, right of health, administrative responsibility, recourse, competent jurisdiction

* Ahi Evran Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

Sağlık ve sağlık sorunları herkesi yakından ilgilendiren hususlardır. Sosyal devlet anlayışının Anayasada temel niteliklerinden biri olarak düzenlenmesi nedeniyle Devlet, sağlık işlerinde kuruluş ve işleyiş ile aktif yer almaktadır. Bununla birlikte özel sektörün sağlık faaliyetlerini de yakından takip ederek kanunlar ve düzenleyici işlemlerle kontrol altında tutmaya çalışmaktadır. Sağlık işleri niteliği gereği sık sık uyuşmazlıklara konu olmakta, hasta-hekim, hasta-hastane ve hekim-hastane ilişkileri çeşitli şekillerde yargıya konu olmaktadır.

Hekimlerin ve diğer sağlık görevlilerinin özel sektörde hastaya karşı var olan yükümlülükleri ve sorumlulukları paralel bir şekilde kamu sektöründe de yer bulmaktadır. Bir farkla ki kamu hastanelerinde yürütülen sağlık ve tıbbi faaliyetlerde sorumluluk öncelikle kamu görevlileri yerine idareye düşmektedir. Bu nedenle çalışmada bireye karşı idarenin ve idareye karşı da kamu görevlilerinin sorumluluğu ayrı ayrı ele alınacaktır.

II. SAĞLIK HİZMETLERİNDE İDARENİN SORUMLULUĞU

A. Sağlık, Sağlık Hakkı ve Sağlık Kamu Hizmeti

Sağlık, “yalnız hastalık ve malüliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir”.¹ Dünya Sağlık Örgütüne (WHO) göre sağlık, “ruhsal, bedensel ve sosyal açıdan iyi olma durumu” olarak tanımlanmıştır.

Pozitif statü hakları içinde yani devletin olumlu bir müdahalesi ile gerçekleşen haklar içinde değerlendirilen² sağlık hakkı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde “herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı”, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nde, “herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkı” şeklinde düzenlenmiştir.

Sağlık, Anayasa’da temel hak olarak düzenlenmiş ve Devlete bu konuda pozitif edimler yüklenmiştir. Anayasa’nın 56. maddesine göre “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

¹ 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesi.

² ALGAN, Bülent; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.38.

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.”

Bir başka açıdan sağlık hakkı; ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kapsamında yer almakta ve bu haklar bakımından devletlerin ekonomik güçleri oranında sorumlu tutuldukları bilinen bir gerçektir. Bununla birlikte idarenin sorumluluğu “öz” niteliğindeki bazı sağlık hakları bakımından -aşılama, anne ve çocuk sağlığı gibi-³ ve giderlerine yararlanıcıların iştirak ettiği sağlık hizmetleri –memurlar gibi- bakımından ekonomik engelden bahisle sorumluluğa bağlılık getirilmemelidir⁴.

Hasta Hakları Yönetmeliği’ne⁵ göre sağlık hakkı; “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip oldukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası anlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklar”dır.

Kamu hizmeti, “devlet, ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir”. Sağlık hizmeti diye de adlandırılabilir sağlık kamu hizmeti temel bir kamu hizmetidir ve “insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetlerdir”⁶. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de nitelikleri gereği kamu hizmeti”⁷dir.

Sağlık kamu hizmeti, idari kamu hizmetlerindedir ve bu bakımdan kamu hukuku esaslarına göre yürütülür.⁸ Sağlık hizmetinin öne çıkan özellikleri bulunmaktadır. Bunlar, sağlık hizmetinin koruyuculuğu, sürekliliği, bireylere eşit şekilde, ödenebilir⁹ ücretlere sunulması olarak sayılabilir. Anayasa Mahkemesi’ne göre “sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin

³ ALGAN, s. 137.

⁴ ALGAN, s.132.

⁵ Resmi Gazete Tarih ve No: 01.08.1998/23420.

⁶ 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesi.

⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 22.11.2007 tarih ve E. 2004/114, K. 2007/85 sayılı kararı.

⁸ GÜNDAY, Metin; İdare Hukuku, 7. Bası, İmaj Yayınları, Ankara, 2003, s.291.

⁹ İlgililerin sağlık hizmetine ulaşmasının engellenmesinin veya ağır bir mali yük altında bırakılması sonucunu doğuracak şekilde uygulanmasının hukuken mümkün değildir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, YD. İtiraz No: 2008/778, Danıştay Bilgi Bankası.

temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir”¹⁰.

Bir başka açıdan sağlık hizmeti, koruma, tedavi etme ve rehabilite etme şeklinde farklılaşmaktadır. Korumaya yönelik sağlık hizmetleri, tüm bireyleri kapsayan ve önleyici nitelikteki faaliyetlerdir. Koruyucu sağlık, bulaşıcı ve yaygın hastalıkların önlenmesi, genel temizlik, toplumun sağlıklı koşullar içinde bulunması durumudur. Anayasanın 20., 22., 33., 34., 51., ve 125. maddelerinde dile getirilen “genel sağlık” terimi; suların, yiyecek ve içeceklerin denetimi, salgın hastalıkların önlenmesi, kanalizasyon ağının kurulması yada foseptik çukurlarının açtırılması için alınan önlemleri kapsamaktadır ve sağlığa geniş açıdan bakıştır. Kamu düzenin bir ögesi olarak kabul edilen genel sağlık, her bireyin teker teker hastalıklardan arındırılması anlamına gelmez ve Devletin, salgın hastalıkların önlenmesine yönelik aşılama, koruyucu ilaçlama, seyahati sınırlama, durdurma ve denetleme faaliyetleridir.¹¹

Bireylerin sağlıklı yaşayabilmesi için sunulacak kamu hizmeti sürekli ve kesintisiz olarak devam etmelidir. Sunulan sağlık hizmetleri maliyetin artması, kazanç sağlanamaması gibi gerekçelerle aksatılamaz. Eşitlik ilkesi gereğince de, sağlık hizmetinden faydalanan tüm bireylerin hizmete ulaşmada ve hizmetten faydalanmada eşit imkânlardan faydalanması bir zorunluluktur. Yine sağlık kamu hizmetinde, idare bakımından; hizmet sunumunda, maliyet- bedel, kar- zarar gibi karşılaştırmalar yapılamaz.¹²

Sağlığın kamu hizmeti olarak düzenlenmesi idareye yükümlülükler bireye ise haklar verildiği anlamına gelir. Kamu hastanelerinden yararlanma birey açısından bir hak ve bireylere sağlık hizmeti sunma Devlet açısından bir yükümlülüktür. Bu bakımdan bireyin kamu hastanesi ile bu hastanelerde görev yapan hekim ve diğer görevlileri ile hukuki ilişkisi özel hukuktan farklıdır ve kamu hizmeti sunan ile kamu hizmetinden yararlanan söz konusudur. Sağlık hizmetinden yararlanma özel hukuktaki gibi bir sözleşmeye bağlanmadığı gibi kamu hastanelerinde hastaların

¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2007 tarih ve E. 2004/114, K. 2007/85 sayılı kararı.

¹¹ YILDIRIM, Ramazan; Sağlık Hizmetlerinden Adil Yararlanma Hakkı, Khuka, Kasım-2005, s.123.

¹² BİRTEK, Fatih; Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 3-4 , 2007, s.85.

bazı durumlarda ücret ödemeleri de bir sözleşme ilişkisi doğurmaz¹³ ve idarenin sorumluluğunu kaldırmaz.¹⁴

B. Sağlık Hizmeti Açısından İdare

Yasama ve yargı organları ile Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu dışında kalan tüm kamu kuruluşları organik idare, bunların faaliyetlerine de fonksiyonel idare denir.¹⁵ Sağlık hizmetleri bakımından idare ise genel ve özel bütçeli idarelerle özel idareler ve belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller, sermayesinin tamamı Devlet tarafından verilmek suretiyle kurulan iktisadi teşekküller, idare ve murakabeleri 3460 sayılı kanun hükümlerine tabi teşekkül ve müesseseler, özel kanunlarla kurulan bankalar ve diğer teşekküller, sermayesinin yarısından fazlası Devletin veya yukarıda yazılı müesseselerin elinde bulunan teşekküller ve bunların aynı oranda iştirakleri ile vücut bulan kurumlar ve bunlara bağlı sağlık birimleridir. Uyuşmazlık Mahkemesi, TCDD'ye bağlı hastaneyi idare kapsamında değerlendirerek çıkan uyuşmazlıkta idare mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir.¹⁶ Sayılan bu idarelerde, sağlık hizmetlerinde maaş, ücret, yevmiye veya sözleşme¹⁷ ile istihdam edilenler ve bunların yardımcıları sağlık personelidir.

¹³ KAPLAN, Gürsel; İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, AYİM Dergisi, S. 19, s.12.

¹⁴ ATABEK, Reşat; Hastanelerin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 1986, C. 60, S. 10-11-12, s.640.

¹⁵ GÜNDAY, s.4; AKYILMAZ, Bahtiyar; İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s.7.

¹⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 28.04.2003 tarih ve E.2003/16, K.2003/23 sayılı kararı. RG: 07.07.2003/25161.

¹⁷ Sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanı çalıştırılmasını öngören yasa hükmünü, Devletin asli ve sürekli görevlerinden olan aile hekimliği hizmetlerinin memur ya da diğer kamu görevlisi olmayanlar tarafından yerine getirilemeyeceği gerekçesiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi, "Sağlık Bakanlığı'nın, aile hekimliği hizmetlerini, pilot olarak belirleyeceği illerde görevlendireceği ya da sözleşmeli olarak çalıştıracığı personel eliyle yürütmesi, bu hizmetlerin niteliği itibariyle belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve dolayısıyla aile ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilmez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının bu hizmetleri kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda ve tam gün çalışma esasına göre sunmaları, aile hekimliği pilot uygulamasına geçilen illerde bu hizmetlerin ücretsiz olarak verilmesi, kişilerin bu sağlık hizmetlerinden yararlanabilmelerinin aile hekimlerine kayıt olmalarına bağlı olması ve bu illerde aile hekimliği kapsamındaki hizmetlerin sadece aile hekimlerince sunulması, birinci basamakta düzenlenmesi öngörülen her türlü reçete, rapor ve sevklerin ve diğer resmi belgelerin, aile hekimleri tarafından düzenlenmesi, birinci basamaktan ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurum ve kuruluşlarına sevklerin aile hekimlerince yapılması, sözleşmeli çalışacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının idare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunması, sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının ücretlerinin idarece ödenmesi, aile hekimlerinin düzenledikleri tüm kayıt, evrak ve belgelerin resmi kayıt ve evrak niteliğinde olması, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının mevzuat ve sözleşmeye uygunluk ve diğer konularda, Bakanlık, ilgili mülki idare ve sağlık idaresinin denetimine tabi olmaları, görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine

Sağlık personelinin ve sağlık kamu hizmetlerinin yürütüldüğü kamu mallarının idariliğinin ve dolayısıyla sorumluluğunun değerlendirilmesi bu kapsamda ele alınmalıdır.

C. Sorumluluk

Devletin sorumsuzluğunun esas olduğu evvelki dönemlere karşın idarenin bireylere verdiği zararları tazmin etme yükümlülüğü konusunda günümüzde bir tereddüt bulunmamaktadır. Batıda 19. yüzyıldan itibaren¹⁸ ülkemizde özellikle Cumhuriyet'ten itibaren idarenin mali sorumluluğu kabul edilmektedir. 1925 tarihli 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu ile tam yargı davası pozitif hukukumuzda girmiştir.¹⁹ Bu kanunun 19/a maddesi hükmüne göre tam yargı davası “*Rü’yeti, adli mahkemelerin vazifesi dışında bulunan meseleler hakkında idari fiil ve kararlardan dolayı hukuku muhtel olanlar tarafından açılacak davalar*” olarak belirlenmiştir. 1961 Anayasası'nın 114. maddesine göre “*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*”. Bu kural 1982 Anayasası'nın 125. maddesinde de yinelenmiştir. Anayasa'nın 40. Maddesinde ise “*kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır*”, nihayet Anayasa'nın 129. maddesinde “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*” hükümleri yer almaktadır.

İdarenin sorumluluğunun kaynağı önceleri sadece kusura dayandırılmış daha sonra kusursuz sorumluluk esası da benimsenmiştir. Bu gelişim, idari yargının eser olup; onlar tarafından oluşturulmuş, şekillendirilmiş ve halen de geliştirilmektedir.

karşı işlenen suçlarda Devlet memuru gibi kabul edilmeleri gözetildiğinde, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır. Bu durumda, ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye’de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Yasa’nın 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları, Sağlık Bakanlığı’nın önerisi, Maliye Bakanlığı’nın uygun görüşü üzerine idari hizmet sözleşmesi yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceklerdir. Bu şekilde çalıştırılanlar Anayasa’nın 128. maddesinde yer alan “diğer kamu görevlisi” kapsamında olduğundan, iptali istenen kural Anayasa’ya aykırılık oluşturmamaktadır”. Anayasa Mahkemesi’nin 21.02.2008 tarih ve E.2005/10, K. 2008/63 sayılı kararı.

¹⁸ İdarenin sorumluluğu Fransa Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 1873 tarihli “Bilanco” kararı ile kabul edilmeye başlanmıştır. Amerika’da 1946 yılında çıkarılan FTCA Kanunu, İngiltere’de 1947 çıkarılan CPA Kanunu ile idarenin sorumluluğu kural haline gelmiştir.

¹⁹ ATAY, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 564.

Benzer şekilde önceki yıllarda sorumluluk için ağır kusur şartı aranırken günümüzde kısmen de olsa bundan vazgeçilmiş ve hafif kusur hallerinde de sorumluluk ve tazminata hükmedilir hale gelmiştir.²⁰

1. Sorumluluğun Kaynağı

Sağlığın bir hak ve kamu hizmeti olarak mevcudiyeti, idarenin sağlık hizmetleri dolayısıyla bireye karşı sorumluluğunu doğurmaktadır. İdari faaliyetlerden zarar görenlere ödemede bulunma yükümlülüğü olarak ifade edilen idari sorumluluk, idarenin kendine özgü ilke ve kuralları gereği özel hukuktaki sorumluluktan farklılıklar içermektedir. Sorumluluğun kaynağını bir sözleşmeye, vekalet ilişkisine veya haksız fiile bağlayan özel hukuktan farklı olarak idare hukukunda sorumluluğun kaynağı sadece idareye atfedilen bir işlem veya eylemdir. Sorumluluk kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki esasa dayanmaktadır.

a) Kusur Sorumluluğu

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar kural olarak “kusur sorumluluğu”na dayandırılmaktadır. Kusur sorumluluğu, kamu hizmetinin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerini kapsamakla birlikte bir sağlık hizmetinden dolayı ortaya çıkan zararın bu hallerden birine sokulamaması idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu ayırım biraz da bir tanımlama gereğinin sonucudur ve sorumluluğu alanını daraltmak maksadıyla kullanılmamalıdır.

Sağlık hizmetlerinde kusur objektif bir kusurdur yani sağlık personelinin subjektif kusurlarına indirgenemez ve hizmetin kuruluşu, düzenlenmesi, teşkilatlanması, personeli, malları ve işleyişindeki aksaklıklara bağlı oluşan kusurlardır²¹. Bu kusurların kendi içinde ağır veya hafif kusur gibi tasniflere bağlı tutularak bazı kusurların sorumluluk dışında tutulması mümkün değildir. Böyle bir tasnif yapılması ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olabilir. Tazminat miktarı kusurun yoğunluğuna göre belirlenir.²² Bununla birlikte gerek Fransa’da gerekse Türkiye’de yargı kararlarında sağlık hizmetlerinde çoğunlukla yalnızca ağır kusurlardan dolayı sorumluluğa hükmedilmektedir. Kusur sorumluluğu bazı farklılıkları içermesi bakımından sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişi ile tıbbi müdahaleler bakımından ayırımı tabi tutulabilir.

²⁰ KAPLAN, s.1.

²¹ KIZILYEL, Serkan; İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, 2007, Ankara, s.206.

²² Danıştay Onuncu Dairesi’nin E.1995/6506, K.1996/5487 sayılı kararı.

(1) Sağlık Hizmetinin Kuruluşu ve İşleyişi Bakımından Kusur Sorumluluğu

İdarenin ve hekimlerin tıbbi müdahale dışındaki tüm faaliyetleri sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişi kapsamında değerlendirilir. Sağlık hizmetlerinin kötü veya geç işlemesi ile hiç işlememesi hallerinde idarenin kusur sorumluluğu ortaya çıkar. Sorumluluğa hükmedilebilmesi için ağır kusurun varlığına gerek yoktur. Sağlık hizmetlerinde sorumluluğun kapsamı hem kuruluş hem de işleyiş yönündendir. Ülke genelinde yaygın, yeterli sağlık birimlerinin bulunması, çağın ve ekonomik gelişmişliğin sunduğu beklentileri ölçüsünde gerekli sağlık araç ve gereçlerinin sağlanması kuruluş açısından sağlık hizmetidir. Bunun gibi yeterli sayıda ve nitelikte hekim ve diğer sağlık personelinin bulundurulması, sürekliliğin sağlanması, ileriye dönük tedbirlerin alınması da temel zorunluluktur. İdarenin ve hastane yönetiminin organizasyon ve hastane işletmesi bağlamında yerine getirmesi gerekli bu ve benzeri tüm görevler sağlık hizmeti kapsamında değerlendirilir.²³

Danıştay, doğumundan sonra temizliği yapılarak oksijen çadırına konup normal hararet düzeyine çıkarılması için termoför tatbik edilirken termofonun sıcaklığının iyi ayarlanamaması ve zaman zaman da gerekli kontrolün yapılmaması nedeniyle anüste ve gluteal bölgede yanık oluşmasından dolayı açılan davada “*idare kendisine verilen kamu hizmetlerini gereği gibi işlemesini sağlayacak örgütü kurmak, araç ve gereç, personeli o hizmetin gereklerine uygun biçimde hazırlamakla yükümlüdür. Hizmetin iyi işlememesi yüzünden kişilerin zarara uğramaları halinde idarenin hukuksal sorumluluğu söz konusu olur ve uğranılan zararın hizmeti yürütmekle görevli idarece tazmini gerekir*”²⁴ bir başka kararında ise “*idarenin kendisine verilen sağlık hizmetlerinin idamesi için öncelikle gerekli örgütü kurmak ve bu örgütün aynı, şahsi ve mali olanaklarıyla araçlarını hizmete hazır tutmakla yükümlüdür*”²⁵ demiştir.

Sağlık hizmetleri, kuruluştan sonra gereği gibi işlemelidir. Araç ve gereçler her an hizmete hazır bulundurulmalı ve bunun gibi kamu personeli de sağlık taleplerine karşı zamanında ve etkili yanıt verebilmelidirler. “*Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi*

²³ HAKERİ, Hakan; Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1-3 Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.161 vd.

²⁴ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 06.10.1982 tarih ve E.1982/2613, K.1983/1959 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

²⁵ Danıştay 12. Dairesi, 18,11,1968, E. 1967/ 2767, K. 1968/ 2118 Sayılı karar için bkz. Danıştay 12. Daire Kararları, Birinci Kitap, C. II, Ankara, 1976

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

*esaslarına uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakta yükümlüdür”.*²⁶

Danıştay, tedavi sırasında görevli hemşire tarafından yapılan hatalı enjeksiyon sonucu kolun gangren olması ve kesilmesi dolayısıyla açılan davada *“hastanelerde yapılacak tedavilerin tıbbi esaslara uygun biçimde ve hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Anılan yükümlülüğün yerine getirilmesinde kusurlu davranılması idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur. Devlet hastanesinde, tedbirsizlik ve meslekte acemilik nedeniyle hatalı enjeksiyon yapılarak davacının kolunun gangren olmasına ve kesilmesine yol açılması karşısında, dava konusu olayda davalı idarece yürütülmekte olan sağlık hizmetinin işleyişindeki yetersizlik olarak ortaya çıkan hizmet kusurunun kabulü zorunludur”*²⁷ demiştir.

Bir başka kararında Danıştay, *“riski çok daha yüksek aşığı uygulayarak müşahede altında tutularak kuduz olmadığı anlaşılan bir kedi tarafından ısırılan ilgilinin yaşamını yitirmesine yol açan idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu, yaşam hakkı ve sosyal hukuk devletinin gerekleri karşısında maddi olanaksızlık gibi bir savın da kabul edilemeyeceği, bu nedenle davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiği”*²⁸ ne hükmetmiştir.

Tıp Fakültesi Kardiyoloji Anabilim Dalında uzmanlık yapmakta iken muz kabuğuna basıp kayması sonucu merdiven boşluğuna düşerek sakat kalma dolayısıyla açılan davada mahkeme *“davacının görev yaptığı hastanenin temizliğinde ve merdivenlerin aydınlatılmasında davalı idarenin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu”* yönünde karar vermiştir.²⁹

Doğum sonrası alınan kan örneğinin ilgili sağlık birimine ulaştırılması ve tahlili aşamalarındaki aksaklık veya ihmali sonucu “fenilketonüri” hastalığının teşhis edilemediğinden bahisle açılan davada *“hastalığın o aşamada teşhis edilemediği, hastalığa ilişkin kan örneklerinin alınması, bu örneklerin toplanması ve tanı merkezlerinde incelenmesi aşamalarında, her bir örnek açısından detaylı bir kayıt örneğinin uygulanmadığı, örneklerin öznel hale getirilmediği; dolayısıyla, erken ve sınırlı bir zaman diliminde teşhis edilip tedavisine başlanması gereken*

²⁶ Danıştay 10. Dairesi, 03.05.1995 Tarih, E. 1994/3258, K. 1995/2379.

²⁷ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 16.01.1985 tarih ve E.1982/2908, K.1985/26 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası. Benzer nitelikte Danıştay Onuncu Dairesi'nin 09.12.1992 tarih ve E.1992/184, K.1992/4321 sayılı kararı bulunmaktadır. Danıştay Bilgi Bankası.

²⁸ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 14.11.1996 tarih ve E.1995/7086, K.1996/7534 sayılı kararı.

²⁹ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 20.10.2006 tarih ve E.2003/4153, K.2006/5848 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

“feniketonüri” hastalığının mücadele biçimine ilişkin kamu hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiği” yönünde karar vermiştir.³⁰

(2) Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Kusur Sorumluluğu

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet yani hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleridir. En basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan ve bir hastalığı, anormallığı ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan her türlü faaliyet tıbbi faaliyet kapsamındadır.³¹

Tıbbi müdahaleden dolayı sorumluluk diğer sağlık hizmetlerinden niteliği gereği farklılaşmaktadır. Tıbbi müdahaleler, bilgi, tecrübe, dikkat, özen gerektiren ve risk taşıyan faaliyetlerdir. Bu nedenle diğer sağlık faaliyetlerinden farklı olarak yargı organları tıbbi faaliyetlerde “ağır kusur” şartı aramışlardır. Bu hem Fransa’da hem de ülkemizde böyle olmuştur.³² Yine her iki ülkede, son yıllarda yüksek yargı organları bazı kararlarında ağır kusur şartına değinmemiş “basit kusur” hallerinde de tazminata hükmetmişlerdir. Diğer sağlık hizmetlerinde olduğu gibi tıbbi sağlık hizmetlerinde de kusur, hizmetin kötü veya geç işlemesi ile hiç işlememesi şeklinde ortaya çıkar. Danıştay’ın konuya ilişkin çok sayıda kararı bulunmaktadır.

Danıştay bıçaklanma sonrasında hayati tehlike bulunmadığı teşhisi ile hastaneye yatırılmayan ve ertesi gün iç kanama nedeniyle gerçekleşen ölüm nedeniyle açılan davada *“ajanın kusurlu hareketi nedeniyle idarenin hizmet kusuru bulunduğu açıktır”³³* diyerek ağır kusura deyinmemiştir.

Danıştay, *“streptomisin enjeksiyonundan sonra, enjeksiyona bağlı olarak gelişebileceği ve ölüme yol açabileceği kabul edilen şokun önlenmesi amacıyla yeterli gözlemlerin yapılmadığı anlaşıldığından, bunun sonucunda meydana gelen ölüm olayında davalı idarenin ağır hizmet kusuru”* vardır diyerek ağır kusura hükmetmiştir.³⁴ Danıştay, ameliyat sırasında oksijen gazı yerine yanlışlıkla

³⁰ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 20.10.2006 tarih ve E.2003/3146, K.2006/5850 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

³¹ AYAN, Mehmet; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s. 5.

³² GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku, C.II, Ekin Yayınları, Bursa, 2003, s.1003.

³³ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 11.05.1983 tarih ve E.1982/2483, K.1983/1106 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

³⁴ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 01.06.1994 tarih ve E.1993/363, K.1994/2502 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

karbondioksit gazı verilmesi sonucunda meydana gelen ölüm olayında da idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğuna hükmetmiştir.³⁵

Tıbbi müdahale yapmaktan kaçınmak da sorumluluğu gerektirir. Hastanede kaldığı uzun süre içerisinde yeterli tıbbi müdahalenin yapılmaması sonucu meydana gelen ölümden dolayı açılan davada mahkeme tazminata hükmetmiştir.³⁶

b) Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk, bir kusura bağlı olmaksızın, idari işlem veya eylemlerden doğan zararlardan idarenin sorumlu tutulmasıdır. Kusursuz sorumluluk, bizzat idari faaliyetin veya kullanılan araçların risk taşıması nedeniyle “risk ilkesi” ve idari faaliyetlerin yükünün belli bireyler üzerinde bırakılmaması gerekliliği nedeniyle “fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi”ne dayandırılır.³⁷ Kan ürünleri kapsamında bir zararın ortaya çıkması halinde ve sonucu kestirilemeyen tehlikeli tıbbi yöntemlerde risk ilkesi nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmektedir.³⁸

Danıştay, Sıtma Savaş Başkanlığı sıtma mücadelesi görevlilerince yapılan ilaçlama sırasında davacının iki ineğinin ölmesi nedeniyle açılan davada “*kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında fertlere ve özel mülkiyete verilen zararların fiil ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması şartıyla ayrıca idarenin kusuru aranmadan hizmet sahibi idarelerce tazmin edilmesi hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nasafet kuralları gereği olduğu gibi, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125.maddesine göre, idare kendi eylem ve işlemlerden doğan zararları gidermek zorundadır. Bu durumda olayla zarar arasında bir nedensellik bağı bulunması yeterlidir. Zira idare kamu yararı düşüncesi ile yaptığı hizmetler dolayısıyla, idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru olmadan da bazı kişilerin veya mallarının özel bir zarara uğramasına sebep olabilir. Bu zararın karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucu*” olduğuna hükmetmiştir.³⁹

³⁵ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 21.12.1995 tarih ve E.1994/5037, K:1995/6647 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası. Benzer kararlar: Danıştay Onuncu Dairesi'nin 13.11.1996 tarih ve E.1996/1091, K.1996/7530 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası; Danıştay Onuncu Dairesi'nin 22.11.1999 tarih ve E.1998/190, K.1999/6198 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

³⁶ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 09.11.1999 tarih ve E.1997/4839, K.1999/5475 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

³⁷ GÖZLER, s.1071.

³⁸ GÜRAN, Sait; Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, Danıştay Dergisi, Yıl:12, S.46-47, 1982, s.21; GÖZLER, s.1087.

³⁹ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 21.02.1983 tarih ve E.1982/3142, K.1983/322 sayılı karar. Danıştay Bilgi Bankası.

Tıp fakültesi binasında başına raf düşmesi dolayısıyla gerçekleşen ölüme “*olay ile zararlı sonuç arasında uygun bir nedensellik bağının kurulabilmesi, idarenin kamu yararı düşüncesiyle yaptığı hizmetler dolayısıyla idareye yükletilebilecek bir kusur olmasa dahi özel bir zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının tazminine karar verilebilmesi için yeterlidir. Bu zararın karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucu olup, bu tür zararların zarar görenler üzerinde bırakılması hakkaniyete de uygun düşmez*”⁴⁰

c) Özel Hastaneler Kapsamında İdarenin Sorumluluğu

Özel hastanelerde de kamu hizmeti yürütülmekle birlikte bu kamu hizmeti idarenin doğrudan yürüttüğü bir kamu hizmeti olmayıp “virtüel kamu hizmeti” şeklinde yani idarenin denetim ve gözetim altında yürütülen kamu hizmetidir. Bilindiği üzere kamu hizmeti, idarenin doğrudan yürüttüğü veya özel kişilerce idarenin gözetim ve denetimi altında yürüttüğü faaliyetler olarak tanımlanmakta ve idarenin sorumluluğu gözetim ve denetim ile sınırlı tutulmaktadır. Zarar doğuran olay idarenin denetim ve gözetim eksikliğine bağlıysa idare, aksi takdirde özel hastane yönetimi sorumludur.⁴¹

Anayasa’da Devletin, sağlık hizmetlerini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği düzenlenmiştir. Hususi Hastaneler Kanunu⁴² ve Özel Hastaneler Yönetmeliği’ne⁴³ göre özel hastaneler; şikâyet üzerine yapılan inceleme ve soruşturma ile Bakanlıkça Komisyona yaptırılan veya Bakanlık Müfettişleri tarafından yapılan olağan ve olağan dışı denetimler hariç olmak üzere; müdürlük ekipleri tarafından, altı ayda bir rutin olarak denetlenir. Örneğin, hastanenin bulunduğu yerin gürültü, hava ve su kirliliğine maruz olmadığı; insan sağlığını olumsuz yönde etkileyecek endüstriyel kuruluşlar ile gayrisihhi müesseselerden uzaklığı; hastane veya özel sağlık tesisi yapı kullanma izni belgesinin bulunması; hastanenin temizliği; personelin niteliği ve daha bir çok husus bakanlık ve müdürlükler tarafından denetlenir.

2. Sorumluluğun Şartları

Sağlık hizmetlerinden dolayı idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için bazı şartların bulunması gerekmektedir. Bunlar, fiil, zarar, kusur ve illiyet bağıdır.

⁴⁰ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 15.06.1983 tarih ve E.1982/3852, K.1983/1515 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁴¹ GÜRAN, Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, s.16.

⁴² 1933 tarih ve 2219 sayılı kanun.

⁴³ Resmi Gazete: 27.3.2002- 24708.

a) Fiil

İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan bir sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, bir fiil yani bir işlem veya eylem bulunmalıdır. Bir fiilin yapılması gerektiği durumlarda hareketsiz kalınması halinde de yine pasif de olsa bir fiil bulunmaktadır. Fiil kapsamı çok geniştir ve tüm idari işlem ve eylemleri kapsar. Fiilin hukuka aykırı olması her zaman zorunlu değildir.

b) Zarar

İdarenin sorumluluğunun bir şartı da zararın varlığıdır. Zarar, bir kimsenin malvarlığında ve şahıs varlığında rızası dışında meydana gelen eksilmedir. Zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Maddi zararlar para ile ölçülebilen zararlardır. Bu zararlar belirlenebilir ve belgelendirilebilir olmalıdır. Zarar ayrıca güncel ve gerçek olmalıdır. Bununla birlikte henüz doğmasa bile, ileride doğacağı muhakkak olan zararların da tazmini istenebilir. Bu anlamda mahrum kalınan kar ya da kazancın da tazmininin istenebilmesi gerekir.

Danıştay, bir kararında “*gazlı tamponun unutulması nedeniyle olayda idarenin kusurlu olmasına rağmen davacının bu sebeple uğradığı kesin bir zarardan söz etmeye olanak bulunmadığı, diğer yandan davacının özel doktor muayenelerinin gazlı tampon unutulması nedeniyle yapılan tedaviye ilişkin olup olmadığının saptanamadığı*” gerekçesiyle maddi tazminata hükmetmemiştir.⁴⁴

Manevi zararın kapsamına estetik zararlar, fiziksel ve manevi acılar dahildir. Danıştay’ın, anüste ve gluteal bölgede yanık oluşmasından dolayı açılan davada “*geçirdiği yanığa bağlı her iki gluteus üzerinde minimal yanık lekesi kaldığı*” gerekçesiyle manevi tazminat isteminin reddine karar vermesi manevi zarar kurumunun özülüyle bağdaşmamıştır.⁴⁵

c) Kusur

Sağlık hizmetinin yürütülmesinde idareye veya kamu görevlisine atfedilebilir bir kusur bulunmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi, kötü işlemesi kusur sayılmaktadır. Kusur şartı sadece kusur sorumluluğunda gereklidir, kusursuz sorumluluk hallerinde kusur bulunmasa da idarenin sorumluluğu bulunmaktadır.

⁴⁴ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 19.10.1999 tarih ve E.1997/3565, K.1999/5224 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁴⁵ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 06.10.1982 tarih ve E.1982/2613, K.1983/1959 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

d) İlliyet Bağı

İdarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için fiil ile zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Yani zarar, idarenin fiili sonucu ortaya çıkmış olmalıdır. İlk bakışta kolay görünen bu ilişki gerçekte uzmanlık ve yoğun çalışma gerektiren bir süreç sonucunda ortaya konabilmektedir. Bu da mahkemelerin bilirkişilere başvurmasını zorunlu kılmaktadır.

3. Sorumluluğu Kaldıran Haller

Bazı durumlarda ortaya çıkan zarara idarenin işlem veya eylemi dışında bir etken de karışmış olabilir. Bunlar, mücbir sebep, beklenmeyen haller, üçüncü kişilerin veya zarar görenin zarar doğmasına sebep olması halleridir. Bu durumlarda idarenin sorumluluğu kısmen veya tamamen kalkar.

Mücbir sebep, hem kusur hem de kusursuz sorumluluğu kapsar ve kısmen veya tamamen idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırır. Beklenmeyen hal ise sadece kusur sorumluluğunu kısmen veya tamamen kaldırır, fakat beklenmeyen bir halde bile idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilir.⁴⁶

Zarar görenin veya üçüncü bir kişinin zararın doğmasına etkisi var ise müterafik kusur oluşur ve kusurlar oranında sorumluluk paylaşılır. Zararın tamamı, zarar görenin veya üçüncü kişinin davranışı sonucu ortaya çıkmış ise idarenin sorumluluğu tümüyle ortadan kalkar.

Sosyal Sigortalar Kurumu hastanesinde yataklı tedavi gören davacının, saat 03.30 sıralarında doktor kıyafeti giymiş bir kişi tarafından bıçakla tehdit edilerek ırzına tecavüz etme teşebbüsünde bulunduğu olayda *“sanık kişinin davacının yatmakta olduğu ve hastanenin zemin katında bulunan odanın penceresinden içeri girmek suretiyle olayı gerçekleştirdiğinin, hastane personeli olmayıp kimliği belirsiz bir kişi olduğunun, hastanede gece güvenlik görevlisi ve otomatik gözetleme ve kontrol cihazı bulunmadığının, aynı hastanede bu olaydan bir süre önce benzer bir olayın meydana gelmesine rağmen hastane yetkililerince bu tür olaylara karşı önleyici ve caydırıcı hiçbir güvenlik tedbirinin alınmadığının, davacının yattığı odanın penceresinin yere çok yakın olmasına rağmen pencerelerde emniyet tedbirlerinin bulunmadığının anlaşıldığı, hastane binasının güvenlik yönünden hiçbir şekilde korunmadığı, hastane giriş ve çıkışlarında gerekli güvenlik kontrollerinin yapılmadığı ... ve güvenlik tedbirlerinin alınmamış olmasından dolayı meydana geldiği tartışmasız*

⁴⁶ GÖZLER, s.1227.

bulunan olayda davalı idarenin hizmet kusuru işlediğinin açık olduğu"⁴⁷ yönünde karar vermiştir. Burada gerçekte haksız fiil üçüncü kişi tarafından işlenmiştir ve bu kişi asıl sorumludur. Bununla birlikte kararda belirtildiği üzere idarenin sorumluluğu da bulunmaktadır. İdare ödediği tazminat dolayısıyla üçüncü kişiye karşı rücuya gidebilir.

III. HEKİMİN İDAREYE KARŞI SORUMLULUĞU

Kamu hastanelerinde hastaya karşı sorumluluğu idare üstlenmektedir. Hekimler ve diğer kamu görevlilerinin bireylere karşı doğrudan sorumluluğu bulunmamaktadır. Fakat bu, hekimlerin sorumsuzluğu anlamına gelmez, hekimler ve diğer kamu görevlileri idareye karşı sorumludurlar.

Anayasaya göre, *“Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.”* Bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen bir kamu görevlisi mali ve disiplin yönünden sorumlu tutulur. Kanunlarda öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmeyen kamu görevlileri doğrudan idareye verdikleri zararlardan ve bireylere verdikleri zararlar dolayısıyla idareye verdikleri zararlardan sorumludurlar ve bu zararı tazmin etmekle yükümlüdürler.

Bireylere ve hastalara tanınan haklar aynı zamanda idareye ve hekime yükümlülükler ve sorumluluklar yüklenmesi demektir. Hekimin bir kamu veya özel hastanede veya tümüyle bağımsız bir şekilde sırf hekimlik faaliyeti yürütmesi dolayısıyla yükümlülükleri vardır. Bir diğer açıdan hekim, mevzuatta emredilen ve yasaklanan tüm kurallara uymak durumundadır. Aksi durumda hekimin idareye karşı sorumluluğu ortaya çıkar. Benzer şekilde diğer sağlık kamu görevlileri de kanunlarda kendilerine yüklenen görevleri gereği gibi yerine getirmelidirler.

Hekimlerin yükümlülükleri ve sorumlulukları özel hukukta kapsamlı olarak ele alınmaktadır. Kişisel edim, öykü alma, muayene, teşhis, tedavi, reçete yazma, tıbbi teknik kullanma, tedaviyi kesme, kayıt tutma, sır saklama hekimlerin başlıca yükümlülükleridir.⁴⁸ Bu yükümlülükler aynı şekilde kamu hastanelerinde görev

⁴⁷ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 09.02.2000 tarih ve E.1998/4977, K.2000/380 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁴⁸ HAKERİ, Hakan; Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 196 vd; ATABEK, s.636.

yapan hekimler için de geçerlidir.⁴⁹ Nitekim Danıştay, bir kararında “uygulanacak işlem veya ilacın yan etkileri konusunda hastanın uyarılarak onayının ve gerekli tedbirlerin alınması ... davacının kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bildirilmemesi, böylece tehlikeye atılmama hakkının tanınmaması”⁵⁰nı bir hizmet kusuru olarak kabul etmiştir.

Kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin kamu görevlisi olmaları nedeniyle ayrıca yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bununla birlikte bazen yükümlülüklerin yarışması ortaya çıkabilir. Memuriyet sıfatıyla kamu kurumuna karşı ve aynı zamanda hekim sıfatıyla hastaya karşı yükümlülüğü bulunan hekimin bu yükümlülükleri çatışabilir. Bu durumda öncelik hekimlik sıfatındadır. Örneğin yaptığı işler bakımından amirine bilgi vermek yükümlülüğü ile hastaya karşı sır saklamak yükümlülüğü çatıştığında sır saklama yükümlülüğü baskın çıkacaktır. Fakat suç niteliğindeki bir durumu ihbar etmesi müstesnadır.⁵¹

Özel hastanelerde ve özel muayenehanelerde hekim doğrudan bireye karşı sorumludur. Kamu hastanelerinde ise hastaya karşı hekimin doğrudan bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Hastaya karşı mali sorumluluğu göğüsleyen idaredir, hekimin sorumluluğu ise idareye karşıdır ve rücu kapsamında düzenlenmektedir.

Rücu, geri dönme; rücu hakkı ise bir kimsenin alacaklısına ödediği şeyi diğer birinden istemeye hakkı olmasıdır.⁵² Rücu, özel hukukta ortak kusuruyla bir zarara sebebiyet verenlerin kusur oranlarıyla birbirlerine rücu haklarının bulunması şeklinde ifade edilmektedir.⁵³ İdare hukukunda ise rücu hakkından farklı olarak “rücu” veya “rücu yetkisi”nden söz edilmelidir. Rücu yetkisi, idarenin üçüncü kişilere verdiği para, mal veya hizmetin karşılığını kamu görevlisinden talep etme yetkisi olarak tanımlanabilir. Bu bakımdan rücu yetkisi, sadece yargılama hukukuna özgülenmemesi ve hak değil yetki olması açısından özel hukuktaki rücutan farklılaşır.

Zarar görene yapılan ödemenin idare bütçesinden değil kamu görevlisi mamelekenden karşılanması; rücu tehdidinin kamu görevlisinin görevini daha özenli yapmasını sağlaması; rücutunun işletilmesi zarar gören başta olmak üzere kamu

⁴⁹ SENCER, Muzaffer; Hekimlik ve İnsan Hakları, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C.15, S.127, Yıl.26, s.45 vd; HAKERİ, Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, s.163.

⁵⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 07.03.2003 tarih ve E.2002/716, K.2003/91 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁵¹ ATABEK, s.639.

⁵² Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr.

⁵³ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Beta, Ankara, 2001, s. 816.

vicdanını rahatlatması rücuunun başlıca yararları olarak görülmektedir.⁵⁴ Buna karşın teoride yararlı ve uygulanması mümkün görünen rücu, rücuuy işletmesi gerekenlerin kamu görevlilerinin amiri olması nedeniyle, takdirlerini kamu görevlileri lehine kullandıkları görülmektedir. Ayrıca amirler, meslektaşları ile empati kurarak bu kişileri ekonomik yük altına sokmaktan çekinirler.

1. İdarenin Rücu Yetkisi

Rücu için harekete geçip geçmeme kararı, idari işlem niteliğinde bir karardır. Rücu kararının alınmaması üzerine ilgililer doğrudan idari yargıda iptal davası açabilecekleri gibi, rücu kararı alınması konusunda idari başvuruda da bulunabilirler. Pek tabii olarak rücu kararının uygulanmaması veya bu konudaki idari başvuruya verilecek olumsuz yanıtlar idari yargı yoluna götürülebilir.⁵⁵

Rücuunun Anayasa'nın 40 ve 129 ile DMK'nın 12 ve 13. maddelerinde ayrı ayrı düzenlenmesi sorun oluşturmaktadır. Anayasa'nın 40. maddesi ve DMK'nın 13. maddesi idareye rücu konusunda bir takdir yetkisi vermektedir. Anayasa'nın 129. maddesi ve DMK'nın 12. maddesi ise idareye rücu konusunda bağlı yetki ile bağlamaktadır. Bu durumda öncelikle, esasa ilişkin hükümler olması nedeniyle Anayasa'nın 40. maddesi ile DMK'nın 12. maddesini bu açıdan göz ardı ederek, usuli hükümler olan 129. madde ve 13. maddeye bakmak gerekir. Bunlardan Anayasa bağlı yetki, 13. Madde ise takdir yetkisi vermektedir. Bu durumda Anayasal hükmün uygulanması zorunluluğu açıktır.⁵⁶ Yani rücu yolunun uygulanması, anayasal bir zorunluluktur.⁵⁷

DMK m. 13/son hükmü gereğince çıkarılmış olan Rücu Yönetmeliği,⁵⁸ rücuunun zararın mevcut olması ve zararın doğrudan doğruya memurun fiilinden doğması

⁵⁴ BEREKET BAŞ, Zuhâl; İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Sağlanması Aracı Olarak Tam Yargı Davaları, İdari Yargı Paneli, TBB ve Mersin Barosu, Mersin, 2003, s.348.

⁵⁵ Danıştay Beşinci Dairesi'nin, 03.06.2008 tarih ve E. 2007/7369, K. 2008/3234 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁵⁶ GÖZLER, s. 1066.

⁵⁷ Amerika'da Devletin mali sorumluluğunu düzenleyen kanuna göre (FTCA Section 2672), kamu görevlilerinin davacılar karşısında vakit harcayarak kamu hizmetlerini harcamasını önlemek amacıyla bin dolara kadar meydana gelen zararları (bin dolar sınırlaması daha sonra kaldırılmıştır) hile ile doğmamak şartıyla idarenin ödemesini savcının onayı ile kabul etmektedir. Ödenen bu tazminat zarar doğan olay nedeniyle kamu görevlisinin görevine son verilmemesi hali dışında kamu görevlisinden talep edilemez. SEAVEY, Warren A.; "Liberal Construction" And The Tort Liability Of The Federal Government, Harvard Law Review, V. 67, 1954, s. 1002.

⁵⁸ Tam adı şöyledir: Devlete Ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi Ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerinin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik, Bakanlar Kurulu Karar Tarihi-No: 27.06.1983 – 83.6510, RG: 13.08.1983-18134

halinde rücu edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yani yönetmelik rücuda takdir yetkisi öngörmemiştir. Diğer yandan idare, rücu yetkisini kullanırken zarar görenin halefi sıfatıyla hareket etmemekte,⁵⁹ tazmini kamu görevlisi adına yapmamaktadır. İdarenin sorumluluğu asli ve doğrudandır.⁶⁰

Gözübüyük-Tan'a göre, Danıştay, idarenin sorumluluğuna hükmettiği kararda eğer kamu görevlisinin kusurunu saptamışsa, rücu konusunda idarenin takdirinden söz edilemez. Bağlı yetki Danıştay tarafından da kabul edilmektedir. Mahkeme bir kararında, *"İçişleri Bakanının kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır. Anayasanın sözü edilen maddesindeki (kendilerine rücu edilmek kaydıyla) ibaresi; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğunu ifade etmekte ve bu Anayasal zorunluluk nedeniyle bu gibi hallerde davacıların, dava dilekçelerinde ayrıca ve mutlaka rücu talebinde bulunmaları gerekmemektedir"* şeklinde hükmetmiştir.⁶¹

Danıştay'ın rücuya bakışı zamanla istenilen yönde değişmektedir. Bu bağlamda bir Danıştay kararına göre; *"rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu kurumunun yetkileri arasında bulunmakla birlikte, idarenin bunu kendiliğinden yapmadığı durumlarda, yurttaşların bunu sağlamak amacıyla idareye başvurmalarına bir engel*

⁵⁹ Onar aksi görüştedir ve ona göre, *"Fert idarenin filinden, hizmetin icrasından zarara uğramış ve idare aleyhine bir dava açmış ve idareyi tazminata mahkum edecek bu zarar ve ziyamı da tahsil etmişse ve hakikatta zarar tamamen veya kısmen memurun şahsi bir kusurundan ileri gelmişse, yani hadisede memurun şahsına atfolunabilecek bir kusur da mevcutsa bu takdirde idarenin memura istihlaf, ikame (subrogation) yoluyla rücu edebileceği kabul edilmektedir."* ONAR, Sıdık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, İkinci Cilt, s. 1209. Rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı düşünülebilir. Öğretide bu tür bağımsız rücu hakkına "basit rücu hakkı veya alelade rücu hakkı" da denmektedir. Şayet bağkurun(BAĞKUR'un) rücu hakkının hukuksal niteliğinin bağımsız yani basit rücu hakkına dayandığı görüşü benimsendiği takdirde halefiyet ilkesinden söz edilemez. Bir hakkın halefiyet esasına dayandığı kabul edilecek olursa halef olanın hukuksal statüsü halef olunanınkine tabi olur. Halef olunanın hak ve yükümlülükleri ile sınırlı biçimde talepte bulunulabilir. Yani halef olunanın sahip olduğu haklardan daha fazlası kullanılamayacağı gibi hak sahibinin daha azı ile yetinmesi de istenemez. Yine bir hakkın halefiyet esasına dayandığının kabulü yasalarda açık bir hükmün mevcut olmasına bağlıdır. Anayasa Mahkemesi'nin 21.12.2006 tarih ve E. 2002/153, K.2006/113 sayılı kararı.

⁶⁰ AKYILMAZ, Bahtiyar; İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 1050.

⁶¹ Danıştay Beşinci Dairesi'nin 10.11.1997 tarih ve E.1995/3611, K. 1997/2485 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

bulunmamaktadır. Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir.”⁶²

Rücu konusunda kamu görevlisinin hafif kusuru, ağır kusuru, kastı, suç niteliğindeki fiil ayrımını yaparken rücunun zorunluluğunu ihlalin ağırlığına paralel tutulmalıdır. Eğer rücuda takdir yetkisinden bahsedilecek ise ve buna bağlı olarak rücu yetkisi uygulanmayacaksa bu ancak hafif kusur halinde tercih edilmelidir.⁶³ Amerika, Almanya ve İsviçre’de bakış açısı böyledir.⁶⁴

2. Rücuyu Yapacak İdarenin Belirlenmesi

Rücunun hangi idare tarafından yapılacağı konusundaki zorluk bir önceki adımda; yani tam yargı davasında halledildiğinden rücuyu yapacak idarenin, tazminat ödemeye mahkûm edilen idare olduğunu kolaylıkla söyleyebiliriz. Bireye ödeme hangi idare bütçesinden yapıldıysa rücuyu yapmaya yetkili organ o idarenin yetkilisidir. Uygulamada rücu yetkisi genel hükümlere göre adli yargıda yapıldığından bu konuda yetkili idare, hazine adına dava açma yetkisi Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü’dür. Bakanlıklar tam yargı davasının kesinleşmesinden sonra ödenen tazminatı ve rücu edilecek kamu görevlilerini Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü’ne bildirmektedirler. Bu talep üzerine rücu için dava açılmaktadır.

3. Rücunun Yapılacağı Kamu Görevlilerinin Belirlenmesi

İdarenin, ödediği tazminatı rücu edeceği kamu görevlilerini tespit etmesi karmaşık ve zor bir durumdur. Rücu uygulamasının yaygın olmaması ve bu konuda

⁶² Danıştay Beşinci Dairesi’nin, 03.06.2008 tarih ve E. 2007/7369, K. 2008/3234 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁶³ AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1056.

⁶⁴ GÜRSOY, Kemal Tahir; Fransız ve Alman Hukukunda İdarenin Sorumluluğunun Gelişmesi ve Günümüzdeki Durum, İdare Hukuk Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara, 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.115.

ayrıntılı düzenlemeler bulunmamasından dolayı rücu konusu ve muhtemel sorunları gündeme gelmemektedir.

Anonimleşen kusurda ki bu kusurda doğrudan bir kamu görevlisine kusur yükletilememektedir ve rücunun yöneltileceği bir kamu görevlisi tespit edilememektedir. Diğer yandan sorumlu kamu görevlilerinin sayısının çokluğu rücu konusunda sıkıntı oluşturabilir. Zarara sebep olan idari işlem veya eylem bir kurul kararı ile alınmış ve kurul üyelerinden biri kurum dışından ve başka bir idare bünyesinde görevli ise rücu kararını kimin alacağı da bir başka sorundur. Bu ve benzeri birçok sorun rücu uygulamasında engeller oluşturmaktadır.

Birden fazla kamu görevlisinin kusurlu olduğu durumda bunlar arasında müteselsil sorumluluk ilişkisi bulunmadığından⁶⁵ idare ancak kusurları oranında kamu görevlilerine rücu edebilir. Yaygın olmamakla birlikte Danıştay'ın tam yargı davasını görürken kamu görevlilerinin kusurlarına ve oranlarına değindiği olmuştur. Danıştay bir kararında "*davalı idare ajanlarından tren makinistinin... hususlara riayet etmediğinden %65 nispetinde, şef trenin makinisti ikaz etmediğinden %15 nispetinde, Gülağzı geçit bekçisinin kendi geçidinden geçen treni diğer geçit bekçisine haber vermediğinden %10 nispetinde, Büyük Karpuz Geçit bekçisinin de geciken bir trenin durumunu öğrenmeye tevessül etmediğinden %10 nispetinde hatalı olduğu*"na karar vermiştir.⁶⁶

IV. SORUMLULUKTA GÖREVLİ YARGI YERİ

Sağlık hizmetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü idarenin sorumluluğu ve hekimlerle diğer kamu görevlilerinin sorumluluğu olmak üzere iki başlık altında görülecektir.

A. İdarenin Sorumluluğunda Görevli Yargı Yeri

Kamu görevleri ile ilgili olarak bireylere verilen zararların tazmin edilmesi bakımından karşılaştırmalı hukukta iki esas uygulanmaktadır. Bunlardan "sorumluluk esası" doğrudan kamu görevlisinin sorumlu tutulabildiği esas olup Anglo-Sakson hukukunda uygulanmaktadır. Anayasa'nın 129 ve DMK'nın 13. maddelerinin öngördüğü sistem ise "teminat esası" olarak adlandırılmaktadır. "Teminat" ile kamu görevlisi ve zarar gören bazı yönlerden güvence altına alınmaktadır.⁶⁷

⁶⁵ AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1057.

⁶⁶ Danıştay Onikinci Dairesi'nin 03.03.1971 tarih ve E. 1968/388, K. 1971/541 sayılı kararı.

⁶⁷ DURAN, Lütfi; Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara, 1974, s. 12.

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

Teminat esası getirilmemişse “sorumluluk esası”ndan sözedilir. Buna göre yasa koyucu, haksız fiillerden doğan zararlara karşı açılacak davalara ilişkin özel usuller getirmemektedir. Zarar görenler idareye ve kamu görevlisine karşı istediğini tercih ederek dava açabilmektedir. 1965 yılında DMK’nın kabulüne kadar ülkemizde ve halen Anglo-Sakson hukukunda ve İtalya’da uygulanan sistem budur. Almanya, İsviçre ve günümüzde ülkemizde ise “teminat sistemi” geçerlidir.⁶⁸ Teminat esasının; zarar gören, kamu görevlisi ve idare açısından bazı sonuçları bulunmaktadır.

Teminat esasının en önemli sonucu zarar görenin zararını ödeme kabiliyeti olan idareden tahsil etme imkânı bulmasıdır. Teminat esasının bir diğer sonucu ise birden fazla failin bulunduğu durumlarda zarar görenin çok sayıda kişi ile hukuk mücadelesi yürütme zorluğu ortadan kalkar. Bir açıdan, sorumluluk esası ile kamu görevlilerine doğrudan dava açılabilmesi caydırıcılık açısından daha faydalı görülebilir. Fakat diğer taraftan zarar gören açısından tahsil kabiliyeti düşünüldüğünde sorumluluk esası fayda getirmeyebilir.

Teminat esasının kamu görevlisi açısından da sonuçları bulunmaktadır. Bu esas, tazminat talebinin öncelikle idareye yöneltilmesini sağlar. Teminat esası kapsamında yalnızca idareye karşı dava açılması ve bu karara dayanılarak rücuun işletilmesi nedeniyle kamu görevlisi idare lehine tam yargı davasına katılma hakkı eder. Bir karşı oy yazısında “*rücu kararı verilen kişinin de hasım mevkiine alınarak savunmasının alınması gerektiği*”⁶⁹ ifade edilmişse de idari yargıda yalnızca idareler davalı sıfatını haizdir⁷⁰ ve gerçek kişilerin hasım olması mümkün değildir. Fakat kamu görevlisinin savunma yapmasını sağlamak amacıyla davaya katılmasını sağlamak doğru bir çözüm olabilir.⁷¹ Çünkü tam yargı davasında idarenin kusurlu sayılması ve bu kusurdan dolayı kamu görevlisine rücu ihtimali ortaya çıkar. Sonradan idari yolla veya yargısal yolla da olsa zararı karşılayacak kamu görevlisinin davaya müdahale etme hakkı sağlanmalıdır.

Teminat esası uygulandığında kamu görevlisi ile zarar gören karşı karşıya gelmediği için kamu hizmetlerinin aksaması önlenemez. Buna karşın idarenin öncelikli olarak zararları karşılaması ve rücu sürecinden de tahsil imkânı doğmaması mali külfetin idare üzerinde kalmasına sebep olur. Ayrıca, zarar görenin idareye

⁶⁸ YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri I, İkinci Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s. 232.

⁶⁹ Karşı Oy Yazısı: Danıştay Beşinci Dairesi’nin 10.11.1997 tarih ve E.1995/3611, K. 1997/2485 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁷⁰ Aksi görüş için bakınız: GÜRAN, Sait; İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler, AİD, C. 12, S. 1, 1979, s. 55.

⁷¹ AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1059.

karşı dava açması ve idarenin kamu görevlisine rücu davası açması dolaylı bir yol olduğundan usul ekonomisi bakımından sakıncalı görülebilir.

Anayasa'nın 40. maddesine göre, “*kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*”

Anayasa'nın 129. maddesine göre, “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*”

DMK'nın 12. maddesine göre, “*Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.*” Bu hüküm idare ile kamu görevlisi arasındaki sorumluluk ilişkisini düzenlemektedir. 12. maddenin 1. fıkrası, kamu görevlisine görevini itina ile yapmasını ve Devlet malını korumasını, 2. fıkra ise bunun sağlanamadığı durumda idarenin gördüğü zararın memur tarafından ödeneceği düzenlenmiştir. 12. maddeye göre kamu görevlisi bir Devlet malına zarar verirse bu malın bedelini ödemekten sorumludur. Bu halde zarar gören üçüncü kişiden bahsedilemez. Fakat memurun “*görevini dikkat ve itina ile yerine getirmemesi*” nedeniyle üçüncü kişilere zarar verilmiş olabilir.

DMK'nın 13. maddesine göre, “*kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.*” Bu hüküm bir usuli düzenlemedir. Sorumluluk kapsamı “*kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili ortaya çıkan zararlardır.*” Personel demekle kapsam geniş⁷², kamu hukukuna tabi görevler denilerek ise kapsam dar tutulmuştur.

Anayasanın 40. maddesi ve onun izdüşümü olan DMK 12. maddesi, esasa ilişkin hükümlerdir. Bu hükümlere dayanılarak sağlık hizmetlerinden doğan zararlardan dolayı idareyi sorumlu tutmak ve yargı yolunun idari yargı olduğunu söylemek yeterlidir. Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi ise Anayasa'nın 129/5 hükmünün izdüşümüdür ve bu hükümler usuli düzenlemelerdir. Benzer ilişki

⁷² Başbakan ve bakanlar ile mahalli idarelerin, özerk kuruluş ve kurumların seçilmiş organları sorumluluk kapsamı dışındadır. Lutfi DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.11, “129/5'deki diğer kamu görevlileri kavramı, Bakanları da kapsamakta”dır. GÜRAN, Sait; Anayasa'nın 128 ve 129 uncu Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri İle Bakanların Durumu, AİD, C. 17, S. 3, 1984, s. 34.

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

Almanya’da da bulunmaktadır. 1948 Federal Almanya Anayasası’nın 34. maddesi⁷³ ve 1937 tarihli Federal Almanya Memurlar Kanunu’nun 78. maddesi⁷⁴ sorumluluk konusunu düzenlemektedir.

Anayasanın 129. Maddesi kapsam bakımından 13. Maddeye göre daha geniştir. Çünkü Anayasa, hem kamu hem de özel hukuka tabi görevleri kapsamaktadır.⁷⁵ 13. Madde ise hem DMK içinde yer alması hem de sadece kamu hukukuna tâbi görevleri düzenlemesinden dolayı kapsamı dardır. Gerek Anayasanın 129. maddesi gerekse DMK’nın 13. maddesi diğer hükümlerden ve birbirlerinden bağımsız olarak, tazminat davasının idari yargıda açılmasını gerektirmektedir.⁷⁶

Görevli mahkemeyi belirlemede yetkili olan Uyuşmazlık Mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıklarda çelişkili kararlar vermiş, doğrudan görevli mahkemeyi düzenleyen DMK m. 13 ve Anayasa m. 129 hükümlerine gerekli önemi vermemiştir. Öyle ki doğrudan ilgili olmasına karşın, 13. maddeden hiç söz etmediği kararlar bile bulunmaktadır.⁷⁷

Mahkeme, sağlık hizmetleri dolayısıyla ortaya çıkan zararın tazminindeki uyuşmazlıkta, “*kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceği*” gerekçesiyle idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir.⁷⁸

TCDD Hastanesinde yapılan ameliyat sonrası oluşan sinir zedelenmesi nedeniyle ortaya çıkan görev uyuşmazlığında mahkeme, hastanenin kamu hastanesi,

⁷³ “*Kamu hizmeti ile görevlendirilmiş bir kimsenin, üçüncü bir şahsa karşı, görevinden doğan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, sorumluluk ilke olarak, devlete veya hizmetinde bulunduğu kuruluşa aittir. Kast veya ağır ihmâl hallerinde, idarenin rücu hakkı saklıdır. Tazminat ve rücu haklarının kullanılması için adli yargı yolu kapatılamaz.*” Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, Federal Almanya Siyasi Eğitim Merkezi, Bonn, 2003.

⁷⁴ “*Bir memur kendi ihmali ile veya kısaca ödevine aykırı davranması halinde, hizmetinde bulunduğu işverenin bundan mütevellit zararlarını tazmin etmekle mükelleftir. İşveren Anayasanın 34 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre bir üçüncü şahıs için tazminat ödemişse, işverenin memura rücu hakkı ancak kastı veya ağır ihmali bulunduğu takdirde mevcuttur.*”

⁷⁵ DURAN, Lütfi; Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, AİD, C. 17, S. 2, 1984, s. 16, Bahtiyar AKYILMAZ, İdare Hukuku, s. 408.

⁷⁶ GÜRAN, Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, s.18; ATABEK, s.640.

⁷⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin, 18.10.1978 tarih ve E. 1978/30, K. 1978/32 sayılı kararı, RG: 25.12.1978.

⁷⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin, 26.12.2005 tarih ve E.2005/65, K. 2005/114 sayılı kararı. RG: 07.10.2006.

yürütülen sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti ve görev yapan sözleşmeli hekimlerin de kamu görevlisi olması gerekçeleriyle görevli yargının idari yargı olduğuna karar vermiştir.⁷⁹

Buna karşın Uyuşmazlık Mahkemesi, icap nöbeti olan doktorun doğum sırasında haber verildiği halde hastaneye gelmemesi sonucu özürlü hale geldiği ileri sürülerek uğranıldığı ileri sürülen zararın karşılanması amacıyla açılan davada, doğru teşhis yapmasına karşın yanlış tedavi uygulamıştır. *“Bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında kişilere verilen zarar, kamu görevlisinin görevinde kullandığı yetkilerden ve resmi sıfatından ayrılamıyor, aksine bunlarla sıkı sıkıya ilgili ve bağlantılı biçimde doğuyor ise, personel bakımından “görev kusuru” olarak tanımlanan bu kusurun, idare yönünden nesnel nitelik taşıyan “hizmet kusuru” kapsamında idare hukuku esaslarına tabi olduğu, gerek öğretide gerekse yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Nitekim, Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verildikten sonra, 129. maddesinin beşinci fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilmesine işaret edilmiştir. Bu düzenleme ile, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek ve kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak suretiyle kamu düzenini korumak amaçlanmış; aynı zamanda, zarara uğrayan kişi bakımından, memurlar veya diğer kamu görevlilerine oranla ödeme gücü daha yüksek olan bir sorumlu (idare) muhatap kılınmıştır. Buna göre, kural olarak, kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullandığı sırada doğan zararın giderilmesi istemiyle, görev kusurunu kapsayan hizmet kusuru esasına dayanılarak, idari yargıda ve ancak idare aleyhine dava açılabilir; yargı yerince tazminle yükümlü tutulması halinde idare, ilgili yasa kurallarının gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, sorumlu personeline rücu edebilecektir. Buna karşılık, kamu görevlisinin görev ve yetkilerinden, resmi sıfatından ayrılabilen; başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemlerinin, yukarıda belirtilen Anayasal korumanın dışında kaldığını ve dolayısıyla, doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı şahsi kusuruna dayanılarak adli yargı yerinde tazminat davası açılabilme olanağı bulunduğunu da belirtmek gerekir. Olayımızda, adli yargı yerinde, tazminatın konusunu oluşturan zararın davalı doktorun kişisel*

⁷⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 28.04.2003 tarih ve E.2003/16, K.2003/23 sayılı kararı. RG: 07.07.2003/25161.

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

kusurundan doğduğu iddiasıyla doğrudan doğruya doktora karşı dava açıldığı, idarenin sorumluluğunu gerektiren bir görev ya da hizmet kusurundan söz edilmediği anlaşılmıştır. Dava idareye karşı açılmadığı nedeniyle idari yargı yerince idarenin sorumluluğunun saptanmasına da olanak bulunmamaktadır. Belirtilen duruma göre, kişisel kusuruna dayanılarak doğrudan doğruya kamu görevlisinin aleyhine açılan tazminat davasının, özel hukuk hükümleri çerçevesinde görüş ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu açıktır.”⁸⁰

Bireyler idari yargıda dava açmakla birlikte hasım mevkiine idare yanında kamu görevlisinin adını veya yalnızca kamu görevlisinin adını yazmaktadırlar. Bazen de adli yargıda kamu görevlisi ile birlikte idareyi veya yalnızca idareyi hasım olarak göstermektedirler. Bu durumlarda görevli mahkemenin zararı doğuran fiillere göre mi yoksa hasım olarak gösterilen kişiye göre mi belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle doğru mahkemede yanlış hasma ya da yanlış mahkemede doğru hasma karşı dava açıldığında sorun doğmaktadır.

Anayasa m. 129 ve DMK m. 13’ e bu açıdan bakıldığında verilecek yanıt elbette zararı doğuran fiillerin esas alınarak görevli yargının belirlenmesi şeklinde olmalıdır. Zaten sorunun cevabı İYUK’ da verilmektedir. İYUK m. 14 uyarınca idari yargı hâkimi ilk incelemede önce göreve sonra da husumete bakar. Mahkeme kendini görevli görmediği takdirde görevsizlik kararı verir. Görevli olduğuna karar vermesi halinde husumet konusuna geçer. Husumette dava dilekçesinde hasmın gösterilmemesi veya yanlış hasım gösterilmesi hallerinde hâkim kendisi hasım belirler (İYUK m. 15). Hasmın yanlış gösterilmesi veya hiç gösterilmemesi hallerinde sırf bu nedenle görevsizlik kararı verilmez. Hasım mevkiinde gerçek kişi gösterilmesi halinde bile hâkim, gerçek hasmı belirleyerek gerçek kişiyi hasım mevkiinden çıkarmalıdır.

Uyuşmazlık Mahkemesi, İYUK m. 15/c hükmünü iki farklı şekilde uygulamıştır. Kimi zaman davanın reddine, kimi zaman da görevsizlik kararı verilmesine hükmetmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, davanın reddine karar verirken gerekçesi şöyledir: “*Adliye Mahkemesinin görevsizlik kararı üzerine idari yargı merciinde yeniden açılan dava kamu tüzelkişilerinden herhangi birisi aleyhine değil de doğrudan doğruya kamu ajanları aleyhine açıldığına göre, idarenin bütünlüğü esasına istinaden 2577 sayılı Yasanın 15/c bendi uyarınca gerçek hasıma tebligat suretiyle eksikliğin giderilmesi olanağı da yoktur. Bu durum karşısında davanın reddi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi doğru değildir.”⁸¹*

⁸⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin, 05.06.2006 tarih ve E. 2006/26, K. 2006/75 sayılı kararı.

⁸¹ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 18.05.1992 tarih ve E. 1992/15, K. 1992/18 sayılı kararı.

Emniyet müdürlüğündeki ölüm hadisesinden sonra İçişleri Bakanlığı ve polis memuru aleyhine idari yargıda açılan tam yargı davasında İdare mahkemesi İçişleri Bakanlığı yönünden görevlilik; polis memuru yönünden ise görevsizlik kararı vermiş, olayda Uyuşmazlık Mahkemesi, polis memuru yönünden adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir.⁸² Benzer şekilde, askerlik görevini yaptığı sırada gerçekleşen ölümden dolayı İçişleri Bakanlığı ve askere karşı açılan davada AYİM, İçişleri Bakanlığı yönünden görevliliğe; asker yönünden ise görevsizliğe karar vermiş ve Uyuşmazlık Mahkemesi asker kişi yönünden adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir.⁸³ Bu çözüm şekli yukarıdaki açıklamalar ışığında, doğru değildir. İdare mahkemesi ve AYİM'in polis ve asker kişiyi hasım mevkiinden çıkarıp İçişleri Bakanlığı husumetinde görevlilik kararı vermesi gerekirdi. İdare Mahkemesi ve AYİM'in İçişleri Bakanlığı yönünden görevlilik kararı vermeleri bu mahkemelerin idareyi kusurlu buldukları anlamına gelmektedir. Bu kabulden sonra kişisel kusurun varlığının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca adli yargıda dava açılmasına gerek yoktur. Kişisel kusur varsa bile bu rücu yoluyla çözümlenmelidir.

Danıştay, DMK'nın 13. maddesi ile getirilen "teminat sistemi"nden sonra çoğunlukla görevlilik kararı vermiştir.⁸⁴ Danıştay, tıbbi müdahaleler dolayısıyla açılan, Sağlık Bakanlığı Hastanesinde rahim ameliyatı olmasından sonra ameliyat bölgesinde gazlı bez unutulması ve gazlı bezin çıkarılması için yapılan masrafların karşılanması amacıyla açılan davada⁸⁵; hayati tehlike bulunmadığı teşhisi ile hastaneye yatırılmayan ve ertesi günü iç kanama nedeniyle gerçekleşen ölüm nedeniyle açılan davada;⁸⁶ ameliyat sırasında oksijen gazı yerine yanlışlıkla karbondioksit gazı verilmesi sonucunda meydana gelen ölüm nedeniyle açılan davada;⁸⁷ sol kalçadan total kalça proteziyle ameliyatı gerekirken sağ kalçadan ameliyat edilmesi yanında, davacının ağrı ve şikâyetlerinin artması, hareket yeteneğinin azalması ve yaşamı boyunca başkalarının bakımına muhtaç hale gelmesi nedeniyle açılan davada;⁸⁸ ameliyat sırasında %5'lik dekstroz yerine dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu %50'lik

⁸² Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 24.03.1997 tarih ve E. 1997/15, K. 1997/14 sayılı kararı. RG: 15.04.1997/22965.

⁸³ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 08.07.1996 tarih ve E. 1996/46, K. 1996/89 sayılı kararı.

⁸⁴ DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.22-23.

⁸⁵ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 19.10.1999 tarih ve E.1997/3565, K.1999/5224 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁸⁶ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 11.05.1983 tarih ve E.1982/2483, K.1983/1106 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁸⁷ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 21.12.1995 tarih ve E.1994/5037, K:1995/6647 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁸⁸ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 10.10.1996 tarih ve 1995/934, K.1996/5933 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

dekstroz (serum) takılması sonucunda meydana gelen ölüm nedeniyle açılan davada⁸⁹ kendini görevli göyerek karar vermiştir.

Danıştay, tıbbi müdahaleler dışında kalan sağlık hizmetlerinden dolayı açılan, Sıtma Savaş Başkanlığı sıtma mücadelesi görevlilerince yapılan ilaçlama sırasında davacının iki ineğinin ölmesi nedeniyle açılan davada⁹⁰; tıp fakültesi binasında başına raf düşmesi dolayısıyla gerçekleşen ölüm dolayısıyla açılan davada⁹¹; doğumundan sonra temizliği yapılarak oksijen çadırına konup normal hararet düzeyine çıkarılması için termofor tatbik edilirken termofonun sıcaklığının iyi ayarlanamaması ve zaman zaman da gerekli kontrolün yapılmaması nedeniyle anüste ve gluteal bölgede yanık oluşmasından dolayı açılan davada⁹²; tedavi sırasında görevli hemşire tarafından yapılan hatalı enjeksiyon sonucu kolun kangren olması ve kesilmesi dolayısıyla açılan davada⁹³ kendini görevli göyerek karar vermiştir.

Askeri sağlık birimlerinde yürütülen sağlık hizmetlerinden dolayı görevli mahkeme Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'dir. Türk Silahlı Kuvvetleri'nde görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askeri memur, astsubay, askeri öğrenci, uzman çavuş, uzman jandarma çavuş, erbaş ve erler ile sivil memurların asker kişi kabul edilmektedir. Bu kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden dolayı açılacak iptal ve tam yargı davalarının doğrudan doğruya ve kesin olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde çözümleneceği ve karara bağlanacağı hükme bağlanmıştır. AYİM'in askeri sağlık kurumları bünyesinde oluşan zararlardan dolayı görevlilik kararı verdiği kararları bulunmaktadır.

Danıştay askeri hastanedeki (GATA) tedavisi sonucu ölümü nedeniyle tazminat isteklerine ilişkin davada, "*askeri hizmetin özellikleri açısından değerlendirilmesi gerektiğinden ve bu durum askeri idari yargının uzmanlık konusu olduğundan, görüm çözümünü görevi ... Askeri Yüksek İdare Mahkemesine ait*"tir diyerek görevsizlik kararı vermiştir.⁹⁴

⁸⁹ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 13.11.1996 tarih ve E.1996/1091, K.1996/7530 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁹⁰ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 21.02.1983 tarih ve E. 1982/3142, K.1983/322 sayılı karar. Danıştay Bilgi Bankası.

⁹¹ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 15.06.1983 tarih ve E.1982/3852, K.1983/1515 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁹² Danıştay Onuncu Dairesi'nin 06.10.1982 tarih ve E.1982/2613, K.1983/1959 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁹³ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 16.01.1985 tarih ve E.1982/2908, K.1985/26 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁹⁴ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 06.02.2003 tarih ve E.2001/5294, K.2003/479 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

Yargıtay'ın, DMK'nın 13. maddesinin yürürlüğünden sonra görevsizlik kararı verdiği kararları mevcutsa da, yüksek mahkeme çoğunlukla görevlilik kararı vererek esasa geçmiştir.⁹⁵

Yargıtay Genel Kurulu, Devlet hastanesinde görevli ve memur olan davalı doktorun zamanında ve gerekli tedaviyi yapmayarak hastanın bir kolunun omuzdan kesilmesine neden olduğu iddiasıyla açılan davada görev konusunu ayrıntılı bir şekilde irdelemiştir.⁹⁶

“Açık kırıklarda ilk 6-8 saat içinde ameliyathane ortamında debridman gerekli olduğu, bunda gecikildiği ve uygulanan antibiyotik tedavisinin de yetersiz kaldığı, ...Türk Ceza Kanununun 459 maddesi gereğince cezalandırıldığı, ...Bu olgular karşısında davalı doktorun salt idari bir görevin yerine getirilmesi sırasında zarara yol açmayıp, idari görevi cümlesinden olmakla birlikte hekimlik sanatının icrası sırasında hakkında verilip kesinleşen mahkûmiyet kararıyla da belirlenen ve görevinden ayrılabilen salt kişisel kusuru ile davacı zararına yol açtığına duraksama bulunmamaktadır. Bir başka bakış açısıyla doktorla hasta arasındaki ilişki yönünden olay ele alındığında ise; öğretiler ve yargı kararlarında Memur ve kamu görevlisi doktorla hasta arasında kabul edilen iki çeşit ilişki söz konusudur. Bunlardan ilki kamusal ilişkidir. Bu ilişkide memur olan doktor görevini yaparken bir takım idari kurallarla bağlıdır ve bu bağlılık hastayı tedavi zorunluluğunun kişinin rızasını gerektirmediği tıbbi el atmalar (zorunlu aşı gibi ya da aids hastalığında olduğu gibi kamu sağlığının gerektirdiği hallerde) ve tıbbi el atma ve yardımı gerektirmeyen rapor düzenlenmesi gibi hallerde söz konusudur. Bu gibi idari görev ve yetkilerini kullanırken doktor kusurlu eylemiyle bireylere zarar vermişse burada Anayasa'nın 129/5 maddesinin uygulanacağına kuşku bulunmamaktadır. Ancak somut olay bu yönü ile de ele alındığında davalı doktor kusurlu hareketiyle bireye zarar vermesi eylemi nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanmış ve ceza almıştır. Doktor ceza mahkemesinde yargılanıp mahkum olduğuna göre artık Anayasa'nın 129/5. maddesindeki memuru korumak amacı ortadan kalkmış, diğer taraftan da zarar gören kişi memura karşı kişisel sorumluluğa giderek dava açmıştır. ...İkinci ilişki ise sözleşme ilişkisi olup, bunun üzerinde de durmakta yarar vardır. Kişinin yaşam ve sağlığı onun kişisel değerlerini oluşturur. Kişilik hakkının koruduğu bu değerlere el atılması ancak tıbbi tedavi amacıyla ve doktorla hasta arasında oluşturulan bir

⁹⁵ DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.29.

⁹⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.09.2001 tarih ve E.2001/4-595, K. 2001/643 sayılı kararı. Hukuktürk veri tabanı. Benzer nitelikteki diğer kararlar: Hukuk Genel Kurulu'nun 31.10.2007 tarih ve E.2007/4-800, K.2007/797 sayılı, 15.11.2000 tarih ve E.2000/4-1650, K. 2000/1690 sayılı, 11.02.1998 tarih ve E.1998/27, K. 1998/100 sayılı kararları.

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

sözleşmeyle yani izinle mümkündür. Bir hastaya tedavi amacıyla yapılan el atma ve yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekalet sözleşmesinin varlığını gerektirir. Tıbbi yardımın yapıldığı yer, doktorun görev ve sıfatı sonucu değiştirmeyeceği gibi doktor nerede ve ne sıfatla olursa olsun tıbbi el atma ve yardım yapma yetkisini kamu kurallarından değil hasta ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinden alır. En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri idare hukuku değil tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurallarla bağlıdırlar. Kaldı ki günümüzde kamu kurumlarında sosyal güvencesi olmayan hastalar ücret karşılığında tedavi edilmekte ve hastanın burada da doktorunu seçme hakkı bulunmaktadır. O halde doktorla hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa'nın 129/5. maddesinin uygulanmaması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü zarar, memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp san'atının uygulanması sırasında meydana gelmektedir. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır.”

Bu kararı şu gerekçelerle isabetli değildir:

- 1- Anayasa ve kanun hükümlerine göre kamu görevlileri hakkında asıl olan, doğrudan idare aleyhine, idari yargıda dava açılmasıdır.
- 2- Yargıtay'ın son yıllara kadar uygulaması bu yönde iken son yıllarda, Anayasa ve yasadaki hükmün lafzına ve ruhuna aykırı bir yorumla, 'hizmetten ayrılabilir kişisel kusur' biçiminde bir kavram benimseyerek açılan her davada davacı tarafın davalının kişisel kusuruna dayanması istisnanın kurala dönüştürülmesidir.
- 3- Kamu görevlisinin ancak zarar verme kastıyla kin, garez, husumet, kıskançlık, intikam vb. duyguların etkisiyle hareket etmesi halinde ya da Anayasa ve kanun kuralları ile emredici ve bağlayıcı temel hukuk ilkelerine açıkça aykırı davranması hallerinde kişisel kusura gidilebilir.
- 4- Yargıtay'ın, tüm kamu görevlilerinin hizmetten ayrılabilir bir kişisel kusuru olabileceği ve tüm davalarda davacı tarafça davalının kişisel kusuruna dayanıldığı şeklindeki kabulü, Anayasanın 129/5 maddesi ve DMK'nın 13. maddesinin tamamen uygulama dışı bırakılması anlamına gelir.
- 5- Kamu görevlisinin az veya çok kusurlu olmasının, ceza mahkemesinde yargılanması hatta mahkum olmasının dahi öneminin olmaması gerekir. Kusuru ağır olsa dahi kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açılmaz. Kusurun ağırlığı kamu hizmetinden ayrışma için geçerli neden değildir. Danıştay'ın

vurguladığı üzere, kusurun oranı ancak tazminatın hesaplanmasında önem arzeder.⁹⁷

- 6- Kamu görevlisinin ancak açık ve kolayca hizmetten ayrılabilen kişisel bir eylemi ile zarar vermesi hallerinde; örneğin bir doktorun görevi sırasında kişisel bir alacak verecek meselesi sebebiyle bir kişiyi yaralaması veya öldürmesi gibi durumlarda adli yargıda kamu görevlisine karşı dava açılabilir.
- 7- Hekimlerin her olayda kişisel kusuru olduğu biçiminde bir ön yargı ile sorumlulukları yoluna gidilmesi doğru bir yaklaşım değildir. Anayasal ve kanuni teminat altında bulunmalarına rağmen bu biçimde sürekli dava ve tazminat tehdidi altında kalan kamuda çalışan doktorlar veya sair kamu görevlileri verimli olarak çalışamayacak ve hizmetlerin aksaması kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenlerle sağlık hizmetinin yürütülmesi sırasında üçüncü kişilere zarar verilmesi hallerinde davanın mutlaka idareye karşı açılması, kamu görevlisi aleyhine adli yargıda açılacak davaların husumet yönünden reddine karar verilmesi gerekir.

A. Hekimin Sorumluluğunda Görevli Yargı Yeri

Zarar gören bireye tazminat ödenmesini öngören yargı kararının kesinleşmesinden itibaren rücu konusu gündeme gelir. İdarenin ödediği tazminatı kamu görevlisinden nasıl tahsil edeceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. DMK m. 12 ye göre “zarar ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır”. “Zararın ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır”. “Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir”. DMK m. 13 e göre ise, “kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır”. Bu düzenlemeler, birden fazla yöntemin uygulanmasına sebep olmaktadır.

Rücunun genel hükümlere göre yapılmasından öncelikle anlaşılması gereken, bunun bir idari kararla yapılmasıdır. Rücu emrini veren kanunlar idari kanunlardır. Yargılama usulüne ilişkin kanunlar değildir. Örneğin idari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılacak tazminat davalarında yargı yerini düzenleyen İYUK m. 28/4 hükmü rücu konusuna değinmemiştir.⁹⁸ Yukarıda belirtildiği gibi,

⁹⁷ Danıştay Onuncu Dairesi'nin 25.02.2003 tarih ve E.2001/323, K.2003/703 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

⁹⁸ Genel İdari Usul Kanunu tasarısında rücu şöyle düzenlenmiştir. “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarında, idari yargı mercilerince aleyhine tazminata hükmedilen kamu kurum ve kuruluşları, olayla ilgili 23 üncü maddedeki esaslara uygun soruşturma yaptırarak, kişisel kusuru belirlenenlere karşı, genel hükümlere göre rücu davası açmakla yükümlüdürler.”

idare hukukunda rücu yetkisi özel hukuktaki rücutan zorunlu olarak farklılaşır. Özel hukukta rücu yargı terimi olarak belirginleşse de bu, idare hukuku açısından geçerli değildir. Nitekim Fransa’da kamu görevlilerine karşı rücu bir idari kararla yapılır. Kamu görevlileri de bu karara karşı idari yargıda dava açabilmektedirler.

Kanunda bazı durumlarda rücunun idari kararla yapılacağı açıkça belirtilmiştir. DMK m. 12’ye göre fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar idari kararla rücu edilir.⁹⁹ Rücu Yönetmeliği’ne göre en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçen zararlar sulh ile tahsil edilebilir. Sulh ile kastedilen rücunun miktarı ise işkence fiilinden dolayı idarenin ödediği tazminatın sulh ile aşağı çekilmesi mümkün olmamalıdır. Sulh yoluyla tahsilde, kamu görevlisine ödeme talebinde bulunulduğunda ilgili, zararı ödemek konusunda gönüllü davranabilir.

Rücunun idari kararla yapılmasını kolaylaştırmak amacıyla tam yargı davasında hâkimin kusurlu kamu görevlilerini ve kusur oranlarını belirtmesi gerekir. Fakat bu belirlemeyi açıklama kısmında mı yoksa hüküm kısmında mı yapması gerektiği farklı sonuçlara bağlandığından tartışılmalıdır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun isabetli görünen ve aynı zamanda rücu yapması gereken idareye yol gösterir nitelikteki bir kararı bulunmaktadır. İlk derece mahkemesi, SSK tarafından memura hukuka aykırı şekilde ödendiği iddia edilen ve ücret tahsili için açılan davada; bir kimsenin malvarlığının haklı bir sebep olmaksızın diğer bir kimsenin malvarlığı aleyhine çoğalmasının sebepsiz zenginleşme teşkil ettiği, sebepsiz zenginleşmenin Borçlar Kanununda düzenlenen borç kaynaklarından olduğu, bu borç kaynaklarından doğan uyuşmazlığın adli yargıda çözümleneceği gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Bunun üzerine Danıştay Beşinci Dairesi “*olayda ilgiliye, öğrenim durumu gözardı edilerek, hatalı ödenen ek gösterge tutarının geri alınması yolunda yetkili idari makamca gerekli idari işlemin tesis edilmesi ve bu işleme karşı ilgili gerçek kişinin iptal davası açması gerekmekte olup; kamu gücüne dayanarak icrai ve kesin nitelikte işlem tesis etme yetkisini haiz bulunan idarenin buna karşın bu yola gitmeyerek füzulen ödenen paranın faiziyle birlikte iadesi için ilgili gerçek kişiye karşı idari yargı merciinde açtığı davanın yukarıda belirtilen noktalardan bahisle reddedilmesi gerekirken Mahkemenin kanunun “idari” nitelikte olduğunu gözardı ederek davayı görev noktasından reddetmesinde hukuki isabet görülmemiştir” gerekçesiyle bozmuş ilk derece mahkemesinin ısrar kararı üzerine İDDGK, “*Bir davanın görüm ve**

⁹⁹ Danıştay Beşinci Dairesi’nin 05.11.2002 tarih ve E. 2002/685, K. 2002/4205 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

çözümünün idari yargının mı yoksa adli yargının mı görev alanına girdiği hususunun belirlenmesi ayrı; İdari yargıda açılan bir davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi uyarınca yöntemine uygun olarak doğru açılıp açılmadığı hususunun belirlenmesi ise ayrı konulardır. 2577 sayılı Kanunun 2.maddesi idari dava türlerini belirlemekte ve iptal ve tam yargı davalarının, kimler tarafından ve hangi nedenlerle açılabileceğini hükme bağlamaktadır. İdari yargı yerinde, 2577 sayılı Kanundaki bu belirlemeye uygun açılmayan her davanın ise, davanın konusu ve uyuşmazlığın içeriğine bakılmaksızın adli yargı yerinin görevine girdiği gerekçesiyle, görev yönünden reddedilmesi, hem adli idari yargı görev ayrımı hem de idari yargılamanın yöntem ve esasına uygun düşmemektedir. Danıştay Beşinci Daire kararında açıklandığı üzere; Mahkemenin konunun “idari” nitelikte olduğu hususunu gözardı ederek davayı görev yönünden reddetmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır” biçiminde karar vermiştir.¹⁰⁰

1. Rücunun İdari Yargı Kararıyla Yapılması

Doktrinde bir görüşe göre, zararın idare ile kamu görevlisi arasında bölüşümü aynı yargı yerinde, yani idari yargı yerinde yapılmalıdır. Çünkü tazminat davasının idari yargıya bırakılmasının neden ve amaçları, rücu davası için de tümüyle geçerlidir ve aynıdır.¹⁰¹ Kamu hizmetinin ve idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığını nasıl ki yalnızca idare mahkemeleri tespit edebiliyorsa, rücu davasında da idarenin sorumluluk kapsamını, hizmet kusurunu belirleyecek ve hizmetten ayrılan kişisel kusuru ayırt edecek ve dolayısıyla rücu oranını belirleyecek yargı yeri de idari yargı olmalıdır.¹⁰² Duran, “*idari tazminat davasını çözümlerken personelin şahsi kusurunu yargılamış bulunan Danıştay, neden İdarenin rücu davasında, kişisel eylem ve kusur söz konusu olduğu gerekçesiyle, sorumluluk ve tazminatın paylaşılmasına ilişkin ikinci aşamada aynı noktaları incelemek ve değerlendirmek yetkisinden mahrum olsun?*”¹⁰³ diye haklı olarak sormakta ve rücuda öngörülen “genel hükümler” ile Borçlar Kanunu hükümlerinin değil, İdare Hukuku ilke ve kurallarının uygulanması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 05.06.1992 tarih ve E. 1992/170, K. 1992/144 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

¹⁰¹ DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.44.

¹⁰² DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.44; GİRİTLİ, İsmet-BİLGİN, Pertev-AKGÜNER, Tayfun; İdare Hukuku, İkinci Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 660; GÜRAN, İdarenin ve Ajanın Sorumluluğu, s. 55; AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1055.

¹⁰³ DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.46.

¹⁰⁴ DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.48, GİRİTLİ-BİLGİN-AKGÜNER, s. 660.

Akyılmaz ise farklı bir gerekçeyle de olsa aynı sonuca varmaktadır. Yazar, haksız fiil ile şahsi kusur ayırımına dikkat çekerek “*idareyle kamu görevlisi arasındaki ilişki idare hukuku kurallarına tabidir*” ve “*kişisel kusur tamamen idare hukukuna özgü bir kusur çeşidi olup, kamu görevlisinin görevi, yetkileri, hizmet araç-gereçleri ve resmi sıfatı ile ilgili olarak karşımıza çıkan bir kusurdur*”. Bu nedenle kamu görevlisinin davranışının “*vatandaş olarak yaptığı kusurlu davranışları gibi, haksız fiil olarak nitelendirilmesi doğru değildir*”¹⁰⁵ demektedir.

Adli yargı organı, kamu görevlisini yargılarken kusurun idareye ait olup olmadığını takdir edemez. Buna karşın kamu yararı ve hizmet gereklerini belirlemede özel görevli olan idari yargı organı önüne gelen uyuşmazlıkta görev kusuru ile kişisel kusur ayırımını yapabilir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında, davalı görevlilerin olayda şahsi kusuru bulunup bulunmadığının araştırılmasına ve incelenmesine yer ve imkân bulunmadığını belirtmiştir.¹⁰⁶ Aynı şekilde Danıştay, kurumla personeli arasındaki ilişki kamu hukukuna dâhil olduğundan rücuun Borçlar Kanunu hükümlerine göre yapılmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir.¹⁰⁷

İdari yargının, tazminat talebine hükmederken rücu konusunu görüşüp görüşmeyeceği ve kamu görevlilerinin sorumluluk oranlarını belirleyip belirlemeyeceği temel sorundur. Danıştay bir kararında açıkça olmasa da rücu yapılması kaydıyla hüküm tesis etmiştir.¹⁰⁸ Mahkeme, kararında “*açıklanan nedenlerle, davalı idarece olayda kişisel kusuru bulunan kişi veya kişilere rücu edilmek kaydıyla davacının manevi tazminat isteminin kabulüyle ... lira manevi tazminatın davalı idareden alınarak davacıya verilmesine*” hükmetmiştir. Üstelik bu ifade kararın gerekçe kısmında değil hüküm kısmında yer almaktadır. “Rücu edilmek kaydıyla” ibaresi Anayasada da bulunan bir kayıttır, fakat bu kaydın mahkeme kararında geçmesi farklı bir anlam taşımaktadır. Akyılmaz, bu kararı değerlendirirken, kararda, rücuun işletilmesine zorlama gördüğünü fakat kararda izlenen yolun doğru olmadığını; ayrıca, hüküm kısmında “*kişisel kusur bulunan kişi veya kişilere rücu edilmek kaydıyla*” denilerek somut bir kamu görevlisinden bahsedilmemesi nedeniyle fail açısından icra edilebilecek bir ilam niteliğinde bulunmadığını ileri sürmüştür.¹⁰⁹ İdari yargı, idarenin sorumluluğuna hükmederken

¹⁰⁵ AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1053-1054.

¹⁰⁶ DURAN, Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, s.32.

¹⁰⁷ Danıştay Beşinci Dairesi'nin 26.11.1975 tarih ve E.1972/645, K. 1975/7739 sayılı kararı. Amme İdaresi Dergisi, C. 9, S. 2, s.120.

¹⁰⁸ Danıştay Beşinci Dairesi'nin 10.11.1997 tarih ve E.1995/3611, K. 1997/2485 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

¹⁰⁹ AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1052.

varsa kamu görevlilerinin kusurlarını ve oranlarını belirlemelidir. Böylece hem rücu işlerlik kazanır hem de uzman yargı organınca idarenin ve kamu görevlilerinin kusur oranları kolay ve hızlı bir şekilde tespit edilmiş olur.¹¹⁰

Danıştay, bakmakta olduğu tam yargı davalarında rücu konusuna çoğunlukla değinmemektedir. Bazı kararlarında ise nasıl ve kim tarafından yapılacağı yönünden ipucu vermeden sadece rücu yapılmasını gerekliliğini genel bir ifadeyle geçiştirmektedir. Örneğin bir kararında idarenin sorumluluğuna hükmetmiş ve gerekçe kısmında *“görevlilerin ağır kusurları söz konusu olduğundan, hükmolunan tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan görevlilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa ve yasa hükmü gereği”*¹¹¹ olduğunu belirtmiştir.

Danıştay’ın, tam yargı davasını görürken, aynı zamanda kamu görevlisinin kişisel kusurunu belirlediği ender kararları da bulunmaktadır. Bu yönde, DMK m. 13 hükmü öncesi ve sonrasına ait örnek karar bulunmaktadır. Üniversite rektörü tarafından idari görevine son verilen dekan tarafından açılan davada Danıştay, *“duçar olduğu ıstırap ve huzursuzluğu karşılamak üzere manevi tazminat olarak takdiren ve maktuan ... liranın davalı idareden alınarak davacıya verilmesine ve ... kararın ittihazındaki ağır hizmet kusurunun husulüne Rektör ...’ın şahsi kusurunun da yüzde kırk nisbetinde tesiri bulunduğu, olayın başlayış, akış ve kararın alınış ve uygulanış şekil ve seyrinden anlaşılmasına binaen davalı idarenin tazminat miktarının yüzde kırkı nisbetinde Rektörün şahsına rücu etmekte muhtar bulunmasına”*¹¹² karar vermiştir.

Danıştay bir başka kararında *“davalı idare ajanlarından tren makinistinin ... hususlara riayet etmediğinden %65 nispetinde, şef trenin makinisti ikaz etmediğinden %15 nispetinde, Gülağzı geçit bekçisinin kendi geçidinden geçen treni diğer geçit bekçisine haber vermediğinden %10 nispetinde, Büyük Karpuz Geçit bekçisinin de geciken bir trenin durumunu öğrenmeye tevessül etmediğinden %10 nispetinde hatalı olduğu”*na karar vermiştir.¹¹³

Burada değinilmesi gereken bir husus da zarar görenin adli yargıda özel kişilere karşı tazminat davasını kazanması üzerine, özel kişilerin idareye rücu davası açabilmeleri konusundadır. Adli yargı yeri, eğer idarenin de zararda kusuru varsa başta görevsizlik kararı vermesi gerekir, görevsizlik kararı vermeyerek esasa giriyorsa

¹¹⁰ AKYILMAZ, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, s. 1056.

¹¹¹ Danıştay Onuncu Dairesi’nin, 20.04.1989 tarih ve E. 1988/1042, K. 1989/857 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

¹¹² Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 12.02.1963 tarih ve E. 1962/2867, K. 1963/1192 sayılı kararı. DURAN, Lütfi; İdare Hukuku Meseleleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964, s. 191.

¹¹³ Danıştay Onikinci Dairesi’nin 03.03.1971 tarih ve E. 1968/388, K. 1971/541 sayılı kararı. Esin, s.205.

idarenin kusurunu görmediği sonucu çıkar. Buna rağmen zararı ödeyen kişi, idarenin de sorumlu olduğunu düşünüp rücu amacıyla dava açması durumunda görevli yargının idari yargı yeri olması gerekir.¹¹⁴ Çünkü idari işlem veya eylemden doğan bir zararın tahsili istenmektedir ki bu durumda görevli yargı yeri idari yargıdır.

2. Rücunun Adli Yargı Kararıyla Yapılması

Gerek doktrin gerek yargı kararlarında rücunun adli yargı organı tarafından çözümlenmesi gerektiği kanaati hâkimdir.¹¹⁵ Eren'e göre, rücunun "genel hükümlere" göre yapılması öngörülmemiş olsaydı bile rücu konusunda haksız fiil hükümlerinin yani Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekirdi.¹¹⁶ Karşı görüşteki Hink'e göre ise "İdare, disiplin işlemleri ile kusurlu kamu görevlisini cezalandırabilir. Yürürlükteki düzenlemelere uygun olarak kamu görevlisini uyarabilir, para cezası verebilir, bulunduğu görevinden alabilir ve hatta görevine son verebilir. Fakat hizmet kusuru dolayısıyla ödediği tazminatı adli dava ile geri talep edemez."¹¹⁷

Uyuşmazlık Mahkemesi, rücuda adli yargıyı görevli görmektedir. "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Kişisel sorumluluk ve zarar" başlıklı 12. maddesinde, "Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar. Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır. Zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır.(...)" hükmüne yer verilmiştir. Bu duruma göre, Devlet memurunun sebebiyet verdiği Kurum zararının ödettilmesi amacını taşıyan davanın, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerince çözümlenmesi gerekeceği açıktır. Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesinin 1/b. bendinde, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmış olup; olayda hakları ihlâl edilen kişi tarafından idare aleyhine açılmış bir tam yargı davası bulunmadığı gibi, idari yargı yerinde gerçek kişiler aleyhine dava açılmayacağından, ortada idari yargı yerince çözümlü gereken bir dava bulunduğundan sözetmek olanaksızdır."¹¹⁸

¹¹⁴ GÖZLER, s. 1069.

¹¹⁵ ONAR, Sıdık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, İkinci Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1757; DÜREN, Akın; İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1979, s. 305; GÜNDAY, s. 326; ATAY, s. 651; GÖZLER, s. 1069.

¹¹⁶ EREN, s.618.

¹¹⁷ HİNK, Heinz R; Service-Connected Versus Personal Fault In The French Law Of Government Tort Liability, Rutgers Law Review, Vol.18, 1963, s. 45.

¹¹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 12.06.2000 tarih ve E. 2006/14, K. 2006/20 sayılı kararı.

Yargıtay, hazine vekilleri tarafından kamu görevlileri aleyhine açılan rücu davalarını görev yönünden kabul ederek bakmaktadır.¹¹⁹

Danıştay İDDK, Beşinci Daire'nin manevi tazminata hükmetmekle beraber aynı dosyada rücu edilmesi yönündeki kararını "*Anayasanın 129 ve 657 sayılı Yasanın 13. maddesine göre, idarenin kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak sorumluluğu saptanan görevlilerden tahsil etmesi gerekmektedir. Hükmolunan tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan görevlilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa ve yasal bir zorunluluktur. Bu durumda idare aleyhine hükmolunan ..lira manevi tazminatın olayda sorumluluğu bulunan kişi veya kişilerden tahsilini sağlamak amacıyla idarece adli yargı yerinde açılacak bir davada öncelikle sorumlu veya sorumluların tespitinin sağlanması gerektiğinden idari yargı yerince bu yönde bir karar verilmesi yerinde görülmemiştir*" gerekçesiyle bozmuştur.¹²⁰

V. SONUÇ

Ülkemizde sağlık hizmetleri ve tıbbi müdahalelerden dolayı idarenin sorumluluğu kabul edilmektedir. Kamu görevlisi olması bakımından hekimlerin ve diğer sağlık personelinin de idareye karşı sorumluluğu tartışmasıdır. Bununla birlikte Anayasa'nın 129 ve DMK'nın 13. Maddelerinde emredildiği üzere kamu hastanelerinde meydana gelen zararlardan dolayı bireylerin sadece idare aleyhine dava açabilecekleri ve idarenin de kusurları oranında hekimlere ve diğer sağlık personeline rücu edeceği, öngörüldüğü ölçüde uygulama alanı bulmamaktadır. Kamu hastanelerinde meydana gelen zararlardan dolayı hekimler doğrudan sorumlu tutulmakta ve idare devre dışı bırakılmaktadır. Kamu görevlilerinin çalışma şevkini kıran, kamu hizmetlerinin aksamasına ve daha bir çok soruna sebep olan bu uygulama diğer yandan zarar görenin de hak ettiği tazminat miktarına ulaşmasına imkan vermemektedir.

¹¹⁹ Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nin 02.10.2000 tarih ve K. 2000/8089 sayılı kararı. ATAY, E. Ethem- ODABAŞI, Hasan- GÖKCAN, Hasan Tahsin; İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 627.

¹²⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 08.03.1999 tarih ve E. 1998/465, K. 1999/350 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

VI. KAYNAKÇA

- AKYILMAZ**, Bahtiyar; İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2004.
- AKYILMAZ**, Bahtiyar; İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- ALGAN**, Bülent; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- ATABEK**, Reşat; Hastanelerin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 1986, C. 60, S. 10-11-12.
- ATAY**, E. Ethem
- ODABAŞI**, Hasan
- GÖKCAN**, Hasan Tahsin; İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- ATAY**, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- AYAN**, Mehmet; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991.
- BEREKET BAŞ**, Zuhul; İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Sağlanması Aracı Olarak Tam Yargı Davaları, İdari Yargı Paneli, TBB ve Mersin Barosu, Mersin, 2003.
- BİRTEK**, Fatih; Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 3-4 , 2007.
- DURAN**, Lütfi; İdare Hukuku Meseleleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964.
- DURAN**, Lütfi; Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu Sorunu, AİD, C. 17, S. 2, 1984.
- DURAN**, Lütfi; Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu, Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara, 1974.
- DÜREN**, Akın; İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1979.
- EREN**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Beta, Ankara, 2001.

GİRİTLİ, İsmet

BİLGEN, Pertev

AKGÜNER, Tayfun; İdare Hukuku, İkinci Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2006.

GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku, C.II, Ekin Yayınları, Bursa, 2003.

GÜNDAY, Metin; İdare Hukuku, 7. Bası, İmaj Yayınları, Ankara, 2003.

GÜRAN, Sait; Anayasa'nın 128 ve 129 uncu Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri İle Bakanların Durumu, AİD, C. 17, S. 3, 1984.

GÜRAN, Sait; Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, Danıştay Dergisi, Yıl:12, S.46-47, 1982.

GÜRAN, Sait; İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler, AİD, C. 12, S. 1, 1979.

GÜRSOY, Kemal Tahir; Fransız ve Alman Hukukunda İdarenin Sorumluluğunun Gelişmesi ve Günümüzdeki Durum, İdare Hukuk Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara, 1979, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

HAKERİ, Hakan; Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1-3 Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, 2008.

HAKERİ, Hakan; Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

HİNK, Heinz R; Service-Connected Versus Personal Fault In The French Law Of Government Tort Liability, Rutgers Law Review, Vol.18, 1963.

KAPLAN, Gürsel; İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, AYİM Dergisi, S. 19.

KIZILYEL, Serkan; İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, 2007, Ankara.

ONAR, Sıdık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, İkinci Cilt, Üçüncü Bası,

Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu

İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

SEAVEY, Warren A.; “Liberal Construction” And The Tort Liability Of The Federal Government, Harward Law Review, V. 67, 1954.

SENCER, Muzaffer; Hekimlik ve İnsan Hakları, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C.15, S.127, Yıl.26.

YILDIRIM, Ramazan;İdare Hukuku Dersleri I, İkinci Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2006.

YILDIRIM, Ramazan;Sağlık Hizmetlerinden Adil Yararlanma Hakkı, Khuka, Kasım-2005.

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr.

BOŞ

Sahne Sanatları ve Engellilik
(Performing Arts and Disability)

Yrd. Doç. Dr. N. Münci ÇAKMAK*

ÖZET:

Engellilik, insanlar açısından normal bir durumdur. Buna karşılık engelli insanlar çeşitli alanlarda ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar. Sahne sanatları da bu alanlardan bir tanesidir. Toplumdaki engelli sayısı ile sahne sanatlarında yer alan (hem sanatçı sayısı hem de karakter/rol olarak) engelli sayısı arasında büyük fark vardır. Sanatta engelli karakterlere daha fazla yer verilmelidir. Ayrıca bir çok engelli sanatçının da rollerde yer alması gerekir.

Anahtar kelimeler: Engellilik, sahne sanatları, engelli ayrımcılığı, engelli sanatçı

ABSTRACT:

Disability is a normal condition for humans but disabled persons are discriminated in some areas. Performing arts is one of them. There is a great number of difference between disabled persons in society and in performing arts (both number of artists and as character/role). In the art, there must be more disabled character. Also many disabled artist must take place in roles.

Keywords: Disability, performing arts, disability discrimination, disabled artist

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

1- Giriş

Opera, bale, tiyatro ve dans gibi sahne sanatları, insan yaşamında önemli yere sahip sanat dallarıdır. Sahne sanatlarının verdiği görsel zevk, sosyolojik-toplumsal bazı olgular aklımıza geldiği zaman birazcık bozulmaktadır. Elbette ki bir bale yapıtını seyreden kimselerin hepsinin oyun esnasında bazı sosyal olguları düşünmesi beklenemez. Ancak sanat dalları biz insanlar için ise; “biz”ler içinde de dikkate alınması gereken bazı sosyal grupların olduğu şüphesizdir. Sanat-toplum ilişkisini yaşatırken toplumdaki bazı farklı grupların da bu sanat dalından pay alması gerektiği unutulmamalıdır.

Çalışmamızın amacı sahne sanatlarına dahil olan sanat dallarında engellilerin daha fazla yer alması gerektiğine dikkat çekmektir. Bunun sebebi, engellileri topluma veya sanata dahil etmek arzumuz değildir, sebep sadece toplumda engellilerin olmasıdır. Buna karşılık sadece engellilerin oynadığı eserleri konumuzun dışında tutmak istiyoruz. Bu eserlerde zaten ayrımcılık söz konusu olamaz. Önemli olan engelsiz olarak sahnede yer alan sanatçıların arasında engellileri görebilmektir. Amacımız engelliliğe dikkat çekmek de değildir, farkındalığı sağlamak da değildir, amacımız bazı sahne sanatlarında var olan aşırı estetik düşkünlüğünü ve toplumdan ayrıksı olan yapıyı eleştirmektir. Engellilere yardım amaçlı olarak roller verilmesini de desteklemiyoruz. Toplumdaki yaşam kesitlerinin olduğu gibi ele alındığı takdirde sorunların kendiliğinden ortadan kalkacağına işaret etmek istiyoruz.

Konumuz iki açıdan eleştiriler getirecektir. Birincisi, mevcut sahne sanatı dalları arasında engelliler neden az sayıdadır, ikincisi ise neden yazarlar engelli kahramanları konu edinmezler. Başka bir ifade ile engellilerin sahne sanatlarında yer alması iki yönlüdür. Engelsiz rolleri engellilerin oynaması ve engelli bir rolün engelli, veya engelsiz tarafından oynanması. Birincisinde görev yönetmen, koreograf veya rejisörlere düşerken ikincisinde ise yazarlara düşmektedir.

Suçlu olan aralarına engellileri almayan sanatçılar mıdır yoksa onları alkışlayan izleyiciler mi? Oyun sonunda alkışladığımız rejisör veya yönetmen belki de o oyunda bir ayrımcılık yaptı ve bizler bunu bilmeden alkışlıyor olabiliriz. Peki sanatçılar neden aralarında yeterli sayıda engelli sanatçı bulundurmuyorlar? İlk hareket kimden gelmelidir? Bu soruların yanıtlanması gerekmektedir.

2- Estetik ve Güzellik

İnsanlar güzel olanı tercih ederler. Bu durumu kabullenmek gerekir aksi halde bu durumla mücadele edemeyiz. Önemli olan, bu yok edilmez ayrımcılığı en aza indirmektir.

Sahne Sanatları ve Engellilik

Günümüzde sanat, “bir duygunun, bir tasarımın veya güzelliğin ifadesinde kullanılan metodların tümü, bu metodlar sonucunda ulaşılan üstün yaratıcılık” olarak tanımlanmaktadır.¹

Güzelliğe olan yatkınlık sanata da yansır. Yazarların ortaya koyduğu eserlerde ve efsanelerdeki kadınlar güzeldir, çekicidir. Tek eli olmayan dünyalar güzeli Juliet olamaz-aslında olması gerekir. Fakir olabilirler ama estetikleri düzgündür. Oysa ki gerçek hayat böyle değildir.

Hangi sanatçıya sorsanız engelliler hususunda duyarlı olunması gerektiği mesajını verir. Oysa gerçekte kendi düşüncelerine göre bir ayağı olmayan kişi Hamlet’i oynayamaz, protezli Dorabella² göremezsiniz, tek gözlü Carmen³ ise asla olamaz. Kanaatimizce önemli olan Hamlet’i oynamaktır, Hamlet’i mükemmel bedenle sergilemek değil. Sahnedeki kişi Hamlet değil, o rolü oynayan kişidir.

Baş roldeki şahıs engelli olduğu durumlarda ise normalden daha fazla alkışlanmamalıdır. Engelli birisi baş rolde oynayabilir bu gayet doğaldır. Fazla alkış, engelli hakkında “yapamayacak halde olmasına rağmen yapabildi” düşüncesini akla getirir. Engelliliğin normal bir durum olduğu bir türlü insanların aklına yerleşmemektedir. Engelli olarak Carmen’i oynayan sanatçı daha fazla alkışlanmamalıdır çünkü fazladan bir görev ifa etmemiştir, sadece rolünü oynamıştır.

Sahne sanatlarını yazanların bir kısmı da kusurludur. Çoğunlukla halktan kopuk konular, maceracı yaklaşımlar, standart olgular etrafında şekillendirilmiş eserler ortaya koymuşlardır. Bu dünyada zihinsel, görme veya işitme engelli, ortopedik engelli prens, kral, savaşçı, kraliçe çok azdır veya yoktur. Hatta şişman, kısa, çok zayıf gibi bedensel özelliklere de nadir rastlanılır. Dünyadaki engelli sayısı oranı ile sahne sanatı karakterlerindeki engelli oranı farkı çok büyüktür. Dünya nüfusunun %10’u, yani ortalama 600 milyon kişinin engelli olduğu⁴ dikkate alınırsa farkın ne kadar büyük olduğu rahatça anlaşılacaktır.

Engellilerin sanatlarda hak etmedikleri konumda olmaları, çekici (attractive) olmadıkları sorusunu akla getirebilir. Güzelliğin, çekiciliğin ve estetik değerlerin

¹ Atalay, Esra, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2004, s. 45.

² Cosi van Tutte operası.

³ Carmen operası.

⁴ Stein, Michael Ashley – Penelope J.S. Stein, (2007) Beyond Disability Civil Rights, *Hastings Law Journal*, Vol. 58:1203, June 2007, s. 1203.

istihdama etkileri⁵ olduğu iddia edilse de bu hususun engelliler açısından geçerli olduğunu düşünmüyoruz. Engeli olan kişiler güzel değildir ve çekici değildir gibi bir sonuç çıkmaz. Engelliler de engelsizlerle eşit derece muamele görürler. Hatta çok güzel bir engelli bayan, engelsiz ama çirkin bir bayandan daha şanslı olabilir, daha kolay iş bulabilir.

“Özürülere karşı olumsuz tutum ve yargılar, genellikle özürlü olmayan diğer bireylerin özürülülerle iletişim kuramamasından kaynaklanmaktadır.”⁶ Bu iletişim eksikliği sanata ve dolayısıyla sahne sanatlarına da yansımaktadır.

Çözüm ararken engelliye yönelik ayrımcılığı temel almak gerekmektedir. Nitekim “engellilere karşı olan ayrımcılık, çoğu kez ırk, renk, cinsiyet ve milliyet ayrımcılığından farklı olarak kendini göstermektedir.”⁷

3- Ayrımcılık

Engellilere yönelik olan ayrımcılık doğrudan ve dolaylı ayrımcılık şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan ayrımcılıkta engelli kişi, engelsiz bir kişiden daha az (düşük seviyede) ilgi görmektedir.⁸ Dolaylı ayrımcılık ise “engelli kişilerin baş edemeyecekleri koşullar sonucu ortaya çıkan ve onları toplumdan haksız yere eşit katılımdan dışlayan durum”⁹ olarak karşımıza çıkmaktadır.

Engelli bir insanı kasten ayrımcılığa maruz bırakmak biraz zordur çünkü çoğu ülkenin mevzuatında ve uluslararası metinlerde ayrımcılık yasaklanmıştır. Ayrıca karşıdakini incitmemek amacıyla hiç kimse engelli bir sanatçıya engelli olduğu için işine son verildiğini veya gösteride rol alamayacağını kolay kolay söyleyemez. Zaten engelliler bu aşamaya dahi gelememektedirler. Bu durum engelsiz sanatçı iken engelli hale dönüşen kişiler içindir. Ayrımcılık daha en başlarda, sanat okullarına öğrenci kabul edilirken veya yazarlar eserlerini yazarken meydana gelmektedir.

⁵ See Biddle-Hamermesh, Jan., 1998, Beauty, Productivity, and Discrimination: Lawyers' Look and Lucre, *Journal of Labor Economics*, Vol. 16, No. 1, (Jan., 1998), s. 172 vd; Mulford et al., (May., 1998), Physical Attractiveness, Opportunity, and Success in Everyday Exchange, *The American Journal of Society*, Vol. 103, No. 6, (May., 1998), s. 1565 vd; Corbett, William R., 2007, “The Ugly Truth About Appearance Discrimination and The Beauty of Our Employment Discrimination Law”, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Volume 14:153, s. 153 vd.

⁶ Ergün, Mehmet, “Ayrımcılık ve Özürülüler”, *ÖZ-VERİ Dergisi*, Mayıs 2005, Cilt 2, Sayı 1, s. 379.

⁷ Poston, Sarah, “Developments In Federal Disability Discrimination Law: An Emerging Resolution To The Section 504 Damages Issue”, *1992/1993 Annual Survey of American Law*, s. 419.

⁸ Bassar, Lee Ann – Melinda Jones, “The Disability Discrimination Act 1992 (CTH): A Three Dimensional Approach To Operationalising Human Rights”, *Melbourne University Law Review* (Vol 26 2002), s. 268.

⁹ Bassar, Lee Ann – Melinda Jones, “The Disability...”, s. 268-269.

Sahne Sanatları ve Engellilik

Günümüzde engelli olmamasına rağmen engelli gibi ayrımcılığa uğrayan kimseleri koruyan hukuk kuralları da hızla gelişmektedir. Sözgelimi Amerika Birleşik Devletlerinde uzunluk, kilo, kişisel görüntü gibi sebeplerden dolayı istihdam dışı bırakılmanın önlenmesi için ayrımcılık karşıtı düzenlemeler getirilmiştir.¹⁰

Sanat okullarına öğrenci kabul eden bazı sorumlu kişiler, engelli adayları elemek amacıyla ayrımcılık yapabilirler. Bundan başka bedensel özelliklerin “mesleki şart” olduğunu da ileri sürebilirler. Bu noktada ayrımcılıkla ilgili yasalara büyük görevler düşmektedir. Ayrıca rol paylaşımı esnasında engelli bir sanatçıya rol verilmemesi halinde, rol verilmeme işleminin engelle ilgisi olup olmadığını ispat etmek de son derece zordur. Bu tür konularda titiz davranılmalıdır.

Yukarıda bahsettiğimiz gibi sahne sanatları alanında isteyerek ya da istemeden doğrudan veya dolaylı ayrımcılık gündeme gelebilmektedir.

4- Ne Yapmalıyız?

Zihinlerdeki sahne sanatı anlayışının kökten değişmesi gerekmektedir. Tamamı “engelsiz” olan insanların yaşadığı hikayeler yalandır, bu hikayeleri tamamı “engelsiz” insanların sahneye koyması da sahtedir. Sahnedeki herkes (hem rol olarak hem de oyuncu olarak) engelsiz olamaz. Bu duruma son verilmelidir aksi halde sanatı, insan haklarının önüne geçirmiş oluruz.

Engellilerin oluşturduğu sahne sanatları grupları ve çalışmaları kendileri açısından yararlı olabilir. Sanatla ilgileniyor olmanın verdiği mutluluk ve tatmin duygusu engelli kişi açısından önemli olabilir. Ancak bu durum engelli-engelsiz kaynaşmasını sağlamaktan uzaktır. Engellilerin sahne sanatları yapabileceklerini ispatlamaları “öteki” olmalarının önüne geçememektedir.

Son yıllarda dünyadaki bakış açısı yeniden oluşmakta ve bu değişim, sanatla uğraşan engelliler değil engelsizken engelli hale gelen sanatçılar etrafında şekillenmektedir.¹¹

5- Sonuç

Sosyoloji ve felsefe güzel fikirler üretmesine rağmen bu fikirler hayata geçirilmediği takdirde hiçbir anlam ifade edemezler. Bu fikirleri hayata geçirecek en etkin güç ise devlettir/idaredir. O halde bu fikirleri hayata geçirici güce sahip

¹⁰ Hamermesh, Daniel S. – Jeff E. Biddle, (1994) Beauty and the Labor Market, *The American Economic Review*, Vol. 84, No: 5, (Dec., 1994), s. 1174-1175.

¹¹ Milner, Jenifer, Arts Impact-Artists With Disabilities Blur Boundaries, *Performing Arts*, Vol. 33, No. 3, s. 11.

olan devletin, işleyişini ve oluşumunu düzenleyen hukuk dallarına büyük vazifeler düşmektedir. Ne yazık ki günümüzde hukuk - sanat ilişkisi sadece fikri haklar hukuku boyutuna sıkışmıştır. Halbuki kamu hukuku kuralları olmadan sanat var olamaz.

Teşvikler, ödüller, koruyucu hükümler ve son olarak da cezalar ile birçok faaliyetin gerçekleştirilebileceğini düşünmekteyiz. Bazı konular iyiniyetle olmuyor ise gerekiyorsa zorlamayla olmalıdır. Madem ki 21. yüzyılda olmamıza rağmen bazı problemleri hala çözemedik; hatta daha üzücü bir anlatımla yüzlerce yıldır engellilerle uğraşmaktayız, o halde yöntemlerimizi sorgulamamız gerekmektedir. Hukuk kuralları ile sanat dünyasındaki bakış açılarını değiştirmek çok zordur ancak denenmelidir.

Toplumdaki engelli oranı kadar engelli sahne sanatçısı var olduğu zaman hiç kimse engelliliği umursamıyor demektir. Kimse umursamadığı zaman da ayrımcılık ortadan kalkmış olacaktır.

Kaynakça

- Atalay, Esra**, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2004, s. 43-66.
- Basser, Lee Ann – Melinda Jones**, “The Disability Discrimination Act 1992 (CTH): A Three Dimensional Approach To Operationalising Human Rights”, *Melbourne University Law Review* (Vol 26 - 2002), s. 254-284.
- Corbett, William R.**, 2007, “The Ugly Truth About Appearance Discrimination and The Beauty of Our Employment Discrimination Law”, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Volume 14:153, s. 153-178.
- Ergün, Mehmet**, “Ayrımcılık ve Özürlüler”, *ÖZ-VERİ Dergisi*, Mayıs 2005, Cilt 2, Sayı 1, s. 377-388.
- Hamermesh, Daniel S. – Jeff E. Biddle**, (1994) Beauty and the Labor Market, *The American Economic Review*, Vol. 84, No: 5, (Dec., 1994), s. 1174-1194.
- Hamermesh, Daniel S. – Jeff E. Biddle**, (Jan., 1998) Beauty, Productivity, and Discrimination: Lawyers’ Look and Lucre, *Journal of Labor Economics*, Vol. 16, No. 1, (Jan., 1998), s. 172-201.
- Milner, Jenifer**, Arts Impact-Artists With Disabilities Blur Boundaries, *Performing Arts*, Vol. 33, No. 3, s. 11.
- Mulford, Matthew - John Orbell - Catherine Shatto - Jean Stockard**, (May., 1998), Physical Attractiveness, Opportunity, and Success in Everyday Exchange, *The American Journal of Society*, Vol. 103, No. 6, (May., 1998), s. 1565-1592.
- Poston, Sarah**, “Developments In Federal Disability Discrimination Law: An Emerging Resolution To The Section 504 Damages Issue”, *1992/1993 Annual Survey of American Law*, s. 419-446.
- Stein, Michael Ashley – Penelope J.S. Stein**, (2007) Beyond Disability Civil Rights, *Hastings Law Journal*, Vol. 58:1203, June 2007, s. 1203-1240.

BOŞ

“İlm kesbile paye-i rif’at
Arzû-yı muhal imiş ancak...”
Fuzulî¹

Turfe dükkan-ı hikemdir şu kühen tak-ı felek:
Ne ararsan bulunur derde devadan gayri!
Koca Ragıp Paşa

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

Dr. Sedat ÇAL²

ÖZET

İdare hukukunun kurucu kavramları arasında en başta geleni olmasına karşın, kamu hizmeti üzerindeki tartışmalar sonuçlanmış değildir ve belirsizliğini halen de korumaya devam etmektedir. Kavramın hangi unsurlardan oluştuğu, niteliklerinin neler olduğu, kavramı oluşturan nedenler ile sonuçlarının karıştırılabilmesi, felsefi veya tarihi arka planında yatan gerçeklikler, vb. gibi hususlar daha uzun süre tartışma konusu olmaya aday görünmektedir. Çalışmada, kamu hizmeti kavramının bu güne değin üzerinde bir türlü mutabık kalınmamış tanımı üzerinde –her türlü eksiklikleri taşımaya aday olsa dahi- bir denemeye gidilmesi öngörülmektedir. Bu yapılırken, iktisadi yaklaşımdan, bu yeni tanım denemesinin önemli unsurlarından biri olarak çalışmada yararlanılmıştır. Böylece, kamu hizmetinin yeni bir tanımı çerçevesinde olası çözümlenmeleri gündeme getirebilmesi ümit edilmektedir. Çalışmada önerilen tanım denemesiyle, en azından hukuk öğretilerinde eleştirileri davet ederek, kamu hizmeti kavramının daha sağlam bir hukuksal zemine oturtulabilmesine yönelik olası bir katkıdan söz edilebileceği düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti, Anayasal Ekonomik Hak ve Özgürlükler, Rekabet, Kamusal Korunma Gereksinimi, Tekel ve Stratejik Sektörler.

Public Service: Attempt for a Definition

Sedat ÇAL, Ph.d.

ABSTRACT

Albeit it constitutes the foremost important pillar constructing administrative

¹ Karahan, Abdulkadir; Fuzulî (Muhiti, Hayatı ve Şahsiyeti), Milli Eğitim Bakanlığı Yayınevi, İstanbul, 1996, s. 300.

² Kıdemli Uzman - Yatırımlar Direktörlüğü, Enerji Şartı Sekretaryası (Senior Expert - Investment Directorate, Energy Charter Secretariat), Brüksel. Eleştiri ve yorumlar için: cal@encharter.org veya sedatcal@gmail.com.

law, discussions on the public service concept have not yet come to an end, and still remains to be obscure. Moreover, it is destined to stay as such in the foreseeable future, especially regarding what features it is comprised of, which areas it covers, what lies in its philosophical or historical background, or the confusion over mixing its reasons with the results, etc.. This paper envisages to analyse certain aspects of the concept and to revisit the current understanding that prevails in the literature by employing a different viewpoint, while acknowledging all possible shortcomings. In doing so, an economics approach has been utilised as an important tool in the analysis to reach at a new definition. Therefore, it is aimed at provoking discussions in the literature to induce possible solutions through this suggested new approach. By way of this new definition, the least contribution could perhaps be to help establish a more sound legal framework regarding the public service concept, by inviting discussions in the literature.

Key Words: Public Service, Constitutional Economic Rights and Liberties, Competition, Need for Protection of the Public, Monopoly and Strategic Sectors.

1. Giriş

Kamu hizmeti, öteden beri idare hukukunun en temel ve kurucu, buna karşın aynı zamanda en tartışmalı kavramı olagelmıştır. Kamu hizmeti kavramı üzerindeki tartışmalar, idare hukukçuları tarafından öteden beri üzerinde mutabakat sağlanmaya çalışılan belli başlı konulardan birisi, belki de en önde gelenidir, zira bu hukuk dalının en temel unsurunu kapsamaktadır.

Kamu hizmeti, idare hukukunun en temel kavramlarından biri olmaktan başka, bu hukuk dalını açıklamakta kullanılan başlıca temel kurucu unsur olarak³ da değerlendirilmektedir. İdare hukukunun ülkemizdeki kurucusu Sıddık Sami Onar'ın başyapıtı olarak kabul edilen İdare Hukukunun Umumî Esasları adlı eserinin kamu hizmeti kavramı üzerinden kurgulanmış olması, bu durumu açıklamaya yeterlidir sanıyoruz.

Onar'a göre, kamu hizmeti ve idarî rejim (ile bunlara ilaveten kamu yararı⁴) kavramları, idare hukukunun konusunu oluşturur.⁵ Jeze ve Duguit'nin kurucusu olduğu "kamu hizmeti öğretisi"nde de, idare hukukunun kamu hizmeti kavramı üzerine kurgulandığı görülür.⁶

Bununla beraber, kamu hizmetinin, öğeleri arasında bulunan bütünlüğü ve birliği yitirdiğinden, artık ne İdare Hukukunun tümünü kapsayan genel ve temel bir kavram ve keza ne idari yargının görev alanını tek başına belirleyen bir ölçüt olduğu da savunulmakta; dolayısıyla, bir idari faaliyetin hukuki rejimini ve görevli yargı mercii tayin etmediği, esas itibarıyla yetkili ve görevlilere yön verdiği ve doğrultu gösterdiği de ileri sürülmektedir.⁷

Öte yandan, kavramın bu önemi, idare hukukunun kapsama alanını belirleyici olmasından ileri geldiği gibi, toplumsal yapı içerisinde imtiyaz sözleşmeleri gibi başka tartışmalı ve toplumsal yaşamda fevkalade önemli diğer kavramları tayin edici biçimde kullanılmasından da kaynaklanmaktadır. Sözgelimi, idarenin taraf olduğu uyumsuzlıklardan hangisinin idari yargının görev alanına girdiğini belirlemede

³ Bkz. Karahanoğulları, Onur; Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 184.

⁴ Kamu yararı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıllıoğlu, Tekin; Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, İHİD (Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), 1988, s. 11-22; keza, bkz. Gözler, Kemal; İdare Hukuku, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 223, 224.

⁵ Bkz. Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 13.

⁶ Bkz. Atay, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 474, 475.

⁷ Duran, Lütfi; İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 311, 312.

kullanılan en önemli ölçüt, uyumsuzluk konusunun bir kamu hizmeti faaliyeti olup olmadığı üzerinden gerçekleştirilmektedir.⁸

Sonuçta, öğretiden bir görüşe göre, “tüm kriz saptamalarına karşın kamu hizmeti idare hukukunun temel kavramı olma özelliğini sürdürmektedir.”⁹ Hatta, kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun da ötesinde, giderek kamu hukukunun temel kavramı olarak da algılanabilmektedir.¹⁰

Derbil’e göre de, bu temel kavram, yalnız idare hukukunun değil, bütün kamu hukukunun en önemli olmakla beraber en çetrefil ve bulanık kalmış konularından biridir.¹¹ Giderek, öğretinin yanı sıra yargının da benzer görüşü paylaştığı ve “... kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır”¹² ifadesine yer verdiği görülüyor. Nihayet, değinmekte yarar var ki, idare hukuku yazınında sıklıkla yer verilen ünlü ifadesinde Truchet, kimsenin kamu hizmeti için tartışmasız bir tanım veremediğini, yasa koyucunun bunu dert edinmediğini, yargıçların değerlendirme serbestliklerini kaybetmemek için tanımlamak istemediğini, öğretinin ise başaramadığını savunmaktaydı.¹³

Diğer yandan, kamu hizmeti sadece hukukun ve özellikle de idare hukukunun “kurucu unsur”¹⁴ niteliğini taşıyan kritik önemdeki bir konusu olmakla kalmamakta, diğer disiplinlerde de belirleyici niteliğini göstermek suretiyle önemli bir alanı işgal etmektedir. Bu bağlamda, kamu hizmeti “devletin görevleri/işlevi” anlamında siyaset biliminin, “kamu kesimi” ve “kamu malı” şeklindeki ayırım üzerinden de kamu ekonomisi ve kamu maliyesi alanlarının inceleme konusunu oluşturmaktadır.¹⁵ Nihayet, kavramın saf hukuksal yaklaşımların ötesinde, yerine göre siyasal veya felsefi bakış açılarına göre yorumlanabildiği ve bu meyanda çok farklı yargıların ortaya çıktığı söylenebilir.

⁸ Ulusoy, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 12.

⁹ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 95, 184.

¹⁰ Duguit, Leon; Kamu Hukuku Dersleri, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, 1954, s. 76.

¹¹ Derbil, Süheyp; Kamu Hizmeti Nedir?, AÜHFM, C. VII, Sy. 3-4, 1950, s. 28.

¹² Danıştay 10. Dairesi’nin 6 Şubat, 2002 tarih ve E. 1999/2407, K. 2002/347 sayılı kararı.

¹³ Didier Truchet, Label de Service Public et Status de Service Public, AJDA, 1982, s. 428’den aktaran: Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., 9 no.lu dipnot, s. 6; Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, Turhan Kitapevi, 1998, s. 433.

¹⁴ Gülan, Aydın; Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İÜHFM, C. 56, Sy. 1-4, 1998, s. 102.

¹⁵ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 9.

Çalışmamızda münhasıran idare hukuku anlamında kamu hizmeti kavramına yönelik bir incelemeye gidilmesi yaklaşımı egemen olmakla birlikte, bu kavramın özellikle ekonomi ve finans içerikli yaklaşımlardan berkitilen kimi yönlerine dikkat çekilmek suretiyle daha yetkin bir analize varılabileceği anlayışı da gözden ırak tutulmamaktadır. Zira açıktır ki, “(e)n yaratıcı sezgiler, disiplinler arası işbirliğinden beslenir.”¹⁶

Öte yandan, özellikle iktisadi boyutu olan konularda hukuk ile diğer alanların örtüşmesi, “... çok yönlü bir bakış ve kavrayışı gerektirmektedir.”¹⁷ Bu bağlamda, idare hukuku bağlamında kamu hizmetini ele alırken konunun hukuk açısından değerlendirilmesi zorunlu olsa da¹⁸, “... bugüne kadar yanlış bir kavrayışla gelişmiş bulunan sınırlandırıcı ve (giderek) körleştirici hukuk yaklaşımının sınırlarını zorlamaya çalışmak da bir zorunluluktur” ve dolayısıyla bu anlamda “... disiplinler arası bir gezintiye çıkmak zorunlu(luluğu vardır).”¹⁹

Nitekim, öğretilen bir görüşte;

“(e)konomi politiğın biçimlendiği 18. yüzyıldan ayrı bir bilim dalı olarak kendini kabul ettirdiği 20. yüzyıl başlarına kadar, iktisat bilimi(nin) çoğu ülkede hukuk fakültelerinin bünyesinde yer al(mış olmasına karşın) ... günümüzde hukukçuların, doktrinin dar ve katı kalıplarını terk etmeyi göze alarak, hukukun hayata geçirilmesinde devreye giren hukuk alanı dışındaki etmenleri daha fazla dikkate aldığı, en azından gelişmiş ülkelerin bazılarında bunun böyle olduğu”²⁰

ileri sürülmektedir.

Bununla beraber, hukukun diğer alanlarında belki yerinde görülebilecek bu değerlendirmenin, idare hukuku alanında pek de geçerli olmadığı söylenebilir. Zira, “(k)amu hizmeti konusunda, siyaset bilimi yüzyıl başında az da olsa idare hukukuna sızabilmişse de kamu maliyesi, kamu ekonomisi ya da genel olarak ekonomik yaklaşımlar idare hukuku alanında hemen hiç kullanılmamıştır.”²¹

¹⁶ Punam Keller’ dan aktaran: Murray, Sarah; Diverse Disciplines That Together Bring Enlightenment, Financial Times, 14 Ağustos, 2006, s. 7.

¹⁷ Tan, Turgut; Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi, AİD, C. 8, Sy. 2, Haziran 1975, s. 49.

¹⁸ Bkz. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 9.

¹⁹ İbid..

²⁰ İnsel, Ahmet; İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki, Güncel Hukuk Dergisi, Aralık 2005 (www.birkimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=113).

²¹ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 9.

İşte, bu düşüncelerden hareketle, çalışmamızda kamu hizmeti kavramına yönelik kimi değerlendirmelere yer verirken ve buradan hareketle bir tanım denemesine girişirken, analitik bir yaklaşımla hareket edilmesi gereğini ön planda tutmaya gayret ettiğimizi vurgulamak isteriz. Zira, Onar’ın ifadesiyle;

*“... idare hukukunda bu hukukun kökünü, kaynağını teşkil eden siyasî, iktisadî, içtimaî olayları, bu olaylardan kaidenin nasıl ve niçin çıktığını ve ne gaye takip ettiğini ihmal etmek doğru olmaz.”*²²

Şu halde, kamu hizmeti kavramının hukukumuzda ortaya çıkış biçimlerini, hangi hukuksal kurumların oluşumunda yararlanıldığını, geçmişten bu yana ülkemizde ve kaynak Fransız hukukundaki uygulanış biçimleri ile gerekçelerini, hangi ihtiyaçları karşılamak üzere kullanıldığını, özetle, hangi “çıkarlar dengesi” içerisinde kurgulandığını ele almaksızın irdelemek, yerinde olmayacaktır.²³ Öğretiden bir görüşle ifade edersek, “(h) iç şüphesiz, ilmî bir tetkik, metinler üzerinde değil, her hâdisenin sebeplerini ve neticelerini araştırmak suretile yapılabilir.”²⁴ Yine, çok daha eski dönemlerden bir değerlendirmeye göre;

*“(i) limde büyük güçlüklerden biri, gördüğümüz hâdiselerin göremediğimiz sebeplerini araştırmaktır. Hâdiseler iştirak ettikleri sebeplerle –halkalarını birbirinden ayırmak kabil olmayan- ince bir zencir teşkil eder. Bir ilim adamının vazifesi, bu bağları araştırarak müşterek esasları bulabilmektir.”*²⁵

Sonuç olarak, kavramın tanımına ve kapsamının belirlenmesine yönelik gerek öğretideki görüşlerde ve gerek yargı kararlarında ele alınan unsurlar itibariyle, yeniden bir değerlendirmeye gidilmesine gereksinim bulunduğu kanısını taşımamız, bir tanım denemesine girişilmesindeki başlıca etken olmuştur.

Doğaldır ki, kamu hizmetinin hangi nitelikleri içereceği, kamu hizmetine ilişkin faaliyetlerden doğan uyuşmazlıkların çözüm mercii, kamu hizmeti olarak

²² Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. XII.

²³ Bu hususlar, işbu çalışmanın öncülü niteliğindeki bir başka çalışmamızın içerisinde ayrıntılı biçimde değerlendirilmekte ve bu nedenle –tekrar etmiş olmamayı teminen- burada ayrıca yer verilmesinde yarar görülmemektedir. Bu itibarla, anılan hususlar bağlamında bkz. Çal, Sedat; *Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*, içinde Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan (Vedat Yayıncılık tarafından yayımlanmak üzere olan bahsekonu kitapta yer almasını teminen, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde oluşturulan yazı kuruluna 7 Şubat, 2009 tarihi itibariyle teslim edilmiştir).

²⁴ Derbil, Süheyy; *İdare Hukuku*, C. I, AÜHF Yayını, Ankara, 1940, s. 8.

²⁵ Musliheddin Âdil (Mukayeseli Hukuku İdare, İstanbul, Güneş Matbaası, 1933)’den aktaran: Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 102.

tanımlanacak faaliyetlerde idarenin ne türden bir işlev üstleneceği gibi, kavramın içerdiği –veya bağlantılı olduğu veçhile irdelenmesi gerekli- pek çok husus bulunmaktadır.²⁶ Bununla birlikte, bu çalışmanın amacı, çok daha sınırlı bir ölçekte bugüne kadar kavrama yönelik tanımların bir araya getirilmesi ve yeri geldikçe eleştirilmesi, giderek iktisadi bir yaklaşımla ortaya yeni bir tanım denemesi konulması yönünde bir girişimden ibarettir.

Kuşkusuz, Derbil’in ifadesiyle, eleştiri “hukukçuya düşen işlerin en incisi” ve “hukukçunun en cılız yeri” olsa da, “tehlikesi ne olursa olsun” eleştiri yapılmalıdır, zira, “tenkit ederken yanlışlık yapılsa bile bunda kazanç vardır. Çünkü, başka bir hukukçu böyle bir tenkit yanlışlığını düzeltirken gerçekliğe, yani topluluğun doğru buluşma ve ihtiyaçlarına uygun bir düşünüşe daha çok yaklaşabilir”²⁷

Arat da benzer bir yaklaşımla konuya eğilmekte ve hukuk alanında eleştirinin önemine dikkat çekmektedir, buna göre:

*“Hukukçu, kendini teyit edenden çok, kendini eleştireni okuyacaktır; bu eleştiriler “ETKİLENMEYE” de amade olacaktır. Eleştiriden etkilenmeyen bir normatif yapı ve onu reel hayata transfer etmeyen adli bir mekanizma asla gelişemez.”*²⁸

Bu itibarla, kamu hizmetine yönelik bir tanım denemesine girişmek –Truchet’nin de vurguladığı üzere- son derece güç bir iştir ve yüzyıldır belirsizliğini koruyan bir kavramın bir makalede ileri sürülen görüşle birdenbire berraklık kazanacağını ummak, sözkonusu dahi edilemez, giderek, adil bir beklenti de sayılmamak gerektir. Dolayısıyla, çalışmada ileri sürdüğümüz tanım denemesinin ve bu bağlamda dayanak tuttuğumuz görüşlerin, konunun ne denli tartışmalı bir kavramı içerdiği de dikkate alındığında, yanılma payının yüksek olması neredeyse kaçınılmazdır. Ne var ki, bu hataların, Derbil’in değindiği üzere, daha az eksiklikler içeren görüşlerin ortaya çıkmasına –belki- katkı sağlaması, olası en büyük yararını oluşturacaktır ve giderek naçizane ümidimizdir.

2. Kamu Hizmeti: Kavram, Tanım ve Kapsam

Kamu hizmetinin tanımı ve niteliği hakkında değişik yaklaşım ve görüşler bulunmaktadır. Aşağıdaki paragraflarda bu yöndeki farklı görüşlere yer vermekteyiz. Hemen belirtelim ki, öğretilerde –her ne kadar “kamu hizmeti”nin belirli ve şaşmaz bir

²⁶ Bkz. Çal, Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler, op. cit..

²⁷ Bkz. Derbil, İdare Hukuku, op. cit., s. VI.

²⁸ Arat, Tuğrul; Önsöz, içinde Rifat Erten, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, BTHAE, Ankara, 2005, s. VIII.

ölçütü bulunmasa da²⁹ kamu hizmetinin tanımlanmasına yönelik kimi ölçütlerden yararlanılarak sözkonusu belirsizliğin giderilmesine çalışıldığı gözlenmektedir.

Kamu hizmeti kuramının ülkemizdeki kurucusu³⁰ olan Onar, kamu hizmetinin geniş anlamda “Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve kollektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş devamlı ve muntazam faaliyetler”³¹ ve dar anlamıyla da “kamu idare veya müesseselerinin kamu hukukuna özgü yöntemler dairesinde ve bu hukuktan doğan yetkilere dayanarak gösterdiği faaliyetler ve yaptığı hizmetler”³² şeklinde tanımlandığına değinmekte ve fakat kamu hizmeti kavramının vazih, açık olmadığını da hemen akabinde ilave etme ihtiyacını duymaktadır.³³

Bir diğer tanıma göre ise, kamu hizmeti;

*“kamu tüzel kişileri ya da bunların denetim, gözetim ve sorumluluğu altında özel girişim tarafından yürütülen etkinliklerdir.”*³⁴

Yine, öğretilen bir başka tanıma göre;

*“Kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir.”*³⁵

Bir diğer tanımda da;

²⁹ Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 308.

³⁰ Onar, ülkemizde “Kamu Hizmetleri Okulu”nun kurucusu olarak kabul edilmekle beraber, aksi yönde görüşe de rastlanmaktadır. Karahaoğulları’na göre, Onar’ın ilk eseri olan 1935 tarihli İdare Hukuku Ders Notları’nda kamu hizmeti anlayışına yer verilmezken, Mustafa Şeref Özkan’ın yine aynı tarih ve isimli eserinde kamu hizmetinin idare hukukunun temeli olarak ele alındığı, keza, Âdil Musliheddin’in 1933 tarihli Mukayeseli Hukuku İdare adlı eserinde de kamu hizmeti anlayışının temel alındığı görülmektedir; Onar’ın bu yönde kamu hizmeti anlayışına ilk yakınlaşmasının ise 1936 yılındaki bir çalışmasında ortaya çıktığı, esaslı olarak da 1938 yılında yayımlanan İdare Hukuku adlı eserinde görüldüğü zikredilmektedir (bkz. Karahanogulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 97-102).

³¹ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 13.

³² İbid., s. 36.

³³ İbid., s. 14.

³⁴ Giritli, İsmet – Bilgen, Pertev – Akgüner, Tayfun; İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 847.

³⁵ Gülan, Aydın; Kamu Hizmeti Kavramı, İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı), Yıl 9, Sy. 1-3, 1988, s. 148.

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

“Kamu Hizmeti, bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetlerdir. Diğer bir ifadeyle kamu hizmeti, kamu tüzel kişisi tarafından sağlanan veya üstlenilen kamu yararı amacına yönelik bir faaliyettir.”³⁶

Kamu hizmeti kavramındaki en önemli ögenin yönetim biçimi olmayıp, amacı ve bunun sorumluluğunu üstlenen organın niteliği olduğu görüşünden hareket eden Duran ise, kamu hizmetini şöyle tanımlamaktadır:

“Kamu hizmetleri, Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin toplumun, halkın veya umurun ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını gereği gibi karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan doğruya ifa ettiği, ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı her türlü faaliyetlerdir.”³⁷

Daha yakın zamanlarda yapılan bir başka tanıma göre de;

“Kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olamaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuki rejim) tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet kamu hizmetidir.”³⁸

Yine, yakın zamanlarda ortaya konulan bir diğer tanım ise, şöyledir;

“(k)endine özgü bir hukuksal rejim içinde idare veya onun sorumluluğunda özel hukuk kişilerin yürütülmesiyle kamu yararı elde edileceği yetkili organlarca kararlaştırılan faaliyetler kamu hizmetleridir.”³⁹

Özay’a göre ise, kamu hizmetleri kısaca şu üç ögeden oluşmaktadır:

“1. Ortak, genel yani kollektif ve karşılanmamış⁴⁰ bir gereksinimin bulunması;

2. Bu ihtiyacın bir kere giderilmekle tükenmeyip süreklilik göstermesi ve

³⁶ Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 219.

³⁷ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 307.

³⁸ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, op. cit., s. 13.

³⁹ Tiryaki, Refik; *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 235.

⁴⁰ Toplumda halihazırda özel sektör eliyle yürütülmekte olan kimi faaliyetlerin bu gereksinimi karşılamakta olması da muhtemeldir; bu itibarla, “karşılanmamış” ibaresiyle sadece halen böyle bir tatmin durumunun sözkonusu olmadığı hallerin kastedildiği ve dolayısıyla “karşılanmakta” olan hizmetlerin de kapsam dahilinde bulunduğu kabul edilmek gerekir. Bu anlayış, Anayasa’nın 47. maddesinde yer verilen “özel teşebbüs tarafından yerine getirilen kamu hizmetleri” ifadesiyle de uyumludur.

3. Giderilmediği, daha doğrusu topluma haz vererek giderilmediği, yani tatmin edilmediği takdirde de bir huzursuzluğun başgöstereceği ve böylece kamu düzeninin bozulabileceği öngörüsü.”⁴¹

Kamu hizmetini en geniş şekliyle tanımlayan⁴² bu görüş, organik unsuru zorunlu kabul etmeyerek idare tüzel kişiliğinin dışında kalan kamu hizmetlerini idare hukukuna bağlı kılması bakımından “objektif nazariye” olarak adlandırılmaktadır.⁴³

Görüldüğü üzere, bu yaklaşımda “faaliyetin kamusal usüllerle yürütülüp yürütülmemesi başlıbaşına belirleyici bir faktör değildir.”⁴⁴ Böylece, kamu iktisadi teşebbüslerince özel hukuk kurallarına göre yerine getirilen⁴⁵ ve hatta özel sektör tarafından yürütülen kimi hizmetler de kamu hizmeti olarak kabul edilebilecektir.

Nitekim, Onar’a göre de;

“hususî hukuktakinden ayrı bir usûl ile görülmesini âmmî hizmetinin umumî bir karakteri ve unsuru saymak, âmmî hizmeti olduğunda bugün şüphe edilemeyen sınıî ve iktisadî âmmî hizmetleri(nin) bu mahiyetlerini inkâr (anlamına gelecektir)... (Bu itibarla) “âmmî hukukuna mahsus usuller ve üstün salâhiyetlerle görülmesi ... âmmî hizmetinin mahiyetinden çıkan bir netice ve âmmî hizmetlerinde ekseriyetle tesadüf edilen ve âmmî hizmetine mahsus olan bir vasıf (olmakla) beraber ... ayrılmaz bir unsur ve zarurî bir vasıf (değildir).”⁴⁶

Bununla birlikte, öğretide yukarıdaki paragraflarda yer verilen düşüncelerin aksi yönünde yaklaşımlara da –kuşkusuz- tesadüf edilmektedir. Bu minvalde serdedilen ve hizmetin kamu hukuku alanında görülmesini esas alan görüş uyarınca, sözgelimi, spesifik hukuki rejime tâbî tutulma yahut kendine özgü bir hukuksal rejim içerisinde idare tarafından yürütülmesi, kamu hizmetlerinin belirlenmesinde etken olacaktır.⁴⁷ Hizmetin üstün yetkilerle görülmesi bağlamında ortaya konulan görüşe göre de “... kamu hizmetinin belirleyici özelliği, üstün yetkilerle donatılmış olmasıdır.”⁴⁸

⁴¹ Özay, İl Han; Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, İÜHFİM, C. 56, Sy. 1-4, 1998, s. 295.

⁴² İbid..

⁴³ Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 47.

⁴⁴ Özay, Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, op. cit., s. 295.

⁴⁵ İbid..

⁴⁶ Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, op. cit., s. 25, 26.

⁴⁷ Bkz. yukarıda 38 ve 39 no.lu dipnotlarda atıf yapılmış olan, Ulusoy ve Tiryaki’ye ait iki ayrı görüş.

⁴⁸ Çırakman, Birsen; Kamu Hizmeti, AİD, C. 9, Sy. 4, 1976, s. 88.

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

Bununla beraber, “üstün yetkiler” kavramı üzerinden kamu hizmetinin belirlenmesinde ciddi sorunlar bulunduğu ve giderek uygun bir ölçüt olmadığı düşüncesindeyiz. Zira, var olduğu savlanan üstün yetkilerin, kamu hizmeti olarak algılanmadığı gözlenen pek çok özel faaliyet alanı bakımından da sözkonusu olduğu açıktır. Yine, benzer şekilde, idarenin sözleşmelerinde üstün yetkilere dayanarak idari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayırımına gidilmesinin de yanlış olduğunu düşünüyoruz; zira, özel kişiler arasındaki pek çok sözleşmede de taraflar arasında üstünlük bakımından dengesizlik yaratan, hatta taraflardan birine tek yanlı fesih yetkisi tanıyan hükümlere yer verilebildiği bilinmektedir.

Öte yandan, hemen yukarıda –özellikle Özay’a atfen yer verilmiş olan- birinci yaklaşım çerçevesinde organik unsur koşulu reddedilmiş olmakla beraber, bu defa başka bir sorun ortaya çıkmaktadır: Üstün yetkiler veya kamu hukuku usulleri altında yürütülmeyen (giyim eşyası üretimi gibi) kimi özel sektör faaliyetlerinin –devletin yetkilerinin *denetim* ve *gözetim* seviyesine ulaşmadığı gerekçesiyle- kamu hizmeti olmayacağını ileri sürmek, fakat aynı faaliyet devletçe özel sektörle beraber birbirine paralel olarak yürütüldüğünde devletin bu faaliyetini kamu hizmeti olarak kabul etmek⁴⁹, organik unsurun koşul olarak reddedilmesi bağlamında bir çelişki yaratıyor görünmektedir.⁵⁰ Zira, açıktır ki, devletin giyim eşyası üretimi örneğindeki faaliyetine “kamu hizmeti” diyebilmek için, organik unsuru kullanmaktan başka bir çözüm görünmemektedir.

Yine, Onar’a göre, bir teşebbüsün sırf ticaret hukuku usul ve kaidelerine göre çalışması, kâr gayesi takip etmeyen müessesenin tâcir sayılmasını gerektirmeyeceği gibi, devletle ve toplumla ilişkisinde kamu hukukunun tesirinden kurtulmasını veya işletme aşamasında kamu hizmetlerinin murakabesi altında kalmasını gerektirmez. Nitekim, imtiyazlı şirketler aracılığıyla görülen kamu hizmetleri gerek şirketin kuruluşu ve iç faaliyeti ve gerek hizmetten yararlananlarla arasındaki işlemlerin görünüşü itibarıyla özel girişim ve faaliyetlerle benzerlik içinde olmasına karşın

⁴⁹ Bilgen, Pertev; Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, Yıl 1-5, Sy. 1-3, Mart 1980-84, s. 114.

⁵⁰ Derbil’e göre, kamu hizmetlerinde mümkün oldukça özel hukuk kurallarının uygulanması; tekel halinde olmayan ve özel işletmelerle paralel çalışan kamu hizmetleri için üstün haklar tanımak suretiyle özel işletmelerin durumlarını güçleştirmekten kaçınılması, tamamiyle özel işletmeler durumunda bir kamusal hizmetin kurulması sonucunu doğurmaz; süreklilik, eşitlik, hasbîlik ve değişkenlik esasları, kamu hizmetini ayırdetmek için yetinilir birer ölçüt olarak kalacaktır (Derbil (İdare Hukuku, C. II, s. 425)’den aktaran: Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 170). Karahanoğulları’nın kendi görüşünde de, benzer bir saptamaya gidildiği görülüyor, buna göre; “(ö)zel yürütümün, yani ortak hukukun araçlarının ağırlıklı olarak kullanıldığı sınai veya ticari kamu hizmetlerinde bile zorunlu bir kamusal yürütüm unsuru bulunmaktadır” (bkz. İbid., s. 175, 176).

kamu hizmeti mahiyetini kaybetmemektedir.⁵¹ Böylece, kamu hizmetlerinin sadece kamu veya özel hukuka bağlı olmayıp, konu ve amaçlarına göre her ikisine de tâbi tutularak karma bir hukukî rejim içerisinde görüleceği sonucuna ulaşılmaktadır.⁵²

Öte yandan, “giderilmediği takdirde huzursuzluğun başgöstereceği ve kamu düzeninin bozulacağı” derece toplumda “önem kazanmış olma”⁵³ unsuru da tartışmalıdır. Sözelimi, Onar’a göre;

“(b)ir faaliyetin âmme hizmeti sayılabilmesi için sebebini teşkil eden ihtiyacın ve temin edilecek menfaatin bir zaruret derecesine çıkması(na) lüzum olma(yıp)... alâde bir ihtiyacın karşılanması ve sadece umumî bir menfaatin temini de âmme hizmeti sayılması için kâfi(dir).”⁵⁴

Kuşkusuz, “alâde bir ihtiyacın karşılanması” sözkonusu olacak ise, bunun kamu hizmeti olarak görülmesindeki gereklilik de ayrıca değerlendirilmek durumunda kalacaktır.

Buraya kadar, farklı görüşler çerçevesinde kamu hizmetine yönelik tanımlamalara ve değerlendirmelere yer verdik. Bu noktada hemen belirtmek gerekirse, aslında kamu hizmetinin nelerden oluşacağı veya nasıl tanımlanabileceği ile kapsamının ne şekilde belirleneceği hususlarının hepsi, temelinde *kamu hizmeti olarak belirlemenin ne gibi bir toplumsal gereksinimi karşılayacağıının derin bir analizini* gerektirir. Ne var ki, bu gereksinimin yeterince ve açık biçimde karşılandığı veya irdelendiği incelemelere tesadüf edemiyoruz. Nihayet, bu bağlamda ele alınması gereken ikinci bir temel unsur da, kamu hizmeti tanımlamasına gidilerek hangi hukuksal sonuçların buna bağlanacağıında düğümlenmektedir.

Doğal olarak, bu iki temel alan üzerinde bir açıklık sağlanmaksızın, kamu hizmetinin tanımına veya unsurlarına yönelik bir değerlendirmenin sağlıklı olamayacağı kanısındayız.

Onar’a göre, kamu hizmeti olarak belirlenmenin en karakteristik niteliği, akdi esaslar yerine kanun veya yönetmelik gibi bir statüye dayanması ve bu hizmeti gören kişilerin kamu hukuku usullerini kullanabilmeleri, böylece hizmetin teşkilat ve usullerinin kamu yararı uyarınca değişikliğe tâbi tutulabilmeleri ve kamu yararının özel çıkara üstün tutulmasıdır.⁵⁵

⁵¹ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 25.

⁵² Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 306.

⁵³ Gülan, *Kamu Hizmeti Kavramı*, op. cit., s. 149.

⁵⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 32.

⁵⁵ *İbid.*, s. 26, 27.

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

Bu belirlemede dikkatimizi çeken bir husus, “hizmetin teşkilat ve usullerini kamu yararı uyarınca değişikliğe tâbi tutma” gereksinimi ile “kamu yararının özel çıkara üstün tutulması” anlayışıdır. Bunlar, şayet kamu hizmetine bağlanacak temel sonuçlar ise, hemen belirtelim ki, bu hususlar sadece idarenin bir faaliyeti özel sektör eliyle ve fakat sözleşme imzalayarak gerçekleştirme tercihinin gitmesi halinde sözkonusudur.

Zira, faaliyet idarenin kendisi tarafından yürütülüyorsa, hizmetin yürütülme koşullarını belirlemek idarenin kendi elinde –zaten- bulunmaktadır; kamu yararını özel çıkara üstün tutmak da, idarenin bu faaliyeti sunarken zaten elinde olan bir yetkidir ve hatta giderek görevidir. Toplumdaki bir faaliyet, idareden alınan ruhsat altında özel kişiler tarafından yürütülüyorsa, bu defa da zaten ruhsatın koşullarını belirlemek ve gerektiğinde ruhsatın koşulları üzerinde bilahare değişiklik yapabilmek, idarenin uhdesindeki bir olanaktır.

Şu halde, belirtilen unsurlar, sadece ve ancak, idarenin sözleşme ilişkisi içerisinde özel kişiler eliyle bir faaliyetin yürütülmesi yönünde hareket etmesi durumunda geçerli olabilecektir. İşte bu durumdadır ki, idare, sözleşmeyle karşılıklı yükümlülükler altına girdiği bir sözleşmenin, normal koşullarda eşitler arası bir ilişki temelinde gerçekleşecek zemini yerine, kamu yararına istinaden değişikliklerde bulunabileceği bir kamusal üstünlük zeminine geçiş yapılması yönünde bir gereksinim duyuyor olsa gerektir.

Bütün bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, kamu hizmetlerine yönelik olarak süreklilik, eşitlik, değişkenlik ve uyarlanabilirlik ile meccanilik (bedelsizlik), başlıca tanımlayıcı ilkeler olarak öne çıkmaktadır.⁵⁶ Bununla birlikte, “(k)amu hizmetlerine egemen olması gereken bu ilkelerden hiçbirine, ülkemizde hiçbir zaman tam anlamıyla uyulma(dığı)” da öğretide açıkça vurgulanmaktadır.⁵⁷

Kaldı ki, yukarıda değindiğimiz üzere, kamu hizmeti tanımının hangi toplumsal veya kamusal gereksinimleri karşılayacağı dikkate alınmadığı sürece, anılan unsurların neyi ifade ettikleri veya etmeleri gerektiği, yahut kapsamaları üzerinde tartışmalar çıkması doğaldır. Sözgelimi, süreklilik ne denli gerekli bir unsurdur, yahut ne kadar

⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 14-38; Günday, Metin; *İdare Hukuku*, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 299-302; Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 308-311; Gözübüyük, A. Şeref – Tan, Turgut; *İdare Hukuku*, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, 2006, s. 655-670; Özay, İl Han; *Günüşğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 235-242; Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 190-254; Gözler, Kemal; *İdare Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007, s. 518-525.

⁵⁷ Bkz. Özay, *Günüşğında Yönetim*, op. cit., s. 235.

geniş bir kapsam içerir, hangi süre boyunca yürütülmesi süreklilik için önkoşul olacaktır, vb. gibi soruların yanıtlanması gerekecektir. Benzer bir sorgulamayı diğer unsurlara da yansıtmak mümkündür. Bu hususlara, bu çalışmanın temel öngörüsü bir tanım denemesine girişmek olduğundan, burada yer vermeyeceğiz.

Kamu hizmetinin niteliklerini böylece çok dar biçimde zikrettikten sonra, toplumdaki hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olduğunun ne şekilde veya nasıl belirleneceği sorununa değinmek istiyoruz. Öğretide bu hususta –doğal olarak- çok farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Sözgelimi, Duguit’ye göre, bir faaliyet toplumsal açıdan ifası vazgeçilmez ve zorunlu nitelik kazanmış ise, idare tarafından yapılması zorunluluğu doğar ve kamu hizmeti halinde yerine getirilir.⁵⁸

Duguit’nin yaklaşımında çok önemli bir ayrıntı ise, bir gereksinimin sadece kanun koyucunun iradesiyle kamu hizmeti halini alamayacağı, kanun koyucunun sadece bir gereksinimin toplumsal etkenlerle kamu hizmeti mahiyetini aldığını “kabul” veya “fark” ederek bunu “izhar etmekle” yükümlü olduğu, yani buradaki belirleyici iradenin aslında kanun koyucunun iradesinden bağımsız olarak bu keyfiyetin toplumda daha önceden ortaya çıkmış olması gerekliliğidir.⁵⁹

Benzer yöndeki bir başka görüşe göreyse, kanun koyucuya kamu hizmetlerini belirleme hakkı verilmekle beraber, niteliği gereği kamu hizmetleri de vardır ve bu nitelik toplum tarafından ona duyulan ihtiyaç ve önemle ortaya çıkmakta olup, böylece süreklilik, eşitlik ve uyarılma ilkelerine göre sürdürülme ihtiyacı gösteren faaliyetler “yasa koyucu tarafından kamu hizmeti olarak tanımlanmayı bekleyeceklerdir”.⁶⁰ Dolayısıyla, bu anlayışa göre kanun koyucu sadece bir tür “mâlumu ilan etme” işlevini üstlenmiş olmakta; diğer yandan, kamu hizmeti niteliğini “ülkedeki tarihi sosyal kültürel koşulların belirleyeceği”⁶¹ kabul edilmektedir.

Öte yandan, kamu hizmetini belirleme noktasında modern demokrasilerin de gereği olarak yasama organına söz hakkı verilmesinin yerinde olacağı, böylece “... kamu hizmetini durağanlaşmış ve “dondurulmuş” bir boyuta sürüklediği için... terkedilen mutlakçı kamu hizmeti anlayışı(nın) yerini, göreceli ve değişime açık olma özelliğinden dolayı yeni gelişmelere rahatlıkla ayak uydurabilen göreceli kamu hizmeti anlayışına bırak(tığı)” da ileri sürülmektedir.⁶² Giderek, kamu hizmeti etiketi

⁵⁸ Duguit’ye atfen: Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 27.

⁵⁹ *İbid.*, s. 27, 28.

⁶⁰ Gülan, *Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, op. cit., s. 105.

⁶¹ Gülan, *Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, op. cit., s. 107.

⁶² Bkz. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, op. cit., s. 27.

yapıştırılmasının girişim özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı, kamu harcamalarını artırarak sosyo-ekonomik olumsuz sonuçlar doğuracağı, bundan dolayı yasama organının bu yönde açık bir tercihinin varlığına müracaat edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁶³

Kanımızca, bu türden bir analize gidebilmek için, tartışmaların hangi bağlamda cereyan ettiğine bakılması elzemdir. Sözgelimi, kanımızca, elektrik enerjisi sektöründe idare ile özel girişimci arasında imzalanan sözleşmelerin uluslararası tahkime tâbi tutulması gibi bir süreçte konu tartışılıyorsa, kamu hizmeti olarak tanımlanmamanın sonucunda bahsekonu sözleşmelerin özel hukuka ve dolayısıyla tahkime tâbi tutulmasıyla kamu maliyesi –ve dolayısıyla halkın- sosyo-ekonomik refahı üzerinde ne denli olumsuz sonuçlar doğabileceği, evveliyetle irdelenmek gerekirdi.

Objektif nazariye de denilen bir diğer yaklaşımda ise, kamu hizmetinin bir faaliyetin “mahiyetine” bakılarak belirlenebileceği hususu öngörülmektedir. Bu anlayışta, bir faaliyet “*ancak devlet tarafından yerine getirilebilecek*” ve “zorunlu” bir nitelik içeriyorsa, kamu hizmeti sayılabilir.⁶⁴ Bu bakımdan, devlet tekeli altında bulunması ve başkalarının yerine getirilememesi, kamu hizmetinin bir niteliğini ve ölçütünü oluşturmaktadır.

Öte yandan, “zorunlu” ibaresine nasıl bir anlam yükleneceği de bu bağlamda tartışılmak gerekir. Bir hizmetin zorunlu olması, halkın doğal ve zorunlu olarak giderilmesi gereken bir ihtiyacı anlamında mıdır, yoksa özel kesimlerce –türlü nedenlerle- yerine getiril(e)mediği için devlet eliyle sunulması zorunlu hale gelen hizmet alanları mı sözkonudur?

Buradaki yaklaşımda, devletin hukuki tekel kıldığı alanların kapsam dışında kaldığı söylenebilir. Bununla birlikte Onar, bir faaliyetin tekel konusu olmasının kamu hizmeti için ölçüt oluşturmakla beraber, tam ve yeterli bir açıklık getiremediğine işaret etmektedir.⁶⁵ Duran ise, kamu hizmetinin tekel halinde görülmesi zorunluluğunun bulunmadığı gibi, tekel konusu olan her idari faaliyetin de kamu hizmeti olmadığı görüşündedir ve buna örnek olarak, tekel olmayan alanlarda özel sektörle beraber rekabet içerisinde hizmet gören kamu kuruluşlarının varlığına işaret etmektedir.⁶⁶

⁶³ İbid., s. 29, 30.

⁶⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 28. Onar’a göre, “ihtiyaç ile zaruret” ayrımını yapabilmek güçtür ve “zamana ve mekana”, hatta “takdir ve telakkiye” göre değişeceğinden, gereksiz bir ayırım olarak nitelendirilmek gerekir (bkz. İbid., s. 32).

⁶⁵ İbid., s. 28.

⁶⁶ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 307.

Aynı yaklaşımı paylaşan Bilgen'e göre;

“(d)evletin kamu hizmeti olduğunu beyan ile kurulması ve işletilmesini üstlendiği bir faaliyetin mutlaka tekel şeklinde devlet tarafından yürütülmesi de zorunlu değildir.”⁶⁷

Bir başka görüşte ise, faaliyetin bağlı kılındığı hukuki rejime göre kamu hizmeti olup olmadığı belirlenmek gerekir. Buna göre, özel hukuka kıyasla idarenin imtiyazlarına ve üstün yetkilerine dayalı bir çerçevede yerine getirilen faaliyetler, kamu hizmetidir. Oysa, Onar aksi yönde görüş belirtmekte ve faaliyetin kamusal usullerle yürütülmesinin “ayrılmaz ve zorunlu bir unsur” olarak değerlendirilemeyeceğini, zira “sebeple neticeyi karıştırdığını” vurgulamaktadır.⁶⁸

Onar'ın ifadesiyle, “acaba idarenin bir faaliyeti âme hizmetidir için mi hususî bir rejime tâbidir; yoksa hususî rejime tâbi olduğu için mi âme hizmetidir?” sorusu sorulmalıdır; zira, özel hukuka tâbi olmakla beraber, kamu hizmeti niteliğinde oldukları kuşku taşımayan iktisadî ve sınaî hizmetler bulunmaktadır.⁶⁹

Nihayet, öncülüğünü Jeze'nin yaptığı subjektif nazariyeye göre de, kanun koyucunun kamu hizmeti olarak tanımladığı faaliyetler kamu hizmetini oluşturur; zira, burada “hukuki” olmaktan ziyade, “siyasi” nitelik içeren bir sorun söz konusudur.⁷⁰

3. Kamu Hizmeti: Bir Tanım Önerisi

Kamu hizmeti için yukarıda yapılan tüm bu değerlendirmeler ışığında, kanımızca ilk olarak aşağıdaki biçimde bir tanım denemesine gidilebilir:

3.1. 1 no.lu Tanım Önerisi

3.1.1. Tanımın Unsurları

Toplumda mevcut veya yeni ortaya çıkan bir gereksinimin, kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için;

- faaliyetin niteliğine göre belirlenen koşullar uyarınca, idare tarafından verilen ruhsata dayanılarak, rekabet içerisinde ve hizmetin gerektirdiği biçimde, tam olarak tatmin edilememesi ve bu süre boyunca idare tarafından yerine getirilmek zorunluluğuyla karşılaşılması,

⁶⁷ Bilgen, Kamu Hizmeti Hakkında, op. cit., s. 113.

⁶⁸ Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 30.

⁶⁹ Bkz. İbid..

⁷⁰ Azrak, Ali Ülkü; Millileştirme ve Kamu Hizmeti, İÜHFİM, C. 36, Sy. 1-4, 1971, s. 58.

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

- ülkenin iç veya dış siyasi-ekonomik bağımsızlığı veya güvenliği bakımından, özel kişiler eliyle yukardaki koşullar altında yürütülmesinin zaafiyet doğurabileceği orman ve maden işletmeciliği, enerji veya milli eğitim gibi faaliyet alanları ile idari hizmetler bakımından, bu tür bir zorunluluğun aranmayacağı hususu yasama tasarrufuyla kararlaştırılabilecek faaliyetler de dahil edilmiş sayılarak,

idarenin kendisinin yürüttüğü veya sözleşme ilişkisi içerisinde özel kişiler eliyle kendi denetim, gözetim ve sorumluluğu altında yürütülmesi yoluna gidebildiği faaliyetlerdir.

3.1.2. Tanım

“Toplumdaki bir gereksinimin rekabet içerisinde gerektiği gibi tam olarak tatmin edilemediği takdirde, kamusal güvenlik gerekçeleriyle rekabet unsurunun aranmayacağı haller kapsama dahil edilmek üzere, idarenin yürüttüğü veya kendi denetim, gözetim ve sorumluluğu altında özel kişiler eliyle sözleşme ilişkisi içerisinde yürütülmesi yoluna gidebildiği faaliyetlerdir.”

3.1.3. Tanımın Analizi

Görüleceği üzere, yukarda yer verdiğimiz tanım, aslında öğretilerde daha önce dile getirilmiş kim tanımlarla büyük benzerlik içeriyor. Sözgelimi, çalışmanın başlarında yer verdiğimiz, Duran’ın tanımıyla neredeyse aynıdır denilebilir. Giderek, sözgelimi Özyay’ın ve Gülan’ın tanımlarıyla da büyük ölçüde aynı yaklaşımı içermektedir. Ancak, bahse konu tanımlardan ayrılan yönü, kamu hizmeti sayılabilmeyi teminen idarenin bir faaliyeti yürütmesinde, idarenin tek yanlı iradesiyle yürütmeye karar vermesi olasılığının açık biçimde bertaraf edilmesi ve bu bağlamda rekabet içerisinde yerine getirilememe unsurunu idarenin yürütmeye yönelik üstlenme kararında bir önkoşul olarak öne çıkarması, giderek bunun bir istisnası olarak da kamusal güvenlik unsurunu tanım içerisine yerleştirilmesi olarak belirtilebilir.⁷¹

Bu tanım denemesi uyarınca, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak algılanabilmesi için, öncelikle idarenin koşullarını belirleyeceği ruhsat altında özel kişilerin rekabet içerisinde toplumun gereksinimini gerektiği biçimde, tam olarak tatmin edebilecek

⁷¹ Kuşkusuz, anılan tanımlarda “gereği gibi yerine getirilememe” ifadesiyle, hizmetin rekabet içerisinde özel girişimcilerle yürütülmesinin olanaksızlığına değinildiği savlanabilir. Ancak, bu nitelik anılan tanımlarda sarıh biçimde dile getirilmediğinden, “gereği gibi” ibaresinin bahse konu tanımlarda rekabet unsurunu mutlaka bir önkoşul olarak içerdiği kabul görmeyebilir. Bu itibarla, öngördüğümüz tanım denemesinde bu husus özellikle vurgulanıyor durumdadır ve bu bakımlardan anılan tanımlardan farklılaştığı ileri sürülebilir.

durumda olup olmadığına bakılmak gerekecektir. Dolayısıyla, özel girişim eliyle ruhsat altında yürütülerek toplumun gereksinimlerini tatmin edilebilecek faaliyetler, kural olarak bu şekilde gerçekleştirilecek ve kamu hizmeti tanımlamasından uzak kalacaktır.

Tanım uyarınca, rekabetçi koşullar altında özel sektör tarafından tatmin edilebilmesi mümkün olsa dahi, kimi hizmetlerin istisnai olarak özel girişimcilerin ruhsat altında yürütmesine engel olunması ve bunların idare tarafından veya idarenin tercih etmesi halinde idare ile sözleşme ilişkisi içerisine girecek özel girişimci tarafından gerçekleştirilmesi yoluna gidilebilecektir. Buradaki istisna, kamusal güvenlik açısından endişe görülebilecek olan faaliyet alanlarıdır ve bu alanların nelerden oluşacağı, ya Anayasa'da münhasıran belirlenecek ve/veya Anayasal çerçevede belirlenecek ilkeler uyarınca çıkarılacak yasalarda ortaya konulacaktır.

Dikkat edilecek olursa, idarenin faaliyeti bizatihi yerine getirmesi durumunda, bunun kamu hukukuna bağlı olarak yürütülüyor olacağına ilişkin bir ibareye tanım içerisinde yer verilmemektedir. Bunun gerekçesi ise, kamu hukukuna bağlı kılınmayan faaliyetlerin, zaten özel hukuk tahtında ve rekabet içerisinde yürütülüyor olacağı temel ilkesinin benimsenmiş olmasında yatmaktadır. Dolayısıyla, idare, rekabet içerisinde özel kişilerce yerine getirilemeyecek olan faaliyetleri –ancak-yürütebileceğine göre, bunların kamu hukukuna bağlı olacağı önkabulünden hareket edilebilecektir.

Ne var ki, bu görüşün de kendi içerisinde eleştirisi yapılabilecektir. İdarenin rekabet içerisinde verilmesinde söz edilemeyecek kimi faaliyetlerinin halihazırda yasal düzenlemelerle özel hukuka bağlı kılınabildiği ve bunun da öğretide genel olarak itirazla karşılaşmadığına rastlanabilmektedir. Sözgelimi, bayındırlık yapım sözleşmeleri ülkemizde –kaynak Fransız uygulamasının aksine- özel hukuka bağlı kılınmış durumdadır. Yine, tapu sicillerini tutmaya ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda görülüyor olması, bir başka örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan, tanım içerisinde idari kamu hizmetlerinin de özel kişilere sözleşmeyle gördürülebileceği zikredilmiş olmaktadır. Bu husus, esasen, halihazırda öğretide de benimsenmiş görünmektedir. Sözgelimi, Fransız öğretisine atıfta bulunan Gözüyük/Tan'a göre, idari kamu hizmetlerinin de imtiyaz konusu olabileceği kabul edilmektedir.⁷² Oysa, Karahanoğulları'na göre, idari kamu hizmetlerinde kamusal yürütüm kuraldır.⁷³

⁷² Bkz. Gözüyük/Tan, *İdare Hukuku-I* (2006), op. cit., s. 679.

⁷³ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit.,s. 311.

Bu bağlamda düşünölmek gereken bir husus ise, imtiyaz olsun olmasın, bir sözleşme ilişkisi içerisinde olmak yerine ruhsat yöntemiyle aynı hizmetin özel kişilerce görülüp görölemeyeceği konusunda ortaya çıkmaktadır. İmtiyazın genel olarak iktisadi hizmetlerde sözkonusu edildiği ve giderek kâr veya zararı girişimciye ait olmak gibi ölçütler geliştirilmiş bulunduğu hatırlanacak olursa, idari kamu hizmetlerinin nasıl olup da iktisadi bir hizmet alanı gibi değerlendirilip imtiyaz konusu ediliyor olacağı, ayrıca tartışmaları davet edebilmektedir.

Bir an için imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesi hususunu bir yana bırakırsak, idari kamu hizmetlerinin görülmesi bakımından idare ile özel kişi arasında sözleşme ilişkisi içerisine giriliyorsa, bu sözleşmenin her halükarda idari bir sözleşme niteliğinde olacağı belki savlanabilir. Ancak, burada, her halükarda bir iktisadi olmayan kamu hizmeti, diğer bir deyişle, genel idari hizmetin özel kişiye gördürölmesi sözkonusu olacağı söylenebilir.⁷⁴ Bu anlamda, idari bir sözleşme olarak tanımlanması kabul görebilecek ise de, bunun öğretide halihazırdaki imtiyaz sözleşmesi yaklaşımı itibariyle⁷⁵ bir imtiyaz sözleşmesi olarak belirlenebilmesi tartışmalı olsa gerektir.

Şu ana değin, tanım denemesinde esas aldığımız “rekabet içerisinde yerine getirilebilme” niteliğinin mahiyeti üzerinde de durmak yerinde olacaktır. Ancak buna geçmeden önce bir hususa değinmekte yarar görüyoruz. Kamu hizmetinin tanımlanmasında rekabet anlayışına bu denli önem vermenin yerindeliği değerlendirilirken, bir özel hukuk kavramına kamu hukuku kavramını belirleme sürecinde böylesi bir ağırlık verilmesinin eleştiriye uğraması olasıdır.

Giderek, serbest piyasa anlayışının dayandığı veya bir başka ifadeyle kapitalist bir düzenin dayandığı bir kavramın, kamu hukukuna alanındaki bir kavram üzerinde belirleyici rol üstlenmesinin abesle iştiğal olacağı yolunda olası eleştirilerin gündeme gelmesi de düşünölmek gerekir. Ne var ki, bu yöndeki görüşler bağlamında hemen ve öncelikle değinmek gerekirse, rekabet kavramının idare hukuku tahtında kamu hizmeti kavramından bahsedilirken ele alınması, münhasıran tarafımızdan var edilmiş bir yaklaşım değildir.

Nitekim, öğretide bu yönde değinmelerde bulunulmakta olduğu hususu da kanımızca çok rahatlıkla söylenebilecektir. Buradaki tek fark, rekabet sözcüğünün –nedense- kullanılmamakta olmasıdır. Oysa, anılan yaklaşımların içeriği, kanımızca

⁷⁴ Genel idari hizmet ile iktisadi kamu hizmeti ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 236-252.

⁷⁵ Örneğın bkz. İbid., s. 370-372.

halihazırda özü itibariyle rekabet kavramına dayanıyor durumdadır. Bu itibarla, bizim anılan kavrama açıkça değinmemiz, sadece öğretide dolaylı yoldan –farkında olarak veya olmayarak- değinilen bir hususun altını çiziyor veya göz önüne seriyor olmamızdan başka bir husus arz etmemektedir. Şimdi, öğretide rekabet kavramının ne şekilde atıfta bulunulan bir unsur olageldiğine örnekler verelim.

Bu meyanda, sözgelimi, Özay’ın kamu hizmetini tanımlarken kullandığı “genel ve karşılanmamış bir gereksinimin topluma haz vererek giderilmemesi durumunda kamu düzeninin bozulacağı” ifadesi, kamu hizmeti olarak tanımlamada öncelikle bu faaliyetin kamusal alan dışında yeteri biçimde tatmin edilmemesine değinmektedir. Dolayısıyla, bu anlamda rekabete dolaylı yoldan atıf yapıyor sayılmak icap eder.

Yine, Karahanoğulları’nda bu yaklaşım daha bir sarih –ve büyük oranda isabetli- biçimde yer almaktadır. Buna göre, “(ü)retim ilişkileri alanının (özel alanın) temel ilkelerinin –devlet lehine- yokluğu veya eksikliği siyasal alana delalet eder.”⁷⁶ Yazar, tüm toplumsal ihtiyaçların karşılanması devletçe üstlenilirse, bunun sivil toplumu yutma anlamına geleceği ve böylece üretim ilişkileri alanı ortadan kalkacağı veçhile devletin sonu demek olacağı, dolayısıyla devletin sadece toplumda üretim biçiminin varlığını korumak ve sürdürmek için gerekli belirli bir asgari faaliyet alanının kamusal alanda tutulması gerekeceği görüşünü zikretmektedir.⁷⁷

Yazarın daha sarih bir ifadeyle ortaya koyduğu “(z)aten kural toplumsal ihtiyaçların özel girişimce karşılanmasıdır” görüşünde, piyasa koşulları bağlamında rekabetin sözkonusu edildiği açıktır. Hatta, yazar giderek, herhangi bir girişimcinin gerekli izinleri almak suretiyle otomobil fabrikası veya elektrik santrali kurarak piyasa koşulları içerisinde üretimde bulunması ile bir bölgede üretim tekeli olarak piyasa koşullarından farklı bir tekel ayrıcalığı altında üretime geçmesi arasındaki farka vurgu yapmaktadır, ki burada tekel dolayısıyla oluşan ayrıcalığa değinirken rekabet unsurunun altını da –dolaylı yoldan- kalın biçimde çizme sonucuyla karşılaşılmaktadır.⁷⁸

Bu noktada, rekabet ölçütü bağlamında kamu hizmeti anlayışının ne tür sonuçlar doğuracağı hususuna yeniden dönelim ve buna dair örnekler vermeye çalışalım. Öncelikle, bu ifadeyle ne tür bir rekabetin kastedildiği, daha başka bir deyişle, pazar içerisinde rekabetten mi, yoksa pazar için rekabetten mi bahsediliyor olacağını

⁷⁶ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 53.

⁷⁷ Bkz. İbid., s. 61.

⁷⁸ Bkz. İbid., s. 63, 64.

açıklığa kavuşturmak gerekecektir.⁷⁹ Kanımızca, burada esas olarak kastedilmek gereken, bir hizmetin pazar içerisinde rekabetçi koşullarda yürütülebilmesi olarak algılanmak gerekir.

Şu halde, pazar içerisinde rekabetle yerine getirilebilecek hizmetler bakımından, bu faaliyetlerin kamu hizmetini teşkil edemeyeceği esas kabul görecektir. Yasamanın veya idarenin tasarrufuyla rekabetçi bir alanın rekabet kısıtları getirilerek kamusal alana alınması ise, Anayasa'daki girişim özgürlüğü (m. 48) kısıtı çerçevesinde Anayasa'ya aykırı düşecektir ve bu itibarla da mümkün olamayacağı anlayışına gelinmesi zorunluluğu doğmaktadır.

Pazar içerisinde rekabetten bahsedilemeyecek tekelle veya oligopol niteliğindeki faaliyet alanlarında ise, kamusal alana aktarılma ve kamu hizmeti niteliğinin evveliyetle gündeme geleceği düşünülebilir. Cep telefonu işletmeciliği gibi oligopol nitelik içeren bir faaliyet alanında, rekabet kısıtlarından dolayı kamu hizmeti niteliğinin doğacağı bir "mutlak kabul" sözkonusu olmalı mıdır? Böyleyse, buna ne gibi bir sonuç bağlanacaktır?

Kanımızca, bu türden bir oligopol piyasa faaliyeti sözkonusu ise, faaliyet yine özel kişiler eliyle yürütülebilecektir. Yürütmenin yöntemi ise, ruhsat veya sözleşme yoluyla gerçekleştirilebilir. Ancak, kanımızca olması gereken, ruhsat vermek yoluyla faaliyetin özel kişilerce yürütülmesi, idarenin sektörün niteliğinden ileri gelen yoğun denetimini ise doğal olarak yerine getirmesi şeklinde bir kurgu içerisinde düşünülme gerekir. Sözleşme yoluyla yürütülmesi için bir gerekçeyi düşünmek ise, güçtür.

Burada yer verdiğimiz "kamusal güvenlik" ifadesinin belirsiz bir ölçüt içerdiği ve neyi ifade ettiğinin rahatlıkla belirlenemeyeceği veçhile uygun bir ölçüt olamayacağı da savlanabilir. Buna yönelik olası bir yanıt, kaynak Fransız hukuku uygulamasından verilebilir. Bilindiği üzere, idari yargıya tâbi olması gerekli görülen idari sözleşmelerde uluslararası tahkimin cevaz görmemesi nedeniyle bir Amerikan şirketinin (Disneyland) Fransa'da planladığı yatırımın tehlikeye girmesi üzerine, bu projeyi gerçekleştirebilmek için bir yasa çıkarılmış ve idarenin yabancı şirketlerle arasında imzalanacak sözleşmelerinde "milli menfaatler yararına" bir durum bulunması halinde tahkim olanağının tanınması kararlaştırılmıştır.⁸⁰ Şu halde,

⁷⁹ Anılan rekabet türleri ile ülkemizdeki uygulama alanları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Sedat; *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, TOBB Yayını, Ankara, 2008, s. 77, 155, 263, 264, 268, 270, 319.

⁸⁰ Bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 207. Ülkemizde uluslararası tahkime yönelik 1999 yılı Anayasa değişiklikleri sürecinde Fransa'daki gibi kısıtlı ve kanımızca yerinde ölçütler içerdiği söylenebilecek bir kurguya gidilmek yerine, sınırsız biçimde hareket edilmiş olmasının bu anlamda **son derece talihsiz ve vahim ölçüde yanlış olduğunu, giderek ülke çıkarlarının tam tersine bir**

“milli menfaatler yararına” gibi bir ölçüte yer verilebildiğine göre, neredeyse aynı derecede soyutluk içeren “kamusal güvenlik” ölçütüne geçerlik tanımakta da bir sorun bulunmasa gerektir.

Görüldüğü üzere, bu tanım varsayımında, bir faaliyetin idare tarafından kamu hizmeti koşullarında yürütülebilmesi için, öncelikle faaliyetin özel kişiler eliyle, idare tarafından belirlenecek kolluk niteliğindeki koşullar altında, rekabetçi biçimde tam olarak ve gerektiği gibi tatmin edilememesi gerekecektir. Böylece, -ülkemizde kamu hizmeti incelemelerinde “piyasa yetersizliği” üzerinden konuya yaklaşılmış olmak itibarıyla⁸¹ “rekabet” unsurunun dolaylı biçimde ele alınmış olduğu söylenebilecek olsa da- “rekabet” unsurunun tanım içerisinde ayırdedici bir işlev görebilmesi ilk kez açık biçimde öngörülmüş olmaktadır.

Yine, tanım çerçevesinde, öğretide “*virtüel*” kamu hizmeti olarak da tanımlanabildiği görülen⁸², özel kişiler eliyle yürütülen ve fakat kamu hizmeti niteliğini bünyesinde barındırdığı kabul gören kimi faaliyetler daha açık bir kapsama kavuşturulmaktadır. Bunların, özel kişiler eliyle görülen diğer tüm hizmetler gibi, koşulları idarece belirlenecek ruhsat altında faaliyet gösterebileceği yaklaşımına dayanılarak, bu kapsamda idarenin –ruhsat verme işlemi nedeniyle- diğer tüm işlemlerinde olduğu gibi sorumluluğuna gidilebilmesi de imkan dahilinde bırakılmaktadır.

Bahsekonu hizmetlerin özel kişiler eliyle ruhsata dayanılarak görülebilmesindeki tek sınır ise, “kamusal güvenlik” olarak öngörülmektedir. Böylece, iç veya dış kamu güvenliği açısından mahzurlu olacağı yasal düzenlemeyle belirlenecek alanlarda ortaya çıkabilecek ve böylece ülkenin güvenliği yahut bekası bakımından sakıncalar yaratabilecek faaliyetlerin kamusal alanda tutulması sağlanabilecektir.

Yine, kamusal alanda tutulsa dahi, bu hizmetlerin özel kişiler tarafından idareyle sözleşme ilişkisi içerisinde, idarenin denetim ve gözetimi dahilinde gördürülebilmesi de bir seçenek olarak tanımın kapsamı içerisinde bırakılmaktadır. Ancak, dikkat edilirse, bu hizmet alanlarında esas olan, ruhsat yoluyla özel kişilerin anayasal girişim özgürlüklerini kullanmalarındır. Böylece, rekabet koşulları içerisinde

biçimde gerçekleştirildiğini bu vesileyle vurgulamak isteriz (bu hususta ayrıntılı bir çalışma için bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit.)

⁸¹ Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 96.

⁸² Bkz. Tan, Turgut; *Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline*, AÜSBFD, C. 47, Sy. 3-4, Haziran-Aralık, 1992, s. 309; Özay, *Günışığında Yönetim*, op. cit., s. 226 vd.; Özay, İl Han; *Başlar Mısın Başlayalım Mı? Televizyonda Devlet Tekelinden Özelleştirmeye: İtalya ve Türkiye*, (Yılmaz Günel’a Armağan), AÜSBFD, C. 49, Sy. 3-4, 1995, s. 354, 355.

toplumun gereksinimlerini karşılayabilecekleri durumlarda, buna –yukarıda belirtilen sınırlama ayrıkısı tutulmak kaydıyla- engel olunamaması ilkesi benimsenmektedir. Dolayısıyla, sözleşme ilişkisi içerisinde de, sadece bu ayrıkısı durumda gidilebileceği öngörülmektedir.

Öte yandan, tanımda yer verilen kamu hizmeti konusunda yasa koyucunun iradesiyle tek yanlı bir belirlemeye gidebilmesi de düşünülemez. Zira, belirlenen koşullar altında bu kamu hizmetinin yürütülebilmesi bakımından özel kişilerin girişim özgürlüğü anayasal korunma altında kalmaya devam etmekte ve böylece herhangi bir dönemde yasamanın öngöreceği düzenlemeler bu sınır tahtında alınmak durumunda kalmaktadır.

Gelir sağlama amacıyla idarenin bir faaliyet alanında tekel kuramamasına yönelik tanım içerisinde bir düzenlemeye gidilmesi ise kanımızca gereksizdir. Zira, idarenin gelir amacıyla tekel kuramayacağı, anayasal girişim özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir ve halihazırda bu Anayasal hükme (m. 48) göre de kurulamaması gerekir. Kamu hizmetinin bedelinin belirlenmesi de yine idare hukukunun genel kuralları uyarınca, kâr amacı gütmeyecek biçimde, Anayasadaki sosyal devlet ilkesi uyarınca makul biçimde belirlenme kısıtı altındadır ve idari yargı denetimiyle de bu durumun uygulamasındaki çerçeve sağlıklı biçimde temin edilebilecektir.

3.2. 2 No.lu Tanım

3.2.1. Tanımın Unsurları

Toplumda mevcut veya yeni ortaya çıkan bir gereksinimin, kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için;

- faaliyetin niteliğine göre belirlenen koşullar uyarınca, idare tarafından verilen ruhsata dayanılarak, rekabet içerisinde ve hizmetin gerektirdiği biçimde, tam olarak tatmin edilememesi ve bu süre boyunca idare tarafından yerine getirilmek zorunluluğuyla karşılaşılması,
- ülkenin iç veya dış siyasi-ekonomik bağımsızlığı veya güvenliği bakımından, özel kişiler eliyle yukardaki koşullar altında yürütülmesinin zaafiyet doğurabileceği orman ve maden işletmeciliği, enerji veya milli eğitim gibi faaliyet alanları ile idari hizmetler bakımından, bu tür bir zorunluluğun aranmayacağı hususu yasama tasarrufuyla kararlaştırılabilecek faaliyetler de dahil edilmiş sayılarak,

idarenin kendisinin yürüttüğü faaliyetlerdir.

3.2.2. Tanım

“Toplumdaki bir gereksinimin rekabet içerisinde gerektiği gibi tam olarak tatmin edilemediği takdirde, kamusal güvenlik gerekçeleriyle rekabet unsurunun aranmayacağı haller kapsama dahil edilmek üzere, idare tarafından yürütülen faaliyetlerdir.”

3.2.3. Tanımın Analizi

Çalışmanın başlarında yer verdiğimiz 1 no.lu tanım ile hemen yukarıdaki 2 no.lu tanım arasındaki fark, ikincisinde idarenin yerine getireceği kamu hizmetleri bakımından, artık bunların seçimlik olarak idare tarafından özel kişiler eliyle görülmesine olanak tanınmamasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, bu tanımın analizinde, 1 no.lu tanıma ilişkin olarak yer verilen değerlendirmeler geçerliğini koruyacak, ancak, farkı oluşturan hususa yönelik olarak ilave açıklamalara yer verilecektir. Böylece, bu ikinci tanıma neden geldiği hususu açıkça görülebilecektir. Esasen, her iki tanıma da çalışmada yer veriliyor olmasının arkasındaki başlıca gerekçe, hangi bakımlardan bu ikinci tanıma geldiği hususunun açıkça görülebilmesine olanak sağlanması düşüncesinde yatmaktadır.

İdarenin rekabet içerisinde özel kişilerce yerine getirilebilecek hizmetlerde kural olarak kamu hizmeti anlayışına gidemeyeceği ve bu hizmetlerin kamu tarafından tekel kısıtları içerisinde görülemeyeceğine değinmiştik. Bunun tek istisnası olarak da, kamusal çıkarların korunması gereğinin doğması durumunda idarenin bu hizmeti bizzat yerine getirme yoluna gidebileceği, yahut sözleşme ilişkisi içerisinde özel kişiler eliyle yürütülmesini de kararlaştırabileceği belirtilmişti. Bu noktada bir hususa değinmek gerekiyor kanısında. İdare, bu türden bir stratejik sektör faaliyetini neden ruhsat yoluyla değil de sözleşme ilişkisi içerisinde yürütme olanağına kavuşturulmalıdır?

Kanımızca, bu amaca yönelik bir gerekçe üretmek güçtür. Şayet, stratejik nitelik arz ettiği için özel kişiler eliyle rekabetçi biçimde ve ruhsat verilmek suretiyle hizmetin yerine getirilmesinde sakınca görülüyorsa, –kamusal güvenliğin gerektirmesi önkoşulu kısıtıyla- bu yönde sınırlamalar getirilmesine cevaz verilebileceği, esasen kabullerimiz arasındadır. Ancak, buradaki sorun, ruhsat yerine neden sözleşme ilişkisi içerisine girilmesinin gerekeceğinde düğümlenmektedir.

Şayet, yabancı özel kişiler yerine yerli girişimcilerin faaliyeti yürütmesi öngörülüyorsa, bunun için gereken ayrıcalıklı düzenlemeye sözleşme ilişkisi içerisinde gidilmesi zorunluluğundan söz edilemez. Zira, aynı keyfiyet, sadece yerel girişimcilere ruhsat verilmek suretiyle de gerçekleştirilebilir. Buna engel bir

uluslararası andlaşma yahut yükümlülük varsa, sözleşme veya ruhsat olsun, aynı engel her ikisi bakımından da sözkonusu olacaktır.

Rekabet içerisinde yürütülmesi olanaksız faaliyet alanları bakımından da, yine, sözleşme ile ruhsat yöntemleri arasında bir farklılık olup olmayacağı hususunu irdelemek gerekecektir. Şayet, tekelci yahut oligopol niteliğindeki bir faaliyet alanından bahsediliyorsa, buralarda neden sözleşme ilişkisinin zorunlu kılınmak gerekeceği üzerinde düşünölmek gerekir. Kanımızca, bu türden faaliyet alanlarında da ruhsat yöntemiyle hizmetin yürütülmesine gidebilme olanağı vardır. Giderek değinmek gerekirse, sözleşmeyle yapılmasına kıyasla, bu durumda kamu açısından herhangi bir sakıncanın doğacağını varsaymak da güçtür.

İşte, bu düşünceler ışığında, 1 no.lu tanımda yer verdiğimiz “özel kişiler eliyle de görölebilmek” ibaresinin tanımdan çıkarılabileceği öngörüsüne itibar edilmiştir.

4. Tanımların Dayandığı Temel Anlayış

4.1. Kamusal Çıkarların Korunması Gereksinimi

Kamu hizmetine ilişkin olarak yukarıda verdiğimiz tanım denemesi çerçevesinde, rekabet esasına göre toplumdaki gereksinimlerin tatmin edilebileceği durumlarda, idarenin yerine getirmesi gereken bir toplumsal gereksinimden artık bahsedilemeyeceği ileri sürölebilir. Bu itibarla, belirtilen türden faaliyet alanlarında özel kişilerin faaliyet göstermesine Anayasal girişim özgürlüğü çerçevesinde sınırlama getirilerek kamusal alana aktarmanın ve idare tarafından –veya kamusal alandaki bir sözleşme ilişkisi içerisinde idare tarafından denetim ve gözetim sağlanarak özel kişiler eliyle- faaliyeti yerine getirmenin sözkonusu edilemeyeceği söylenebilir.

Bu durumda, kamusal çıkarların korunması bağlamında kimi sınırlamalara gidilebileceğini de belirtmiştik. Dolayısıyla, bu bölümde, kamu hizmeti tanımlamasına gidilebilmesi bağlamında, kamusal çıkarların korunmasına yönelik gereksinimin nerede ve nasıl doğabileceğine ilişkin ayrıntılı bir irdelemeye ve örnek olay ile faaliyet alanı değerlendirmesine giderek, konunun daha iyi aktarılabilmesine çalışacağız.

Bilindiği üzere, ülkemizde kimi faaliyet alanlarında idarenin özel kişilerle kurduğu sözleşme ilişkisinin özel hukuk yerine idare hukuku bağlamında değerlendirildiği görölmektedir. Bu bağlamda, idarenin özel kişilerle sözleşme ilişkisi içerisine girdiği kimi durumlarda, imzalanan sözleşmelerin kamu hizmetinin görölmeleri olarak nitelendirildiği ve böylece idari sözleşme olarak tanımlandığı görölmektedir. Ne var ki, altyapı faaliyetlerinin gördürülmesine ilişkin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri

veya müşterek emanet yahut iltizam sözleşmeleri gibi⁸³, kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlere ilişkin oldukları çok daha kolayca savlanabilecek sözleşmelerin yanı sıra, kamu hizmeti ile alakalı bulunmayan kimi faaliyet alanlarında idarenin özel kişilerle imzaladığı sözleşmelerin de idari sözleşme sayılabildiği gözlenmektedir.⁸⁴ Bu yöndeki –öğretide atıfta bulunulan- iki örnek, sırasıyla, orman veya maden işletmelerine ilişkin sözleşmelerin idari sözleşme sayılmaları bağlamında gündeme gelmektedir.⁸⁵

⁸³ Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 308, 309; Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 68-70 .

⁸⁴ Bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 46, 47. Yazara göre, öğretilerde idari sözleşmelerin ölçütleri arasında hem kamu hizmetine ilişkin olması hem de idareye özel hukuku aşan hükümler içermesinin birlikte (kümülatif olarak) aranması yanlıştır; dolayısıyla, kamu hizmetiyle ilişkili kılınmayacak ancak özel hukuku aşan hükümler içeren sözleşmelerin bu birliklilik önkoşulu nedeniyle idari sözleşme sayılmamaları kabul edilmez bir sonuçtur. Yazarın ifadesiyle “... bizatihi özel hukuku aşan hükümler içeren bir sözleşme, nasıl olacak da “özel hukuk sözleşmesi” sayılacak ve bu sözleşmeye nasıl olacak da sadece özel hukuk hükümleri uygulanacak?” (bkz. İbid., s. 47). Yazarın burada son derece isabetli bir görüş serdettiğini hemen belirtmekte ve vurgulamakta yarar görüyoruz. Nitekim, yazarın böylece kamu hizmetiyle imtiyazın arasındaki mutlaklık içeren bağlantıyı keserek çok yerinde bir hükme vardığı, bizim de –kamu hizmetiyle bağlantısız olsa dahi- ayrıcalıklar içeren her faaliyet alanında imtiyaz niteliğinin belireceği yönündeki görüşümüze (bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit.) benzer yönde bir anlayışı benimsemekte olduğu söylenebilir. Ancak, eserin diğer kısımlarında beliren kurguda bu anlayışla bağdaşmayan değerlendirmelere de rastlanıyor. Sözgelimi, yazara göre “... ortada bir kamu hizmeti yoksa, kamu hizmeti imtiyazı da olamaz” (bkz. İbid., s. 371). İmtiyaz sözleşmelerini –Anayasa Mahkemesi’nin ve Danıştay’ın aksine- dar anlamıyla ele aldığı görülen yazara göre, Yüksek Mahkemelerin idari sözleşme ve bunların içerisinde de imtiyaz sözleşmesi saplantısı vardır (İbid., s. 91, 92, 378). Yine, yazara göre idare, imtiyaz sözleşmesi yerine –isimsiz idari sözleşmeler de dahil- diğer idari sözleşmeleri yapma yoluna gidebilir; bunların imtiyaz sözleşmesinden tek farkı Danıştay’ın görüşünün alınmasında doğar, ki bu görüşün “ön denetim” anlamında telakki edilememesi gerekir ve giderek bağlayıcı olmaması esastır, zira demokratik ilkeler bunu gerektirir (İbid., s. 86-94). Öte yandan, idarenin özel hukuku aşan hükümler içeren ve fakat kamu hizmetiyle bağlantılı olmayan sözleşmelerinin idari sözleşme sayılması gerektiğini vurgulayan yazar, aynı zamanda bir yasal düzenlemeyle idarenin her tür sözleşmesinin özel hukuk sayılabileceğini açıkça vurgulamakla (bkz. İbid., s. 11), bızce bir tür çelişkiye de yol açmaktadır. Şayet yasal düzenleme “demokrasi” ilkesi adı altında bu türden özel hukuku aşan hükümleri havi sözleşmeleri özel hukuka sorgusuz sualsiz bağlı kılabilecek ise, yazarın kendi ifadelerinde değinilen “nasıl olacak da özel hukuku aşan hükümler içeren sözleşmeler özel hukuka bağlı kılınacak” sorusu geçerliğini neden yitirmiş sayılacaktır? Buna “demokrasinin gereği” denilecek ise, bu, yeterli bir açıklama olmaktan çok uzaktır; zira, kanımızca bu tür bir tasarrufu “demokrasi” gerekçesiyle aklamak olanağı yoktur. Bu savımıza öğretilerden bir destekleyici atıf, idare hukukunun ülkemizdeki kurucusu ve duayeni kabul edilen bilge Onar’dan verilebilir, buna göre “... *milli hâkimiyeti “teşri (yasama) uzvunun her şeye kadir olduğu, kanun şeklinde her istediğini yapabileceği, her türlü hukukî durumu yaratabileceği” yolunda anlamak hukuk devleti fikriyle devletin... Hukuk devletinde her şeyin üstünde hukuk kaideleri vardır.*” (bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 561).

⁸⁵ Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 175, 176; keza, bkz. Gözler, *İdare Hukuku-II*, op. cit., s. 70, 71 (yazar, orman işletme sözleşmelerinin 1982 Anayasasından önceki dönemde özel hukuk sözleşmesi sayıldığına –Günday ve Gözübüyük/Tan’a atfen- değinmekle beraber, atıfta bulunulan eserlerde idari sözleşme olarak sayıldıklarına yer verilmekle, sehven “özel hukuk sözleşmesi” ibaresini kullandığı anlaşılmaktadır).

Bahsekonu her iki faaliyet alanında da, –idare ile özel kişiler arasında imzalanan sözleşmelerin konusu itibariyle- kamuya sunulan bir hizmetten bahsedilebilmesi olanağı bulunmamaktadır. Sözgelimi, Onar’ın da belirttiği üzere, maden işletmeciliğinde idareye ve üçüncü kişilere karşı bir kamu hizmeti işletmek görevi bulunmaz; işletici, kendi çıkarlarını gözeterek bir faaliyet yürütmektedir.⁸⁶ Dolayısıyla, bu alanlardaki faaliyetler, doğal olarak, kamusal mamelek içerisinde bulunan malların işletilmesine ilişkindir.

Öte yandan, Anayasamızın 168. maddesi hükümü uyarınca madenlerin işletilmesi hakkının devlette olduğu ve özel kişiler eliyle işletmeciliğin ancak kanunun açık izni halinde mümkün kılınması, öğretilen bir görüşte dar ve teknik anlamda kamu hizmeti olarak nitelendirmeye elverişli bulunmamakta, bununla beraber bu yaklaşımda, geniş anlamda kamu hizmetinin konusunu teşkil edeceği yönünde bir anlayış belirmektedir. Anılan görüşe göre;

“... sırf bu Anayasa hükmü nedeniyle tüm madenlerin aranması ve işletilmesi etkinliğinin, bu etkinlik gösterenin özel hukuk süjesi olması halini de kapsamak koşuluyla, teknik ve dar anlamda bir kamu hizmeti olduğunu ileri sürmek gerçekçi bir yaklaşım değildir.”⁸⁷

Duran’a göre ise, bu imtiyazların konuları kamu hizmeti olmadığı gibi, bireylere hiçbir edim sunmaz ve sağlamaz.⁸⁸ Gözübüyük/Tan da aynı yönde değerlendirmede bulunmakta ve “... yeraltı ve yerüstü doğal zenginliklerin işletilmesine ilişkin sözleşmelerde... özel kişinin bir kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenme(diğine)” işaret etmektedir.⁸⁹ Aynı yolda bir diğer görüşe göre de;

“... maden işletme imtiyazları veren sözleşmelerin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olmadığı halde, bu sözleşmeler idari sözleşme olarak nitelendirilmişlerdir. Aynı durum, orman işletme sözleşmeleri için de geçerlidir.”⁹⁰

⁸⁶ Bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 540.

⁸⁷ Bkz. Azrak, Ali Ülkü; Türkiye’de Madenlerin Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler, İHİD, C. 1, Sy. 2, 1980, s. 4.

⁸⁸ Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 333.

⁸⁹ Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku-I (2006), op. cit., s. 544, 545.

⁹⁰ Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 169. Öte yandan, maden işletmeciliğinin imtiyaz yöntemiyle verileceğine ilişkin 3 Mart, 1954 tarih ve 6309 sayılı Kanun, 4 Haziran, 1985 tarih ve 3213 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılarak, ruhsat verme yöntemine geçiş yapılmıştır; ancak, bahsekonu Kanun’da yer verilen geçici bir madde marifetiyle eskiden imtiyaz yöntemiyle verilmiş sözleşmelerin yürürlükte kalacağı öngörüldüğünden, anılan eski tarihli maden işletme imtiyazı sözleşmeleri hukuken devam etmektedir (bkz. Odyakmaz, Zehra; Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, GÜHFD, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan (1999), Haziran-Aralık 1998, C. II, Sy. 1-2 (6-12/1998), s. 174-236 (www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_2-sayi_1-2.pdf)).

Bununla birlikte, maden işletmeciliğini üstlenen özel girişimin sadece hak sahibi olmadığı, madenleri işletmekle görevli kılındıkları ve bu meyanda maden işletmeciliğinin bir kamu hizmetinin görülmesi anlamına geldiği, dolayısıyla;

“... madenlerin ulusal ekonomi ve kamu yararı gereklerine uygun biçimde işletilmemesi halinde Devletçe işletme ruhsatı ve imtiyazını feshetmeye kadar varan geniş yetkiler tanıyan hükümleri ile de ayrıca kanıtlan(dığı üzere) ... kamu hizmeti imtiyazı niteliğinde olduğu”⁹¹

hususunu, keza, ileri sürülmektedir⁹².

Öğretide bu sözleşmelerin idari sözleşme sayılmalarının gerekçesi olarak, bunların devletin hüküm ve tasarrufu ve de denetimi altında bulunmaları gösterilmektedir.⁹³ Buna göre;

“Devletin hüküm ve tasarrufu ve gözetim ve denetimi altında bulunan bu milli servetlerin işletilmesi de, eşit kişiler altında yapılan özel hukuk sözleşmelerinden farklı ve İdareye özgü bir düzenlenişe gereksinim gösterir. Sonuç olarak, .. sadece kamu hizmetleri bakımından (değil), bunun dışında da ... milli servetler (gibi bazı konular) İdareye özgü bir düzenlenişe gereksinim göstermektedirler.”⁹⁴

Bu görüşte belirtilen sonuçlara iştirak edebilmekle beraber, gerekçesinin ne derece açıklayıcı olabileceğinde tereddüt duyulabilecektir. Zira, devletin başka pek çok mal varlığı yine aynı ölçüye göre devletin denetim ve gözetimi altında olarak değerlendirilebilir. Bu itibarla, bir beldedeki geniş kamu emlakının kiralanması sırasında da aynı ölçütlerin uygulanması düşünülecek ve kira sözleşmesi bir idari sözleşme sayılmak gerekecek midir?

Açıktır ki, bu örnekteki kira sözleşmesine konu edilen taşınmaz mallar da “milli servet” anlamına gelebilecektir. Bu bağlamda, Antalya ilimizin kıyılarındaki geniş kamu emlakının özel girişime konu edilmek üzere otel işletmecilerine çok uzun süreyle kiralanmalarına ilişkin sözleşmeler, aynı ölçütlere göre idari sözleşme sayılacak mıdır? Yine, Ankara’da Belediye’nin bir taşınmazı üzerinde inşa edilip, belli bir süre işletildikten sonra Belediye’ye iade edilmesi (bu yöntem, bilindiği üzere, “yap-işlet-devret” modeli olarak da adlandırılabilir) esasına dayanan Atakule

⁹¹ Bkz. Danıştay Genel Kurulu’nun 24 Ekim, 1974 tarih ve E.1974/33, K.1974/62 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 18-19, 1975, s. 261.

⁹² Bkz. Türk, Hikmet Sami; Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerine Açıklamalar, AÜHFD, C. 36, Sy. 1-4, 1979, s. 88, 89.

⁹³ Bkz. Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 169.

⁹⁴ İbid..

iş merkezi örneğinde, Belediye ile özel girişimci arasında imzalanan sözleşme idari sözleşme (imtiyaz) olarak nitelendirilecek midir?

Öğretide bir diğer görüşte de benzer değerlendirmeye gidildiği görülüyor. Buna göre, yerel ve yerüstü doğal zenginliklere ilişkin sözleşmelerin idari sözleşme sayılmaları, “idarenin korumakla ve değerlendirilmesini denetlemekle ödevli olduğu bir milli servet”in sözkonusu olması nedeniyledir.⁹⁵ Burada korumanın ve denetlemenin neden idari sözleşme sayılarak sözkonusu edilmesi zorunluluğunun doğacağı hususu da tartışılmak gerekir. Zira, yukarıda taşınmaz kira sözleşmelerine ilişkin olarak değindiğimiz hususların bu görüş bakımından da geçerli olacağı söylenebilir.

Kanımızca, orman veya madenlerin özel girişimlerce işletilmesine ilişkin sözleşmelerin idare hukukuna tâbi tutulmaları, kamunun korunmasına yönelik bir gereksinimin bu alanlarda ziyadesiyle bulunduğu yaklaşımıyla irtibatlandırılmasından dolayı sözkonusu edilebilmek gerekir. Özellikle maden ve sair doğal kaynaklar itibarıyla, bu alanların Osmanlı dönemindeki imtiyazların örneklerini teşkil etmiş olması, bu kaynakların doğal servet olarak tüm toplumun çıkarlarını yakından ilgilendirmesi, ülke geleceğini şekillendirebilecek veya etkileyebilecek mali ve siyasi önemde bulunması, bunların idarenin diğer sözleşmeleri ile kıyaslandığında ileri –ve belki de yaşamsal- derecede önemli olduğu hususuna işaret etmektedir. Onar’ın ifadesiyle, “... gerek geçmişteki ve gerekse ülke ile sıkı ilgisi bulunan madenler ve petrol bakımından ... anayasa ile önleyici ve koruyucu bir tedbir alma ihtiyacı” doğmaktadır.⁹⁶

Yeniden yetiştirilebilmesi itibarıyla nitelikçe madenlerden ayrılan ormanlarda ise;

“... bir memleketin sağlığı, jeolojik vaziyeti, iktisadî hayatı bakımından arzettiği hususiyeti gözönünde tutan kanun vazıları bunların muhafazası için hususî bir rejime tâbi tutulmasını zarurî görmüşlerdir... (O)rman, cemiyet bakımından o kadar büyük bir ehemmiyet arz etmektedir ki bunu diğer mallarla kıyas kabul etmek mümkün değildir ve bu bakımdan orman hizmeti ayrı bir âmme hizmeti teşkil e(der).”⁹⁷

Bir görüşe göreyse, “(o)rmanların ziraat, sıhhat ve askerlik bakımlarından memlekete lüzumu vardır. Bunun için ormanları devlet kayırmalı ve kullanılmasını düzenlik altına almalıdır.”⁹⁸

⁹⁵ Bkz. Gözübüyük/Tan, *İdare Hukuku-I* (2006), op. cit., s. 545.

⁹⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1360.

⁹⁷ *İbid.*, s. 1366.

⁹⁸ Derbil, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 459, 460.

Öğretiden bir diğer görüşe göre de;

“Ormanlar, öbür taşınmazlardan farklı hukuksal düzenlemelere bağlıdır. Çünkü, ormanların kamu yararı ile çok yakından ilgisi bulunduğu gibi, bir ülkenin ekonomisi, sağlığı ve doğal zenginliği açılarından da büyük önemi vardır. Ormanlar, çok değişik ve değerli sanayi girdileri sağladıkları gibi, ekolojik dengenin bozulmasının ortaya çıkardığı olumsuzlukları gidermekte, artan çevre hareketlerinin odak noktasını oluşturmakta ve toplumun dinlenme gereksinmesini karşılamada önemli işlevler yerine getirmektedirler.”⁹⁹

Oysa, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Sinop ilindeki Zingal ve Çangal ormanlarının işletilmesine ilişkin iyi bilinen kararında, orman işletmeciliğinin kamu hizmeti olduğu yönünde bir anlayışa varılarak idari sözleşme nitelendirilmesine gidilmiştir!¹⁰⁰ İşte bu örnek de, gerek öğretide ve gerek yargıda, kamusal güvenlik gereksiniminin aslında derinden hissedildiği ve fakat adının konulamamasından dolayı bu bağlamda değerlendirilen faaliyetlerin, kimi zaman zorlayarak “kamu hizmeti” üzerinden kamusal alana alınmasına çalışıldığı, kimi zaman da “devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunmakta olmasından” dolayı idari sözleşme sayılması zorunluluğunun olduğu gibi bir görünüm ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla, bu alandaki sözleşmelerin idari sözleşme, hatta imtiyaz sözleşmesi olarak algılanması ve mevzuatın 1999 Anayasa değişiklikleri öncesindeki haliyle Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilerek imzalanması gereğine dikkat etmek gerekir. Giderek, 1924 Anayasası'nda maden imtiyaz sözleşmeleri de dahil hiçbir imtiyaz sözleşmesinin idare tarafından verilememesi ve bu yetkinin sadece Meclis'e tanınmış olması¹⁰¹, konunun ülke ve bireyler açısından taşıdığı olağanüstü önem dolayısıyladır.

Şu halde, özü itibarıyla maden sözleşmelerinin idari sözleşme sayılmasındaki temel neden, kamunun “genel korunma gereksiniminin” başka surette korunabilmesine olanak bulunmaması nedeniyle doğmaktadır denilebilir. Hatta, Onar'ın bu türden kamu taşınmazları veya mameleki bakımından yaptığı “geçici işgal” ile “akdi ilişki” ayrımı, bizim kastettiğimiz anlamda işin özüne değinmemekle beraber, belirtmeye çalıştığımız unsurun, yahut kamusal korunma gereksiniminin dolaylı-örtülü ifadesi anlamında ele alınabilir.

⁹⁹ Giritli / Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 736.

¹⁰⁰ Bkz. Tekinsoy, Ayhan; *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, AÜHFİD, C. 55, Sy. 2, 2006, s. 213, 214; Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 174, 175.

¹⁰¹ Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 172, 173.

Onar'a göre, geçici işgallerde sorun yoktur, zira devlet mamelekini idarece verilen ruhsata binaen geçici işgal ederek yararlanan özel kişi bakımından bir "subjektif hak" doğmamaktadır ve dolayısıyla da idarenin işgal edene karşı borcu yoktur; "... ancak bir süre tayin edilmek suretiyle idareyi bir taahhüt altına koymuş ve bu suretle fert lehine subjektif bir hak doğurmuşsa imtiyaz mahiyetini alır."¹⁰² Bu anlamda, idarenin yükümlülük altına girdiği noktada "imtiyaz" tanımlamasına gidilivermesi, aslında bu faaliyet alanında toplumsal korunma gereksiniminin doğuyor olması ve bunun da imtiyaz sözleşmesi tabiri üzerinden özel bir "korunaklı hukuksal rejim"e bağlı kılınması gereksinimini ve sonucunu doğurmasından başka bir şey olmamak gerekir.

Benzer bir yorum, Derbil tarafından da yapılmaktadır. Buna göre, geçici mahiyetteki işgal izinleri, bir müsamaha niteliğindedir ve bu itibarla kişilere talep hakkı doğurmaz, burada bir hak elde etmek değil, "bir lütuf elde etmek" sözkonusudur. Giderek, bu işgallerin sözleşmeyle de yapılabileceğine değinen ve "mukavelevî işgal izni" tabirini kullanan Derbil, bununla beraber bu sözleşmelerin imtiyaz verilerek yapılan işgallerden ayrı tutulacağına değinir.¹⁰³

Dikkat edilirse, idari sözleşme sayılarak kamusal alana aktarmak suretiyle, kamu hukuku ilkelerinin öngördüğü koruma mekanizmalarına vücut verecek uygulamaların kapısını açabilmek, aslında tüm idari sözleşme konusu faaliyetler bakımından sözkonusudur. Kanımızca, bu unsura dikkat edilmek suretiyle analitik bir yaklaşıma gidilmemiş olduğu içindir ki, gerek öğretilerde ve gerek yargıda kamusal korunma mekanizmalarına gereksinim duyulan alanlarda "idari sözleşme" sayılarak arzulan korumayı gerçekleştirme gereği duyulduğunda, gerekçe bulabilmek için görünüşteki kimi ögelere müracaat etme yaklaşımı benimsenmiş durumdadır.

Sözgelimi, bir altyapı hizmetinin uzun süreyle özel sektöre gördürülmesi

¹⁰² Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1334-1336. Onar, bununla birlikte, eserinin ilerleyen sayfalarında daha farklı görüş beyan etmekte ve maden imtiyazının tek taraflı olduğu ve idare bakımından -kamu hizmeti imtiyazlarının aksine- imtiyaz sahibine karşı bir taahhüdün sözkonusu olmadığını belirterek, "bu imtiyaz, Devlet emlakından faydalanmak için verilen müsaadeler nevindedir" demektedir; giderek, imtiyaz sahibinin maden işletme imtiyazı verilirken dercedilen işletme yükümlülüklerine uymaması durumunda "ruhsat veya imtiyaz iptal edilir ve işletme hakkı geri alınır" görüşünü serdetmektedir (bkz. İbid., s. 1384, 1385). İmtiyaz, bir sözleşme olduğuna göre, "iptal edilir" ibaresinin bu anlamda dikkat çektiğini hemen belirtelim. Buradan çıkarılacak bir olası yorum, Onar'ın "maden imtiyazlarını aslında ruhsat olarak gördüğü (ki, sıklıkla "maden ruhsatı veya imtiyazı" tabirine yer verdiği görülmektedir), ancak bu faaliyet alanının kamusal korunma gereksinimi bakımından önemi itibarıyla, geniş anlamında imtiyaz kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini müdrik olarak, imtiyaz tabirini kullanmaya devam ettiği" yollu bir düşünce şeklinde savlanabilir.

¹⁰³ Bkz. Derbil, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 417-424.

sırasında doğabilecek kamusal korunma gereksinimini hukuken olanak dahilinde tutabilmek için, bu hizmetin kamu hizmeti niteliğinde olması gerekçesine sınımlanması, aslında arka plandaki gerçek gerekçenin gözönünde bulunan unsuru anlamında değerlendirilmek icap eder. Bu faaliyet alanlarında, rekabetin tesisıyla kamusal korunma gereksinimine gerek kalmadığı andan itibaren kamu hizmeti niteliğinin kalmayacağı hususu, esasen öğretide de –dolaylı olmakla beraber- savunulmaktadır denebilir.

Oysa, görünürdeki bu unsur, arkasında yatan esas gerekçenin sadece bir bakımdan tezahürü sayılabilir ve yeri geldiğinde arkasında yatan asıl gerekçeyi tamamen kapsayan bir koruma mekanizmasını içermekten çok uzak kalabilir. Bunu bir örnekle açıklayalım:

Bir hizmetin, özel sektör eliyle gereği gibi yerine getirilmesi ve halkın bu hizmetin kendisine sunulmasıyla ilgili gereksinimini tam olarak tatmin edebilmesi durumunda, kamu hizmeti olarak algılanması ve kamusal alana aktarılarak kamu hukuku ilkelerine bağlı kılınması gerekmeyeceği, kamu hizmetinin tanım ve kapsamını irdelediğimiz ilk bölümde yer verildiği üzere, öğretide de kabul edilmektedir. Özellikle sınai ve ticari faaliyetler bakımından, rekabetin yeterli derece işlerlik kazandığı faaliyet alanlarında, kamunun hizmete ilişkin gereksinimlerinin tatmin edilebilmesi, mümkün olabilecek ve bu itibarla bu faaliyet alanında kamu hizmeti olarak nitelendirmeye ve kamusal alana taşımaya gerek kalmamış olacaktır. Ancak, bu hizmetin rekabete konu olabilmesi ile kalite ve fiyat olarak tatmin edici koşullarda halka sunulmakta olması, acaba kamusal korunma mekanizmalarına duyulan gereksinimi tamamıyla karşılayacak durumda olmak zorunda mıdır?

Bu noktada konu, “kamu hizmetlerinin toplumun gereksinimlerini gereği gibi tatmin etmesi” hususu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Halihazırda öğretide serdedilen görüşlere bakıldığında, toplumda beliren gereksinimlerin tatmin edilmesi ibaresiyle, belirli bir faaliyet alanında halkın gereksinim duyduğu bir hizmetin yeterli biçimde karşılanması yolunda bir yaklaşımın izleri görülmektedir. Dolayısıyla, belirgin bir hizmet sözkonusu olduğunda, o hizmetin yeterli biçimde sunulmasından bahsedildiği düşünülebilecektir. Sözgelimi, halkın elektrik enerjisi gereksinimi, elektriğin halka kaliteli ve yeterli biçimde sunuluyor olmasıyla karşılanmış olacaktır. Burada toplumsal gereksinimden kastedilenin, elektriğe gereksinim duyan bireylerin geneli itibarıyla toplumsal yaşamın yürüyebilmesini teminen sunulması anlaşılacaktır sanırız.

Oysa, burada bir de, bireylerin oluşturduğu genelin ve dolayısıyla bir bütün

halinde toplumun elektrik gereksiniminin karşılanmasının yanısıra, elektrik hizmetinin bizatihi kendisiyle, yani toplumdaki bireylere sunulmasıyla doğrudan ilişkisi olmaksızın, bu hizmetin sözgelimi yabancı şirketlerin elinde bulunması nedeniyle doğabilecek –dolaylı- risklerden de bahsedilebilir. Bu ikinci tür riskler, bireylere ve dolayısıyla toplumun geneline kaliteli, uygun fiyatla erişim sağlanan elektrik enerjisinin sunulması yoluyla gereksinimin tatmin edilmesinin ötesinde, ülke bağlamında kamusal enerji güvenliği sorununu gündeme getirmektedir. İşte bu riskin, kamu hizmeti olarak algılanan elektrik enerjisinin yeterince tatmin ediliyor olması ibaresi kapsamında bulunup bulunmadığı, tartışmalı olacaktır.

Bugüne kadar, kamu hizmeti tanımıyla ilintili olarak bu yönde bir değerlendirmeye tesadüf etmemiş olmakla, “tatmin edilme” kapsamı içerisinde bu ikinci tür kamusal güvenlik risklerinin bulunmadığı veya dikkate alınmamış olduğu savlanabilir. Dolayısıyla, kamusal güvenlik riskleri, işte bu anlamda kamu hizmeti tanımı ve dolayısıyla ortaya konulması gereken bir korunma zemini bağlamında ele alınmayı gerekli kılmaktadır.

Yine bir örnek vermek suretiyle, konunun daha iyi biçimde anlaşılmasına çalışalım. Bilindiği üzere, idarenin bizatihi kendi işlemiyle ilgili kimi faaliyetlerine ilişkin hukuksal koruma, özel hukuka bağlı kılınabilmektedir; tapu sicillerinden veya (karayolları veya köprülerin özel kişiler eliyle yapımı gibi) bayındırlık yapım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların özel hukuk tahtında (bu ikincisinin Fransız hukukunda kanuna istinaden idari yargıya bırakılmış olmasına karşın¹⁰⁴) adli yargıda görülüyor olması gibi. Bilindiği üzere, bayındırlık yapım sözleşmeleri Fransız hukukunda idari sözleşme olarak kabul edilirken, hukukumuzda –daha çok pratik düşünceler ve bu kapsamdaki uyuşmazlıkların adli yargı yerlerince çözümlenmesinin kolaylığı gerekçesiyle¹⁰⁵- idari uygulamalarda görüldüğü ve yargı kararlarında da belirtildiği gibi, idari sözleşme sayılmamakta¹⁰⁶ ve özel hukuka tâbi tutulmaktadır¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1609.

¹⁰⁵ Bkz. Yayla, Yıldızhan; *İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s. 122.

¹⁰⁶ Bkz. Giritli / Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 914.

¹⁰⁷ Bu hususta öğretilerde eleştiriler de getirilmektedir. Sözgelimi, Özay tarafından, bu sözleşmelerin idari nitelikte sayılmasının hem kamu yararı hem de idare açısından sayısız yararlar sağlayacağı, çıkacak uyuşmazlıkların aynı kavramlara daha yakın olan idari yargıda bakılmasının daha hakkaniyetli olacağı savunulmaktadır (bkz. Özay, İl Han; *(İkinci Bine Kavuşurken) Günışığında Yönetim*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994, s. 478). Özay devamla, bayındırlık işlerine ilişkin inşaat ve araç-gereç satın alınması, taşıma ile yaptırma konularındaki sözleşmelerin yargısal kararlara göre idari nitelikte sayılmamasının ve sonuçta özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmesinin, Batı ülkelerinden esinlendiğimiz İdare Hukuku ilkelerine ters düştüğünü, üstelik ülkemizin yapısı bakımından çok sakıncalı sorunlara neden olabildiğini belirterek, şöyle bir yargıya varıyor:

Elektrik sektöründe özel kişiler eliyle hizmetin görülmesi bağlamında özel hukuka bağlı kılınma ve (tahkime tâbi tutularak) idari yargının denetiminden çıkarılma konusunda Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Danıştay nezdinde ortaya çıkan, öğretide kısmen destek gören itirazların, bahsekonu yasal düzenleme ve uygulamalara karşı ileri sürülmemiş olduğuna burada özellikle dikkat çekmek istiyoruz. Ne olmuştur da, idari hizmet sınıfına giren tapu sicil kayıtlarından doğan sorumluluk, yahut kaynak Fransız hukukunda idari yargıda görülen bayındırlık yapım sözleşmelerinde adli yargıya müracaat edilmesi¹⁰⁸ ülkemizdeki yargı uygulamasında Yüksek Mahkemelerin itirazıyla karşılaşmazken, idari hizmetlere kıyasla “kamu hizmeti” niteliği daha ikincil planda değerlendirilebilecek elektrik sektöründe özel hukuka bağlı kılınma arzusu, fevkalade yoğun bir eleştiri sürecinin odağında yer alabilmiştir?

Kanımızca, buralarda sözkonusu edilen endişeler, bireylerin ve bireyler genelinde toplumun elektrik gereksinimlerinin uygun fiyat ve süreklilik içerisinde karşılanmasına yönelik bir tasadan daha çok, AYM kararlarında da değinildiği görülen “**stratejik** sektör” niteliğiyle elektrik sektörüne ilişkin olarak “kamusal güvenlik” endişelerinin yoğunluk kazanmasından ileri gelmiştir. Oysa, ilerleyen paragraflarda değindiğimiz üzere, Anayasamızda “**stratejik**” olmaya ilişkin hiçbir düzenleme veya hüküm yoktur!

İşte, bu nedenle, böylesi bir unsura dayanarak irdelemeye gidilememesinden dolayı olsa gerek, kamusal güvenlik endişesini duyan AYM’nin ve Danıştay’ın, eldeki –kullanılmaya elverişli-tek manivelaya, yani kamu hizmeti unsuruna dayanabilmesi neticesinde, tüm tartışmalar bu kavram üzerine yüklenivermiştir. Burada hemen değinmek gerekirse, Onar’ın da imtiyaz kavramını geniş bir kapsam dahilinde değerlendirdiği görülmektedir. Buna göre;

“... imtiyaz idare hukukunda muhtelif mânalar ifade eder: bir âmme hizmetinin

“Milli savunma ve telekomünikasyon gibi en önemli alanlarda İdare ile sözleşme yapıp daha sonra yüzüstü bırakan girişimci örneklerinin çoğaldığı bir zamanda Danıştay ve diğer İdare mahkemelerinin bu gibi konulardaki düşüncelerini yeniden gözden geçirmeleri herhalde yararlı olur.” (bkz. Özay, Günışığında Yönetim, op. cit., s. 510, 511, özellikle 975 no.lu dipnot).

Yine, Gözler’e göre de, bahsekonu yapım sözleşmelerinin bir tarafı idare ve konusu bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkindir, giderek bu sözleşmelerde özel hukuku aşan birtakım hükümlerin olması da ihtimal dahilindedir; dolayısıyla, bu sözleşmelerin –Fransa’da olduğu gibi- ülkemizde de idari sözleşme sayılmaları icap eder (bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 83, 84).

¹⁰⁸ Gerek ülkemizde ve gerek Fransa’da yasal düzenlemelerle idari yargı yerine özel hukuka bağlı kılınan pek çok faaliyet alanı bulunmaktadır. Bunların ayrıntılı bir listesi için bkz. Gözler, İdare Hukuku-II, op. cit., s. 173-176.

... hususî bir teşebbüs tarafından görülmesi bir imtiyaz mukavelesinin mevzuunu teşkil ettiği gibi, âmmе emlâkinden inhisarî mahiyette muayyen bir istifade temin edebilmesi için ferde verilen müsaadelere de imtiyaz denilmektedir.”¹⁰⁹

Bu görüşün önemi, kanımızca, bir yanıyla tekel içeren alanlar bakımından –dolaylı da olsa- rekabet kavramına değinmesi, diğеr yandan ise –ve daha önemlisi-, imtiyaz kavramının kamu hizmetiyle bağlantısını mutlaklaştırmaması şeklinde belirmektedir. Oysa, öğretilerde bir başka görüşe göre, “... Anayasa’da imtiyaz kavramı, sadece bir sözleşme biçimini anlatmak üzere değil, **kamu hizmetinin** özel kişilere sözleşmeyle gördürülmesi kategorisini ifade edecek şekilde kullanılmıştır” denilerek, kamu hizmeti ile imtiyaz arasındaki bağlantı vurgulanmaktadır.¹¹⁰ Bu görüşün, diğеr yandan, imtiyazın Anayasamızda genel bir “torba” kavram olarak yer aldığına değinmesi bakımından dikkat çektiğine de değinmek isteriz.¹¹¹

İşte, tüm bunlardan dolayıdır ki, kanımızca kamu hizmetiyle ilgili bir tanıma gidilecek ise, “kamusal alana alınma gereği”nin gerçek mahiyeti üzerinde durmak ve bu meyanda özellikle hizmetin kendisiyle ilgili “toplumsal gereksinimi tatmin etmesi” ögesi yanında, hatta daha da önemli olarak, “kamusal güvenlik” endişelerini karşılayacak biçimde kurgulanmasında büyük yarar bulunacaktır.

Bu bağlamda, yine bir örneğe yer verebiliriz: Onar, idarenin kamu hizmetinde kullanmak üzere satın aldığı mallarda genellikle özel hukuka bağlı kılınma özelliğinin görüldüğüne değinmekte, ancak sözcülemi ordunun gereksinim duyduğu silahların alınmasına yönelik, milli savunma gibi kamu menfaati bakımından yaşamsal önem taşıyan konularda, idari yargıya bağlı kılınması gereken hususların bulunabildiğine değinmektedir.¹¹²

4.2. Kamusal Çıkarların Korunması Gereksinimine Örnekler

4.2.1. Enerji Sektörü

Kamusal çıkarların korunma gereksinimine bir çok faaliyet alanından verilecek örnek bulunabilirse de, herhalde enerji sektörü bu anlamda daha bir ön plana çıkmaktadır. Bu düşünceden hareketle, konuya enerji sektörünü örnekleyerek devam edelim.

¹⁰⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1335.

¹¹⁰ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 334.

¹¹¹ Ancak, aynı eserde, imtiyaz sözleşmelerinde tahkime yer verilmesi bağlamında getirilen yasal düzenlemelerin sadece imtiyaz sözleşmelerini kapsayacağı ve diğеr idari sözleşmelerin tahkime bağlı kılınmayacağı yönündeki değerlendirmenin (bkz. *İbid.*, s. 328), imtiyaz kavramının torba kavram olarak algılandığı yönünde yazarın değindiği görüşle çelişki doğurduğu söylenebilir.

¹¹² Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1599.

Elektrik üretimi alanında özel kişilerce rekabet içerisinde faaliyet gösterilmesi ve böylece halkın kalite ve fiyat olarak elektrik hizmetine tatmin edici koşullarda kavuşması, son yirmi yıldaki teknolojik gelişmeler ışığında özellikle gündeme gelmiştir. Şebeke yapısı içeren bu alanda dikey bütünleşik bir piyasa yapısı yerine üretim, iletim ve dağıtım ile ticaret işlevlerinin ayrıştırılması ve–doğal tekel niteliğini haiz- iletim ile dağıtım kısmı hariç rekabetçi bir yapıya geçiş yapılabilmesi yönünde gelişen anlayış, 1980’li yıllardan başlayarak dünya ölçeğinde tartışmaları da beraberinde getirmiş ve İngiltere ile Arjantin gibi kimi ülkelerde uygulanmaya başlanmıştır.¹¹³ Nihayet, ülkemizde 4628 sayılı Enerji Piyasası Kanunu¹¹⁴, tam da böylesi bir kurguyu öngörmek üzere yasalaştırılmıştır.

Bu bağlamda değinmek gerekirse, halkın gereksinimlerinin giderilmesine yönelik aynı tatmin durumu, yine anılan Kanun kapsamı içerisinde yer almakla, sözgelimi petrol rafinerisi işletmeciliği ve akaryakıt dağıtım istasyonu işletmeciliği bakımından da sözkonusu olabilir.

Bununla beraber, elektrik üretimi ve akaryakıt sektörlerinde özel girişimcilerin –velev ki rekabet altında, halkın gereksinimlerini tatmin ediyor şekilde sunulmaları sözkonusu olsun- faaliyet göstermeleri, ülkenin enerji bağımlılığı veya enerji politikaları bakımından yabancı girişimcilerin kontrolü altında bulunması anlamında, sakıncalar yaratmaya elverişli olabilecek bir potansiyeli de içermektedir.

- Kamusal Çıkarların Korunması ve “Stratejik” Faaliyet Alanları

Bu noktada gündeme, ülke güvenliğini yakından ilgilendiren kimi faaliyet alanlarındaki hizmetlerin, kim tarafından ve ne şekilde verileceği geliyor. Ülkeden ülkeye farklılık göstermekle beraber, belli faaliyet alanlarında kamusal güvenlik bakımından duyarlılıkların ortaya çıktığı bilinmektedir. Bu hassasiyetlerin, kısaca tek bir kavram üzerinden dile getirildiği ve tartışıldığı gözlenmektedir: “**Stratejik**” olma özelliği.¹¹⁵

Nitekim, ülkemizde elektrik sektöründeki özelleştirme girişimlerinin başlarında, kamu tekelindeki elektrik faaliyetinin özelleştirilmesini öngören bir yasal düzenlemeye (3974 sayılı Kanun uyarınca TEK’in özelleştirmesinin öngörülmesine) karşı açılan iptal davasında 9 Aralık, 1994 tarihli kararıyla düzenlemenin iptaline hükmeden

¹¹³ Bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 313, 314; keza, bkz. Atıyas, İzak; *Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet, içinde* Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Aralık 1999, s. 49, 50; Çakal, Recep; *Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon*, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayını, Ankara, 1996, s. 1.

¹¹⁴ 3 Mart, 2001 tarih ve 24335 (mükerrer) sayılı RG’de yayımlanmıştır.

¹¹⁵ Bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 308, 309.

Anayasa Mahkemesi, gerekçeli kararında, özelleştirilme sonucunda “sektörün bir kısmının veya tamamının yabancıların eline geçmesini önleyici herhangi bir tedbir alınmamış” olmasının yanlışlığına değinmekte ve “elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı gibi **stratejik önemi olan**¹¹⁶ alanlara yabancıların girmesinin ötesinde, egemen olması, güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden çok sakıncalı olabilir. Bu tür kamu hizmetleri ülke güvenliği ile de yakından ilgilidir... çünkü başta savunma sanayii olmak üzere tüm sanayi kollarına hizmet vermektedir”¹¹⁷ değerlendirmesine gitmekteydi. Önemi dolayısıyla, Yüksek Mahkeme’nin kararından daha geniş bir alıntıya aşağıda yer vermenin yararlı olacağı kanısındayız:

“Kalkınmayı hızlandırmak için dış borçlanma, yabancı sermaye, yabancı ortaklıklardan yararlanmak gerekebilir. Ancak, özelleştirme yoluyla giderek yabancıların nüfuzuna yol açılması, ülke bağımsızlığı yönünden kabul edilemez. Bu gerçek, özelleştirme politikası uygulayan gelişmiş kimi ülkeleri bile önlem alma zorunda bırakmıştır. Örneğin, yabancılarla satılabilecek pay oranı Fransa’da % 20, Belçika’da % 20-25, İngiltere’de ise % 10 ile sınırlandırılmıştır. Türk Ulusu’nun çıkarlarının, ülke bağımsızlığının ve güvenliğinin gözetilmesi özelleştirmenin yabancılaştırmaya dönüşmemesi yönünden getirilecek kuralların önemi büyüktür.

Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı gibi stratejik önemi olan alanlara yabancıların girmesinin ötesinde, egemen olması, güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden çok sakıncalı olabilir. Bu tür kamu hizmetleri ülke güvenliği ile de yakından ilgilidir. Çünkü, TEK başta savunma sanayii olmak üzere tüm sanayi kollarına hizmet vermektedir.

Halka ve çalışana satılsa bile yasada önlem getirilmedikçe payların hızla değişirmesi her zaman için olanaklıdır. Özelleştirilen ve ilk aşamada halka satılan kuruluşların sonradan yabancı sermaye gruplarının eline geçme olasılığı fazladır. Düzenlemelerde bu durumları önleyecek kuralların bulunması zorunludur.

Anayasa’nın 47. maddesinde devletleştirme olanağının getirildiği, yabancıya satışın ülke çıkarlarına olumsuz etkisi görülürse devletleştirme yoluna gidilerek bu riskin ortadan kaldırılacağı düşüncesi, ulusal ve uluslararası hukuk yönünden pek geçerli görülemez. Gerçekten, Devletleştirme Yasası’na göre özel teşebbüsleri Devletleştirme oldukça güçleşmiştir. Konunun uluslararası boyutuna bakıldığında olayın çok daha güç olduğu görülür. Nitekim, Anayasa Mahkemesi “yabancıya satılmış toprakların yasal yollardan yerine göre geri alınabilmesi olanağının

¹¹⁶ “Vurgu” tarafımızdan yapılmıştır.

¹¹⁷ Bkz. AYM’nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı.

varlığına güvenilemez. Yabancıların her an kendi devletlerinin himayesinde olduğu dikkate alındığında böyle bir yola başvurmanın devletlerarası çetin sorunları davet etmesi kaçınılmazdır” yargısına vararak bu hususu açıkça vurgulamıştır. Kaldı ki önceden önleme olanağı varken, sonuçta bu denli sorunlarla yüklü bir yola girmek, mantıkla da bağdaşamaz.

Bu nedenlerle, Yasa’da yabancılara satışla ilgili kimi sınırlamalar getirilmesi ülkenin bağımsızlığı ve ulusun güvenliği ile doğrudan ilgilidir. Böyle bir düzenlemenin bulunmaması, anılan ilkeleri zedeleyici sonuçlar doğmasına neden olabilir. Kamusal varlıkların, satış ya da işletme hakkının devri yoluyla yerli-yabancı ayırımı gözetilerek özelleştirilmesi, geleneksel yapısı ve niteliğiyle Anayasa’da öngörülen devlet düzenine uygun düşer. Yasa’nın ek 1. maddesinin son fıkrası ile ek 4. maddesi bu sonuçları sağlayıcı nitelikte değildir. TEK’in özelleştirilmesi ancak yabancı egemenliğine yolaçmayacak kimi sınırlamalarla birlikte karşılıklılık ilkesine uyularak gerçekleştirilebilir.”

Kararda dikkati çeken husus, “**stratejik**” ibaresinin gerekçe olarak dayanak tutulmakta olmasıdır. Oysa, Anayasa’da **stratejik** olma keyfiyetine yönelik bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.

Öte yandan, bu tür faaliyet alanlarının çoğu ülkede “**stratejik** sektörler” şeklinde algılandığı da dikkat edilmesi gereken bir husus olarak göze çarpmaktadır. Hatta, kimi zaman **stratejik** sektör nitelmesine tâbi tutulan çok ilginç sektörler de rastlanabilmektedir. Sözelimi, Fransa’da yoğurt ve benzeri kimi gıda maddelerinin üretimini yapan Danone şirketinin bir Amerikan şirketince satın alınmasına yönelik olarak ciddi bir kamuoyu tepkisi gelmiş, bunun üzerine Fransız hükümeti “milli güvenlik” gerekçesine istinaden anılan şirketin yabancıların eline geçmesine izin verilemeyeceğini açıklamış ve bu durum “**stratejik** olma” savunmasıyla tahkim edilmiştir.¹¹⁸ Yine, ABD’nde havayolları şirketleri, Avrupa’da otomotiv ve bilgisayar şirketleri, keza dünya ölçeğinde çelik ve gemi yapımı sektörleri bu şekilde savunulmuş; Çin’de toprak hafriyatı işlerinde kullanılan makinaların üretimi de aynı şekilde algılanmıştır.¹¹⁹

Dolayısıyla, **stratejik** olma gerekçesinin tehlikeli bir “mitos” olarak kimi sektörlerin mevcut sahiplerinde kalmasına, yabancılara satışının engellenmesine yol açtığı da söylenebilecektir. Nitekim, bu durumdan milli ekonomilerin değil, sözkonusu

¹¹⁸ Beattie, Alan; Ownership is not the real problem with China, Financial Times, 16 Nisan, 2007, s. 13; keza Yoghurt turns sour, Financial Times, 14 Nisan, 2007.

¹¹⁹ Bkz. De Jonquieres, Guy; The Strange Paradox of Economic Nationalism, Financial Times, 10 Ağustos, 2006.

“stratejik” şirketlerin halihazırdaki yöneticileri ile onların bürokratik plandaki sahiplerinin yararlandığı, bu kesimin gerçeğe aykırı biçimde kendilerini “milli menfaatlerin koruyucusu” olarak ileri sürmelerine yol açtığı da savunulmaktadır.¹²⁰

Nitekim, son yıllarda AB içerisindeki kimi ülkelerin **stratejik** kavramı arkasında korumacı politikalar izleme eğilimine girdikleri ve bunun önüne geçilebilmesini teminen “neyin **stratejik** olup olmadığına açık bir şekilde belirlenmesi gerektiği”¹²¹ savunulmaktadır.¹²² “Ekonomik güvenlik” gibi kavramların da bu meyanda geliştirilerek ekonomik korumacılığın son dönemlerde hız kazanmasında etkinlik sağladığı hususu, yine bu minvalde vurgulanabilir.¹²³

Ancak, her halükarda, **stratejik** faaliyet alanlarının belirlenmesinde ülkeler arasında karşılıklılık esasına bağlı olarak bir değerlendirmeye gidilmesi gerektiği, bu meyanda ülkelerin kimi sektörlerde **stratejik** güvenlik konusunda rahatsızlık duyabilecekleri de düşünülme ve makul karşılanmak gerekebilir. Bu durum, özellikle enerji kaynaklarına sahip olmayan ülkelerin dış alıma muhtaç olmaları çerçevesinde gündeme gelebilmektedir. Sözgelimi, daha son günlerde Rusya Federasyonu ile Ukrayna arasındaki doğal gaz boru hatlarının ücret tarifeleri üzerinden doğan anlaşmazlık nedeniyle, Avrupa’nın kimi kentlerinde olumsuz koşulların hüküm sürdüğü bilinmektedir.¹²⁴

Şu halde, “stratejik” olarak nitelendirilebilecek kimi alanlarda, halkın gereksinimlerinin rekabet içerisinde karşılanması ve bundan dolayı da kamu hizmeti olarak tanımlanamaması nedeniyle kamu hukukuna bağlı kılınmaması, **stratejik** önemleri dolayısıyla kamu hizmeti sayılmaları da öğretilerde yerleşik görüşler itibarıyla olası görülmediğinden, önemli bir sorun yaratma yeteneğine sahip olmak durumundadır.

¹²⁰ İbid.

¹²¹ Vives, Xavier; Barriers Need to be Lifted for an Integrated Market, Financial Times, 15 Eylül, 2006, s. 11.

¹²² Bahsekonu korumacı politikaların son dönemlerde daha da yaygın biçimde savunulduğu; yukarıdaki bölümlerde belirtildiği üzere, özellikle Fransa’da bizzat Cumhurbaşkanı tarafından “bir dogma, bir ideoloji olarak rekabet Avrupa’ya ne vermiştir ki?” yolunda eleştirilerin ifade edildiği görülmektedir (bkz. Bounds, Andrew; EU trade chief to rebut Sarkozy in Paris, Financial Times, 30 Haziran-1 Temmuz, 2007).

¹²³ Bkz. Solomon, Deborah; Wave of protectionism gains force, The Wall Street Journal, 6-8 Temmuz, 2007.

¹²⁴ Bkz. Nitzov, Boyko; A Tale of Two (Empty) Pipelines, The Atlantic Council, 14 Ocak, 2009 (<http://www.acus.org/highlights/tale-two-empty-pipelines>). Yazar, doğal gaz kesintisi nedeniyle Bulgaristan’ın başkenti Sofya’da merkezi ısıtmanın günlerce çalıştırılmadığını ve başkent halkının ısıtmasız evlerde soğuktan titremeye mahkum kaldığını zikretmektedir.

Öte yandan, bu faaliyet alanlarında idare ile özel girişimciler arasında sözleşme imzalanmadığı ve idareden alınan ruhsat içerisinde faaliyet gösterdikleri, dolayısıyla kamusal alana taşınacak bir sözleşmenin de zaten bulunmadığı ileri sürülebilir.

Buna karşı verilecek bir yanıt ise, şöyle ifade edilebilir: Aynı husus, sözgelimi, ruhsata dayanarak faaliyet gösteren eğitim ve sağlık alanlarındaki özel kişi faaliyetleri bakımından da sözkonusudur. Bahsekonu faaliyetler kamu hizmeti sayıldığı için, öğretilerdeki egemen görüş uyarınca, idarenin bu alanlardaki faaliyetlerden sorumluluğunun devam ettiği ve bu alanların kamu hukuku kurallarına bağlı olmaya devam edeceği hususu ileri sürülmektedir. Dolayısıyla, enerji sektöründeki örneklerimiz de aynı değerlendirmeye tâbi tutulabilecektir.

Ancak, idarenin verdiği ruhsata dayanılarak veya idareyle sözleşme ilişkisi içerisinde faaliyet göstermek suretiyle özel kişiler eliyle yürütülen ve “kamu hizmeti” olarak öğretilerde ve yargıda algılanabildiği görülen sağlık veya eğitim –ve belki bu anlamda özel kişilerin gördüğü elektrik ve sair diğer hizmetler- bakımından idarenin sorumluluğunun devam ettiğinin ileri sürülebilmesi, kamusal güvenlik bağlamındaki sorunu çözmekten uzak kalmaktadır. Sorun, buradaki yabancı özel girişimcilerin verdiği hizmetler dolayısıyla ortaya çıkabilecek olan “kamusal güvenlik” endişesidir, verilen hizmetlerin fiyatı yahut sürekliliğindeki aksamadan dolayı idarenin sorumlu tutulup tutulamayacağı değil. Bir kez **stratejik** bir sektörde yabancı egemenliği gerçekleşmişse, konu idarenin sorumluluğunun çok daha ötesine geçen bir boyut kazanmaktadır. Bir Azeri deyimiyile ifade edersek, burada “sohbet başka yerden gitmektedir”.

Yine, yabancıların kontrolündeki bir sektörde ruhsat koşullarında yapılacak değişiklikler de, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin ikili uluslararası anlaşmaların ve Enerji Şartı Sözleşmesi (EŞS)’nin¹²⁵ hükümlerine aykırı düşmek iddiasıyla uluslararası tahkime götürülmek ve tazminat kararlarına konu edilmek risklerini de taşımaktadır.¹²⁶

Öte yandan, **stratejik** öneminin farkına varılmasına istinaden bu faaliyetlerin devlet eliyle gerçekleştirilmelerine karar verilecek ise, bu hususun, devletleştirmeye ilişkin yasal düzenlemeler uyarınca gerçekleştirilmesi gerekecektir. Bilindiği üzere, anılan Kanun’da yer verilen düzenleme, bir faaliyetin devletleştirilmesi için “**stratejik olma**”sını öngörmemektedir. Aksine, aranılan tek koşul, bu faaliyetin

¹²⁵ Sözleşme’nin metni için bkz. www.encharter.org.

¹²⁶ Bkz. Çal, Sedat; Uluslararası Tahkime Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi, AÜHFHD, C. 58, Sy. 4, 2008.

özel girişimcilerce tatmin edici biçimde yerine getirilip getirilmediği üzerinde düşünülmektedir. Bu itibarla, rekabetçi koşullarda yürüttüğü hizmeti kamuyu tatmin edici biçimde yerine getiren özel girişimcilerin varlığı durumunda, enerji sektöründeki devletleştirmeye –yasanın aradığı mevcut koşullar itibarıyla- cevaz bulunmadığı savunulabilecektir.

Kaldı ki, özel kişilerce yerine getirilebilecek bir hizmet alanının “**stratejik olma**” gerekçesiyle kamu tarafından yerine getirilmesinin, Anayasamızın mevcut hükümleri itibarıyla anayasal özgürlükler bağlamında itirazla karşılaşması da sözkonusu olabilecektir. Nitekim, öğretilerde serdedilen bir görüşten, bu yaklaşımımıza destek olarak yararlanabiliriz. Buna göre;

“... Anayasada özel hüküm bulunmadıkça, niteliği gereği özel teşebbüsün de yapabileceği bir devlet faaliyeti tekel haline getirilemeyecektir. Niteliği gereği özel teşebbüs tarafından yapılabilecek faaliyetler ise, özel hukuk kuralları çerçevesinde, kamu kudreti kullanımına gerek duymadan yapılabilecek faaliyetlerdir.”¹²⁷

Şu halde, özel sektör tarafından bir faaliyetin “rekabet koşulları” altında bir kamusal gereksinimi yeterince tatmin edebilmesi halinde, bu faaliyetin devlet tarafından özel girişim alanından çıkarılarak münhasıran idare tarafından yerine getirilen bir faaliyete dönüştürülemeyeceği vurgulanmış olmaktadır. Nitekim, aynı yöndeki bir diğer ifade de, **bir toplumsal ihtiyacın özel kişilerin faaliyetleriyle tam olarak karşılanabilmesi** durumunda, yani **rekabet ortamı** ve diğer bazı faktörler nedeniyle özel girişimcilerin bu faaliyeti devletin sunduğu koşullarda sunması halinde, **idarenin** –artık toplumsal bir gereksinim kalmayacağı veçhile- aynı alanda **faaliyet göstermemesi** gerekeceği hususuna değinilmektedir.¹²⁸

Yine, **idarenin tekel şeklinde faaliyette bulunmasının anayasal dayanağının bulunmadığı**, bu yöndeki bir düzenlemenin temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunma anlamında geleceği, yasakoyucunun böylesi bir tasarrufa gidemeyeceği, yani **özel teşebbüs hakkının özüne dokunulamayacağı** da ileri sürülmektedir.¹²⁹ Buna göre, devlet, niteliği gereği özel teşebbüsün uğraş konuları içerisinde kaldığı sürece, bir faaliyeti tekel içerisinde yürütemeyecek, başta mülkiyet hakkını ve teşebbüs kurma hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıramayacaktır.¹³⁰

¹²⁷ Bkz. Ayaydın, Cem; 82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998, s. 562 (www.yok.gov.tr) (erişim: 11 Ocak, 2008).

¹²⁸ İbid., s. 479.

¹²⁹ İbid., s. 218, 220. (“**vurgu**” tarafımıza aittir.)

¹³⁰ İbid., s. 593, 594.

Yine, benzer bir görüşte, Anayasamıza göre sözleşme ve çalışma özgürlüklerinin düzenlenmesi bakımından hiçbir alanda idare lehine tekel biçiminde kamu hizmeti kurulamayacağı belirtilmekte, dahası, bir kamu hizmeti alanının özel kişilere de tekel biçiminde gördürülemeyeceği de savlanmaktadır.¹³¹ Bu görüş kapsamında ilginç olabilecek bir husus, yabancı girişimciler karşısında yerli girişimciler lehine tekel oluşturulup oluşturulamayacağı hususunun belirsiz kaldığının söylenebileceğidir.

Öte yandan, devletleştirme yerine, hizmetin özel kişiler eliyle yerine getirilmesi ve fakat yabancı girişimcilere kapalı bir alan şeklinde faaliyet göstermeleri yoluyla, **stratejik** önemin –ve bu meyanda kamusal korunma mekanizmalarının- gerektirdiği biçimde, hizmetin yerel girişimcilerce yürütülmesinin sağlanması da bir yöntem olarak düşünülebilir. Nitekim, bu keyfiyetin, özelleştirme politikalarına yönelik eleştiriler sırasında gündeme geldiği ve özelleştirmenin yabancılaştırma anlamına mutlaka gelmemesi yolundaki eleştirilere neden olduğu hatırlanacaktır. Nitekim, bir önceki dönemde bizatihi Cumhurbaşkanı tarafından aynı yönde uyarıların yapıldığı da görülmektedir, buna göre;

*“Ülkenin içinde bulunduğu koşullar nedeniyle kimi stratejik kurum ve kuruluşların özelleştirilmesinde daha özenli hareket edilmesi, özelleştirmenin yabancılaştırmaya dönüşmemesi ve gerçek değer üzerinden yapılması gerektiği açıktır. Medya gücünün olumsuz kullanılması olasılığı yabancılaştırma olgusunun çok iyi düşünülmesi zorunlu kılmaktadır.”*¹³²

Benzer yöndeki görüşlere öğretilerde rastlanmaktadır. Bu meyanda, özelleştirmeye ilişkin olarak “yabancılaştırma” unsuru çerçevesinde getirilen bir temel eleştiriye göre, ülkemizdeki özelleştirmelerde Tüpraş, Türk Telekom, Petkim ve Erdemir gibi kimi kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmeleri bağlamında, ekonomide önemli rol oynayan kamu teşebbüsleri bakımından uluslararası/uluslararası kuruluşların kontrolü/güdümü altına girilmesi ve bu düzenlemelere Uluslararası Para Fonu (IMF) veya Dünya Bankası tavsiyeleri (veya kimilerine göre baskıları) üzerine girilmiş olmasından dolayı, ülkenin sanayileşmesi ve geleceği sözkonusu hale gelmektedir.¹³³ Hemen bu vesileyle özelleştirmeye ilişkin bir başka eleştiriye de yer verilirse, “Türkiye’de özelleştirmenin rekabet ve etkinlik getirdiği ve getireceği” bir “masal”dan başka bir şey değildir.¹³⁴

¹³¹ Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, op. cit., s. 267.

¹³² Meclis Açıldı, Sezer Uyardı, Sabah Gazetesi, 2 Ekim, 2005.

¹³³ Yeldan, Erinç; Özelleştirme Denilen Soygun, 8 Haziran 2005 (http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/Yeldan27_08Haz05.pdf).

¹³⁴ Türel, Oktar; Özelleştirme Notları, Temmuz 2003 (www.bagimsizsosyalbilimciler.org/Yazilar_BSB/IktisatToplum11Agu-Turel.doc).

Ne var ki, hem özelleştirmeye gidilip hem de yabancı yatırımcılara kapının kapatılması ve yerli yatırımcıların tercih edilmesi yönündeki bu olasılık, bir nedenden dolayı mümkün bulunmamaktadır. İlerleyen paragraflarda bunun nedenine değineceğiz.

4.2.2. Enerji Şartı Sözleşmesi

Ülkemizin de imzaladığı ve onayladığı, enerji sektörüne münhasır çok taraflı bir uluslararası andlaşma niteliğindeki EŞS, üye devletlerin enerji sektörlerinde egemenlik haklarının tanınmakta olduğuna açıkça atıfta bulunmakta (bkz. m. 18), bununla beraber, bir defa üye devlet enerji alanındaki hizmetleri özelleştirmeye karar verdiği ve uygulamaya geçtiği anda, artık yerli ve yabancı şirketler arasında hiçbir ayrımcı düzenlemeye gidilemeyeceği yolunda hükümler içermektedir. Dolayısıyla, enerji sektörüyle ilgili faaliyetler devlet tekeli altında yapıldığı sürece bunda bir sorun görmeyen Sözleşme, özel sektöre aktarılan faaliyetler bakımından “**stratejik önem**” yahut başka gerekçelerle yabancı girişimcilerin faaliyetlerine izin verilmemesinin önüne geçmektedir. Zira, Sözleşme’nin 10. maddesine göre, üye devletler en çok gözetilen ülke (“*most favoured nation (MFN)*”) ve ayrımcı olmayan uygulama (“*national treatment (NT)*”) ilkeleri uyarınca hareket edeceklerini yükümlenmiş durumdadır.

EŞS uyarınca, gerçekleştirilmiş bulunan yatırımlar için, yatırım sonrasındaki dönemler bakımından ayrımcılık yapmama ilkesi bağlayıcı bir nitelik kazanmaktadır. Yatırım öncesi içinse, bağlayıcı olmayan nitelikte hükümlere yer verildiği görülmektedir. Buna göre, üye devletler, yatırım izinlerini verme konusunda kendi vatandaşlarına uyguladıkları çerçeveyi yabancılara da “tatbik etmeye yönelik çaba gösterecek”lerdir. EŞS m. 10(5) ise, bu konuda devletlerin “ilave ayrımcılık niteliğinde hüküm getirmemeye çaba gösterme (“*stand-still clause*”)” ile “mevcut ayrımcı hükümleri ortadan kaldırma (“*rollback clause*”)” yönünde çaba gösterme” yükümlülüklerini getirmektedir.

Dolayısıyla, EŞS’nin anılan madde hükmü, MFN ilkesi uyarınca ülkelerin yabancı yatırımcılara yatırımda bulunma (yani, enerji sektöründe faaliyette bulunma¹³⁵) izni verilmesi¹³⁶ konusunda her türlü çabayı göstereceklerini öngörmektedir. Bahsekonu hüküm, bir görüşe göre, devletlere bu amaca yönelik çabada bulunmayı yüklemekle

¹³⁵ Bkz. Enerji Şartı Sekreteryası, *The Energy Charter Treaty and Related Documents – A Legal Framework for International Energy Cooperation*, Eylül 2004, s. 14.

¹³⁶ Chalker, James; *Making the investment provisions of the Energy Charter Treaty sustainable development friendly*, Int. Environ Agreements, Vol. 6:435-458, 2006, s. 439, 443.

beraber, mutlaka bu sonuca varmayı da kastetmemekte, dolayısıyla tam bağlayıcı olmayan (“*soft-law*”) bir hüküm mahiyetine bürünmektedir¹³⁷.

Ancak, yabancı literatürden bir başka görüşte, EŞS’nde bağlayıcı olmayan nitelikte değişik hükümlerin bulunduğu, sözgelimi çevreye ilişkin hükümle kıyaslandığında yatırım izni verilmesi konusundaki anılan hükmün çok daha ciddi ölçüde bir bağlayıcılık içerdiğinin söylenebileceği, nihayet bağlayıcılık bağlamında en yetkili yorumun –EŞS bünyesinde uyuşmazlıkların götürülebileceği merci olarak öngörülen- uluslararası tahkim heyetlerince ortaya konulabileceği hususuna değinilmektedir.¹³⁸

Sonuç itibarıyla, enerji sektöründe rekabetçi koşullarda kamuya tatmin edici bir hizmetin verilebileceği bir faaliyet sözkonusu olduğu takdirde, bu alanı yerel girişimcilere münhasır tutma ve yabancı girişimcilere yasaklama olanağı, EŞS kapsamındaki bu kısıtlar nedeniyle zorlaşmaktadır. Bu nitelikteki faaliyetlerin devletleştirilmesi bakımından EŞS’nde –gerekli tazminatın yabancı yatırımcılara ödenmesi ve kamu yararının var olması, yerel yatırımcılara göre ayrımcılık yapılmaması gibi kısıtlar hariç- engelleyici bir düzenleme bulunmamakla beraber, devletleştirmeye yönelik ülkemizdeki yasal düzenlemenin “faaliyetin özel girişimcilerce yerine getirilememesi” koşulunu öngördüğü de anımsanacak olursa, faaliyetin kamusal alana aktarılmasında güçlük doğmaktadır denilebilir.

Dolayısıyla, rekabetçi koşullarda özel girişimcilerin yerine getirdiği faaliyet yerel mevzuata göre devletleştirilememekte, yabancı özel girişimcilere yönelik bir sınırlama da EŞS’ndeki kısıtlar nedeniyle uygulanamama tehlikesiyle karşılaşabilmektedir. Bu koşullarda, kamusal güvenlik gereksinimiyle konuyu kamusal alana çekebilmek içinse, geriye başkaca da bir hukuksal gerekçe kalmamaktadır.

Öte yandan, öğretilerdeki mevcut görüş uyarınca, başka bir gerekçeyle hareket etmeye de olanak bulunmamaktadır. Hatırlanmak gerekir ki, Anayasa Mahkemesi’nin elektrik enerjisi sektörü bağlamındaki faaliyetlerin **stratejik** önemini anımsatmaya yönelik “önemli hizmetler” şeklindeki ifadeleri, öğretilerde eleştiriyi karşılaşmış idi.¹³⁹

¹³⁷ Bamberger, Craig S.; *Epilogue: The Energy Charter Treaty as a Work in Progress*, içinde *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade*, (Ed.) Thomas Walde, Kluwer Law International, 1996, s. 595.

¹³⁸ Walde, Thomas W; *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*, içinde *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade*, op. cit., s. 282, 283.

¹³⁹ Örneğin, bkz. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, op. cit., s. 45. Buna göre, “(n)iteligi gereği” veya “önemli” kamu hizmetleri gibi soyut ve muğlak birtakım kategoriler yaratılarak... halkın iradesini temsil eden yasama organının takdirinin... sınırlanması önemli bir meşruiyet sorunu yaratmaktadır ve hukuk devleti ilkesini zedelemektedir” (bkz. İbid., s 58). Bu görüşe iştirak etmekte güçlük

Buradaki irdelememizin, Anayasa Mahkemesince benimsenen yaklaşımın neden aslında çok isabetli bir değerlendirme anlamına geleceğini ve öğretilerdeki eleştirinin neden yanlış olduğunu ortaya koymaktadır kanısındayız.

Bize göre, Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın enerji sektörüne ilişkin kamu hizmeti-ımtiyaz değerlendirmeleri sırasında benimsediği yaklaşım, kamusal korunma mekanizmalarının fevkalade isabetli ve yerinde bir biçimde sezildiği ve sadece teknik hukuk yaklaşımından hareketle kamu hizmeti tanımlamasının ele alınması gibi sathi (yüzeysel) yorumlamaların ötesine geçerek, işin “kühüne vakıf” olduğunu düşündürecek biçimde bir yorumlamaya varabildiklerini göstermektedir. Yüksek Mahkemelerin bu yaklaşımı benimsemiş olmaları, kanımızca ülkemizin çıkarlarıyla da doğrudan örtüşmektedir.

Bu itibarla, idari sözleşme-kamusal alan-kamu hizmeti gibi idare hukukunun temellerini oluşturan konularda, kavramların kabuktaki görünümüyle uğraşılmasının yanı sıra, özellikle bu kavramların korumayı öngördüğü amaçların derin tahlillerine

çekiyoruz, zira, hukuk devleti ilkesi ile halkın iradesi ve demokrasi kavramları, çok daha farklı açılımları kapsamaktadır. Sözgelimi, bilge Onar'ın da vurguladığı gibi, “*millî hâkimiyeti “teşri (yasama) uzvunun her şeye kâdir olduğu, kanun şeklinde her istediğini yapabileceği, her türlü hukukî durumu yaratabileceği” yolunda anlamak hukuk devleti fikriyle telif edilemez... Hukuk devletinde her şeyin üstünde hukuk kaideleri vardır.*” (bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 561). Giderek, Anayasamıza göre, egemenlik kayıtsız şartsız milletindir; ancak, kuşkusuz, millî egemenliği “yasama organının her şeye kâdir olduğu, kanun şeklinde her türlü hukukî durumu yaratabileceği” yolunda anlamak, hukuk devleti kavramıyla bağdaştırılmaz (bkz. İbid., s. 561). Aksi durum, “... demokrasiyi seçim ve iktidar ikiliğine sıkıştır(ma)” anlamına gelecektir (bkz. Ali Haydar Fırat, *Millîyetçiliklerine Konuşma Yasağı ve Millî İrade Fetisizmi*, Radikal Gazetesi, 18 Nisan, 2008). Bilhassa “çoğulcu” nitelikteki demokrasilerin başlıca gayesi, halkın olabildiğince geniş bir kesiminin arzusunu idarenin eylem ve işlemlerine yansıtma olmalıdır. Zira, Özyay tarafından da belirtildiği üzere, çoğulcu demokrasilerde “... “millî irade”nin sadece seçimle oluşan tek bir Yasama meclisinin tekelinde olmayacağını da kabul etmek zorunluluğu vardır” (bkz. Özyay, *Günüşiğinde Yönetim*, op. cit., s. 9). Onar'ın deyişiyle, “(k)lâsik ve hakikî demokrasi, bazılarının zannettiği gibi seçimde ekseriyeti kazanan partinin dilediğini yapması, yani bir ekseriyet tahakkümü değildir. Hattâ memlekette referandum usulü câri olsa ve kararlar sadece Meclisin değil halkın ekseriyetinin tasvibine iktiran etse gene klâsik mânâda bir demokrasi yoktur” (bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 1447). Nihayet, Esen'in değindiği üzere, “(b)ugün demokrasi düşüncesinde görülen fesât, onu çoğunluk iradesi sanmaktan çıkmıştır. Bu sapık sanı, demokrasinin değişmez ayırıcı özelliği olan “Anayasa Üstünlüğü”nü yok ediyor” (bkz. Bülent Nuri Esen, “Demokrasi” Üzerine, içinde Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, AÜHF Yayını, 1972, s. 606).

Kanımızca, bir metafor kullanılmasına cevaz verilirse, demokrasi bir sandala benzetilebilir; sandalın içerisinde dengeli bir ağırlık dağıtımı yapılmaz ise, yaşamsal sorunlar doğar. Yani, sandal içerisinde ağırlığın dengesiz biçimde dağıtılması veya bir tarafta yoğunlaşması, sandalı batırır! Araç lastikleri üreten bir firmanın geçmiş dönemlerdeki iyi bilinen reklam spotuna atfen, konuyu şöyle bağlayabiliriz: “**KontROLSÜZ GÜÇ, GÜÇ DEĞİLDİR.**” Nitekim, aşırı yük vurulmuş araçların, yeterli frenleme mekanizmalarıyla donatılmadıklarında ne tür yaşamsal sorunlara neden olabildikleri, günlük yaşamdaki “alınmayan dersler” arasında sayılabilir.

girişilmesi, giderek kavramların özüne/ruhuna temas eden bir vukufiyetle konuya eğililmesi ve tarihsel boyutlarına da ayrıca göz atılması, öğretilerdeki temel bir gereksinim olarak ortaya çıkmaktadır denilebilir.

Söyleyegeldiğimiz üzere, kamu hizmeti sayılmanın arka planındaki aslî unsurun dikkate alınmaması, bu eksikliğin doğmasına neden olmaktadır yolunda bir görüş serdetme olanağından bahsedilebilir. Bu yoldaki görüşümüzü burada bir kez daha –özetlemek suretiyle- yinelersek: Kamusal korunma gereksinimi, özelinde kamu hizmeti ve genel olarak da idari sözleşme tanımlamasına gidilmesinin arkasında yatan asıl itici güçtür (aslî saik) denilebilir. Bu husus, idari sözleşmeler itibariyle özellikle altyapı sektörlerinde kamu hizmeti kavramı üzerinden karşılanmış; ancak, bu kavramın uygulanamayacağı alanlarda kamu hizmeti yerine özel hukuku aşan şartlar veya özel hukuku aşan hukuksal rejim (bir başka deyişle, kamu kudreti (gücü)) ölçütüne müracaat edilmiştir.¹⁴⁰ Bu iki ölçütün de açıklayamadığı ve yetersiz kaldığı maden işletmeciliği gibi kimi alanlarda ise, durumun “istisnai uygulamadır” yorumuyla karşılanmaya –veya bir nevi gözden uzak tutulmaya- çalışıldığı ileri sürülebilir.

Öte yandan, kamusal güvenlik bağlamında ileriye sürdüğümüz görüşe bir örnek, Fransız uygulamasından verilebilir. İdarenin diğer özel kişilere aynı koşullarda verdiği hizmete ilaveten kendisinin de aynı hizmeti verdiği arabalı vapur işletmeciliğinin kamu hizmeti niteliğinde olmakla beraber, idari yargıya tâbi tutulamayacağına ilişkin “*Bac d’Eloka*” kararında, özel girişimcilerce aynı koşullarda yerine getirilen kamu hizmetlerinin de bulunduğu ikrar edilmekte, dahası, bunların işleyişine dair uyuşmazlıkların da kural olarak adli yargıya tâbi tutulacağı esas kabul görmektedir. Konuya ilişkin açıklayıcı görüşünü sunan hükümet komiserine göre;

“(D)evlet tarafından “kamu gücü sıfatıyla” yürütülen, “devletle ya da kamu idaresiyle aynı özden olan kamu hizmetleri” ile kamu hizmeti olmakla birlikte “özel nitelikte bulunan ve devlet tarafından, kimse yerine getirmediği ve yerine getirilmesi kamu yararına olduğu için rastlantısal ve arazi olarak üstlenilen” hizmetler arasında bir ayırım yap(ıl)maktadır.”¹⁴¹

İşte bu ayırmadan, şu sonucun –dolaylı yoldan olsa da- çıkarılabileceği düşünülebilir: Yerine göre, özel girişimcilerce ifa edilmekte bulunan bir faaliyetin aynı zamanda idare tarafından da yürütülüyor olması durumunda, bu faaliyet kamu

¹⁴⁰ Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 29; keza, bkz. Tekinsoy, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, op. cit., s. 201-206.

¹⁴¹ Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 300.

hizmeti niteliğinde sayılmakla beraber, özel hukuka bağlı kılınabilir. Zira, burada bahse konu hizmet dolayısıyla kamusal ölçekte bir güvenlik endişesinin ortaya çıkması, pek de beklenebilecek bir husus olmayabilir. Devlet kimi zaman arızı olarak bu türden bir hizmeti üstlenebilecektir; ancak, bu durum dahi, hizmetin kamu hizmeti etiketiyle sıfatlandırılıp kamusal alana alınmasına yetmeyebilir.

Aşağıdaki alt başlık altında konuya ilişkin olarak bir ilave örnek daha vermek suretiyle, kamusal korunma gereksinimi bağlamında kamu hizmeti kavramının ne yönde bir ilişki içerisinde bulunabileceğini veya kavramın tanımında kamusal korunma gereksinimine neden yer verilmesi gerektiğini, aksi halde mevcut tanımlar çerçevesinde neden yetersizliğin doğabileceğini veya resmin arkasındaki asıl unsurun ne şekilde gözden kaçırılmış olabileceğini açıklamaya çalışalım.

4.2.3. Kamu Hizmeti ve BTC Projesi

Kafkas bölgesi petrollerinin Gürcistan aracılığıyla ülkemiz üzerinden dünya piyasalarına çıkarılmasına yönelik Bakü-Tiflis-Ceyhan Ham Petrol Boru Hattı (BTC) Projesi'ne ilişkin olarak, ülkemiz ile Azerbaycan ve Gürcistan devletleri arasındaki anlaşmalar, 1999 yılında imzalanmıştır.¹⁴² Bu uluslararası anlaşmalara istinaden, ülkemiz ile hattın yapımını üstlenen ve 60 yıl boyunca işletmesine hak kazanan yabancı konsorsiyum arasında imzalanmış bulunan (Ev Sahibi Ülke Anlaşması (ESHA) ve sair diğer) sözleşmelerin hukuki niteliği üzerinde durmak, konumuz açısından oldukça yardımcı olacaktır.¹⁴³

Proje'ye özgü bir hukuki rejim içeren ve bahse konu anlaşmaların Proje'ye uygulanacak yegâne kuralları –özetle, “uygulanacak hukuku”- teşkil edeceği gibi –kapitülasyon dönemi uygulamalarını anımsatan¹⁴⁴- bu sözleşmeler, ülkenin bir ucundan diğerine petrolün aktarılmasını ve asla ülke içerisinde kullanılmamasını öngördüğü için, mevcut ölçütlere göre kamu hizmeti algılaması kapsamına alınmayacaktır. Zira, ülke sınırları içerisinde kullanılacak bir petrol sözkonusu değildir.

¹⁴² Bkz. Türkiye Cumhuriyeti, Azerbaycan Cumhuriyeti ve Gürcistan arasında Petrolün Azerbaycan Cumhuriyeti, Gürcistan ve Türkiye Cumhuriyeti Ülkeleri Üzerinden, Bakü-Tiflis-Ceyhan Ana İhraç Boru Hattı Yoluyla Taşınmasına İlişkin Anlaşma, s. 26-1336 (10 Eylül, 2000 tarih ve 24166 sayılı (Mükerrer) Resmi Gazete'de yayımlanmıştır).

¹⁴³ Bahse konu proje tahtında imzalanan sözleşmelerin hukuksal niteliği üzerinde ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Sedat; Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, AÜSBFD, C. 63, Sy. 4, 2008.

¹⁴⁴ Gerçekten, o dönemin kapitülasyonlarıyla getirilen başlıca özelliklerden biri de, iç hukukun uygulanmaması, anlaşmalar üzerinden yabancı devlet tebaasına ayrı bir hukukun inşa edilmesidir (bkz. Baskıcı, M. Murat ve diğerleri; Yaşayan Lozan, (Ed. Çağrı Erhan), Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2003, s. 533 vd.).

Bahsekonu sözleşmelerde idareye herhangi bir kamu kudreti tanıyan hükümler de bulunmamaktadır. Hatta, tam tersine, özel girişimciler bakımından üstünlük ve ayrıcalıklar getiren bir dizi hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu sözleşmelerde herhangi bir kamu malının kullanılması da sözkonusu değildir, dolayısıyla maden sözleşmelerine de benzetilemez.

Şu halde, öğretide kullanılan ölçütlere itibar edilirse, bu sözleşmelere idari sözleşme gözüyle bakılabilmesi olanağı kalmamaktadır. Oysa, anılan sözleşmeler, Osmanlı dönemindeki imtiyaz sözleşmelerinin belki daha üstünde ayrıcalıklar taşıyan, ülke egemenliğini 60 yıl süreyle olağanüstü derecede –hatta, neredeyse tamamen- kısıtlayan, bu itibarla kamusal korunma ve güvenlik bakımından endişeler yaratmaya aday bir sözleşmeler dizisini oluşturmaktadır.

Nitekim, yabancı literatürden bu yöndeki bir değerlendirmeye göre, “BTC boru hattı rejimi egemenlik, insan hakları ve çevre konularında kuşular doğurmaktadır.”¹⁴⁵ Giderek, bahsekonu anlaşmaların yatırımcı şirketler ile devletler arasında hiç de adil ve dengeli olmayan bir hukuki rejim yarattığı açıktır, hatta yabancı literatürden bir başka görüşte, “... hattın geçtiği her üç ülke de hat boyunca egemenliklerini anılan petrol konsorsiyumuna devretmişlerdir”¹⁴⁶ yollu, çok çarpıcı ve vurgulu savların dahi ileri sürüldüğü görülmektedir.

Burada kanımızca ilgi çekici olan bir diğer husus ise, bahsekonu anlaşmaların tarafı olmasına rağmen ülkemizde öğretinin bu konuda tamamen sessiz kaldığının gözlenmesi ve buna karşın ülke çıkarlarını korumaya yönelik tüm itirazların –ne kadar yerinde olup olmadığı bir yana bırakılsa da- sadece yabancı literatürde ortaya çıkıyor olmasıdır.

Yine, benzer yöndeki bir başka değerlendirmeye göre de;

*“ESHA çerçevesinde devletlerin yatırımcıları tazmin etme yükümlülükleri benzeri anlaşmalarda rastlanmayan hükümler değildir; ancak, diğer anlaşmalarda rastlanmayan husus, bu tazmin yükümlülüğünün kapsamıdır (ve) diğer hükümlerle birleştiğinde, ev sahibi ülkenin düzenleme yetkisini bertaraf ederek, sürdürülebilir kalkınmayı sağlamayı ve insan haklarını korumayı zorlaştırmaktadır.”*¹⁴⁷

¹⁴⁵ Waters, Christopher P. M.; Who Should Regulate the Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline?, Georgetown International Environmental Law Review, Vol. XVI, Sy. 3, 2004 (http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3970/is_200404/ai_n9406122).

¹⁴⁶ Hildyard, Nicholas / Muttitt, Greg; Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism, 2006, s. 46 (www.thecornerhouse.org.uk/pdf/document/HGAPSA.pdf).

¹⁴⁷ Remer, Terre-Eve Lawson; A Role for the IFC in Integrating Environmental & Human Rights Standards into Core Project Covenants: Case Study of the Baku-Tbilisi-Ceyhan Oil Pipeline Project, Houser Global Law School Program, NYU School of Law, Global Law Working Paper 01/05, 2005, s. 24.

Şu halde, bahsekonu Proje kapsamında yabancı girişimcilerle imzalanmış bulunan sözleşmelerin, idari sözleşme olmak bir yana, öğretilerde idari sözleşmelerin en tipik¹⁴⁸ ve tam¹⁴⁹ örneği olarak nitelendirildiği görülen imtiyaz sözleşmesi şeklinde değerlendirilmesi gerektiği dahi iddia edilebilecektir. Nitekim, yabancı literatürde bu yönde kimi yorumların yapıldığı da görülmektedir. Buna göre;

“... hattın geçtiği her üç ülkede Anayasaları hariç¹⁵⁰ tüm mevcut ve müstakbel hukuk düzeninin üzerine çıkan bahsekonu Proje tahtında imzalanan anlaşmalar; devletlerin kendi vatandaşlarının çıkarlarını korumak üzere hareket edebilmelerini kısıtlayıcı yükümlülükler getirdiği veçhile... geleneksel imtiyaz sözleşmeleri hükümlerinin dahi çok daha ötesine varan bir boyuttadır.”¹⁵¹

İşte bu son örnek de, kamusal savunma mekanizmalarının korunabilmesi bağlamında hukukumuzdaki düzenleme ve kuramsal değerlendirmelerin önemine işaret etmektedir. Bu bağlamda, yukarıdaki paragraflarda verilen örnekler, kamu hizmeti tanımında kamusal korunma gereksinimine neden değinilmesi ve bu meyanda kamu hizmetine ilişkin mevcut kuramsal tartışmalarda yer verilen irdelemelerin neden gözden geçirilmesi gerektiğine ışık tutabilecektir kanısındayız.

5. Nihai Değerlendirme

Kamu hizmeti kavramının bugüne kadar gerek öğretilerde ve gerek yargı içtihatlarında çok çeşitli tanımlarına tesadüf edilmektedir. Bununla beraber, her bir tanım üzerinde

¹⁴⁸ DDDK'nın 11 Aralık, 1970 tarih ve E.1968/41, K.1970/648 sayılı kararı, DD, Sy. 3, 1971, s. 150; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, op. cit., s. 334, 428.

¹⁴⁹ İdare hukukunun duayeni Onar, imtiyazı (ve keza –“tam” olma keyfiyetiyle sınırlı olmak üzere- müşterek emaneti de) “idari mukavelelerin en tam ve mükemmel bir tipi” şeklinde nitelemektedir (bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 536, 1592, 1595).

¹⁵⁰ Hemen belirtmek gerekirse, anılan sözleşmelere taraf olmayı teminen imza atıldığı andan itibaren, Anayasamızın imza tarihindeki mevcut veya müstakbel hükümlerine aykırılık sözkonusu olsa dahi, bu durum sadece iç hukuk açısından bir belirlemeye –ve hukuksal geçerliğe- imkan verebilecektir. Ne var ki, ilgili şirketlerin buna karşı uluslararası tahkim yoluna başvurmak suretiyle hakem heyetlerinden tazmin kararı elde etmesi mümkündür. Zira, bu tür durumlarda hakem heyetlerinin yerel hukuk tahtında anayasalara aykırı olup olmadığı hususunu dikkate almadıkları ve devletin kendi anayasasına aykırı bir sözleşmeyi imzalamış olması halinde imzalanmış bulunan sözleşmenin esas alınacağını kabul ettikleri; kendi anayasasına aykırılığı bilerek (veya farkında olmayarak) bir sözleşmeye imza atan devletin, bilahare salt bu gerekçeyle sözleşme tahtındaki yükümlülüklerini uygulamaktan kaçınabilmesi anlayışının kabul göremeyeceğini kararlaştırdıkları bilinmektedir. Buna ilişkin ülkemiz uygulaması bağlamında bir yap-işlet-devret projesinden doğan uyuşmazlık kapsamında uluslararası tahkime götürülen –ve tahkim duruşmalarına katıldığımız üzere tarafımızca şahit olunan- bir örnek için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 405, 406.

¹⁵¹ Hildyard / Muttitt, Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism, op. cit., s. 46.

farklı yönlerde eleştirilerin getirildiği ve sonuçta kavramın belirsizliğini korumaya devam ettiği söylenebilir. Kavramın idare hukukunun kapsamının belirlenmesindeki etkinliği dikkate alındığında, bu yönde ilave çabalara gereksinim duyulduğu açıktır.

Bu çalışmada, işte bu gereksinimin ışığında yeni bir tanım denemesi getirilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla konuya olabildiğince analitik bir bakış açısıyla yaklaşılmaya gayret edilmiş ve bu meyanda özellikle iktisadi unsurlardan yararlanılabileceği anlayışından hareket edilmiştir. Öte yandan, kavramın tanımlanmasında, ne gibi bir kamusal gereksinimi karşılamaya yönelmesi gerektiği göz önüne alınmıştır. Buradan hareketle, kamusal güvenliğin korunması gereğine özel bir önem atfedilmesi gerektiği yargısına varılmakla, bu yönelimin tanıma yansıtılmasına çalışılmıştır.

Sonuç olarak, kamu hizmeti kavramının kapsamının daha doğru bir biçimde belirlenebilmesi amacına yönelik olarak yer verdiğimiz tanım denemesinde değindiğimiz “kamusal korunma gereksinimi” konusunda, yasama tarafından bir düzenlemeye gidilebilmesi öngörülmektedir. Bununla beraber, konunun önemine binaen bu hususun **stratejik** bağlamdaki endişeleri de kapsayacak biçimde Anayasamızda yer alması yönünde bir girişime ayrıca gerek duyulacağı söylenebilir.

Esasen, BTC Projesi gibi kimi projelere dair anlaşmalar bağlamında dikkat çekmeye çalıştığımız bu husus, imtiyaz sözleşmelerine yönelik 1999 yılı Anayasa değişiklikleri sonrasında beliren korunmasız Anayasal kurgu çerçevesinde daha bir önem kazanmaktadır¹⁵²

Bugüne değin kamu hizmeti tanımlamalarının bütünsel bir yaklaşımla tüm sorunlara yanıt veren bir içeriğe kavuşmamış olması dikkate alındığında, bu pek zorlu alanda işbu çalışmanın da eksiklikler içereceği doğal karşılanmalıdır kanısındayız. Meğer ki, öğretilerde ileride gerçekleştirilecek daha yetkin çalışmalara kimi bakımlardan katkı sağlamaya yetkin olabilsin.

¹⁵² Bu husustaki ayrıntılı değerlendirme ve öneriler için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit..

6. Kaynakça

Kitap, Makale ve Basın Haberleri:

Akıllıoğlu, Tekin; Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, İHİD (Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), 1988.

Arat, Tuğrul; Önsöz, *içinde* Rifat Erten, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Knununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, BTHAE, Ankara, 2005.

Atay, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006.

Atiyas, İzak; Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet, *içinde* Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Aralık 1999.

Ayaydın, Cem; 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1998 (www.yok.gov.tr) (erişim: 11 Ocak, 2008).

Azrak, Ali Ülkü; Millileştirme ve Kamu Hizmeti, İÜHFİM, C. 36, Sy. 1-4, 1971.

Azrak, Ali Ülkü; Türkiye'de Madenlerin Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler, İHİD, C. 1, Sy. 2, 1980.

Bamberger, Craig S.; Epilogue: The Energy Charter Treaty as a Work in Progress, *içinde* The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade, (Ed.) Thomas Walde, Kluwer Law International, 1996.

Baskıcı, M. Murat / Dardağan, Esra / Erdem, Gökhan / Erhan, Çağrı / Hadimoğlu, Nimet Özbek / Keskin, Funda / Kürkçüoğlu, Ömer / Özersay, Kudret; Yaşayan Lozan, (Ed. Çağrı Erhan), Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2003.

Beattie, Alan; Ownership is not the real problem with China, Financial Times, 16 Nisan, 2007.

Bilgen, Pertev; Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, Yıl 1-5, Sy. 1-3, Mart 1980-84.

Bounds, Andrew; EU trade chief to rebut Sarkozy in Paris, Financial Times, 30 Haziran-1 Temmuz, 2007.

Chalker, James; Making the investment provisions of the Energy Charter Treaty sustainable development friendly, Int. Environ Agreements, Vol. 6:435-458, 2006.

Çakal, Recep; Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayını, Ankara, 1996.

Çal, Sedat; Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, AÜSBFD, C. 63, Sy. 4, 2008.

Çal, Sedat; Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler, *içinde* Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan (Vedat Yayıncılık tarafından yayımlanmak üzere olan bahsekonu kitapta yer almasını teminen, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde oluşturulan yazı kuruluna 7 Şubat, 2009 tarihi itibariyle teslim edilmiştir).

Çal, Sedat; Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayını, Ankara, 2008.

Çal, Sedat; Uluslararası Tahkime Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi, AÜHFD, C. 58, Sy. 4, 2008.

Çırakman, Birsen; Kamu Hizmeti, AİD, C. 9, Sy. 4, 1976.

De Jonquieres, Guy; The Strange Paradox of Economic Nationalism, Financial Times, 10 Ağustos, 2006.

Derbil, Süheyp; İdare Hukuku, C. I, AÜHF Yayını, Ankara, 1940.

Derbil, Süheyp; Kamu Hizmeti Nedir?, AÜHFM, C. VII, Sy. 3-4, 1950.

Duguit, Leon; Kamu Hukuku Dersleri, (Çev. Süheyp Derbil), AÜHF Yayını, 1954.

Duran, Lûtfi; İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Enerji Şartı Sekreteryası, The Energy Charter Treaty and Related Documents – A Legal Framework for International Energy Cooperation, Eylül 2004.

Esen, Bülent Nuri; “Demokrasi” Üzerine, *içinde* Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan, AÜHF Yayını, 1972.

Fırat, Ali Haydar; Milletvekillerine Konuşma Yasağı ve Milli İrade Fetişizmi, Radikal Gazetesi, 18 Nisan, 2008.

Giritli, İsmet – Bilgen, Pertev – Akgüner, Tayfun; İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006.

Gözler, Kemal; İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007.

Gözler, Kemal; İdare Hukuku, C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

Gözübüyük, A. Şeref – Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. 1, 4. Bası, Turhan Kitabevi, 2006.

Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, Turhan Kitapevi, 1998.

Gülan, Aydın; Kamu Hizmeti Kavramı, İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı), Yıl 9, Sy. 1-3, 1988.

Gülan, Aydın; Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İÜHF, C. 56, Sy. 1-4, 1998.

Günday, Metin; İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.

Hildyard, Nicholas/Muttitt, Greg; Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism, 2006 (www.thecornerhouse.org.uk/pdf/document/HGAPSA.pdf).

İnsel, Ahmet; İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki, Güncel Hukuk Dergisi, Aralık 2005 (www.birkimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=113).

Karahanoğulları, Onur; Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Meclis Açıldı, Sezer Uyardı, Sabah Gazetesi, 2 Ekim, 2005.

Murray, Sarah; Diverse Disciplines That Together Bring Enlightenment, Financial Times, 14 Ağustos, 2006.

Nitzov, Boyko; A Tale of Two (Empty) Pipelines, The Atlantic Council, 14 Ocak, 2009 (<http://www.acus.org/highlights/tale-two-empty-pipelines>).

Odyakmaz, Zehra; Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, GÜHFD, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan (1999), Haziran-Aralık 1998, C. II, Sy. 1-2 (6-12/1998).

Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.

Özay, İl Han; (İkinci Bine Kavuşurken) Günışığında Yönetim, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994.

Özay, İl Han; Başlar Mısın Başlayalım Mı? Televizyonda Devlet Tekelinden Özelleştirmeye: İtalya ve Türkiye, (Yılmaz Günel’a Armağan), AÜSBFD, C. 49, Sy.

3-4, 1995.

Özay, İl Han; Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Özay, İl Han; Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yaşa" ya da "A Tes Amour", İÜHFM, C. 56, Sy. 1-4, 1998 Çırakman, Birsen; Kamu Hizmeti, AİD, C. 9, Sy. 4, 1976.

Remer, Terre-Eve Lawson; A Role for the IFC in Integrating Environmental & Human Rights Standards into Core Project Covenants: Case Study of the Baku-Tbilisi-Ceyhan Oil Pipeline Project, Houser Global Law School Program, NYU School of Law, Global Law Working Paper 01/05, 2005.

Solomon, Deborah; Wave of protectionism gains force, The Wall Street Journal, 6-8 Temmuz, 2007.

Tan, Turgut; Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi, AİD, C. 8, Sy. 2, Haziran 1975.

Tan, Turgut; Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline, AÜSBFD, C. 47, Sy. 3-4, Haziran-Aralık, 1992.

Tekinsoy, Ayhan; İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, AÜHFD, C. 55, Sy. 2, 2006.

Tiryaki, Refik; Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Türel, Oktar; Özelleştirme Notları, Temmuz 2003 (www.bagimsizsosyalbilimciler.org/Yazilar_BSB/IktisatToplum11Agu-Turel.doc).

Türk, Hikmet Sami; Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerine Açıklamalar, AÜHFD, C. 36, Sy. 1-4, 1979.

Ulusoy, Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004.

Vives, Xavier; Barriers Need to be Lifted for an Integrated Market, Financial Times, 15 Eylül, 2006.

Walde, Thomas W; International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty, *içinde* The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade, (Ed.) Thomas Walde, Kluwer Law International, 1996.

Waters, Christopher P. M.; Who Should Regulate the Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline?, Georgetown International Environmental Law Review, Vol. XVI, Issue 3, 2004

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

(http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3970/is_200404/ai_n9406122).

Yayla, Yıldızhan; İdare Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.

Yeldan, Erinç; Özelleştirme Denilen Soygun, 8 Haziran 2005 (http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/Yeldan27_08Haz05.pdf).

Yoghurt turns sour, Financial Times, 14 Nisan, 2007.

Ağ Erişim Kaynakları:

www.encharter.org

Yargı Kararları:

AYM'nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı.

DDDK'nın 11 Aralık, 1970 tarih ve E.1968/41, K.1970/648 sayılı kararı, DD, Sy. 3, 1971.

Danıştay Genel Kurulu'nun 24 Ekim, 1974 tarih ve E.1974/33, K.1974/62 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 18-19, 1975.

Danıştay 10. Dairesi'nin 6 Şubat, 2002 tarih ve E. 1999/2407, K. 2002/347 sayılı kararı.

Kısaltmalar

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BTC	: Bakü-Tiflis-Ceyhan
BTHAE	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DD	: Danıştay Dergisi
DDKD	: Danıştay Dava Daireleri Kurulu
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas
Ed.	: Editör
ESHA	: Ev Sahibi Ülke Anlaşması
EŞS	: Enerji Şartı Sözleşmesi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
IMF	: Uluslararası Para Fonu
İbid	: Aynı yerde
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi

K.	: Karar
M.	: madde
MFN	: En Çok Gözetilen Ülke (“Most Favoured Nation”)
MÜSBE	: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
NT	: Ayrımcı Olmayan Uygulama (“National Treatment”)
Op. cit.	: Aynı kaynak
RG	: Resmî Gazete
RK	: Rekabet Kurumu
S.	: Sayfa
Sy.	: Sayı
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
Vb.	: Ve bunun
Vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume

BOŞ

CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDAKİ BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. İbrahim DÜLGER*

ÖZET

Bilirkişi incelemesi, 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla, istisna birkaç hükmün dışında, yürürlüğe girmiş olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 62-73. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında önemli bir yeri olan bu kurum, kanundaki düzenleme çerçevesinde incelenmiş ve değerlendirilmiştir. Bilirkişi incelemesine soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, koğuşturma evresinde de hakim ya da mahkeme başvurabilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, bilirkişi incelemesine götürülecek olayın “çözümü uzmanlığı, özel ya da teknik bir bilgiyi gerektiren” bir olay olması gerekir.

Çalışmada gerek aynı bölüm içerisinde yer almış olması, gerek işlev ve amaç açısından benzerlik taşıması nedeniyle uzman mütalaası, ya da bilimsel mütalaa olarak adlandırılan kurum da incelenmiştir.

ANAHTAR KELİMELER:

Bilirkişi, Bilirkişilik, Bilirkişi İncelemesi, Uzman Mütalaası, Bilimsel Mütalaa.

SUMMARY

Expert witness examination, as of 1 June 2005, apart from the exception of a few provisions, 5271 Code of Criminal Procedure Law, which was implemented, was arranged among 62-73 sections. This institution, which has a vital part in revealing the absolute fact, in the framework of law, has been examined and evaluated. Republican prosecutors can decide for the expert witness examination in the phase of examination or judge or the court can decide for it in the phase of inquiry. But the thing to be given attention here is that the event, which will be taken to expert witness examination, must be an event which requires solution expertise, special or a technical knowledge.

In this study, because both taking place in the same part and having similarities

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Yrd. Doç. Dr. İbrahim DÜLGER

in the terms of function and purpose, expert opinion or the institution called as scientific opinion has been examined.

KEY WORDS

Expert witness, expertise, expert witness examination, Expert opinion, Scientific Opinion

GİRİŞ

Bir kaç istisna madde dışında¹ 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmış olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (CMUK) 65-77. maddeleri arasında yer alan bilirkişilik kurumu, istinafla ilgili birkaç hükmün dışında², aynı tarihte CMUK'un yerine yürürlüğe girmiş olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 62-73. maddeleri³ arasında yeniden ele alınarak düzenlenmiştir.

Ceza muhakemesi hukukumuzda tanığın yanında ikinci kişisel delil aracı olan bilirkişi üzerine hazırlanmış olduğumuz bu çalışmanın, gerek CMUK gerekse CMK döneminde, doktrinde yaygın olarak yapıldığı gibi *bilirkişi*, *bilirkişilik*, *bilirkişilik kurumu* veya bunlara benzer bir şekilde isimlendirilmesi yerine “*bilirkişi incelemesi*” isminin seçilmiş olmasının tek nedeni, kanun koyucunun, konuyu yukarıda belirtilen hükümler içerisinde düzenlerken benimsemiş olduğu terminolojik tercihtir.

Çalışmada öncelikle CMK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde bilirkişilik kurumu incelenecektir. Daha sonra, “*samığın savunma delillerinin toplanması istemi*”ni ve “*çağırılması reddedilen tanığın ve uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilmesi*” hususlarını düzenleyen 177. ve 178. maddeleriyle, “*duruşmada bilirkişinin açıklaması*”na ilişkin 68. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, CMK'nın 67. maddesinin sonuncu fıkrasında düzenlenmiş bulunan, bilimsel mütalaaya yer verilmiştir. Ceza muhakemesinin en önemli amacı olan “maddi gerçeğin ortaya çıkarılması” zorunluluğuna ve dolayısıyla da “adil yargılama” ilkesine önemli katkı sağlayan ve böylelikle savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesi açısından da önemli olan bu kurumu, kanunun son derece yerinde ve önemli bir düzenlemesi olarak görmekteyiz.

¹ Bilindiği gibi, 5320 sayılı (Bkz.: 31.03.2005 tarih ve 25722 sayılı RG.) Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrası hükmü gereği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)'nun 322. maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere temyize ilişkin 305-326. maddeleri halen uygulanmaktadır.

² CMK'nın istinaf kanun yoluna ilişkin 272-285. maddeleri hükümleriyle temyiz kanun yoluna ilişkin ve istinaflı sisteme uyumlu olarak düzenlenmiş bulunan 286-307. maddeleri hükümleri, 5235 sayılı (bkz.: 07.10.2004 tarih ve 25606 sayılı RG) Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi hükmü gereği, bu kanunun 25. maddesi hükmünde öngörülen bölge adliye mahkemeleri Adalet Bakanlığı'na kuruluncaya kadar zorunlu olarak uygulanmamaktadır.

³ CMK'nın ilgili maddelerine karşılık gelen sair ülke kanunlarının maddeleri için bkz.: İÇEL, Kayıhan-ÜNVER, Yener, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları (AY. TCK. CMK. CGTİK. BAMK. KbK. BsK.), 5. Bası, İstanbul 2007, s. 269 vd.

I. Bilirkişi İncelemesi

1. Tanım ve bilirkişiye başvurabilme yetkisi

Bilirkişi⁴, CMK'nın 63. maddesi hükmü anlatımıyla “çözümü uzmanlığı, özel

⁴ Türk Ceza Muhakemesi Hukuku literatüründe bilirkişi ve bilirkişilik kurumu hakkında bkz.: **BAFRA**, Jale, “İmza İncelemeleri ve Bilirkişilik”, İBD, C. 75, S. 2, Haziran 2001, s. 356 vd. ve <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=2024>, 29.10.2008; **BAKICI**, Sedat, “Bilirkişi Raporunun Değerlendirilmesi, Bilirkişinin Hak ve Görevleri İle Sorunlar Ve Öneriler”, http://www.ankamahukuk.com/index.php?option=com_content&view=article&catid=15:hukukimakaleler&id=90:bilirkişi-raporunun-deerlendirilmesi-bilirkişinin-hak-ve-goerevleri-le-sorunlar-ve-oeneriler&Itemid=126, 12.02.2009; **BAKIRCI**, A. Erhan, “Türk Adli Sisteminde Bilirkişilik Uygulamaları, Sorunları İle Yakın Ve Uzak Dönem İçin Çözüm Önerileri”, THD, S. 84, Şubat 2004, s. 21 vd. ve http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_115.htm, 29.10.2008; **BALTACIOĞLU**, İsmail Hakkı, “Adli alanda yazı bilirkişiliği”, AD. 1964/3-4, s. 247- 249; **BAYRAM**, Levent, “Deliller Ve Bilirkişilik Müessesesi”, Polis Dergisi, Yıl 7, S. 28, Temmuz-Ağustos-Eylül 2001, s. 82 vd.; **CENTEL**, Nur-ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul, 2008, s. 239 vd.; **ÇAĞLAYAN**, M. Muhtar, “Yargıtay İçtihatlarının Işığında Bilirkişi İncelemesi”, AD, C. 75, 1984/3, s. 487 vd.; **DEMİRER**, Gürtan, “Bilirkişilik ve Uygulamadaki Sorunlar”, ABD 1967/6, s. 1030-1036; **DERYAL**, Yahya, “Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması”, ABD, Yıl 58, S. 3, 2001, s. 15 vd., İBD, C. 75, S. 3, Eylül 2001, s. 663 vd.; **DOMENICI**, Falco, (Çev. Hayrettin DALOKAY), “El Yazıları Bilirkişiliği”, AD 1952/1, s. 3-13; **DÖNMEZER**, Sulhi, “Mecburi Ehlihibre” İHFM, C. 10, S. 1-2, s. 415-417; **EREM**, Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1986, s. 404 vd.; **EREM**, Faruk, “Yalan Şahadet Hakikate Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık”, AHFD, C. 11, 1954/3-4, s. 42-59; **ERGÜL**, Teoman, “Özgün Bir Olay Dolayısıyla Trafik Kazalarında Bilirkişilik Kurumu”, Manisa BD, Yıl 19, S. 72, 2000, s. 35 vd.; **GÖZÜBÜYÜK**, A. Pulat, “Cezada Bilirkişi İncelemesine Gerek Olan ve Olmayan Haller”, AD 1974/4-5, s. 239-241; **GÖZÜBÜYÜK**, A. Pulat, “Devlete Karşı Suçlarda Bilirkişilik”, AD, S. 5, 1979, s. 291 vd.; **GÖZÜBÜYÜK**, A. Pulat, “Yalancı Tanık, Bilirkişi veya Tercüman Tedariki Cürümleri”, İBD, C. 43, 1969/7-8, s. 241-246; **GÜRELLİ**, Nevzat, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul, 1967; **GÜRELLİ**, Nevzat, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik Kurumuna İlişkin Meseleler”, Doğanay’a Armağan, İstanbul, 1981, s. 65 vd.; **HAKERİ**, Hakan, “Hemşirelerin Yasal Sorumlulukları III - Ceza Davalarında Bilirkişi”, <http://www.medimagazin.com.tr/mm-hemsirelerin-yasal-sorumluluklari-iii-ceza-davalarinda-bilirkişi-ky-51296.html>, 12.02.2009; **HAKERİ**, Hakan-ÜNVER, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Bilgiler, Ankara, 2007, s. 124 vd.; **HANCI**, İ. Hamit, Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu, Ankara, 2003; **HANCI**, İ. Hamit, “Hekimin Bilirkişilik Görevi ve Adli Raporlar”, Manisa BD, Ocak 1998/64, s. 6-20; Jandarma Okullar Komutanlığı Öğretim Başkanlığı, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2006, 9-16; **KAZAN**, Turgut, “Bilirkişi, Savcı, Darağacı”, İBD, 1979/1-3, s. 94 vd., **KEYMAN**, Selahattin, “Bilirkişilikten İmtina - Asılsız Sebep (Mahkeme Kararı Kroniği)”, Dok. ve İçt. Bül. 1969/2, s. 13; **KUNTER**, Nurullah-YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku- Birinci Kitap (Öğrenme Kitabı I) Ceza Muhakemesinin Genel Hükümleri, 12. Bası, İstanbul 2002, s. 550 vd.; **KUNTER**, Nurullah-YENİSEY, Feridun-NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul, 2008, s. 640 vd., No. 42.5; **MÜSLÜOĞLU**, Ahmet Lütfü, “Resmi Bilirkişi ve Adli Tıp”, AD 1955/8, s. 758-774; **ÖZBEK**, Abdulkadir, Adli Psikiyatri. Ceza ve Medeni Hukuk Açısından Ruh Hastalıkları ve Bilirkişilik, Ankara 1980; **ÖZBEK**, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Kanunu, İzmir Şerhi, Ankara, 2005, s. 215 vd.; **ÖZDEMİR**, H. Enver, Ceza Davaları İle Trafik Davalarında Keşif ve Bilirkişilik, 2. Bası İstanbul 1985; **ÖZTÜREL**, Adnan, “Tib’da Bilirkişilik ve Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi”, Sağlık Der. 1962/5-6, s. 32-44; **ÖZTÜRK**, Bahri-ERDEM,

veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde ... oy ve görüşünün⁵ alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin istemi üzerine karar verilebilen” kişidir.

Bu yasal tanımından anlaşılacağı üzere bilirkişi, usul hukukunun diğer alanlarında da geçerli olduğu üzere, belli bir konuda bilgi ve uzmanlık sahibi olmalıdır. Zaten bu bilgi ve uzmanlık hakimde bulunmadığı için kendisine müracaat edilmektedir. Fakat bu bilgi ve uzmanlık her durumda bilimsel olmak zorunda değildir. Bazı durumlarda, doğal olarak, kendi alanlarında uzman olmaları şartıyla bilim adamı olmayanlar da, örneğin ticaret erbabı veya zanaatkar kimseler de bilirkişi olabilmektedirler.

Bilirkişi tayini yetkisi, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısına, kovuşturma evresinde ise hakime aittir.

CMK'nın 63. maddesinin birinci fıkrası hükmüyle bilirkişi tayinine, kural olarak, re'sen ya da Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya

Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara, 2008, s. 479 vd.; **ÖZTÜRK**, Bahri-**ERDEM**, Mustafa Ruhan-**SIRMA**, Özge-**SAYGILAR**, Yasemin Filiz, Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Kavramlar, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 4. Bası, Ankara, 2006, s. 289 vd.; **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2007, s. 443 vd.; **ŞAFAK**, Ali-**BIÇAK**, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, 6. Baskı, Ankara, 2005, s. 150 vd.; **ŞAHİN**, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, 2005, s. 211 vd.; **ŞAHİN**, Cumhur, “Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik”, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun Barosu-Türkiye Barolar Birliği, 9-10 Kasım 2001, Ankara Tarihsiz, s. 190-236; **ŞENGÜN**, Kemal Oğuz, “Bilirkişinin Sorumluluğu ve Sonuçları”, AD 1969/7, C. 60, s. 456-463; **TANER**, Tahir, Ceza Muhakemesi Usulü, 3. Basım, İstanbul 1955, s. 206 vd.; **TANRIVER**, Süha, Bilirkişinin Hukuki Statüsü Yükümlülükleri Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002; **TOROSLU**, Nevzat-**FEYZİOĞLU**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2008, s. 197 vd.; **TOSUN**, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri - Genel Kısım, C. I, 4. Bası, İstanbul 1984, s. 786 vd.; **TURHAN**, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s. 181 vd.; **YAVUZ**, Hakan A.-**ÖZAR**, Süleyman, Literatürlü, Karşılaştırmalı, Alfabetik Kavram İndeksli 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, 2005, s. 41 vd.; **SEVÜK**, Handan Yokuş, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, İÜHF, C.LXIV, S.1, s. 49-107; **YENİSEY**, Feridun, “Bilirkişi”, Antalya BD, Temmuz-Ağustos-Eylül 1991/7, s. 4-8; **YENİSEY**, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku - Duruşma ve Kanun Yolları, İstanbul 1988, 117 vd.; **YENİSEY**, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku - Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987, s. 51, 86-87, 133, 218; **YURTCAN**, Erdener, Uygulamacı İçin Ceza Yargılaması (Sorular ve Cevaplar), İstanbul 2007, s. 131 vd.; **YURTCAN**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004, s. 377 vd.; **YURTCAN**, Erdener, Ceza Muhakemeleri Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat - Madde 1-146, C. 1, İstanbul 1988, s. 437 vd.;

⁵ Kanunlarımızda, burada da olduğu gibi çok defa “rey ve mütalaa” veya “oy ve görüş”ten söz edilmekte ise de aslında ortada iki farklı şeyin olmadığı, tek bir sözcüğün kullanılması gerektiği, CMUK'un 70. maddesi hükmünde yapıldığı gibi tek olarak “rey” demenin de isabetli olmadığı, burada söz konusu olanın “karar”ın karşıtı olan “mütalaa”, daha doğrusu “mütalaa niteliğinde hüküm” olduğu hususundaki haklı görüş için bkz.: **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU**, s. 641, No. 42.5, dpn. 20.

sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin istemi üzerine, hakim yetkili kılınmıştır. Ancak Cumhuriyet savcısı da bu yetkiyi kendisine hazırlık soruşturmasında sadece gecikmede sakınca bulunan hallerde tanıyan CMUK'tan farklı olarak, maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre soruşturma evresinde ve böyle bir sınırlama olmaksızın bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebilmektedir.

Ayrıca CMK'nın 67. maddesinin sonuncu fıkrası ve 66. maddesinin beşinci fıkrası ve 177-178. maddeleriyle kendisine bu konuda sağlanan imkana dayanarak sanık da savunması kapsamında uzman kişilerden destek alabilmekte ve bilirkişi daveti isteminde bulunabilmektedir.

Tayin edilebilecek bilirkişi sayısını üçle sınırlayan CMUK'un 66. maddesinin birinci fıkrası hükmünden farklı olarak CMK'nın 63. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre bu sayı, gerekçesi hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından gösterilmek şartıyla⁶ birden fazla olabilecektir. Uygulamada bazen üçten fazla bilirkişiye ihtiyaç bulunan durumlar söz konusu olabileceğinden bir sayı sınırlaması getirmeyen bu düzenlemenin yerinde olduğu söylenmelidir.

2. Bilirkişiye başvurma zorunluluğu

Bilirkişi, bilgisi ve uzmanlığı çerçevesinde yapmış olduğu incelemeyle muhakeme faaliyetinde mahkemeye yardımcı⁷ olmaktadır. Ancak gerek bu yardımcı fonksiyonundan gerekse 63. maddenin birinci fıkrası hükmündeki "... karar verilebilir" ifadesinden hareketle gerekli görülmezse bilirkişinin görüşünün alınamayabileceği fikrine kapılmamak gerekir. Zira ceza muhakemesi hukukumuzda özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınması zorunludur.

Örneğin CMK'nın "sahte para ve değerler üzerinde yapılacak incelemeler"e ilişkin 73. maddesiyle para ve devlet tarafından çıkarılan tahvil ve Hazine bonusu gibi değerler üzerinde işlenen sahtecilik suçlarında, el konulan para ve değerlerin

⁶ Aynı maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmüne göre birden çok bilirkişi atanmasına ilişkin istemler reddedildiğinde de *aynı biçimde*, yani gerekçesi gösterilerek karar verilecektir.

⁷ Bu özelliğinden dolayıdır ki; Alman ceza muhakemesi kanunu, Strafprozeßordnung (StPO)'un 72-85. maddeleri arasında **Sachverständige** başlığı altında düzenlemiş olan bilirkişilik, Alman hukukunda mahkemeye veya hakime yardımcı olan kişi anlamında olmak üzere "**Gehilfe des Gerichts**" ya da "**Richter Gehilfe**" olarak nitelendirilmektedir. Bkz.: MEYER-GOßNER, Lutz, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 48., neu bearbeitete Auflage, München 2005, § 72, 4; ROXİN, Claus Strafverfahrensrecht, 25., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1998, § 27, A, II, 1 ve Alman Yüksek Mahkemesi Bundesgerichtshof (BGH)'un konuya ilişkin kararları için bkz.: BGHSt, 3, 27, 28; 7, 238, 239; 8, 113; 9, 292, 293; 11, 211, 213; 13, 1, 4.

hepsinin, bunların asıllarını tedavüle çıkaran kurumların merkez veya taşra birimlerine incelettirileceği hususu tartışmasız bir şekilde hüküm altına alınmıştır⁸.

Genel ve özellikle de hukuki konularda, kanunun ifadesiyle *hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi birikimi ile çözülebilecek konularda bilirkişiye başvurulamaz* (m. 63, f. 1, c. son). Bu düzenlemenin sonucu olarak, hakim dahil zaten olağan olarak herkesin bilebileceği hususlarla, sadece muhakeme makamı olarak ceza hakiminin değerlendirme sahasında bulunan hukuki konularda bilirkişiye müracaat edilemeyecektir. Bu husus CMK'nın 67. maddesinin üçüncü fıkrasında da bir başka şekilde, özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren bir konuda bilirkişinin oy ve görüşüne başvurulmuş olması halinde bile "*bilirkişinin raporunda, hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelerde bulunulamayacağı*"⁹ ifadesiyle açıkça vurgulanmıştır.

⁸ Benzer şekilde maddenin ikinci fıkra hükmünde ise yabancı devletlerin paraları ve değerleri hakkında da yetkili Türk makamlarının görüşlerinin alınacağı belirtilmektedir. Örneğin TCK'nun 32. maddesi ile CMK'nın 74., 75., 78., 86., 87., 88. ve 89. maddeleri hükümlerinin uygulanmalarında da bilirkişi incelemesi yaptırılmaktadır.

⁹ Düzenlemenin mefhum-u muhalifinden hareket edildiğinde hakim, mahkeme ya da Cumhuriyet savcısının, çözümü uzmanlığı, özel ya da teknik bir bilgiyi gerektirmeyen hallerde bilirkişi oy ve görüşüne müracaat edemeyeceği sonucuna varılır. Kaldı ki belirtmiş olduğumuz bu sonuç CMK tasarisının 65. maddesinde yer alan ve gerek Komisyonda gerekse Genel Kurulda değiştirilmeden onaylanmış olan 63. maddeye ilişkin tasarı gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Şöyle ki:

"Madde, ilke olarak bilirkişinin ne gibi hallerde atanabileceğini göstermektedir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel (yani herkese ortak toplumsal kültür verileri) ve hukuki bilgilerle çözümlenebilen konularda bilirkişi atanamayacak ve dinlenemeyecektir. Böylece uygulamada bazen görüldüğü üzere, örneğin "filin hangi suçu oluşturduğunu" belirlemek amacı ile bilirkişi aranması söz konusu olamayacaktır.

Madde bu hususu açıklamakla yetinmemiş ve fakat ayrıca bilirkişi oy ve görüşünün hangi hallerde alınabileceğini de açıklamıştır: Çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde re'sen, Cumhuriyet savcısının, tarafların veya avukatların istemi üzerine bilirkişi atanabilecektir. Açıklanmalıdır ki, bu ölçü çerçevesinde bugün bilirkişiye başvurulması gerekli konular çok geniştir ve genişlemektedir. Psikiyatri ve adli tıp bilgileri, ceset üzerinde incelemeler, parmak izleri ve benzeri metodlar, toksikoloji, bilimsel polis, silahlar, daktilolar, biyoloji, kimya, muhasebe, mimari, mekanik, trafik, arkeoloji, yabancı dil, Türkiye'de eski harfler.

...

Madde ile güdülen amaç (maddenin "retio legis") bilirkişiyi gerçek rolüne döndürmek ve bilirkişi adaleti olarak adlandırılan uygulamalara son vermektir." şeklinde ifade edilmektedir.

Bu açıklığa rağmen uygulamada hala daha "suç oluşmuş mudur?", "suçun oluşup oluşmadığı" şeklinde soruların yöneltildiği bilirkişilik müracaatlarının yapıldığı görülmektedir.

Hakim, prensip olarak, akla ve mantığa, bilirkişi raporunun hazırlanmış bulunduğu bilimsel alanın evrensel kabul gören standartlarına aykırı olmamak kaydıyla¹⁰ bilirkişi raporuyla bağlı değildir¹¹.

Bu kapsamda olmak üzere hakim veya Cumhuriyet savcısı, aynı konuda aynı bilirkişiye bir defa daha inceleme yaptırabileceği gibi aynı konuda ayrı bir bilirkişiye başvurabilecektir.

Maddi gerçeğe ulaşarak karar vermek zorunda olan hakim, vicdani delil sistemi içerisinde hareket ederek, hukuka uygun olarak elde edilmiş olmak şartıyla delil aracı olarak kendisine sunulan her şeyi serbestçe değerlendirebilecektir. Bu itibarla önemle belirtmeliyiz ki, doğruluklarını, tamamen hukuk dışı ve teknik konular olmaları nedeniyle kendisinin değerlendirme yapamayacağı bilirkişi incelemesi sonuçlarını¹² kabul etmesi gerekmektedir.

3. Bilirkişilere uygulanacak hükümler

CMK'nın 62. maddesine göre, bilirkişi incelemesi hakkındaki düzenlemeye aykırı olmamak kaydıyla tanıklara ilişkin hükümler bilirkişiler hakkında uygulanacaktır.

Kanun koyucu, tanıklara ilişkin düzenlemelerden hangilerinin bilirkişiler hakkında da uygulanacağını belirlemiş olduğu bu hükmüyle, CMUK'un konuya ilişkin 65. maddesi ve Alman CMK'nın bu maddeye kaynaklık teşkil eden 72. maddesinden¹³ düzenleme olarak ayrılmış bulunmaktadır. Zira bilindiği üzere CMUK'un 65. maddesi hükmü, mehzazına da uygun olarak tanıklara ilişkin ve 45-64. maddelerinden müteşekkil *altıncı faslın aşağıda yazılı-* bilirkişi incelemesine ilişkin *-maddelere mugayir olmayan hükümlerinin bilirkişi hakkında dahi cari olduğu* hususunu düzenlemekteydi. CMUK'un tanıklara ilişkin olarak ve fakat altıncı faslın dışındaki hükümlerin bilirkişiler hakkında uygulanamayacağı anlamına da gelebilen bu düzenlemesinden farklı olarak CMK'nın 62. maddesi daha açık bir ifade kullanmıştır. Buna göre, tanıklara ilişkin hükümlerden sadece birinci kitabın üçüncü kısmının birinci bölümünde, yani 43-61. maddeleri arasında yer alanlarının

¹⁰ BGH'da bir kararında, hakim in bu değerlendirmesini yaparken "**bilimsel standart**"tan ayrılmaması gerektiği hususuna açıkça vurgu yapmıştır, bkz.: BGH, StrV, 93, 234.

¹¹ Aşağıda da inceleneceğinden burada sadece belirtmek gerekirse Yargıtay da bilirkişi raporunun hakimi bağlamadığı kanaatindedir, bkz.: CGK, 14.01.1985-9-213/1. Ancak bilirkişinin hazırlanmış olduğu raporunda yaptığı tespitlerinden farklı düşünen hakim in, bunun gerekçesini göstermesi gerektiği konusunda bkz.: CGK, 10.11.1980-262/351.

¹² Örneğin CMK'nın 78. maddesi hükmüne göre yaptırılan moleküler genetik inceleme sonuçları. Bkz.: ÖZTÜRK-ERDEM, s. 475.

¹³ Karşılaştırma için bkz.: PFEIFFER, Gerd, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 5., neu bearbeitete Auflage, München 2005, § 72.

değil, 63-73. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla tümünün bilirkişiler hakkında da uygulanacağı hususunu hüküm altına almış bulunmaktadır.

Burada hemen belirtmeliyiz ki; kanun koyucunun, 62. maddede belirttiği “tanıklara ilişkin hükümlerden bilirkişi incelemesine ilişkin maddelere aykırı olmayanların bilirkişiler hakkında da uygulanacağı” kuralına, 68. maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi bazen istisnalar getirdiği de görülmektedir. Bu düzenleme gereği bilirkişilerin, tanıklardan farklı olarak salona teker teker alınıp birbirinden ayrı dinlenmeleri zorunlu değildir.

Bilirkişilik kurumunun tanıklık kurumuyla benzer muhakeme kurallarına tabi tutulmuş olmasının zorunlu sonucu olarak tanıklar için kanunla öngörülmüş bulunan üç önemli görevin, kurumun özellikleri çerçevesinde bilirkişiler için de geçerli olduğunu vurgulamak gerekir. Buna göre, bilirkişiler de tanıklar gibi çağrıldığında gelmek, ifade vermek (rapor hazırlamak) ve nihayet yemin etmekle yükümlüdürler.

4. Bilirkişiliği kabul yükümlülüğü; ihtiyari bilirkişilik-zorunlu bilirkişilik

a) Kural: İhtiyari bilirkişilik

Ceza muhakemesi hukukumuzda bilirkişiliği kabul etmek, bir başka ifadeyle bilirkişilik yapmak kural olarak ihtiyaridir, yani zorunlu değildir.

b) Zorunlu bilirkişilik

Kanun 65. maddesiyle bu kuralın istisnasını, yani bilirkişiliği kabul yükümlülüğünü düzenlemektedir. Buna göre; resmi bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlar, 64. madde hükmünde belirtilen listelerde yer almış bulunanlar, incelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinenler ve nihayet incelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar bilirkişilik görevini kabul etmekle yükümlüdürler.

Bilirkişiliği kabul yükümlülüğünün sınırlarını belirleyebilmek için öncelikle bilirkişi olarak atanabilecek olanları tespit etmek gerekmektedir.

CMK'nun, 64. maddesi bilirkişi olarak atanabilecekler konusunda yeni bir sistem geliştirmiştir. Buna göre, bilirkişiler, il adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan gerçek veya tüzel kişiler arasından tayin edilebilecektir. Ancak Cumhuriyet savcıları ve hakimler, yalnız buldukları il bakımından yapılmış listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de bilirkişi seçebilmektedirler.

Düzenlemede dikkati çeken ilk husus gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin

de bilirkişilik yapabilmeleridir. Ancak 64. maddenin dördüncü fıkrasında “*bilirkişi olarak atanamn bir tüzel kişi olması halinde kendisi adına incelemeyi yapacak gerçek kişi veya kişilerin isimlerini, bilirkişi atayacak yargı merciinin onayına summasından*” söz edildiğine göre netice itibarıyla teknik bilgi ve uzmanlığı gerektiren inceleme her halde bir gerçek kişi tarafından yapılacaktır.

Diğer önemli bir husus ise adı geçen bilirkişi listeleridir. Bu listelerin düzenlenmesine veya listelerde yer verilenlerin çıkarılmalarına ilişkin esas ve usuller de, maddenin birinci fıkrasının son cümlesi hükmü gereği Adalet Bakanlığı’na çıkarılmış bulunan “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarının Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik¹⁴”te gösterilmiştir.

Listelere kaydedilen bilirkişilere, hemen bu işlem üzerine yemin ettirilmektedir. Bu yemin, il adli yargı adalet komisyonu huzurunda ve CMUK’un 72. Maddesinde olduğu gibi laik karakteri muhafaza edilmiş olarak “*görevimi adalete bağlı kalarak, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsızlıkla yerine getireceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim*” sözlerinin tekrarlanması suretiyle yerine getirilmektedir (CMK m. 64/5). Böylece yemin ettirilen bilirkişilere artık görevlendirildikleri her işte yeniden yemin verilmesine gerek bulunmamaktadır. Yargıtay, yemini usulüne göre yaptırılmayan ya da önceden vermiş olduğu yemini hatırlatılmayan bilirkişinin hazırlamış olduğu rapora dayanılarak karar verilmesini düzenli olarak mutlak bozma nedeni saymaktadır¹⁵. Bu itibarla bilirkişiye önceden ve usulüne uygun yemin ettirilmesi önem taşımaktadır.

Bilirkişilerin mutlaka listelere girmiş olanlar arasından seçilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Atama kararında, gerekçesi gösterilmek suretiyle, bu listelere girmeyenler arasından da bilirkişi seçilebilmektedir (m.64/2). Listelerde yer almamış bilirkişilerin görevlendirilmeleri halinde kendilerini atamış olan merci huzurunda yukarıda belirtilen biçimde yemin etmeleri gerekmektedir. Yeminin yapıldığına ilişkin tutanak da hakim veya Cumhuriyet savcısı, zabıt katibi ve bilirkişi tarafından imzalanmalıdır¹⁶.

Sonuç olarak, ceza muhakemesi hukukumuzda prensip olarak bilirkişiliği kabul yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, listelerde yer almış bulunanların yanı sıra

¹⁴ Bkz.:1 Haziran 2005 tarih ve 25832 sayılı RG.

¹⁵ Bkz.: CGK, 01.04.1985-432/176, benzer şekilde CGK, 05.12.1988-8475/520.

¹⁶ Maddenin yedinci fıkrası hükmüyle, her iki durumda da, yani gerek listelere kayıt halinde gerekse kaydolmaksızın bilirkişi olarak atanma durumunda engel bulunan hallerde yeminin yazılı olarak da verilebileceği hususu belirtilmiştir. Bu durumda da yemin metni dosyaya konmalıdır. Ayrıca bu duruma ilişkin gerekçenin kararda gösterilmesi de zorunludur.

resmi bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlar, incelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinenler ve nihayet incelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar bilirkişilik görevini kabul etmekle yükümlüdürler.

Kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmi bilirkişilere, bilirkişi atamalarında öncelik tanınmalıdır. Ancak maddenin üçüncü fıkrasıyla kamu görevlilerinin, bilirkişilik kurumunun en önemli vasfı olan tarafsızlıkla bağdaşmayacağından çok yerinde olarak bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamayacakları hüküm altına alınmıştır.

5. Bilirkişi olarak atanma kararı ve bilirkişilerin çalışma yöntemleri

a) Atama kararı

Yukarıda da belirtildiği gibi bilirkişi tayinine kural olarak hakim, ancak soruşturma evresinde de Cumhuriyet savcısı yetkilidir.

CMK'nın 66. maddesinin birinci fıkrasında bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ilişkin bu kararda hangi hususların yer alacağı belirlenmiştir. Buna göre atama kararında öncelikle cevaplandırılması uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren sorularla incelenmesi istenen konu gösterilecektir.

b) Çalışma yöntemi

Bilirkişi ya da bilirkişilere verilen görevin hangi sürede yerine getirileceği de belirtilmelidir. Bu süre işin niteliğine göre değişebilecek olmakla birlikte, üç ayı geçemeyecektir. Ancak özel sebeplerin zorunlu kılması halinde bu süre, bilirkişinin istemi üzerine ve kendisini atayan merciin de gerekçeli kararıyla en çok üç ay daha uzatılabilmektedir.

Bilirkişi belirlenen bu süre içerisinde incelemelerini tamamlayıp raporunu vermek zorundadır. Aksi halde 66. maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre hemen değiştirilebilir. Böyle bir durumda bilirkişi, o ana kadar yaptığı işlemleri açıklayan bir rapor sunmalı ve görevi sebebiyle kendisine teslim edilmiş olan eşya ve belgeleri hemen geri vermelidir. Hukuken geçerli bir mazereti olmaksızın kendisine verilen süre içerisinde, raporunu hazırlayıp teslim etmeyen bilirkişi ya da bilirkişiler, kanunun 64. maddesine göre düzenlenen listelerden çıkartılabilecekleri gibi gecikme dolayısıyla uğranılmış zararları ödemek zorunda da kalabileceklerdir.

Bilirkişinin görevini yerine getirirken, kendisini atamış olan merci ile ilişkisi 66. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre bilirkişi, görevini, kendisini atamış olan merci ile ilişki içinde yerine getirir, gerektiğinde bu mercie

incelemelerindeki gelişmeler hakkında bilgi verir, yararlı görülecek tedbirlerin alınmasını isteyebilir.

Bunların dışında bilirkişi, kanunun 66. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre görevini yerine getirmek amacıyla bilgi edinmek için şüpheli veya sanık dışındaki kimselerin de bilgilerine başvurabilir. Bilirkişi, uzmanlık alanına girmeyen bir sorun bakımından aydınlatılmasını isteyecek olursa; hakim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı, nitelikli ve konusunda bilgisiyle tanınmış kişilerle bir araya gelmesine izin verebilir¹⁷. Bu şekilde çağrılan kişiler yemin eder ve verecekleri raporlar, bilirkişi raporunun tamamlayıcı bir bölümü olarak dosyaya konulur. İlgililer de beşinci fıkra hükmüne göre merciinden, incelemeler yapılırken bilirkişiye teknik nitelikte bilgiler verebilecek olan ve ismen belirleyecekleri kişilerin dinlenmeleri veya bazı araştırmaların yapılması hususlarında karar verilmesini isteyebilir. Bu düzenlemeyle, diğer yargılama katılanlarının yanında sanığa da, re'sen tayin edilmiş olan bilirkişinin kendi belirledikleri kişilerden teknik bilgi almasının yanı sıra belirli araştırma işlemlerinin yapılmasını isteme hakkı tanınmış bulunmaktadır¹⁸.

Bilirkişi, incelemeleri kapsamında ve kendisine verilen görev doğrultusunda raporunu layıkıyla hazırlayabilmesi için gerekli görür ve bu istemi de kabul edilirse yargılama dosyasını inceleyebileceği gibi, 66. maddenin altıncı fıkrası hükmüne göre görevini yaparken gerekli olması halinde mağdur, şüpheli veya sanığa mahkeme başkanı, hakim veya Cumhuriyet savcısı aracılığı ile soru sorabilir. Ancak, mahkeme başkanı, hakim veya Cumhuriyet savcısı, bilirkişinin doğrudan soru sormasına da izin verebilir. Muayene ile görevlendirilen hekim bilirkişi, görevini yerine getirirken zorunlu saydığı soruları, hakim, Cumhuriyet savcısı ve müdafii bulunmadan da mağdur, şüpheli veya sanığa doğrudan doğruya yöneltebilir.

6. Bilirkişinin reddi ve bilirkişilikten çekinme

a) Bilirkişinin reddi

Bilirkişi de tıpkı hakim gibi reddolunabilecektir. Çünkü bilirkişi görevini tarafsız olarak yerine getirmek zorundadır. Bu nedenle CMK'nun 69. maddesinin birinci fıkrana göre, hakim reddini gerektiren sebepler¹⁹ bilirkişi hakkında da geçerli olacaktır.

¹⁷ Alman hukukundan bu konuya ilişkin örnek karar için bkz.: BGHSt, 22, 268, 273.

¹⁸ Bkz. TOROSLU-FEYZİOĞLU, s. 203.

¹⁹ Bilindiği gibi CMK'nın hakim reddi sebepleri ve ret isteminde bulunabilecekleri düzenleyen 24. maddesinin birinci fıkrası hükmü gereği davaya bakamayacağı hallerde ve tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı hakim reddi istenebilmektedir.

Hakimin davaya bakamayacağı haller ise 22. maddede sayılmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesi

Bilirkişi ya da bilirkişileri reddedebilecekler ise 69 maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanuni temsilci ret hakkını kullanabilirler. Kendilerine tanınan bu haktan dolayı da hakim veya mahkeme tarafından atanan bilirkişinin adı ve soyadı, engel sebepler olmadıkça bu kişilere bildirilecektir.

Bilirkişinin taraflarca reddedilmesi halinde 69. maddenin üçüncü fıkrasına göre hareket edilecektir. Buna göre reddi isteyen kişi, ret nedenlerini, dayandığı olguları göstererek açıklamakla yükümlüdür. Ret istemi davayı görmekte olan hakim veya mahkeme tarafından incelenecektir. Soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısınca kabul edilmeyen ret istemi ise sulh ceza hakimince incelenecektir.

b) Bilirkişilikten çekinme

Bilirkişilik görevinden çekinmek de mümkündür. Bilirkişilikten çekinme, CMK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş bulunan ve tarafsız kalamayarak yargılanan kişi aleyhinde olabileceği endişesi üzerine kurulu olan hakimin çekinmesi anlamında bir kurum olmayıp, yine tarafsız olmak zorunda olduğundan belki istemeden de olsa hakkında inceleme yaptığı kişiyi ceza kovuşturmasına uğratabileceği ihtimaline karşılık tanıklıktan çekinme kurumuna daha yakındır.

Görüldüğü gibi 70. madde hükmüyle öngörülen çekinmenin dayanağı da bilirkişiliğin, özünde tarafsız olabilmeyi ve böyle de kalabilmeyi barındırmasıdır. Böylece CMK'nın 45. vd. maddelerinde düzenlenen tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebepler bilirkişiler hakkında da aynan geçerlidir.

Bunun dışında bilirkişi, 70. maddenin ikinci cümlesindeki ifadesiyle geçerli diğer sebeplerle de görüş bildirmekten çekinebilir. Kanunda belirtilmeyen bu sebeplerin

Buna göre hakim;

a) Suçtan kendisi zarar görmüşse,

b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa,

c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise,

d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlat edinme bağlantısı varsa,

e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa,

f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa,

g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa,

h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, hakimlik görevini yapamaz.

takdiri somut olayın özelliklerine göre kuşkusuz hakime aittir. Soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısınca kabul edilmeyen çekinme isteminin, az önce incelenen 69. Maddede yer alan düzenlemenin kıyasen uygulanması suretiyle sulh ceza hakimince incelenmesi yerinde olacaktır.

7. Görevini yapmayan bilirkişi hakkındaki işlem

Yukarıda, tanıklara ilişkin hükümlerden bilirkişiliğe ilişkin düzenlemelere aykırı olmayanların bilirkişiler hakkında da uygulanacağına ilişkin değerlendirmeler yapılırken vurgulandığı gibi; tanıklar için kanunla öngörülmüş bulunan üç önemli görev, çağrıldığında gelmek, ifade vermek (rapor hazırlamak) ve nihayet yemin etmek bilirkişiler için de geçerlidir.

CMK'nın 71. maddesinde açık olarak *usulünce çağrıldığı halde gelmeyen veya gelip de yeminden, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişiler hakkında 60. maddenin birinci fıkrası hükmünün uygulanacağı* hususunu düzenlemektedir.

Bu itibarla usulü dairesinde çağrıldığı halde gelmeyen veya gelip de yeminden, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişi hakkında 60. maddenin birinci fıkrası çerçevesinde, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya bilirkişiliğinin gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her halde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilecektir. Ancak bu durumla karşı karşıya kalan bilirkişi, bilirkişiliğe ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhal serbest bırakılacaktır²⁰.

8. Bilirkişi gider ve ücreti

Kanunun bilirkişiye ödenecek ücret meselesini hüküm altına almış bulunan 72. maddesi gereği öncelikle bilirkişinin inceleme ve seyahat giderleri karşılanacaktır. Bunun dışında kendisine verilen görev çerçevesinde yapmış olduğu çalışmasıyla orantılı bir de bilirkişilik ücreti ödenecektir.

Bilirkişinin gider ve ücretine ilişkin bu yasal düzenlemenin, seyahat ve konaklama giderleriyle bilirkişilik ücretinin gerçekçi bir şekilde belirlenerek uygulanması, ceza muhakemesi sistemimizde bilirkişilik kurumundan beklenen yarara ulaşılabilmesi bakımından son derece önemlidir. Bilirkişilik yapmak angarya değildir ve angarya haline dönüştürmemek gerekir. Uygulamada bilirkişilere, yoğun işleri ve çalışmalarını

²⁰ Alman hukukunda, StPO'nun 77. maddesi hükmüyle bilirkişi için öngörülen yükümlülüklerle uyulmaması halinde başvurulacak olan tedbirler hakkında bkz.: **PFEIFFER**, § 77.

arasında vakit ayırıp ayrıntılı inceleme yapmalarına karşın, harcanılan zaman ve emeği karşılamaayan çok düşük ücretlerin takdir edildiği de bir gerçektir²¹.

II. Bilimsel Mütalaa

Kanunumuzun “uzman mütalaaası” (kenar) başlığı altında bilimsel mütalaaası alınabilecek olan teknik müşavirleri²² “uzman” olarak isimlendirmesi karşısında “bilirkişi”²³ tabirini re’sen tayin olunanlara hasretmek kuşkusuz en isabetlisi olacağından²⁴ bilimsel mütalaaadan önce bilirkişi raporunu incelemek gerekmektedir.

1. Bilirkişi raporu

Bilirkişi, incelemelerini bitirip çalışmasını sonuçlandırınca mütalaaasını yazılı olarak bildirir. İşte bu yazılı mütalaaayı kanunumuz bilirkişi raporu olarak adlandırmaktadır²⁵. CMK’nın 67. maddesinin birinci fıkrası gereği bilirkişi, incelemeleri sona erdiğinde, *yaptığı işlemleri ve vardığı sonuçları açıklayan bir raporu, kendisinden istenen incelemeleri yaptığını ayrıca belirterek, imzalayıp ilgili mercie verir veya gönderir.*

CMK’nın 66. maddesinin birinci fıkrasına göre belirlenen süre sona ermesine rağmen yerine getirmek zorunda olduğu görevini gereği gibi yapmayarak raporunu vermemek ya da geç vermek suretiyle *kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan bilirkişi hakkında TCK’nun 257. maddesi hükmüyle yaptırım altına alınmış bulunan “görevi kötüye kullanma” suçundan işlem yapılabilir*²⁶.

Birden çok bilirkişi atanmış olması halinde, eğer bunlar değişik görüşleri yansıtmışlarsa veya bunların ortak sonuçlar üzerinde ayrık görüşleri varsa 67.

²¹ Bu tespitimiz ceza yargılamasına ilişkin olup özel hukuk davalarında, özellikle ticari davalarda bilirkişi ücreti, taraflarca peşin ödenmesi nedeniyle olsa gerek, yüksek miktarlarda tayin edilebilmektedir.

²² İtalyan hukukundaki **consulente tecnico**.

²³ CMUK’un **expert** veya **Sachverständiger** karşılığı olarak 1985 yılına (21.05.1985 tarihli ve 3206 sayılı Kanunla değiştirilene) kadar kullanmış olduğu “**ehlihibre**” tabiri “**bilirkişi**” olmuş ve yeni CMK da bilindiği gibi bu kavramı tercih etmiştir, bkz.: **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU**, s. 641, No. 42.5, dpn. 19.

²⁴ Aynı yönde **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU**, s. 641, No. 42.5.

²⁵ Kavram ve anlamı için bkz.: yukarıda dpn. 4.

²⁶ Bilirkişinin hukuka uygun olmayan davranışlarının TCK’da hüküm altına alınmış bulunan (“gerçeğe aykırı bilirkişilik”, m. 276 veya “gizliliğin ihlali”, m. 285 suçları gibi) başkaca suçlara vücut verebileceği de göz ardı edilmemelidir. Bunun dışında unutmamak gerekir ki; raporunu belirlenen süre içerisinde vermeyen bilirkişi, CMK’nın 66. maddesinin ikinci fıkrası hükmü gereği hemen değiştirilebilir.

maddenin ikinci fıkrası gereğince bu hususun da gerekçeleri ile birlikte rapora yazılması gerekmektedir.

Bilirkişi raporunun kendisi bir delil değil, bir delil değerlendirme aracıdır²⁷. Delil olan bilirkişiden incelemesi istenen şeyin kendisidir. Bilirkişi raporunu değerlendirecek olansa bu incelemeyi kendisinden isteyen hakimdir (soruşturma evresindeyse inceleme isteyen Cumhuriyet savcısıdır). Bu nedenle CMK'nın 67. maddenin üçüncü fıkrasında önemli bir kural isabetli bir şekilde vurgulanmıştır: *Bilirkişi raporunda, hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelerde bulunulamaz.*

Bilirkişi, yürüttüğü bilirkişi incelemesi kapsamında, sadece oy ve görüşünün alınması amacıyla kendisine müracaat edilen ve çözümü, kendisinde bulunan uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlarda açıklamalar yapmalı, diğer taraftan ancak hakimlik mesleği ve sanatı kapsamında olarak sadece hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelerde ise bulunmamalıdır. Örneğin, bir trafik kazası sonrası kendisine, sadece sürücünün vücudunda alkol veya uyuşturucu madde bulunup bulunmadığını incelenmesi amacıyla müracaat edildiğinde bilirkişi, bu konuda hazırlayacağı raporunda yalnızca bu hususlara ilişkin tespitlerini açıklayabilecek, buna karşılık kişinin meydana gelmiş bulunan trafik kazasındaki kusuruna veya bu kusurun derecesine ilişkin değerlendirmelerde bulunamayacaktır.

Bilirkişinin, bilirkişisi (peritus peritorium) olarak nitelendirilmesine rağmen²⁸ hakim de, doğruluklarını, tamamen hukuk dışı ve teknik konular olmaları nedeniyle kendisinin kontrol edemediği bilirkişi incelemesi sonuçlarını kabul etmesi, konusunda uzman olan, yani gerek duyulan özel veya teknik bilgiyle donanmış bulunan bilirkişinin raporunu, aklı ve mantığı veya söz konusu bilirkişi raporunun hazırlanmış bulunduğu bilim alanının evrensel kabul gören doğrularını zorlayıcı tarzda değerlendirmemesi gerekmektedir. İnceleme konusuyla halen ikna olmayan, kuşkusunu devam eden hakim doğaldır ki yeni bir inceleme yaptırabilecektir. Aynı şekilde Yargıtay da bu hususa sık sık vurgu yaparak, gerek duyması halinde hakim, aynı veya bir başka bilirkişiden yeni bir rapor isteyebileceğini ifade etmektedir²⁹.

²⁷ Bkz. **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU**, s. 641, 642, No. 42.5; **TOROSLU-FEYZİOĞLU**, s. 198.

²⁸ Bu niteleme, kuşkusuz hakim mutlak bağımsızlığını ve delil vasıtalarını değerlendirirken sahip bulunduğu mutlak serbestiyi vurgulamak amacıyla yapılmaktadır, bkz.: **SOYASLAN**, s. 456. Yukarıda dpn. 9'da da belirtilmiş olduğu gibi Yargıtay da bilirkişi raporunun hakimi bağlamayacağı kanaatinde olmakla birlikte (CGK, 14.01.1985-9-213/1) çok yerinde olarak bu raporu kabul etmemenin gerekçeli olması gerektiğine işaret etmektedir (CGK, 10.11.1980-262/351).

²⁹ Örneğin bkz.: CGK, 08.10.1984-9-456/301.

2. Bilimsel Mütalaa

Kanunumuzda “uzman mütalaa” olarak ifade edilmiş bulunan kurum, öğretilerde ve uygulamada “hukuki mütalaa” veya “özel bilimsel mütalaa” olarak ya da başka şekillerde de adlandırılmakla birlikte yaygın olarak “bilimsel mütalaa” olarak bilinmektedir³⁰.

CMK'nın 67. maddesinin sonuncu fıkrasına göre ceza yargılaması katılanları olarak Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanuni temsilci; yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi incelemesinde değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilmektedirler.

Bu düzenlemeyle CMK'nın 67. maddesinin altıncı fıkrasında belirtilen ceza muhakemesi katılanları uzman bir kişiden görüş alma hak ve yetkisine sahip kılınmışlardır. Bilimsel düşünce ve yorumlarını bu şekilde bildiren uzmanlar da esasen “bilirkişi”lerdir ve dolayısıyla bu kişilerin görev ve yetkileri de bilirkişilerinkinden farklı değildir³¹.

Ceza muhakemesinin en önemli amacı olarak “maddi gerçeğin ortaya çıkarılması” zorunluluğuna ve dolayısıyla da “adil yargılama” ilkesine önemli katkı sağlayan bu kurumun, savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesi açısından da son derece yararlı olduğu kuşkusuzdur.

Bu hak, fonksiyonu itibarıyla soruşturma evresinin başlamasından kurulan mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi anına kadar kullanılabilmesi gibi olağanüstü kanun yollarıyla ve infaz hukuku kurumlarıyla ilgili olarak da, yani hüküm kesinleştikten sonra da işletilebilir.

a) Kapsam

Yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında olmak kaydıyla çözümlü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren her türlü konuda bu işin uzmanından yardım alınabilmektedir.

Görüldüğü gibi bu yola tamamen teknik bir konuda başvurulabileceği işlendiği

³⁰ Bu konu hakkında bkz.: CENTEL-ZAFER, s. 239; HAKERİ-ÜNVER, s. 131; KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s. 652, No. 42.9; ÖZBEK, s. 215; ÖZTÜRK-ERDEM, s. 475; ÖZTÜRK-ERDEM-SIRMA-SAYGILAR, s. 154; TOROSLU-FEYZİOĞLU, s. 204 vd.; TURHAN, s. 184.

³¹ Bkz. KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s. 652, No. 42.9.

iddia olunan suçla ilgili olarak da gidilebilmektedir. Zira kanun, yürütülen yargılamada yaptırılan bilirkişi incelemesi ile ilgili olarak böyle bir teknik yardım alınabilmesinin yanı sıra yargılama konusu olayın kendisiyle ilgili olarak da bu yola başvurulabileceğini açıkça düzenlemiştir.

Yargılama konusu olayla ilgili olarak ilgili kişilerin, özellikle şüphelinin, sanığın ve/veya müdafinin hukuksal bir konuda bir hukuk bilimi uzmanından, örneğin bir üniversite ceza hukuku öğretim üyesinden bilimsel mütalaa alınmasının, CMK'nın 63. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hükmünde belirtilmiş bulunan “*hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez*” prensibi dolayısıyla hakimlerin ve mahkemelerin bağımsızlığına zarar verebileceğinin ve böylelikle de yargı görevi yapanı etkileme veya adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs anlamına gelebileceğinin düşünülebilmesi kurumla bağdaşmamaktadır. Her şeyden önce bu bir teknik bilirkişi incelemesi olmadığı gibi hakimi dolayısıyla yargıyı etkileme amacı taşımamaktadır. Burada bilim adamı, örneğin bir yargılama konusu olayda meşru savunmanın şartlarının bulunduğu üzerine değil de, daha ziyade belki bu şartlardan biri olarak yine örneğin haksız saldırının yeni düzenleniş şekli bakımından değerlendirilmesi veya bu şartta hata ve bu hatanın sonuçları üzerine ya da her hangi bir husustaki zaman bakımından uygulanma kuralları çerçevesinde lehe kanunun belirlenmesi anlamında 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı yeni TCK düzenlemelerinin karşılaştırılması veya yeni getirilen bir kurum üzerine bilimsel görüşünü paylaşmaktadır. Tüm bunların dışında gözden kaçırmamak gerekir ki; hakim bu mütalaa ile zaten bağlı da değildir. Uygulamaya ışık tutmaya yarayan bu imkanı, savunmaya ve dolayısıyla da maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi çabalarına bir hukuksal destek olarak değerlendirilmek kuşkusuz en isabetli olanıdır.

b) Görüşüne başvurulmuş uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilebilmesi

Görüşüne başvurulmuş uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilebilmesi imkanını, CMK'nın “duruşmada bilirkişinin açıklaması”na ilişkin 68. maddesi hükmüyle birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Zira bu maddenin üçüncü fıkrası hükmündeki düzenleme gereği, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin istemi üzerine, kanunun 67. maddesinin altıncı fıkrası hükmüne dayanarak bilimsel mütalaa hazırlayan uzmanın duruşmada dinlenmesi hususunda da bu madde hükümleri uygulanmaktadır.

CMK'nın 68. maddenin birinci fıkrasına göre *mahkeme, her zaman bilirkişinin*

*duruşmada dinlenmesine karar verileceği gibi, ilgililerden birinin istemesi halinde de açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya çağırabilir*³². Sadece bu fıkranın formülasyonundan hareket edildiğinde, bilirkişinin duruşmada dinlenmesi keyfiyetinin mahkemenin takdirinde olduğu anlaşılmaktadır³³. Ancak konu, CMK'nın 201. maddesiyle ceza muhakemesi hukukumuzda yeni giren bir kurum olarak “doğrudan soru yöneltme”yle birlikte değerlendirildiğinde farklı bir sonuca ulaşılabilir. Zira bu kurumun gereği gibi, konuluş amacına uygun bir şekilde işletilebilmesi bazen bilirkişinin duruşmada mutlaka dinlenmesi suretiyle mümkün olabilmektedir. Cumhuriyet savcısının, müdafinin veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukatın doğrudan, ve sanığın ve katılanın da mahkeme başkanı veya hakim aracılığıyla, kendilerine 201. maddede açıkça tanınmış bulunan bilirkişiye de soru yöneltebilme haklarını kullanabilmeleri için bilirkişinin duruşmada hazır bulunması zorunludur.

Öte yandan kendisine 66. maddenin altıncı fıkrası hükmüyle tanınmış bulunan görevi çerçevesinde ve gerek görmesi halinde mağdur, şüpheli veya sanığa soru sorabilme imkanını kullanabilmesi açısından da bilirkişinin duruşmaya katılmasında yarar bulunmaktadır³⁴.

Ceza muhakemesi prensiplerinden biri olan sözlülük ilkesinin bir gereği olarak bilirkişinin raporunun duruşmada okunması zorunluluğu da bilirkişinin mutlaka duruşmaya çağırılması ve dinlenmesi gerektiği tezini desteklemektedir³⁵.

Özet olarak; özellikle *bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında* kullanıldığında³⁶ “*taraf bilirkişiliği*”³⁷ olarak da adlandırılabilir olan bu kurumu, CMK'nın “*sanığın savunma delillerinin toplanması istemi*”ni ve “*çağırılması reddedilen tanığın ve uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilmesi*” hususlarını düzenleyen 177. ve 178. maddeleri ve

³² Bilirkişinin naiple veya istinabe yoluyla da dinlenmesi hakkında bkz.: CMK m. 180.

³³ CMK'nın hazırlanması sürecinde bu hususta TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda yaşanan gelişmelerle ilgili olarak bkz.: ÖZTÜRK-ERDEM, s. 475.

³⁴ BGH'nın bazı kararlarında da vurguladığı gibi (bkz.: BGH, DAR, 83, 205; MDR, 53, 723) duruşmanın tamamında hazır bulunmak zorunda olmayan bilirkişinin “*duruşmanın tamamında hazır bulunabilmesi hakkı*” Alman hukukunda önemli bir hak olarak değerlendirilmekte, bkz.: ROXİN, § 27,C, I, ve önemle eklemek gerekir ki; mahkeme kendisinden aksi yönde istekte bulunulmadıkça, bilirkişi, duruşmanın tamamında hazır bulunma konusunda kendisi karar verebilmektir, bkz.: BGH, DAR, 77, 175; 85, 195; NSTZ, 81, 297.

³⁵ Bkz. ROXİN, § 27, C, II, 1.

³⁶ Belirtmek gerekir ki; bu açıklamalar kuşkusuz ilk hal için de geçerlidir, yani bir bilim adamı tarafından yargılama konusu olayın değerlendirilmesi halini de kapsamaktadır.

³⁷ Bkz. ÖZTÜRK-ERDEM, s. 470.

“duruşmada bilirkişinin açıklaması”na ilişkin 68. maddesinin üçüncü fıkrası ile birlikte değerlendirdiğimizde görülmektedir ki, CMUK’un 212. ve 213. maddeleri hükümlerinden farklı olarak, 178. maddesinde duruşmaya getirilen bilirkişinin “dinleneceğinden” söz eden CMK, sanığın bu önemli savunma hakkını mutlak bir hak haline getirmiş bulunmaktadır³⁸. Bilindiği gibi bu düzenlemelere göre, *sanık bilirkişinin davetini istediğinde, bunun ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle bu husustaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanına ve hakime verir* (m. 177/1). Mahkeme başkanı veya hakim, bu istemi reddederse sanık CMK’nın 178. maddesi hükmü gereği o kişiyi doğrudan mahkemeye getirebilir. Mahkemeye bu suretle getirilen kişi de mutlaka dinlenir.

SONUÇ

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 65. ile 77. maddeleri arasında düzenlenen bilirkişilik kurumuna, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda 62. ile 73. maddeler arasında yer verilmiştir. Ceza muhakemesinde tanığın yanında ikinci kişisel delil aracı olan bilirkişi, re’sen ya da Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcisinin istemi üzerine ve çözümlü uzmanlığı, özel ya da teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşünün alındığı kişidir. Bu itibarla bilirkişi, amacı maddi gerçekliğe ulaşmak olan ceza yargılamasına, uzman olduğu özel ya da teknik bilgisiyle yardımcı olan önemli bir unsurdur.

Bilgisine ve görüşüne başvurulmuş bilirkişi, ilgili konunun uzmanı olmakla birlikte hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelerde bulunamayacaktır. Aynı şekilde, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi birikimiyle çözülebilecek konularda bilirkişiye başvurulamayacaktır. Bilirkişiye müracaat ve tayin yetkisi, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısına, kovuşturma evresinde ise davayı incelemekte olan hakim ya da mahkemeye aittir. Dolayısıyla bilirkişiye başvurulamayacak haller Cumhuriyet savcısı açısından da geçerlidir. Bir başka ifadeyle soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, mesleğinin gereği olarak genel veya hukuki bilgi birikimiyle çözebileceği konularda bilirkişi incelemesine gidemeyecektir.

Cumhuriyet savcısına, bilirkişi incelemesine ilişkin yetki, CMUK’dan farklı olarak herhangi bir sınırlama olmaksızın tanınmıştır. CMK’nın bu düzenlemesi, iddianamenin daha sağlıklı, daha eksiksiz olarak hazırlanması, dolayısıyla yargılamanın daha hızlı yapılmasına neden olacaktır. Ayrıca bu sayede bazı hallerde

³⁸ Bu konuda bkz.: ÖZTÜRK-ERDEM, s. 471.

Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesi

dava açılmasına gerek olmadığı soruşturma evresinde anlaşılabilir, gereksiz yere dava açılarak mahkemelerin zaten haddinden fazla olan iş yoğunluğunun daha da artmasının önüne geçebilecektir.

Tayin edilecek bilirkişi sayısı CMUK'da üçle sınırlandırılmışken CMK bu sınırı da kaldırmıştır. Böylelikle olayın niteliğine göre, gerekçesi hakim ya da Cumhuriyet savcısı tarafından gösterilmek şartıyla üçten fazla kişi bilirkişi olarak atanabilecektir.

Bilirkişilere, bilirkişi incelemesini düzenleyen maddelere aykırı olmamak kaydıyla tanıklara ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu kurumun niteliği gereği bazı hususlarda tanıklara ilişkin düzenlemelerden farklı kurallar getirilmiştir. Örneğin tanıklar duruşma salonuna teker teker alınıp, ayrı ayrı dinlenirken bilirkişiler topluca salona alınıp aynı ayna dinlenebileceklerdir.

Ceza muhakemesi hukukumuzda kural bilirkişiliğin ihtiyari olmasıdır. Fakat bazı durumlarda bu bir zorunluluktur. CMK ile getirilen bir diğer yenilik olan her il adli yargı çevresinde oluşturulan ve her yıl yeniden belirlenen bilirkişilik listesinde yer alanlar ile görevleri gereği ve mevzuat uyarınca bilirkişilik yapma zorunluluğu bulunanlar açısından bilirkişilik zorunlu bir görevdir.

Bilirkişiye, inceleme yapmazdan önce, genellikle dosyanın tevdiinden ya da sözlü görüşüne başvuru açısından soru sorulmaya geçilmezden önce kanunda belirtildiği şekilde yemin ettirilmesi gerekmektedir. Fakat her il adli yargı çevresi için belirlenen listelerde yer alan bilirkişilere başta yemin ettirilmesi yeterli olup her işte tekrar yemin ettirilmesine gerek yoktur. Ancak biz, her işte tekrar yemin verdirilmemekle birlikte önceki yemininin hatırlatılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bilirkişinin görevlendirildiği kararda, yapılacak incelemenin hangi konu ya da konularda olacağı ve bu konuya ilişkin soruların açık olarak belirtilmesi gerekir. Atama kararında ayrıca bu görev için öngörülen süreye de yer verilmelidir. Buradaki süre somut olayın özelliklerine göre üç ayı geçemeyecek, ancak zorunlu nedenlerin varlığı ve bilirkişinin talebi üzerine atamayı yapan mercii tarafından gerekçesi kararda gösterilmek şartıyla en fazla üç ay daha uzatılabilecektir. Bilirkişi, hukuken geçerli bir mazereti olmaksızın kendisine verilen süre içerisinde incelemesini tamamlayıp raporunu teslim etmek zorundadır. Aksi davranış halinde o kimse bir daha bilirkişi olarak atanamayacağı gibi kanunun öngördüğü yaptırımlara da muhatap olacaktır.

Bilirkişiler taraflarca reddedilebileceği gibi kendileri de bilirkişilik görevinden çekinebileceklerdir.

Bir olayda birden fazla bilirkişi incelemesine gidilebilmesinde engel yoktur.

Görölmekte olan davada birden fazla bilirkişi incelemesine gidilmesi ve birbirinden farklı raporların bulunması halinde hakim, bu raporlardan herhangi birine itibar edebileceği gibi mevcut raporlardan farklı olarak da karar verebilecektir. Vicdani delil sistemi içerisinde yargılama yapan hakim (soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı) bilirkişi rapor ya da raporlarıyla bağlı değildir. Fakat tamamen hukuk dışı, teknik ve özel bilgiyi gerektiren konular olması nedeniyle ve kendisinin değerlendiremeyeceği bilirkişi incelemesi sonuçlarını kabul etmesi gerektiği dışüncesindeyiz.

CMK, işlevi açısından bilirkişilikle benzerlik gösteren ve taraf bilirkişiliği olarak nitelendirilen uzman mütalaasına da açık olarak yer vermiştir. Savunma hakkının layıkıyla yerine getirilebilmesi, adil yargılama ve mutlak gerçeğe ulaşmadaki yararları nedeniyle bu kurumun açık olarak düzenlenmesi yerinde bir yaklaşım olmuştur.

CMK'ya göre Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanuni temsilcisi yargılama konusu olayla ilgili olarak ya da bilirkişi incelemesinde değerlendirilmek üzere veya bilirkişi raporu hakkında, konunun uzmanı kabul edilen kişilerden bilimsel mütalaa alabileceklerdir. Uzman mütalaasına, soruşturma evresinden hükmün kesinleşmesine kadar olan her aşamada başvurulabilecektir. Hatta olağan üstü kanun yolları ve infaz hukuku kurumlarıyla ilgili olarak hükmün kesinleşmesinden sonra da bu kurum işletilebilecektir.

Bilirkişi ya da bilirkişiler gerekli görüldüğu ya da talep edildiği takdirde duruşmaya çağrılıp dinlenebilecek, tarafların kendisine/kendilerine soru sormasına imkan verilecektir. Aynı şekilde dosyaya bilimsel mütalaa sunan uzman kişi de duruşmaya getirerek dinlenmesi, açıklamalarda bulunması sağlayabilecektir.

Özetle CMK'da yer alan bilirkişi incelemesi ve uzman mütalaasına ilişkin hükümlerin CMUK'daki düzenlemelere nazaran daha sistematik, daha amaca uygun ve yerinde olduğunu belirtebiliriz.

BİR DANIŞTAY KARARI ÜZERİNE KAMU HİZMETİNDE BEDEL SORUNU

Çınar Can Evren*

ÖZET:

Kamu hizmetlerinin görülmesi, beraberinde maliyeti getirir. Günümüzde gerek kamu hizmetlerinin gerekse bu hizmetlerden yararlananların sayısındaki büyük artış ister istemez ilgililerin bu hizmetlere belirli oranlarda katılmalarını zorunlu kılar. Ticari kamu hizmetleri karşısında yararlananların ödedikleri, içerisinde karı da barındıran “fiyat” iken; idari kamu hizmetlerinde farklı olarak hizmetin masrafını karşılayacak nitelikte olmayan bir katılma payıdır. Bu katılma payının hukuki niteliği ise harç, resim veya benzeri mali yükümlülüktür. Ancak getirilecek olan bu mali yükümlülük, sadece hizmetin finansmanına ilişkin tek tarafı olarak hesaplanmamalı vatandaşların hizmetlere ulaşmasını sağlayacak makul ölçülerde olmalıdır.

Anahtar Kelimeler:

Kamu hizmeti, kamu hizmeti ilkeleri, bedelsizlik, yasal dayanağı bulunmadan kamu hizmetinin ücret karşılığı sunulamaması.

SUMMARY:

Offering public services bring the cost along with. Today, the great increase of the range of public services and the number of users make it necessary to contribute a part of the expense of this services by users. In the field of commercial public services, this contribution that made by users of the services is called “price” which include “profit” inside. Differently, in the field of administrative public services, the scope of this contribution is not cover all of the expenses of services. It is just a limited monetary contribution. The legal character of this monetary contribution is tax, duty, or any other financial liabilities. These financial liabilities should not be estimated only for financing the service. They also be reasonable amount which will make citizens benefit from public services.

Key Words:

Public Service, Principles of Public Service, Gratuitousness, Public services are not put into service against remuneration without legal basis.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlisi.

A. Davanın Konusu:

Davacının, özürlü kızını bakım evine yatırması için kendisinden istenen bedele ilişkin işlemin ve bu işleme dayanak Yönetmeliğin¹ ilgili maddelerinin iptali istemiyle açtığı davayı, Danıştay Onuncu Dairesi, “...sosyal hizmetlerin çağdaş bir anlayış ve bilimsel uygulamalara paralel olarak yerine getirilmesi ve ihtiyaçlara cevap verilebilmesinin ancak toplum kaynaklarından azami derecede yararlanması olanağının sağlanması ölçüsünde mümkün olabileceği, davalı kurumca sunulan sosyal hizmetten faydalanırken hizmetin maliyeti de göz önünde bulundurulurken bir miktar ücret istenmesinin kamu yararı ve hizmetin gerekleri bakımından herhangi bir aykırılık bulunmadığı...” gerekçesiyle reddetmiştir.

Kararın temyiz edilmesi üzerine yapılan incelemede, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu aynı gerekçelerle Danıştay Onuncu Dairesi’nin ret kararını onamış, ancak davacının karar düzeltme istemi sonucunda yapılan incelemede Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, “...sosyal hizmetler maddi, manevi ve sosyal yoksunlukların giderilmesine ve ihtiyaçların karşılanmasına, sosyal sorunların önlenmesi ve çözümlenmesine yardımcı olmayı ve hayat standartlarının iyileştirilmesini, yükseltilmesini amaçladığına göre sosyal hizmetlerin ücret karşılığı sunulmasının söz konusu olmayacağı dolayısıyla Anayasada yerini bulan sosyal devlet olma ilkelerinin bir gereği olarak söz konusu hizmetlerden muhtaç ve özürlü olan herkesin aynı ölçüde yararlanması gereği kuşkusuzdur. Bu çerçevede yasa ile düzenlenmeyen ve yönetmelikle düzenlenmesi konular kapsamında yer verilmeyen sosyal hizmetlerin bedel karşılığı koşulunun yönetmelikle getirilmesine olanak bulunmadığı...” gerekçesiyle Danıştay Onuncu Dairesi’nin kararını bozmuştur².

B. Hukuki Tartışma Konuları:

1. Bedelsizliğin kamu hizmeti ilkelerinden olup olmadığı.
2. Kamu hizmetleri karşılığında bir ücret alınıp alınmayacağı.

¹ Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Özürliülerin Tespiti, İncelenmesi, Bakım ve Rehabilitasyonuna Dair Yönetmelik, **RG:** Tarih/Sayı: 19.08.1993, 21673.

Yönetmeliğin 47. maddesi 05.10.2007 tarihli, 26664 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan değişiklikle “Genel Müdürlüğe bağlı merkezlerde korunma ve bakım altında bulunan özürliülerden verilen hizmet nedeniyle herhangi bir ücret alınmaz.” şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

² Da.İDDK: 03.07.2000, E:00/401, K:00/938, **DBB.**

Danıştay 13. Dairesi de benzer bir kararı “Kurumların kanunla kendilerine verilen zorunlu bir kamu hizmetinin yürütülmesinde, yasal bir düzenleme olmadıkça bu hizmetle ilgili şahıslardan bir bedel istenmesi kamu hizmeti kavramına uygun bulunmamaktadır.” gerekçesiyle vermiştir. Da.13.D: 29.11.2005, E:05/5263, K:05/5709, **DBB.** Ayrıca bkz. Da.13.D: 13.02.2007, E:05/6586, K:07/693, Da.10.D: 25.06.1997, E:97/160, K:97/2583, Da.10.D: 18.12.1995, E:94/3047, K:95/6564, **DBB.**

3. Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak alınan bedelin hukuki niteliğinin tespiti.

C. Doktrinin Konu Hakkındaki Görüşleri:

Toplum için bir faaliyetin yapılması gerektiğinde devlet o alana müdahale eder ve ihtiyaçların tatmin edilmesini sağlar. Bu ise kamu hizmeti, özendirme-destekleme ve kolluk faaliyetleriyle mümkün olur³.

Konuyu açıklamaya geçmeden önce, kamu hizmeti⁴'nin ne olduğunun tespiti gerekir.

Türk Hukukundaki kamu hizmeti anlayışı Fransa'dan etkilenmiş⁵ olup kamu hizmetlerinin kurulması ülkedeki mevcut siyasi düşünce ve ideoloji ile yakından ilişkilidir⁶.

Kamu hizmeti kavramı, kanunlarda ve yargı kararlarında sık kullanılmakta, kamulaştırma, devletleştirme, idari işlem, kamu malı gibi hususlarda ve idare hukukunun uygulama alanını ve idari yargının görev alanını belirlemede⁷ önemli ölçütlerden biri olmakla beraber, tek ve geçerli bir tanımını yapmak zordur. Bu konuda, kanun koyucunun tanımlama endişesi olmadığı, yargının takdir yetkisini kaybetmemek için tanımlamadığı, öğretinin ise istemesine rağmen başaramadığı ileri sürülmüştür⁸.

Onar, kamu hizmetini⁹ “Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların nezaret ve murakabaları altında veya bunların iştirakiyle kurulan ve işleyen teşebbüsler”; Truchet, “belirli faaliyetlere siyasi organlar tarafından konulan “kamu hizmeti” etiketi”¹⁰; Günday ise “Siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak

³ ÖZAY İl Han: Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.223; ULUSOY Ali: Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Ankara Eylül 2004, s.11, (İncelemeler).

⁴ Kamu hizmeti hakkında geniş bilgi için bkz. KARAHANOGULLARI Onur: Kamu Hizmeti Kavram Ve Hukuksal Rejim, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

⁵ Bakınız: ULUSOY Ali: “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi” AÜ HF.Der, Y.1999, C.48, S.1-4, s.165

⁶ OZANSOY Cüneyt: “Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut”, DBB.

⁷ ATAY Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.474; GİRİTLİ İsmet-BİLGİN Pertev-AKGÜNER Tayfun: İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Der Yay, İstanbul 2006, s.844.

⁸ GÖZÜBÜYÜK Şeref: Türkiye'nin Yönetim Yapısı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.27; AKYILMAZ Bahtiyar: İdare Hukuku, Sayram Yay, Konya 2003, s. 329.

⁹ ONAR Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I, İstanbul 1966, s.14.

¹⁰ ULUSOY: s.13, (İncelemeler).

kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında¹¹ özel kesim tarafından yürütülen faaliyetler” şeklinde tanımlamıştır¹².

Derbil'e göre kamu hizmeti sadece kamusal görevleri değil aynı zamanda teşkilatı da kapsar¹³. Hem statik hem de dinamik özellikler taşıyan kamu hizmetinin Türk İdare Hukukunda sadece dinamik anlam taşıdığı ve “iş” sayıldığını ifade etmiştir. Ancak günümüzde, kamu hizmeti hem organik hem de fonksiyonel anlamıyla kullanılır¹⁴. Organik anlamda kamu hizmeti, bir örgütü, teşkilatlanmayı; maddi (fonksiyonel) anlamda kamu hizmeti ise kamu yararı amacına yönelik faaliyetleri ifade eder. Organik anlamda kamu hizmeti için Anayasa'nın 70. maddesi “*Her Türk Kamu hizmetine girme hakkına sahiptir.*”; maddi anlamda kamu hizmeti için ise Anayasa'nın 47. maddesi “*Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir*”. örnek gösterilir¹⁵.

Anayasa Mahkemesi “*Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir.*” hükmüyle¹⁶ niteliği gereği var olan bir kamu hizmeti anlayışı benimsemiştir.

Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi için öncelikle kanun koyucunun iradesine bakılmalıdır. Zira bu konuda yasama organının iradesi önemlidir¹⁷. Faaliyetin kamu hizmeti olduğu açıkça belirtilmiş ise sorun yoktur. Ancak yasa koyucu tarafından böyle bir nitelendirme yapılmamışsa bu halde kanun koyucunun

¹¹ Anayasa Mahkemesi bir kararında, “...kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur.” diyerek bir hizmetin özel kesime bırakılmasının onun kamu hizmeti niteliğini değiştirmeyeceğini belirtmiştir. **AYM:** 12.04.1990, E:90/4, K:90/6, www.anayasa.gov.tr.

¹² **GÜNDAY** Metin: İdare Hukuku, İmaj Yay, Ankara 2002, s.285.

¹³ **DERBİL** Süheyp: “*Kamu Hizmeti Nedir?*”, AÜHF.Der, Y.1950, C.07, S.03-04, s.28.

¹⁴ **AKYILMAZ:** s.330; **ATAY:** s.478 vd.

¹⁵ **GİRTLİBİLGEN\AKGÜNER:** s.845; **GÖZLER** Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa 2006, s. 508, (İdare Hukuku Dersleri).

¹⁶ **AYM:** 09.12.1994, E:94/43, K:94/42-2, www.anayasa.gov.tr. Anayasa Mahkemesinin niteliği gereği kamu hizmetini kabul ettiği kararının eleştirisi için bkz. **ATAY:** s.480 vd.

¹⁷ **AKYILMAZ:** s.330; **ATAY:** s.481.

iradesini anlamak için bir takım ölçütlere başvurulur. Örneğin söz konusu faaliyetin yürütülmesi için kamu gücü ayrıcalıkları (kamulaştırma, ceza verme yetkileri) tanınmışsa veya hizmetin görülmesi için özel kişilerle yapılan sözleşme, özel hukuk hükümlerini aşan yetkiler içermekteyse hizmet, kamu hizmeti olarak kabul edilir¹⁸. Faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığı konusunda şüphe varsa, bu faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etmemek gerekir.

Kamu hizmetleri kanunla kurulur. Bu husus, yetkinin yasama organında olduğunu gösterdiği gibi kamu hizmeti, devletin belirli faaliyetleri üstlenmesi anlamına gelir ki bu aynı sahada faaliyet gösteren özel girişimcinin faaliyet alanını ister istemez kısıtlar. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırabileceğinden ve devletin kamu hizmeti görmesi özel kesimin girişim özgürlüğünü etkileyeceğinden kamu hizmetleri kanunla kurulmalıdır¹⁹.

Bunun yanında idarenin kamu hizmeti göreceği zorunlu olarak belli bir örgütün de kurulmasını gerektirir. Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği belirtildiğinden kamu hizmetinin kanunla kurulması bu açıdan da zorunluluk taşır^{20,21}. Özay da idarenin kamu hizmetini görmek için gerekli örgütü kurmak, personeli sağlamak ve paraya ihtiyacı olması dolayısıyla, kamu hizmetinin kanunla kurulması gerektiğini ifade etmiştir²². Anayasa Mahkemesi de 1985 tarihli bir kararında²³ "...kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir." gerekçesiyle bu yetkinin yasama organına ait olduğunu teyit etmiştir.

D. Kamu Hizmeti İlkeleri:

Kamu hizmeti, hangi usulle görülürse görülsün, hizmetin görülmesinde uyulması

¹⁸ **GÜNDAY:** s.285.

¹⁹ Kamu hizmeti, girişim özgürlüğünü kısıtlamanın yanı sıra vergileri de arttıracak nitelikte önemli sonuçlar doğurduğundan açık bir iradesinin aranması gerekir.**ULUSOY:** s.29-30, (İncelemeler).

²⁰ **GÜNDAY:** s.286; **GÖZÜBÜYÜK:** s.29; **GÖZÜBÜYÜK Şeref-TAN Turgut:** İdare Hukuku Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.646.

²¹ Mahalli idarelerin kamu hizmeti oluşturabilmeleri için yasal düzenlemeye ihtiyaçları yoktur. Zira Anayasa'nın 127. maddesi gereği mahalli idareler, il, belediye ve köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak için kurulmuşlardır. Bu nedenle kendi görev alanlarına giren bir konuyu yasaların izin verdiği ölçüde kamu hizmetine dönüştürebilirler. Ancak unutulmamalıdır ki, mahalli idareler bu tür bir işlem yaparken o alanı özel kesime tamamen kapatacak şekilde tekel haline getiremezler. **GÖZÜBÜYÜK:** s.30.

²² **ÖZAY:** s.233.

²³ **AYM:** 27.09.1985, E:85/2, K:85/22, www.anayasa.gov.tr.

gereken ilkeler vardır²⁴. Kamu hizmetine hakim olan ilkelere, kamu hizmeti kanunları veya ilk defa toplu olarak Louis Rolland tarafından derlendiği için Rolland Kanunları da denir²⁵.

Kamu hizmetlerine hakim olan ilkeler çeşitlidir. Bunlar; süreklilik ve devamlılık, değişkenlik (ve uyarılma), kanun önünde eşitlik ilkesi uyarınca eşitlik ve bedelsizliktir²⁶.

Kamu hizmetinin klasik ilkelerine son dönemde Avrupa Birliği'nin de etkisiyle katılma, şeffaflık, basitlik, sorumluluk gibi yeni ilkeler eklenmiştir²⁷. Avrupa Birliği etkisinin, Türk Kamu Hukukundaki "*meccanilik*"²⁸ ilkesini ortadan kaldırdığı ve hizmetlerin ücretsiz olmasına yönelik düşüncenin terk edilmesine yol açtığı ifade edilmiştir²⁹.

E. Bedelsizlik İlkesi:

Kamu hizmetlerinin hiçbirinin karşılıksız olmadığı zira, hizmetin parasız yerine getirilmesiyle karşılıksız olması arasında fark olduğu; parasız kamu hizmetlerinin karşılığının da vergi mükelleflerinden alındığı ifade edilmiştir³⁰. Bu karşılık ise kural olarak nakdi, istisnaen aynı olarak hizmetten yararlananlardan alınan değerlerdir³¹.

İdare, eski zamanlarda yürüttüğü faaliyetlerden para almamaktaydı. Bugün dahi parasız sunulan kamu hizmetleri mevcuttur³². Bu hizmete Anayasa'nın 42. maddesinde düzenlenen eğitim ve öğrenim hakkı³³ örnek gösterilir.

²⁴ **AKYILMAZ:** s.331.

Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 5369 sayılı Kanun'un 3. maddesinde de hizmet sağlayıcısının benzer yükümlülüklerle tabi olacağı belirtilmiştir. **GÖZÜBÜYÜK\TAN:** s.655.

²⁵ **GÖZLER** Kemal: İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s.263, (Cilt II).

²⁶ **ATAY:** s.485; **GİRTLİ\BİLGEN\AKGÜNER:** s.858; **ÖZÜBÜYÜK\TAN:** s.663; **AKYILMAZ:** s.332 vd; **GÜNDAY:** s.288; **ÖZAY:** s.238.

²⁷ **GÖZÜBÜYÜK:** s.31; **ULUSOY:** s.101, (İncelemeler).

²⁸ Meccanilik, Arapça kökenli bir kelime olup parasız ve bedava anlamlarına gelir. www.tdk.gov.tr.

²⁹ **ULUSOY:** s.110, (İncelemeler).

³⁰ **KARAHANOĞULLARI:** s.228.

³¹ **ATAY:** s.493.

³² Kamu hizmetlerinin bedelsiz olarak günümüzde de görülmeye devam ettiğine örnek, yollar, parklar, köprüler gibi geleneksel kamu hizmetleri gösterilmiştir. **ATAY:** s.496.

³³ Anayasa madde 42/5 "*İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır.*"

Bir Danıştay Kararı Üzerine Kamu Hizmetinde Bedel Sorunu

Ancak zamanla faaliyetlerin ve hizmetten yararlananların sayısının artması nedeniyle hizmetten hiç yararlanmayanlara, hizmetin bedelinin yüklenmesini önlemek amacıyla hizmetten yararlananlardan ödeme güçleri de dikkate alınarak bir katılma payı alınmaya başlanmıştır³⁴. Bu pay bir kazanç şekli olarak düşünülmemeyeceği gibi hizmetin maliyetini karşılaması da düşünülemez. İdare, sunduğu kamu hizmetinden bir gelir elde ediyorsa da, bu, hizmetin amacı değil ancak sonucudur.

Bedelsizlik ilkesinin ancak Anayasa ve kanunlarda³⁵ öngörülmesi durumunda geçerli olabilecek istisnai bir ilke olduğu ifade edilmiştir³⁶. Anayasa Mahkemesi'nin 1973 yılında verdiği bir karar³⁷ “*Yüksek öğretimin parasız olacağı yolunda bir kural ne 50. maddede ne de Anayasa'nın başka bir maddesinde yer almış değildir. Buna karşılık 50. maddenin ikinci fıkrası ilk öğrenimin Devlet okullarında parasız olacağını kurala bağlamıştır. Bu, bir bakıma çok önemli bir belirlemedir. Çünkü Anayasa Koyucunun, yüksek öğretimin mutlaka parasız olmasını öngörseydi, bu yönergesini de öylece ve açıkça ortaya koyacağını anlatmaktadır. Demek ki yüksek öğretim paralı da, parasız da olabilecektir ve paralı da parasız da olması Anayasa'ya aykırı düşmeyecektir.*” bu görüşü destekler niteliktedir. Anayasa Mahkemesinin verdiği bu karar “*devletçe yerine getirilen kamu hizmetlerinin finansmanı genel olarak vergilerle karşılanır, ancak devletçe yürütülen bir kamu hizmetinin özelliği gerektiriyorsa bu hizmeten doğrudan doğruya yararlananlardan ayrıca bir karşılık istenmesine hukukça engel bulunmamaktadır.*” şeklinde yorumlanmıştır³⁸.

Konularına göre kamu hizmetleri karşımıza dört farklı türde çıkar. Bunlar, idari kamu hizmetleri, iktisadi (ekonomik) kamu hizmetleri, sosyal kamu hizmetleri ve bilimsel-kültürel kamu hizmetleri şeklinde sıralanabilir³⁹.

Bedelsizliği, kamu hizmetlerini ticari ve idari kamu hizmetleri olarak ayırarak incelemek gerekir. Söz konusu hizmet ticari nitelikteyse bedava olması söz konusu olmayacak; idari nitelikteyse, hizmetin ihtiyari mi mecburi mi olduğuna bakmak gerekecektir. Hizmeti kurmak idarenin takdirine bırakılmış ise idare, bu kamu hizmetini, maliyeti geçmeyecek şekilde bir bedele bağlayabilir. İdarenin kamu hizmetini ödentiye bağlaması için kanunla yetkilendirilmiş olması da gerekmez.

³⁴ Hizmetten yararlananlardan hiç yararlanmayanlarla oranla belirli bir karşılık alınması Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesine de uygundur. ATAY: s.493.

³⁵ 1005 sayılı Kanun madde 2. RG: tarih/sayı 24.02.1968,12835.

³⁶ GÖZLER: s.304, (Cilt I).

³⁷ AYM: 26.03.1974, E:73/32, K:74/11, www.anayasa.gov.tr.

³⁸ KARAHANOGULLARI: s.234; ATAY: s.495 dip.49.

³⁹ AKYILMAZ: s. 334; ATAY: s.498 vd.

Ancak kamu hizmetini kurmak mecburi ise bu hizmet bedava olmalıdır. Danıştay 1989 tarihli bir kararında “...belediyelerin mecburi hizmetleri dışındaki isteğe bağlı hizmet karşılığı alınacak ücretler için tarife düzenleyebileceği, çöplerin toplanması ve taşınmasının belediyenin zorunlu görevleri arasında olduğu, kişi ve kuruluşların isteğine bağlı olmaksızın çöplerin toplanmasının belediyenin asli görevi içinde bulunduğu, bu nedenle yasal dayanaktan yoksun tarhiyatın terkinin icap edeceği...”ni hüküm altına almıştır⁴⁰.

Mecburi kamu hizmetlerinin büyük bir kısmında (kolluk faaliyeti gibi) yararlanma bireysel değil kolektiftir ve bu tür hizmetlerin bedellerinin bireyselleştirilmesi de mümkün değildir. Mecburi kamu hizmetinden kolektif değil de bireysel yararlanma söz konusuysa, bu yararlanma aşırı derecede ise ve kişinin özel çıkarına yönelik olup ek masrafların yapılmasını gerektirmiş ise yapılan bu masraflar ilgisinden tahsil edilebilmelidir⁴¹.

Anayasa Mahkemesi'nin 1988 tarihli bir kararında⁴² “...Kamu hizmetinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının istenmesi, bu hizmetin satışı sayılamaz. Sağlık kurumlarının işletme durumunda çalışması, bu nedenle ücret alınması da sosyal hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmaz değildir. ...klasik idare hukukunun bedelsiz-meccanî olmasını ilk koşul saydığı kamu hizmeti kavramı, giderek değişiklik görmüş, günümüzde karşılık olarak yararlananlardan ödeme güçleri oranında bir ücret alınması uygulaması yaygınlaşmıştır. Böylece, yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik de giderilmiştir. Bu ücreti ödeyemeyecek durumda olanlar için değişik uygulama yapılması gereği ayrıdır.” hükmüne yer vermiştir.

F. Bedelin niteliği

Kamu hizmetinin karşılığı olarak ödenen paranın niteliğinin (fiyat mı yoksa vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük mü olduğunun) tespiti, bedelin kamu hukukuna mı özel hukuka mı tabi olacağı, bu bakımdan kanunla mı yoksa tarafların karşılıklı anlaşmasıyla mı belirlenmesi ve konulması gerekeceği ve uyuşmazlık halinde adli yargının mı yoksa idari yargının mı görevli olacağının belirlenmesi bakımından önemlidir⁴³.

⁴⁰ Da.9.D: 22.11.1990, E:89/486, K:90/3638, **DBB**.

⁴¹ Buna örnek olarak spor müsabakalarında alınan güvenlik tedbirleri gösterilir. Bu tedbirler kamu yararına olmakla birlikte bu müsabakalardan para kazanan özel kişilerin de yararınadır. O nedenle idare, sağladığı ek hizmetin bedelini bu kişilerden talep edebilmelidir. **GÖZLER**: s.306, (Cilt I).

⁴² **AYM**: 19.04.1988, E:87/16, K:88/8, www.anayasa.gov.tr .

⁴³ **GÖZLER**: s.307-308, (Cilt I).

Bir Danıştay Kararı Üzerine Kamu Hizmetinde Bedel Sorunu

İdari kamu hizmetlerinde kar amacı olmadığı için bu hizmetler karşılığında alınan bedelin fiyat olması mümkün değildir. Zira idare “*tüccar*” gibi hareket eden bir varlık değildir⁴⁴. Sınai ve ticari kamu hizmetleri karşılığında alınan para ise bu kuruluşların verimlilik ve karlılık esaslarına göre çalışmalarından ve yaptıklarının bir mal veya hizmetin satımı olmasından dolayı fiyattır. Sınai ve ticari kamu hizmetlerinin bedelinin fiyat olduğu yönünde yapılan düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Kanunu’nun⁴⁵ 23. maddesinde yer alan “*tarifelerin tespitinde maliyete %10’dan aşağı olmayacak bir karın konulması*” hükümü bu görüşü destekler. Ancak sınai ve ticari kamu hizmetleri karşısında alınacak bedel belirlenirken dahi, maliyetin yanı sıra kamu yararının da göz önünde bulundurulması gerekir. Danıştay da, doğalgaz fiyatının belirlenirken piyasa ihtiyaçlarının ve kamu yararının birlikte gözetilmesi gerektiğine karar vermiştir⁴⁶.

Bu noktada, idari kamu hizmetlerinden alınan bedelin niteliği nedir?

Kamu hizmetlerinden yararlanma karşılığı ödenen bedelin fiyat olmaması gerekir. Zira fiyat, maliyet+kardan oluşan bir kavramı ifade eder⁴⁷. Oysa idari kamu hizmetlerinde alınan, çoğu zaman maliyeti dahi karşılamaya yetmeyecek bir bedeldir.

Onar’a göre kamu hizmetleri karşılığında alınan bedel, hizmetten yararlananlardan doğrudan doğruya alınan vergiden başka bir şey değildir. Bu bedel esasında hizmetin karşılanmasını sağlayacak miktarda da değildir. Hizmetin karşılığında alınan para, iktisadi esaslara göre değil, hizmetten yararlanan bir vergi mükellefi sayıldığında adil bir vergi esasına göre tespit olunur⁴⁸.

Anayasa mahkemesi bir kararında⁴⁹ “...*Bir iktisadî kuruluş için satış bedelini anlatan “fiyat”ın kâr(ı) kapsadığı temelde doğru ise de, hizmetin kamu kurumunca verilmesinin bedeli olup giderleri asgari” düzeyde karşılayan “ücret”in “fiyat” sözcüğüyle adlandırılması, genel anlamda iktisadî işletmenin “satış” yapmasıyla bir tutulamaz. Kamu hizmetinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının istenmesi, bu hizmetin satışı sayılamaz.*” hükmüne yer vermiştir.

⁴⁴ **AKYILMAZ:** s.333.

⁴⁵ **RG:** tarih/sayı 23.11.1981,17523.

⁴⁶ Da.8.D: 16.03.1998, E:95/5447, K:98/1162, **KARAHANOĞULLARI:** s.239.

⁴⁷ Özay’a göre aslında hiç alınmaması gereken, buna karşılık yararlanma sonucunda alınan para ne bir fiyat ne de bir bedeldir. **ÖZAY:** s.238.

⁴⁸ **ONAR:** s.18 vd.

⁴⁹ **AYM:** 19.04.1988, E:87/16, K:88/8, www.anayasa.gov.tr .

Aynı Yüksek Mahkeme bir başka kararında⁵⁰ “...Vergi ödevinde kişinin, belirli bir hizmetten doğrudan doğruya yararlanması karşılığı olarak bir ödemede bulunması değil, bütün kamu hizmetleri giderlerine karşı anonim bir katılma payını üstüne alması söz konusudur. Altyapı tesislerinden doğrudan doğruya yararlanma karşılığı alınan para bu nitelikte olmadığından vergi ve benzeri yükümlülük olarak kabul edilemez. Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerden sayılamaz.” Hükmüne varmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı bazı yönlerden tartışmalıdır. Kararda sayılan bütün hizmetlerin, özellikle de sağlık hizmetlerinin sını ve ticari nitelikte oldukları tartışmalı olup; bu hizmetlerin genel idari esaslara göre yürütüldükleri bilinen bir gerçektir. Ayrıca, idari kamu hizmetleri karşılığı alınan bedelin fiyat olmadığı da açıktır⁵¹.

Gözler, hizmet karşılığı ödenen bedelin, vergi, resim, harç veya benzeri mali yükümlülük⁵²; Özey ise, bir edimden, hizmetten veya faaliyetten yararlanana yüklenen resim ve harç benzeri dolaylı bir vergi niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.

Vergi, devlet veya devredilmiş yetkiye dayanarak diğer kamu tüzel kişilerince bireylerden, tüzel kişilerden hatta tüzel kişiliğe sahip olmayan bazı kurumlardan cebri olarak alınan ve mukabilinde doğrudan bir karşılık öngörülme herkesin ödeme gücüne göre vermesi gereken iktisadi değerdir⁵³.

Harç ise, bazı kamu hizmetlerinden yararlanan kimselerin belli bir ölçüde bu hizmetlerin maliyetine katılmaları amacıyla ya da kişilerin bazı işlemleri yapmaları sırasında konulan ve zor unsuruna dayanan mali yükümlülüklerdir⁵⁴. Üniversite öğrencisinin ödediği okul harcı veya yurt dışına çıkış harcı buna örnek gösterilir. Bu açıdan incelendiğinde, idari kamu hizmetlerinden alınanın harç ve benzeri mali yükümlülük olduğu söylenebilir. Zira verginin ödenmesi karşılığında mükellefin doğrudan bir yararlanması söz konusu değildir.

⁵⁰ **AYM:** 18.02.1985, E:84/9, K:85/4, www.anayasa.gov.tr .

⁵¹ **GÖZLER:** s.311, (Cilt I).

⁵² **GÖZLER:** s.310 (Cilt I).

⁵³ **NADAROĞLU Halil:** Kamu Maliyesi Teorisi, İstanbul 2000, s. 193.

⁵⁴ **ÖNCEL Mualla-KUMRULU Ahmet-ÇAĞAN Nami:** Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.435; **NADAROĞLU:** s.194.

Alınan bedelin niteliğini bu şekilde belirledikten sonra, idari kamu hizmetleri karşılığı bir para alınabilmesi için idarenin yasal bir dayanağa ihtiyaç vardır. Zira hizmetin karşılığının bedeli harç ve benzeri mali yükümlülük olarak saptandıktan sonra Anayasa'nın 73. maddesine göre bu tür yükümlülükler ancak kanunla konulabilir, değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Bu nedenle idare, kanunla açıkça yetkilendirilmedikçe böyle bir hizmetin ücret karşılığı görülmesine kendisi karar veremez.

G. Değerlendirme ve Sonuç:

Kamu hizmetlerinin görülmesi, beraberinde maliyeti getirir. Bu hizmetler karşılığında yararlananlardan herhangi bir karşılık alınmayacak olması vergilerin artmasına ve hizmetten hiç yararlanmayanların da dolaylı olarak bedel ödemesine neden olur.

Kamu hizmetleri karşısında belirli bir değer alınması, kamu hizmetlerinin devamlılığını sağlayacağı gibi hizmetten hiç yararlanmayanlarla yararlananlar arasında meydana gelecek eşitsizliği de önler. Bunun yanında kamu hizmetlerinden herhangi bir katılma payı alınmaması durumunda bu hizmetler zorunlu olarak ödenen vergilerden karşılanacak bu ise aşırı vergi yükü altında kalan vatandaşların bunalmasına sebep olacaktır.

Günümüzde gerek kamu hizmetlerinin gerekse bu hizmetlerden yararlananların sayısındaki büyük artış ister istemez ilgililerin bu hizmetlere belirli oranlarda katılmalarını zorunlu kılar. Ticari kamu hizmetleri karşısında yararlananların ödedikleri, içerisinde karı da barındıran “fiyat” iken; idari kamu hizmetlerinde farklı olarak hizmetin masrafını karşılayacak nitelikte olmayan bir katılma payıdır. Bu katılma payının hukuki niteliği ise harç, resim veya benzeri mali yükümlülüktür. Ancak getirilecek olan bu mali yükümlülük sadece hizmetin finansmanına ilişkin tek taraflı olarak hesaplanmamalı vatandaşların hizmetlere ulaşmasını sağlayacak makul ölçülerde olmalıdır. Kısacası masrafların karşılanması yerine, makul bir katılma zorunluluğu öngörülerek vatandaşların kamu hizmetlerinden yararlanmaları sağlanmalı ve bu suretle kamu yararı gerçekleştirilmelidir.

Sözü geçen bedelin, harç, resim veya benzeri mali yükümlülük olarak tespitinden sonra Anayasa'nın 73. maddesi⁵⁵ gereği kanunla düzenlenmesi Anayasal bir zorunluluktur.

⁵⁵ Anayasa madde 73 “ vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır”.

Danıştay'ın incelemeye konu kararında vurguladığı gibi böylesine bir yükümlülüğü koymak Anayasa'ya göre yasamanın yetkisindedir ve idareye yetkisi dayanak kanununda bulunmayan bir yönetmelikle idari kamu hizmetini ücrete bağlama hakkı verilemez. Yönetmeliğin kaynağını oluşturan Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun⁵⁶ 26. maddesinde⁵⁷ yönetmeliğin hangi konulara ilişkin düzenleneceği belirtilmiş olup ücrete ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun vermiş olduğu bozma kararı hukuka uygundur.

⁵⁶ RG: tarih/sayı 27.05.1983, 18059.

⁵⁷ Madde 26 “Korunmaya, bakıma, yardıma muhtaç aile, özürlü, yaşlı ve diğer kişilerin tespiti, incelenmesi ve bunların sosyal hizmetlerden yararlandırılmasına ilişkin esaslar bir yönetmelikle düzenlenir”.

-KAYNAKÇA-

AKYILMAZ Bahtiyar: İdare Hukuku, Sayram Yay, Konya 2005.

ATAY Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

DERBİL Süheyp: “*Kamu Hizmeti Nedir?*”, AÜHF.Der, Y.1950, C.07, S.03-04.

GİRİTLİ İsmet-BİLGEN Pertev-AKGÜNER Tayfun: İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Der Yay, İstanbul 2006.

GÖZLER Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa 2006.

GÖZLER Kemal: İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, (Cilt I).

GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut: İdare Hukuku Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

GÖZÜBÜYÜK Şeref: Türkiye'nin Yönetim Yapısı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

KARAHANOĞULLARI Onur: Kamu Hizmeti Kavram Ve Hukuksal Rejim, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

NADAROĞLU Halil: Kamu Maliyesi Teorisi, İstanbul 2000.

ONAR Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I, İstanbul 1966.

OZANSOY Cüneyt: “*Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut*”, www.danistay.gov.tr.

ÖNCEL Mualla-KUMRULU Ahmet-ÇAĞAN Nami: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

ÖZAY İl Han: Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

ULUSOY Ali: “*Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi*” AÜHF.Der, Y.1999, C.48, S.1-4.

ULUSOY Ali: Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Ankara Eylül 2004, (İncelemeler).

BOŞ

**ULUSLARARASI ADALET DİVANI İLE GÜVENLİK KONSEYİ
ARASINDA YETKİ ÇATIŞMASI
LITISPENDENCE BETWEEN THE INTERNATIONAL COURT OF
JUSTICE AND THE SECURITY COUNCIL**

Doç.Dr.Mahmut GÖÇER*

ÖZET

Uluslararası Adalet Divanı'nın Birleşmiş Milletler'in siyasi organları ile özellikle de Güvenlik Konseyi ile olan ilişkileri ve olası yetki çatışması sorunları, özellikle 1990'lı yılların başından itibaren büyük bir önem kazanmaya başlamıştır. Bu sorunun temelinde, büyük ölçüde, organlar arasındaki yetki paylaşımının açık ve net bir biçimde gerçekleştirilmemiş olması ve yetki çalışmanın sorunlarını giderecek bir mekanizmanın bulunmaması yatmaktadır. Bu çatışmanın amacı, Adalet Divanı ile Güvenlik Konseyi arasındaki yetki çatışması sorununa ve olası çözüm yollarına ışık tutmaktır.

ANAHTAR KELİMELER: Güvenlik Konseyi-Uluslararası Adalet Divanı-Yetki Çatışması-Uluslararası Hukuk

ABSTRACT

The relationship between the international court of justice and the political organs of the United Nations,in particular the security council, and the probable litispence problems, has become more of an issue, especially since the beginning of 1990. The underlying problems are the inadequate definitions of the jurisdictions of the concerned organs and the lacking of a mechanism to overcome the litispence. The purpose of this exercise is to shed light on the problems of the litispence between the international court of justice and the security council and the solutions to these problems.

KEY WORDS: Security Council-İnternational Court of Justice-Litispence-İnternational Law

* Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

Normal olarak, bireyin temel hak ve özgürlüklerine güvence sağlayan liberal demokratik yapıdaki bir devletin ve dolayısıyla bir hukuk düzeninin varlığı, güçler ayrılığı ilkesinin benimsenmiş olmasını gerektirir. Oysa uluslararası hukukta, devletlerin üzerinde yer alabilecek kurumların yokluğundan dolayı, güçler ayrılığı ilkesinin var olabilmesi olanaklı değildir. Bu durum uluslararası hukukta, özellikle Birleşmiş Milletler Örgütü çerçevesinde, bu Örgütün organları arasındaki ilişkiler bakımından, aynı faaliyet alanlarında farklı organların yetkilerinin örtüşmesi veya üst üste gelmesi ve dolayısıyla kimi durumlarda yetki çatışması sorunlarının ortaya çıkmasında önemli bir etken oluşturmaktadır. Esasen bu tür yetki çatışmaları, çok büyük ölçüde, özellikle devletlerin sorumluluğu alanındaki faaliyetleri birçok durumda çakıştığından dolayı, Güvenlik Konseyi ile Uluslararası Adalet Divanı'nın faaliyetleri arasındaki ilişkiler bakımından ortaya çıkmaktadır. Zira Güvenlik Konseyi ve Adalet Divanı, biri siyasi diğeri yargısal görevlerinin icrasında, devletlerin sorumluluğunu ilgilendiren aynı sorun hakkında karar vermek durumunda kalabilirler (Akande, 1997:309). Ancak Birleşmiş Milletler'in bu iki temel organı arasındaki yetki çatışmasının, bu organların faaliyetleri bakımından siyasi koşulların çok fazla elverişli olmadığı 1990'lı yıllara kadar, çok belirgin bir biçimde kendini hissettirmedini vurgulamak gerekir. Dolayısıyla, Sosyalist blokun çöküşünün her iki organın faaliyetlerinin etkinlik kazanmasına elverişli bir siyasi ortam yaratmaya başladığı 1990'lı yılların başlangıcından itibaren, iki organ arasındaki yetki çatışması belirgin bir hal almaya başlamıştır. Ayrıca bu tür bir yetki çatışması sorununun, Adalet Divanı'nın faaliyetinin diğer organların, özellikle de Genel Kurul ve Genel Sekreterliğin faaliyetleri ile olan ilişkileri sorununundan soyutlanarak ele alınması yerinde bir yaklaşım tarzı olacaktır. Zira bu organların, genellikle, devletlere yükümlülük empoze etme olanakları bulunmadığı gibi, devletlerin sorumluluğu alanındaki temel ve belirleyici rolü de Güvenlik Konseyi üstlenmiş bulunmaktadır.

I. ULUSLARARASI ADALET DİVANI VE BM'İN SİYASİ ORGANLARI İLE İLİŞKİLERİ

Birleşmiş Milletler'in temel amacının uluslararası barış ve güvenliğin korunması olduğu göz önüne alındığında, Örgütün temel organlarından biri olan Adalet Divanı'nın bu temel amacın gerçekleştirilmesinde zorunlu olarak bir rol oynamak durumunda bulunması, faaliyetinin siyasi organların faaliyetleri ile ilişki içinde olmasını gerektirmekte ve bu ilişkiler kimi durumlarda yetki örtüşmeleri ve çatışmaları sonucunu doğurabilmektedir.

A. Adalet Divanı Faaliyetinin Niteliği

Birleşmiş Milletler'in başlıca yargı organı durumunda bulunan Adalet Divanı, görevlerinin icrasında bağımsız olup diğer hiçbir organın yetkisine tabî bulunmamaktadır. Bu çerçevede, danışma görüşü verme dışında, temel görevi devletlerin kendisine sunduğu sorunları bağımsız ve tarafsız bir biçimde incelemektedir.

Usul açısından ele alındığında, Adalet Divanı'nın yargısal mahiyette bir organ olması, işleyiş biçiminin, siyasi kriterlere göre görevlerini icra eden diğer organların çalışma şekline nazaran, çok farklı olmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan Divan, yargısal niteliğinin ve oluşum şeklinin bir gereği olarak, önüne gelen davalarda, sunulan kanıtlara dayanarak olayları değerlendirip hukuksal olarak nitelendirmekte ve böylece, diğer organların uygulamaya mecbur olmadıkları objektif hukukî kriterleri ve yöntemleri uygulamaktadır. Şu halde Divan, bu yargısal niteliğinden dolayı, Birleşmiş Milletler Örgütü içinde istisnai bir oluşum olarak göze çarpmaktadır. Zira, Divan, siyasi faaliyet ilkelerinin egemen olduğu bir çerçeve içinde objektif hukuku temsil etmektedir. Bu bakımdan, Divan'ın işleyişini düzenleyen hükümlerin Şart'ın sonlarına doğru, XIV. Bölümde, yer alması da, bir açıdan Divan'ın, uluslararası hukukun düzgün işleyişinin sağlanmasında üstlendiği rolün vurgulanması yönünden anlamlı görünmektedir.

Öte yandan, iyi tanımlanmış objektif kriterlere bağlanan Divan faaliyetinin yargısal niteliği, Divan'ın Örgütün bir temel organı olarak sahip olabileceği yetkilerin sınırlanmasını da beraberinde getirmektedir. Zira, Divan hiçbir durumda yargısal kimliğinden ve bütünlüğünden taviz veremez (Rosenne, 1977:47-49). Divan'ın tabi olduğu sınırlamalar arasında özellikle, yargı yetkisinin gönüllülük esasına dayalı olması ve yetkisinin, tarafların talebinin belirlediği sınırları aşamaması ilkelerini göstermek mümkündür. Böylece, tümüyle tarafların insiyatifine ve iradesine bağlı olan, Divan'ın yargı yetkisi atipik bir nitelik arz etmektedir. Ancak, söz konusu tarafların, bireyler değil, Divan'ı egemenlik ilkesine uyum sağlamaya zorlayan devletler olduğu dikkate alındığında, bu durumun mantıksal olduğu daha iyi anlaşılacaktır. O halde Divan, konu bakımından oldukça geniş fakat harekete geçirilme bakımından aynı ölçüde sınırlı bir yetkiye sahip bir organ görünümündedir (De Arechaga, 1991:1263).

Divan faaliyetinin niteliği açısından son olarak belirtmek gerekir ki, Divan'ın vermiş olduğu danışma görüşlerinin muhatapları bakımından zorlayıcı gücü bulunmadığından, Divan'ın bu çerçevede icra ettiği görev bir yetki çatışması sorunu yaratmaya elverişli değildir. Dolayısıyla, Divan'ın sadece doğrudan doğruya

devletleri muhatap alan, yargısal nitelikteki bağlayıcı kararları, yetki çatışması sorunları doğurabilecek niteliktedir.

B. Adalet Divanı'nın BM'in Siyasi Organları ile İlişkileri Ve Yetki Çatışması Sorunu

Esasen, Adalet Divanı'nın Güvenlik Konseyi ile olan ilişkileri yetki çatışması durumları yaratmaya elverişli olmakla birlikte, Divan'ın Genel Kurul ile olan ilişkilerine de kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır. Bu çerçevede özellikle, Genel Kurul'un bir devlete, Adalet Divanı tarafından empoze edilen yükümlülüklerle aykırı bir hareket tarzı benimsemesini tavsiye etmesi varsayımı düşünülebilir. Bilindiği üzere, Genel Kurul'un bir tavsiye kararı, uluslararası hukuk kaynakları hiyerarşisinde, Adalet Divanı kararları ile aynı değere sahiptir. Zira Genel Kurul kararları da, Divan kararları gibi, kaynağını doğrudan doğruya BM Şartından almakta ve Şart'ın 103. maddesi uyarınca, diğer uluslararası hukuk normlarından üstün bulunmaktadır. Ancak Divan kararlarının zorunlu ve bağlayıcı olmasına karşın, Genel Kurul kararlarının bağlayıcı gücü bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 3 Kasım 1950 tarihli ve 377 sayılı "Acheson" kararı uyarınca, devletlerin sorumluluğunun belirlenmesinde, Genel Kurul'un Güvenlik Konseyi'nin yerini alması ve aynı sorunun Adalet Divanı önüne de götürülmüş olması varsayımının da, Divan'ın alacağı kararların, ilke olarak, üstün ve bağlayıcı bir nitelik taşıması söz konusu olacaktır. Ancak, Konsey'in barışın korunması alanındaki yetkilerinin kullanılmasından dolayı, Genel Kurul kararlarına özel bir etkinlik veya herhangi bir bağlayıcı güç kazandırılmak istenmesi halinde ise, Divan ile Konsey arasındaki olası yetki çatışmalarına benzer bir durumla karşılaşılacaktır.

Asıl yetki çatışması durumları yaratmaya elverişli olan, Güvenlik Konseyi ile Adalet Divanı arasındaki ilişkileri ele almak gerekirse, bu iki organ arasındaki ilişkilerde temel sorun, her iki organın da aynı konularda devletler bakımından zorlayıcı kararlar alabilmeleri ve aldıkları kararların, kimi durumlarda birbiri ile uyumlu olmaması ve hatta açık bir çelişki içinde olabilmesi olgusudur. Gerçekten de, Konsey kararları ile Divan kararları arasında uygunluk bulunması halinde herhangi bir sorun ortaya çıkmamasına karşın, kararlar arasında uygunluk bulunmaması durumunda, özellikle de, diğer organ tarafından bir karar alındıktan sonra, aynı konuda karar almak durumunda kalan öteki organın, kendisinden önce alınmış olan karara uyması gerekip gerekmediği büyük bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, ilişkilerdeki sorunlar iki organın yetki alanlarının belirlenmesinden; daha doğrusu, yetkilerin açık ve net bir paylaşımının mevcut olmamasından kaynaklanmaktadır. Bunun yanında, gerek Konsey'in gerekse Divan'ın Birleşmiş Milletler'in temel

organlarından olmalarından dolayı (Şart'ın 7., 24. ve 92. maddeleri), aralarında hiyerarşik bir eşgüdüm ilişkisinin bulunmaması ve yetki çatışmalarının çözümüne yönelik bir mekanizmanın yokluğu da, bu tür sorunların ortaya çıkmasında aynı ölçüde etkindir (De Arechaga, 1991:1251).

Güvenlik Konseyi'nin işleyişinin, iki süper güç arasındaki karşıtlıktan ve veto mekanizmasından dolayı, büyük engellemelere maruz kaldığı 1990'lı yılların başlangıcına kadar olan dönemde, Konsey ile Divan arasındaki yetki çatışması sorunu, uygulamada kendini belirgin biçimde hissettiren bir sorun niteliği taşımamakta idi. Bu dönemde Konsey ile Divan arasındaki ilişkileri tanzim eden temel düşünce, iki organın birbirinden farklı görevler icra ettikleri düşüncesidir. Zira uygulamada, Konsey'in işleyişinin büyük bir sekteye uğramış olmasından dolayı, sorunların ve uyuşmazlıkların çözümü büyük ölçüde Adalet Divanı'ndan beklenmektedir. Ancak 1990'lı yılların başından itibaren, uluslararası barış ve güvenliğin korunması alanında oldukça aktif bir rol üstlenen Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nın 39. maddesinin çok geniş bir yorumuna dayanarak, barışın ihlali durumlarında, devletlere karşı yaptırım kararları almaya başlamıştır. Böylece, her iki organın faaliyetleri bakımından elverişli bir siyasi ortamın oluşması ile birlikte, yetki çatışması sorunu da açık ve belirgin bir biçimde kendini hissettirmeye başlamıştır.

C. Güvenlik Konseyi İle Divan Arasındaki Yetki Çatışmasının Önlenmesine Yönelik Bir Mekanizma Yokluğu

Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nın VI. ve VII. Bölümleri uyarınca, ya kendiliğinden ya da diğer organların veya devletlerin harekete geçirmesi ile, barışı tehdit veya ihlal eden her türlü hukuka aykırı tutum ve davranışla ilgilenebilmektedir. Söz konusu hukuka aykırı eylemlerin belirsiz tanımı ve Konsey'in sahip olduğu siyasi takdir, Konsey'e konu bakımından çok geniş bir yetki alanı öngörmektedir. Konsey'in sahip olduğu bu yetkinin, Konsey'in ilgilendiği konuda karar almak durumunda olan Divan'ın yetkisi ile, en azından kısmen, çakışması veya üst üste gelmesi, ihmal edilebilecek bir olasılık değildir. Öğretide bu tür durumları nitelendirmek bakımından, "paralel yetki" den söz edilmektedir (Stern, 1991:624). Ayrıca, Adalet Divanı da, birçok kez, Konsey'in ve Divan'ın görevlerinin eşzamanlı olarak icra edilebilmesinin son derece olanaklı olduğunu dile getirmiştir (CIJ, arret du 24 mai 1980, Personel diplomatique des Etats-Unis á Teheran, Rec. 1980, s.21). Bunun yanında, uluslararası yargı, "kendi yetkisini belirleme" kuralı uyarınca, yargıcın kendi yetkisi hakkında karar vermekte özgür olduğunu da kabul etmektedir (CIJ, arret du 18 novembre 1953, "Nottebohm", Rec. 1953, s.119). Konu bakımından yetki açısından, ilk bakışta ne Divan'ın ne de Konsey'in yetkisine bir sınır öngörülmemiştir.

Buna karşın usul açısından ise, Konsey, kendi yetki alanına giren sorunlarla resen ilgilenebileceğinden, tam bir faaliyet özgürlüğüne sahip iken, Divan'ın yetkisi, tarafların bu yetkiye rıza göstermeleri ve tarafların talep ettiğinden öteye gidememe ilkeleri ile sınırlandırılmış bulunmaktadır. Usulî nitelikteki bu farklılıkların ötesinde, özellikle uluslararası uygulama, Konsey ve Divan'ın, farklı yollardan, aynı sorunlarla ilgilenebilmesinin olanaklı olduğunu ortaya koymaktadır.

İlk olarak, Konsey'in, Şart'ın VI. veya VII. Bölümü uyarınca, tavsiye kararları almış olması halinde, bu kararlar uyulması zorunlu bir nitelik taşımadığından ve Divan'ın bağlayıcı güce sahip kararlarının üstün tutulması gerekeceğinden, herhangi bir çatışma sorunu ortaya çıkmayacaktır. Ancak Güvenlik Konseyi'nin barışın korunması konusundaki tavsiye kararlarının özel bir bağlayıcı güce sahip olduğu kabul edilirse, bu durum, Konsey'in zorunlu kararlarının yaratabileceği yetki çatışması sonuçlarına götürebilecektir.

İkinci olarak, Konsey'in, Şart'ın VII. Bölümüne dayanarak, devletler bakımından uyulması zorunlu kararlar almış olması durumunda, aynı konu hakkındaki Divan kararlarından kaynaklanabilecek yükümlülüklerle bir çatışma söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda çatışmanın giderilmesi amacıyla, hiyerarşik yetki ilkesi gibi bir takım ilkelere başvurulması da olanaklı değildir. Zira gerek Divan gerekse Konsey, BM Şartı'nın 7. maddesi uyarınca Örgütün birer temel organı olduklarından, hiyerarşik biçimde birbirlerine bağlı değillerdir.

BM Şartı, belli bir durum hakkında karar verme yetkisinin hangi organa ait olacağını saptama yetkisini, bu iki organdan hiçbirine tanımamaktadır. Zira, ilke olarak her organ yetkisinin sınırlarını özerk bir biçimde yorumlayabilme olanağına sahiptir. Divan bakımından bu ilke, Divan Statüsünün 36. maddesinin 6. paragrafında açıkça öngörülmektedir. Bu hükme göre, Divan'ın yetkili olup olmadığı hususunda uyuşmazlık olması halinde, bu konuda kararı Divan verecektir. Ancak Divan diğer organlara karşı bu yetkiye sahip değildir. Böylece, BM Şartı sisteminde bir organın bir konuda karar alma yetkisi, diğer bir organın aynı sorunla ilgileniyor olması olgusu tarafından sınırlandırılmadığı için, Şartı yorumlama yetkisi bakımından gerçek bir dağınıklık veya bölünmüşlük söz konusudur (BedJaouî, 1994:21; Ciobanu, 1976:209). Bu durum, Divan ile Konsey arasındaki yetki çatışmalarını bertaraf edebilecek bir çatışma ilkesinin (veya derdestlik ilkesi) mevcut olmadığı şeklinde yorumlanabilmektedir (Guggenheim, 1954:194-195).

Esasen BM Şartı'nın 36. maddesi bir çatışma ilkesi kabul etmiş gibi görünmektedir. Zira bu madde hükmü, uyuşmazlıkların barışçıl çözümünde, Güvenlik Konseyi'nin,

bu uyuşmazlığın çözülmesi için taraflarca önceden kabul edilmiş olan bütün usulleri gözönünde tutacağını ve bu maddede belirtilen tavsiyelerde bulunurken, Konsey'in, hukukî mahiyetteki uyuşmazlıkların umumîyet itibariyle taraflarca Uluslararası Adalet Divanı Statüsü hükümlerine göre Divana sunulması gerektiğini, dikkate alacağını öngörmektedir. Bu hüküm Konsey bakımından zorunlu ve mutlak bir biçimde yorumlandığında, yetki çatışmalarının Divan lehine çözülmesine olanak sağlayacak gibi görünmektedir. Ancak, Güvenlik Konseyi bu hükmü, Divan tarafından daha önce verilmiş olası kararların göz önüne alınması biçiminde yorumlanmakta ve böylece, bu hükmün tavsiye yetkisini sınırlandırmadığını düşünmektedir (Ciobanu, 1976:221-222). Kaldı ki, 36. maddenin hazırlık çalışmaları, Şartı hazırlayanların amacının, Divan karşısında Konsey'in yetkisinin sınırlandırılması olmadığını doğrulamaktadır (UNCIO, Doc.530, 111/2/30, vol.XII, s.73-74).

Böylece, Konseyi Divana tabî kılacak zorlayıcı mekanizmaların yokluğu karşısında, Güvenlik Konseyi ancak Divanın görüşmekte olduğu bir konudan el çekerek, olası bir yetki çatışması durumunu önleyebilir. Fakat Şart'ın hiçbir hükmü Konsey bakımından böyle bir yükümlülük öngörmediğinden, Konsey'in bunu yapmak yönünden hiçbir hukukî zorunluluğu bulunmamaktadır (Pellet, 1989:546). Ayrıca uygulamada, Konsey'in, Divan'dan önce karar vermek bakımından, Divan henüz konu ile ilgilenmeye başlamadan önce, harekete geçerek konuyu gündemine alması olanaklıdır (Graefrath, 1993:195). Buna karşın Divan, sorunu çözme bakımından aynı olanağa sahip değildir. Zira, usulüne uygun bir biçimde dava açıldıktan sonra, Divan harekete geçmeye ve açılan davayı görmeye mecbur olup, siyasi yerindelik sebeplerine istinaden, bir davanın görülmesini reddetme bakımından, hiçbir takdir yetkisine sahip değildir (Pellet, 1989:551). Divan'ın bir konu ile ilgilenmekten çekilebileceği tek durum, kendisinden bir danışma görüşü talep edildiği durumdur. Zira Divan Statüsünün, 65. maddesi Divanın bir danışma görüşü verebileceğini öngördüğünden, Divan, koşulları gözönüne alarak özellikle de ağır sebeplerin varlığı halinde, danışma görüşü talebine cevap vermeme yetkisini muhafaza etmektedir (CIJ, avis consultatif du 3 mars 1950, Competence de l'Assemblée generale pour l'admission d'un Etat aux NU, Rec. 1950, s.72).

Yetki çatışması açısından diğer önemli bir nokta, bu çatışma sorununun, sadece Divan ile Konsey'in aynı zamanda aynı sorunla ilgilendikleri durumlarda değil, fakat her iki organın farklı zamanlarda aynı sorunu ele aldıkları durumlarda da ortaya çıkabileceği hususudur. Normal olarak iç hukuk düzenlerinde zaman yönünden çatışma sorunu, yargı kararlarının bağlayıcı ve kesin olmasını ifade eden kesin hüküm ilkesi (res Judicata) ile çözümlenmektedir. Ancak bu ilkenin, uluslararası hukukta uygulanmasının kabul edilebileceği durumlarda dahi, siyasi organların

kararlarına uygulanabilmesi olanaksızdır. Ayrıca, BM Şartı'nın 36. maddesinin 1. paragrafı, Güvenlik Konseyi'nin, 33. maddede belirtilen nitelikte, bir uyuşmazlığın gelişiminin “ her aşamasında”, uygun düşen düzeltme usul veya yöntemlerini tavsiye edebileceğini belirtmektedir. Bu hükümde sınırsız zaman boyutuna yapılan atıf (uyuşmazlığın “her aşaması”), daha önce bir Divan kararına konu olmuş olan bir sorunun, Güvenlik Konseyi tarafından, siyasi bir bakış açısı altında, yeniden ele alınmasına olanak sağlamaktadır. Şu halde, her bir somut durum çerçevesinde, kesin hüküm ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verecek olan organ Güvenlik Konseyi olmaktadır. Ayrıca Divan kararlarının sadece uyuşmazlığın tarafları bakımından bağlayıcı sonuç yaratması ve Güvenlik Konseyi gibi üçüncü özneleri hukuken etkilememesi olgusu da, bu yorumu destekler nitelikte görünmektedir. Bunun yanında, öğretilerde bir kısım yazarlar, Konsey'in, bir uyuşmazlığın tarafları arasında yürürlükte olan ve uluslararası barış ve güvenliği tehdit etmeye elverişli bulunan hukuk kurallarını gözardı eden kararlar alabileceğini ileri sürmektedir (PELLET, 1995:302). Kaldı ki, Konsey bakımından bu olanağın, Konseye Divan kararlarını gözden geçirme yetkisi tanıdığı öne sürülen Şart'ın 94. maddesinin 2. paragrafı tarafından doğrulandığı da belirtilmektedir (KELSEN, 1948:211-212).

Her ne kadar, aynı sorun dolayısıyla, Divan'ın yargısal yetkisi ile Konsey'in siyasi yetkisi bir çatışma yaratmaksızın birlikte var olabilir ise de, yetkilerin çakışması veya üst üste gelmesinin kararlar arasında çelişki yaratması da aynı ölçüde olanak dahilinde bulunmaktadır. Zira, iki organın uluslararası hukuk normlarını farklı şekilde yorumlamalarını önleyecek ve böylece farklı organların verdiği yorumlar arasında birliği sağlayacak mekanizmalar mevcut değildir. Bu çerçevede sadece, daha önce değindiğimiz, Şart'ın 36. maddesinin 3. paragrafı, Güvenlik Konseyi'nin uyuşmazlıkların barışçıl çözüm çabalarında, hukukî mahiyetteki sorunların Divan'a sunulması gerektiğini gözönüne alacağını, öngörmekle yetinmektedir. Fakat bu hükmün Konsey bakımından hiçbir şekilde zorlayıcı olmadığını önemle vurgulamak gerekir (Ruiz-Fabri, 2003:16). Gerçekten de Konsey bu kuralı sadece 1947'de “Corfou” Boğazı davasında uygulamıştır (Arechaga, 1991:1521-22). Bunun yanında, Divanın, Statüsünün 38. maddesi uyarınca, sadece hukukî kriterlere göre karar vermesi ve buna karşın Konsey'in ise hukukî kriterler yanında, siyasi düşünceleri de gözönüne alarak karar vermesi, normların farklı biçimde yorumlanması olasılığını arttırmaktadır. Ancak, günümüzde Konsey'in daha ziyade, kendi faaliyetinin ve diğer organların faaliyetinin sınırlarını belirlemesi bakımından, Divana başvurmaya eğilim gösterdiği söylenebilir (Watson, 1993:44-45).

II. KONSEY İLE DİVAN ARASINDAKİ YETKİ ÇATIŞMASININ GİDERİLMESİNE YÖNELİK OLASI ÇÖZÜMLER

A. Öğretide Önerilen Çözümler Ve Divan'ın Tutumu

Güvenlik Konseyi ile Divan arasındaki yetki çatışması sorununa çözüm arayışına giren öğretide, herkesin üzerinde mutabık kaldığı çözüm önerilerinin ortaya çıkması olanaklı olmamış ve bu sorun hakkındaki görüşler son derece bölünmüş bir hal almıştır. Esasen bu sorun hakkında, birbirine tamamen zıt iki görüşün karşı karşıya geldiğini vurgulamak gerekir. Birinci görüşe göre, bir sorunun Güvenlik Konseyi tarafından ele alınmış olması, aynı sorun hakkında Divan'ın yetkisini dışlarken, ikinci görüş, iki organ arasında aynı konu dolayısıyla bir yetki yarışımının varlığını kabul etmektedir.

Özellikle birinci görüşü savunanların bakış açısına göre, kuvvet kullanılmasına ilişkin uluslararası hukuk normları yeterince tanımlanmış ve belirginleşmiş bulunmadığından, Divanın bu konuda yargısal mahiyette bir görev icra edebilmesi olanaksızdır. Bir başka deyişle, eğer Divan kuvvet kullanılmasını içeren uyuşmazlıkların çözümüne müdahil olursa, her defasında bir hukuk yaratma çalışması içine girmek durumunda kalacaktır. Oysa, bu noktada hemen vurgulamak gerekir ki, kuvvet kullanılması konusunda, Şart'ın 2. maddesinin 4. paragrafı ve 51. maddesi temeli üzerinde, hukuka aykırı kuvvet kullanılmasını devletlerin var olma ve egemen eşitlik haklarının bir ihlali olarak benimseyen, bir normatif çekirdek oluşum halinde bulunmaktadır (Schacter, 1987:223).

Daha genel bir biçimde, Divanın yetkisini dışlayan bu bakış açısı altında, Şart'ın 24. maddesinin 1. paragrafının, barışın korunması konusundaki temel sorumluluğu Konseye vererek, Konseyin ele aldığı konularda, böylece, Divanın yetkisini dışladığından, aynı konu dolayısıyla Divan ile Konsey kararları arasında bir çelişki olasılığının neredeyse olanaksız olduğu belirtilmektedir (Schacter, 1987:230-231). Ancak bu görüş, Konseyin ele alabileceği her uyuşmazlık bakımından, Devletlerin Divana başvurmadan vazgeçmelerini gerektirmektedir ki, böyle bir durumu, Şart'ın 2. maddesinin 3. paragrafında yer alan ve devletlerin uyuşmazlıklarını, aralarında 33. madde uyarınca yargısal çözümün de yer aldığı, barışçıl yollarla çözeceklerini öngören, temel ilkeyle bağdaştırmak olanaksızdır. Ayrıca, 24. madde uyarınca, Konsey'in barışın korunması alanında temel bir sorumluluğunun bulunması, bu alanda münhasır bir yetkisi olduğu anlamına da gelmemektedir.

Kaldığı, Adalet Divanı da, kuvvet kullanılmasını içeren veya barışı ihlal eden uyuşmazlıklar bakımından yetkisizliğini öngören tezi, kesin bir dille reddetmiştir

(CIJ, orret du 27 juin 1986, Activites militaires et paramilitaires au Nicaragua, Rec.1986, s.435, par.95). Ayrıca, Divan Statüsünün hiçbir hükmü bu tür durumlar bakımından Divanın yetkisini dışlamadığı gibi, aksine 36. maddenin 1. paragrafı, Divanın yetkisinin, tarafların kendisine sunacağı konuları ve ayrıca BM Şartında veya yürürlükteki andlaşmalarda özel olarak öngörülen bütün durumları kapsadığını belirterek, bu yetkiyi çok geniş bir biçimde ele almaktadır.

B. Divan İçtihadına Göre Güvenlik Konseyi Kararlarının Üstünlüğü

Divan ile Konsey arasındaki yetki çatışması sorununu çözebilecek nitelikte maddi hukuk veya usul hukuku mekanizmalarının yokluğu karşısında, sorunun çıkış noktası, tartışmalı bir biçimde de olsa, Divan içtihadı tarafından ortaya konulmuştur. Divan, bu soruna ilişkin çıkış noktasını ortaya koyma fırsatını bulduğu “Lockerbie” davasında, BM Şartından doğan diğer yükümlülükler gibi, Güvenlik Konseyi kararlarından kaynaklanan yükümlülüklerin, Şartın 103. maddesi uyarınca, diğer uluslararası yükümlülüklerden üstün olduğunu dile getirerek, yetki çatışmasını önleyici bir biçimde çözüme çabası içine girmiştir (CIJ, ordonnance du 14 avril 1992, Incident aerien de Lockerbie, Rec.1992, s.126) Divanın bu davada ortaya koyduğu yorum uyarınca, bir konu veya sorun hakkında ilk karar verenin Güvenlik Konseyi olması halinde, Divan Konsey kararlarına BM Şartı normları ile aynı değeri atfetmek zorunda olacaktır. Buna karşın, bir konu hakkında ilk karar veren organın Divan olması durumunda (ki, yargısal sürecin çok uzun zaman almasından dolayı bu varsayımın gerçekleşmesi olası görünmemektedir), Konsey Divanın almış olduğu kararlara uymak zorunda olacaktır. Zira Divan kararlarından kaynaklanan yükümlülükler de, BM Şartından kaynaklanan diğer yükümlülüklerle, 94. maddenin 1.paragrafı uyarınca, aynı güce sahiptir. Anlaşılacağı üzere, bu içtihadın mantığında sistemin tutarlılığını sağlayan ve çelişkiyi önleyen unsur, zaman faktörü olmaktadır. Zira teorik olarak ilk karar veren organın kararı diğerinden üstün tutulmaktadır. Pratikte ise bu ölçüt Konsey kararlarının üstünlüğü anlamına gelmektedir. Oysa Divan daha önce benimsemiş olduğu içtihadta, BM’in bir diğer organı tarafından inceleme konusu yapılmış olan herhangi bir durumu inceleyebileceğini dile getirmiştir (CIJ, arret du 24 mai 1980, Personel diplomatique des Etats-Unis á Teheran, Rec. 1980, s.22). Divan, “Lockerbie” davasında ise, bu ilkeyi teyit etmekle birlikte, Şartın 25. ve 103. maddeleri uyarınca, Konsey tarafından daha önce alınmış olan kararlara uymak zorunda olduğunu da ifade etmektedir.

Divanın Güvenlik Konseyi kararlarına ilişkin olarak verdiği yorum öğretide yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Öncelikle bir kısım yazarlar, BM Şartının 103. maddesinin, BM organlarının aldıkları kararlardan kaynaklanan yükümlülükleri değil, fakat sadece doğrudan doğruya Şart hükümlerinden kaynaklanan yükümlülükleri

ilgilendirdiğini ileri sürme yoluna gitmiştir (Sorel, 1992:714; Combacau, 1974:293).

Bunun yanında, Divan “Lockerbie” davasında benimsediği ve Konsey kararlarının diğer uluslararası yükümlülükler karşısında üstünlüğünü öngören görüş kabul edilebilir olsa dahi, unutmamak gerekir ki, Şart’tan kaynaklanan yükümlülükler, uluslararası andlaşmalardan veya teamüllerden doğan yükümlülüklerle nazaran üstün bir değer taşımakta olup, uluslararası hukuk emredici normları (Jus cogens) karşısında bu üstünlüğe sahip değildir. Aksine Şart’ın içerdiği normların uluslararası emredici normlara tabi olması söz konusudur. Zira Şart normlarının emredici normlara aykırı olması düşünülemez (Bedjaoui, 1994:46; Akande, 1997:317). Dolayısıyla, Şart hükümlerinde içerilen yükümlülüklerin uluslararası hukuk emredici normlarına tabi olması, BM organlarının kararlarından kaynaklanan yükümlülüklerin de emredici normlara tabi olmasını gerektirir. Şu halde, BM organlarının kararlarının emredici nitelikteki uluslararası yükümlülüklerle uygun olması zorunluluğu karşısında, Konseyin veya Divanın bu yükümlülüklerle aykırı bir kararının, bu iki organdan biri tarafından gözden geçirilebilmesi gerekliliği açıktır (Bedjaoui, 1994:69; Akande, 1997:322-23). Görüldüğü üzere, Divan, yetki çatışmasını çözmeye yönelik özel kuralların yokluğu karşısında, uluslararası hukuk kaynakları sistemine uygun düşmeyen bir yorum şekli benimsemeye zorlanmıştır.

C. Güvenlik Konseyi Kararlarının Divan Tarafından Denetimi

Güvenlik Konseyinin kararları sadece uluslararası hukuk emredici normlarına değil, fakat aynı zamanda Şart’ın Konseyin görevleri bakımından tespit ettiği sınırlamalara da uygun olmak zorundadır. Dolayısıyla, Lockerbie davası içtihadının ortaya koyduğu ve ilk karar veren organın kararının üstün değer taşıyacağı yönündeki ilkenin, Divan’ın Konsey kararları üzerinde gerçekleştirebileceği yargısal denetime uygulanması olanaklı görünmemektedir. Zira, Divanın bu içtihadı, Konsey kararlarının en azından uluslararası emredici normları veya Konseyin faaliyetini düzenleyen, açık ve zımnî nitelikte Şart normlarını ihlal etmesi halinde, Divanın ne şekilde hareket etmesi gerektiğini belirlemeye olanak vermemektedir. Burada söz konusu olan, Konsey işlemlerinin hukuka uygunluk denetiminin Divan tarafından gerçekleştirilmesi sorunudur (Bedjaoui, 1994; Gowlland- Debbas, 1994:94). Gerçekten de, emredici normların ötesinde, Konseyin sahip olduğu yetkilerin geniş ölçüde takdir yetkisi olması, tamamen keyfi bir yetkinin söz konusu olduğu anlamına gelmemektedir (Gowlland-Debbas, 1994:40). Zira, çok belirgin nitelikte olmasa da, Konsey’in faaliyeti bakımından bir takım sınırlamalar BM Şartı’nda yer almaktadır. Bu anlamda, Şartın 24. maddesinin 2. paragrafının öngördüğü gibi, Konsey, görev

ve yetkilerini BM'in amaç ve ilkelerine uygun bir biçimde icra etmek durumundadır. Her ne kadar bazı yazarlar, 24. madde uyarınca Konseyin sadece Şart'ın temel ilkeleri ile bağlı olduğunu ileri sürmüşler ise de, öğretinin büyük çoğunluğu, Konseyin, Şart'ın bütün normlarına uygun hareket etmek zorunda olduğunu kabul eder gibi görünmektedir (Pellet, 1995:234).

Bunun yanında, BM Şartı'nda, Divan Konsey kararlarının hukuka uygunluk denetimini yapma yetkisi tanıyan açık hükümlerin yer almaması, bu denetimi engelleyecek nitelikte belirleyici temel bir unsur olarak görülmez. Zira bu tür bir denetime engel teşkil edecek nitelikte normlar da mevcut değildir. Bilindiği gibi, iç hukuk düzenlerinde, kanun yargıçlara açıkça denetimi yasaklamadığı durumlarda, yargıç, "yasaklanmamış olan caizdir" ilkesi çerçevesinde, denetim yetkisi kullanabilmektedir (Cappelletti, 1989:150-55). Aynı ilke uluslararası alanda da uygulanabilir nitelikte olduğundan, Divanın, Konsey kararlarının hukuka uygunluğu üzerinde bir denetim gerçekleştirme kaçınılmaz görünmektedir (Bedjaoui, 1994; Gowlland-Debbas, 1994:40). Hukuka uygunluk denetimini gerçekleştirme olanağı ve zorunluluğu birçok durumda ortaya çıkabilir.

İlk olarak, Şart'ın 96. maddesi uyarınca Divan'dan bir danışma görüşü talep edilmiş olması durumunda, belli bir hukukî sorun hakkında düşüncesini bildirmeye davet edilen Divan, bir Güvenlik Konseyi kararının hukuka uygunluğu hakkındaki görüşünü ortaya koyma fırsatı bulacaktır. Ancak bu durumda, danışma görüşü bağlayıcı niteliğe sahip olmadığından, Divan ile Konseyin değerlendirmesi arasında bir çatışma problemi söz konusu olmayacaktır (Akande, 1997:327-331).

İkinci olarak, hukuka uygunluk denetimi, devletlerin, Konsey tarafından daha önce ele alınmış sorunlara ilişkin olarak, Divan önünde açacakları bir dava dolayısıyla söz konusu olabilir. Bu tür durumlarda Divan, soruna ilişkin Konsey kararlarının bir değerlendirmesini yaparak ve yargısal yetkilerine dayanarak, bu kararları hukuka uygunluk yönünde inceleyip gözden geçirme olanağına sahiptir. Bunun aksinin düşünülmesi, Divanın, bir hukuka aykırı işlemde kaynaklanan yükümlülükleri, hukuka uygun saymaya zorlanması anlamına gelecektir (Graefrath, 1993:204). Kararın Divan tarafından gözden geçirilmesi, Konsey ve Divan kararları arasında esaslı bir çatışma riskini de beraberinde getirmektedir. Böyle bir durumda, BM Şartında konuya ilişkin açık hükümlerin yokluğu karşısında, Divan kararının, yargısal ve nihai çözüm olarak, üstün değer taşıması gerektiği söylenebilir.

Bununla birlikte, Divan kararının üstünlüğünün kabul edilmesi, bu kararın hukukî sonuçlarının yaratacağı sorunları da beraberinde getirmektedir. Zira, Divanın, Konsey kararının geçersizliğine ex nunc hükmetmesi halinde, sadece Konsey kararının

etkilerinin Divan kararının yürürlük anından itibaren ortadan kalkması söz konusu iken, Konsey kararının ex tunc geçersizliğine hükmedilmesi durumunda, eski halin iadesi veya tazminat gibi sonuçlar da söz konusu olabilecektir. Bu son durumda, tazmin yükümlülüğü, öncelikle ilgili Konsey kararına uygun hareket etmiş olan devleti ilgilendirmekle birlikte, kararı almış olan Güvenlik Konseyine karşı ileri sürülmesi de olanaklıdır (Osieke, 1983:239). Buna karşın, Divan içtihadının yorumlanması ise, hukuka uygunluk denetiminin tek sonucunun, geçersizliği saptanmış kararın empoze ettiği ödevlere uygun davranma yükümlülüğünün devletler bakımından ortadan kalkmasıdır (CIJ, ordonnance du 14 avril 1992, “Lockerbie”, Rec. 1992, s.3).

Sonuçta, emredici normların (jus cogens) ihlalden dolayı bir hukuka uygunluk denetimi ilke olarak olanaklı ise de, Divanın Şart hükümleri uyarınca bir Konsey kararını gözden geçirebilmesi çok zor görünmektedir. Zira Konseyin sahip olduğu takdir yetkisi marjı (Şartın 24. maddesi 2. paragrafı), Konsey işlemlerinin hukuka aykırılığı varsayımının ancak çok nadir bir biçimde ileri sürülebilmesine olanak tanıyacak bir genişlikte bulunmaktadır (Akanke, 1977:315).

III. OLASI BİR YETKİ ÇATIŞMASININ SONUÇLARI

Güvenlik Konseyi ile Divan yetkilerinin üst üste gelmesinin ve olası bir yetki çatışmasının sonuçlarının daha somut bir biçimde ortaya konulabilmesi bakımından, 1993 yılında Adalet Divanının önüne gelen ve soykırımın önlenmesi ve cezalandırılması sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin bulunan dava dolayısıyla ortaya çıkan durumun değerlendirilmesinin büyük yarar sağlayacağı kanısındayız.

Bosna-Hersek Cumhuriyeti 1993 yılında, Yugoslavya Federatif Cumhuriyetinin (Sırbistan-Karadağ) etnik temizlik politikalarından dolayı, bu devlete karşı, saldırı ve soykırım suçlaması ile, Adalet Divanına tek taraflı olarak başvurmuştur. Bosna-Hersek bu başvuru ile Divanın, Yugoslavya'yı soykırım ve saldırı suçlarından dolayı mahkum etmesini amaçlamakta idi. Oysa Divanın karar vermeye davet edildiği konu hakkında, Güvenlik Konseyi daha önceden görüşünü ortaya koymuş ve (1991) 713 sayılı kararı ile Yugoslavya'ya karşı genel bir silah ambargosu kararı almış bulunuyordu. Dolayısıyla, Bosna-Hersek'in amacı, Divan'dan, Yugoslavya'nın suç oluşturan davranışının durdurulması yaptırımını elde etmek ve bu yaptırımını ihlali halinde de, Şart'ın 51. maddesi uyarınca, meşru müdafaa hakkının tanınmasını sağlamak olarak görünmektedir ki, bu hakkın etkin bir biçimde kullanılabilmesi de ambargonun kaldırılmasını gerektirecekti. Bu şekilde, Yugoslavya'nın soykırım suçundan dolayı sorumluluğunun kabul edilmesi varsayımında, Divan kararı ile Konseyin önceki kararı arasında bir çatışmanın ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktı.

Ancak Divan bu davada, soykırım fiillerinden dolayı ilgili devletin doğrudan sorumluluğunu tanımayı reddederek, sadece, soykırım hakkındaki sözleşmenin 5. maddesinden kaynaklanan ve bireyler tarafından işlenen soykırım fiillerinin önlenmesi ve cezalandırılmasını öngören yükümlülüğü kabul etme yoluna gitmiştir (CIJ, ordonnance du 8 avril 1993, Application de la Convention pour la prevention et la repression de genocide, Rec. 1993, s.3). Ayrıca Divan, dolaylı sorumluluk sorununu da çok fazla incelemeyen, Yugoslavya'yı suç oluşturan davranışın durdurulması yaptırımına da mahkum etmemiştir. Divan, böylece, soykırım suçunun sadece bireylere uygulanmasını öngören dar bir yorum benimsemiş olmaktadır. Oysa, soykırım hakkındaki Sözleşmenin 8. maddesinin, başvuru her BM organının, soykırımın önlenmesi ve cezalandırılması için zorunlu olan tedbirleri alabilmesine olanak tanıdığı, göz önüne alınacak olursa, Divanın bu davada, ilgili devletin sorumluluğunu kabul ederek ve onu hukuka aykırı davranışları durdurmaya mahkum ederek, daha cesaretli bir yaklaşım sergilemesi gerekliliği açıkça ortaya çıkmaktadır. Ancak Divanın böyle bir yorum benimsemesine engel olan en önemli nedenin, Konseyin aynı sorun hakkında daha önce almış olduğu karara aykırı hareket etmeme endişesi olduğu görülmektedir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Güvenlik Konseyi ile Adalet Divanı arasındaki ilişkilerin incelenmesi, iki organın faaliyet alanlarının bir çatışma oluşumuna elverişli olduğunu gösterdiği gibi, olası bir çatışma durumunda da Konsey kararlarının üstün bir değer taşıdığını ortaya koymaktadır. İki organ arasında ortaya çıkabilecek olası yetki çatışmalarını önlemeye ve çözümlenmeye yönelik normların mevcut olmaması, Güvenlik Konseyinin yetkilerinin, Divan aleyhine olmak üzere, genişlemesini kolaylaştıran bir unsur olarak görünmektedir. Zira Konsey ve Divan yetkilerinin üst üste gelmesi ve olası bir yetki çatışması durumunda, Divan, Şart'ın 103. maddesinin geniş ve tartışmalı bir yorumu ile, Konsey kararlarının üstünlüğünü dile getirerek, kendi yetkilerini sınırlandırma yoluna gitmektedir. Buna karşın, Güvenlik Konseyinin, emredici normları veya BM Şartı normlarını ihlal eden hukuka aykırı kararlarının, Divan tarafından hukuka uygunluk denetimine tabi tutulması ve gözden geçirilmesi olanağı, kabul edilebilir bir gereklik olarak görüne de, Şart hükümlerinin ihlalinden dolayı bir hukuka uygunluk denetimi, daha çok teorik bir varsayım olarak kalmaktadır. Böylece siyasi organ ile yargısal organ arasındaki ilişkiler, iç hukuk düzenlerinde karşılaşılan durumun tersi bir hal almaktadır. Zira yargısal nitelikli bir organ olan Divan, kararlarını, siyasi nitelikli organ olan Güvenlik Konseyi kararlarına uygun olacak biçimde tasarlamaktadır. Oysa normal olarak yargısal organın, BM sisteminin

Uluslararası Adalet Divanı İle Güvenlik Konseyi Arasında Yetki Çatışması

düzgün işleyişinin bekçisi rolünü üstlenmesi gerekliliği gözönüne alındığında, uluslararası yargının güçlendirilmesine yönelik bir reform zorunluluğu kendini her zamankinden daha fazla hissettirmektedir.

KAYNAKÇA

- AKANDE, D.** (1997), “The International Court of Justice and the Security Council”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1997, s.309
- DE ARECHAGA, E.J.** (1991), “Commentaire de l’article 92 de la charte des NU”, in J.P.COT et A.PELLET, *La charte des NU*, Economica, Paris, 1991, s.1249
- ROSENNE, S.** (1977), *The International Court of Justice*, Sijthoff, 1977
- THIERRY, H.** (1980), “Les resolutions des organes internationaux, R.C.A.D.I., 1980, II, vol. 167, s.400
- BEDJAOUÏ, M.** (1993), “Du controle de la legalite des actes du Conseil de securite”, *Melanges F.Rigaux*, Bruylant, 1993, s.69
- GOWLLAND-DEBBAS, V.** (1994), “Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1994, s.55
- STERN, B.** (1991), “Commentaire de l’article 36 de la charte des NU”, J.P.COT et A.PELLET, *La charte des NU*, 1991, s.604
- BEDJAOUÏ, M.** (1994), *Nouvel ordre mondial et controle de la legalite des actes du Conseil de securite*, Bruylant, 1994.
- CIOBANU, D.** (1976), “Litispence between the ICJ and the political organs of the United Nations”, in L.GROSS, *The Future of the ICJ*, Newyork, Oceana publications, 1976, s.209
- GUGGENHEIM, P.** (1954), *Traite de droit international public*, 1954
- GRAEFRATH, B.** (1993), “Leave of the Court What Belongs of the Court”, *European Journal of International Law*, 1993, n-2, s.195
- PELLET, A.** (1989), “La glaive et la balance”, in R.AGO, *International Law at a Time Perplexity*, 1989, Martinus Nijhof, s.539
- PELLET, A.** (1995), “Peut-on et doit-on controler les actions de Conseil de securite”, in SFDÍ, *Le chaptire VII de la charte des NU*, Paris Pedone, 1995, s.221
- KELSEN, H.** (1948), “Settlement of Disputes by Security Council”, *International Law Quarterly*, 1948, s.211

- RUIZ-FABRİ, H.** (2003), “Organisation judiciaire international”, in P.KAHN, Jurisclasseur de droit international, 2003, t.4, s.1
- WATSON, G.B.** (1993), “Constitutionalism, Judicial Review and the World Court”, Harvard International Law Journal, 1993, s.44
- SCHACHTER, O.** (1987), “Disputes involving the Use of Force”, in L.F.DAMROSCH, The ICJ at a Crossroads, Newyork, 1987, s.223
- COMBACAU, J.** (1974), Le pouvoir de sanction de l’ONU, 1974, Paris
- OSIEKE, E.** (1983), “The Legal Validity of ultra vires decisions of international organisations”, American Journal of International Law, 1993, april, vol.77, s.231
- BOTHE, M.** (1993), “Les limites des pouvoirs du Conseil de securite, in R.J.DUPUY, Le developpement du role du Conseil de securite, 1993, Martinus Nijhoff, s.67

BOŞ

ÇAĞDAŞ SİYASAL REJİMLERDE ETKİN YÜRÜTME OLGUSU

*Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL**

*Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ***

Özet

Çağdaş temsili demokrasilerde en yaygın iki hükümet modeli başkanlık sistemi ve parlamenter sistemdir. Parlamenter sistem yasama ve yürütme organlarının karşılıklı işbirliğine ve yumuşak kuvvetler ayrılığına dayanırken başkanlık sistemi sert kuvvetler ayrılığına dayanır. Demokratik ülkelerde daha etkin, istikrarlı ve demokratik yönetim sağlama adına bu hükümet modellerinden biri tercih edilmektedir. Bu çalışmada bu iki hükümet modelinden hangisinin yalnızca güçlü değil aynı zamanda daha istikrarlı ve demokratik bir yönetimi gerçekleştirmeye elverişli olduğunu belirlemeyi amaçladık. Her ne kadar iki sistemde bu imkânı gerçekleştirmeye elverişli araçlara sahip olsa da sanılanın ve genel kabul görenin aksine, parlamenter rejimin etkin ve demokratik bir yönetimi gerçekleştirmeye daha elverişli olduğudur. Parlamenter rejimin daha esnek bir yapı sunması, çoğunluğu elde eden partinin hem yasamada hem yürütmede etkin olması etkin yürütmeyi gerçekleştirmeye daha uygun bir ortam sağlamaktadır. Oysa başkanlık rejiminde başkan ile meclisin farklı ideolojik yapıya sahip olmasının kaçınılmazlığı, iktidarın tek kişi elinde olması nedeniyle kişiselleşmesi tehlikesi ve her iki erkinde dayandığı çift meşruluk sorunu etkin bir yürütmenin oluşabilirliği ihtimalini zayıflatmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Parlamenter Rejim, Başkanlık Rejimi, Etkin Yürütme, Demokratik Yönetim, İstikrarlı Yönetim.

Abstract

The two most common constitutional frameworks in modern democracies are parliamentary system and presidential system. Parliamentary system is characterized by a fusion of powers and mutual dependence between the legislative and executive powers. In this system the chief executive is elected by the legislature and also he needs the confidence vote of the legislative power in the duration of the legislature's term. Presidential system is characterized by the separation of powers and mutual independence of the legislative and executive powers. In presidential system the legislature and the chief executive are elected independently of each other. Both chief executive

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

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

and legislature can survive for their respective terms without the others approval. In democratic countries, one of these government systems is preferred to ensure more effective, more democratic and more stable management. The main purpose of this paper is to assess which of the two main common models of government is better to achieve not only strong but also stable and democratic governance. It is concluded that parliamentary system is better to facilitate successful democratic transition and achieve more effective management because of the parliamentary system's capacity to promote both cooperative and flexible governance.

Key Words: Parliamentary System, Presidential System, Effective Execution, emocratic Governance, Stable Management.

GİRİŞ

Günümüzün karmaşıklaşan siyasi yapısı içinde, demokratik rejimlerde ortaya çıkan iki temel hükümet modeli olarak parlamenter rejim ve başkanlık rejimi gösterilebilir. Hangisinin daha etkin ve istikrarlı bir yönetimin aracı olduğu ise tartışmalı bir konudur. Sert kuvvetler ayrılığı olarak bilinen başkanlık rejimi teoride katı bir yasama ve yürütme ayrımı, daha yumuşak modeli olan parlamenter rejim ise bu iki erkin yer yer iç içe geçebileceği bir düzen ihtimalini öngörür. Daha demokratik, daha istikrarlı ve daha etkin bir yönetim sağlama amacı ile gerek demokrasiye yeni geçen, gerek uzun süredir demokrasi ile yönetilen ülkelerde bu hükümet sistemlerinden biri ya da bunların ara formülü niteliğindeki diğer hükümet sistemleri tercih edilmektedir. Ancak, tercih edilen bu sistemlerden umulan yarar sağlanamadığında ilk etapta benimsenmiş olan hükümet sistemi suçlanmakta ve başka bir sistemin denenmesine geçilmektedir¹. Parlamenter rejimin uygulandığı ülkemizde de alternatif hükümet sistemi arayışları içinde istikrarsız ve yavaş işlediği iddiası ile parlamenter rejimin etkin yönetim ihtiyacını karşılayamadığı üzerinde durularak başkanlık rejimine geçilmesi istendiği görülmektedir². 1982 anayasası döneminde başkanlık rejimine geçilmesi yönündeki bu istekler, Turgut Özal'ın 1992 yılında "Görüş" dergisine yaptığı açıklamada "ilk 10-15 ülke arasına girmek için başkanlık rejiminin şart olduğu" yönündeki görüşlerini belirtmesiyle başlamıştır. Ancak Özal'ın bu arzusu siyasi ve akademik çevrelerden yeterli destek bulamaması üzerine herhangi bir anayasa değişikliği önerisine dönüşmeksizin rafa kaldırılmıştır. Başkanlık rejimine geçilmesi yönündeki görüşler, on yıllık bir aradan sonra Cumhurbaşkanlığı görev süresini tamamlamakta olan Süleyman Demirel tarafından yeniden kamuoyunun gündemine sokulmuştur. TBMM'nin 21. Dönem 2. Yasama Yılı açılışında yaptığı konuşmada Demirel, Türkiye'deki siyasi tikanıklığı aşmak için Cumhurbaşkanının iki türlü seçimle halk tarafından seçilmesi gerektiğine yer vermiştir³. Ancak Demirel'in bu görüşü de güçlü bir destek bulamadığı için sonuçsuz kalmıştır. Başkanlık rejimine geçilmesi yönündeki görüşler 2002 seçimlerinden sonra iktidara gelen Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından da gündeme getirilmiştir. Bu isteklerin temelinde ise parlamenter rejimden kaynaklanan hükümet istikrarsızlığının uzun vadeli politikaların üretilmesine engel olduğu yönündeki

¹ Onar Erdal, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Rejimine Geçmesi Düşünülmelidir?" içinde *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005, s.81.

² Türkiye'de Parlamenter rejimden başkanlık ya da yarı-başkanlık rejimine geçilmesi yönündeki ilk öneriler, Tercüman Gazetesinin Mart 1980'de düzenlediği Anayasa Seminerinde ve Yeni Forum Dergisi'nin önerdiği anayasa projesi tartışmalarında gündeme gelmiştir. Benzer öneriler 1982 anayasasının hazırlık aşamasında dile getirilmiştir. Ancak, bu yöndeki öneriler, kişisel diktatörlüğe dayanan ve demokratik olmayan bir sistemi özendireceği gerekçesiyle 1982 Anayasa yapıcısı tarafından bile reddedilmiştir. Yazıcı Serap, "Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme", içinde *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005, s.125.

³ Gönenç Levent, "Türkiye'de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu", içinde *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005, s. 1.

yaygın kanaat ve başkanlık rejiminin güçlü ve istikrarlı hükümetler kurmasından dolayı etkin yönetimin en önemli aracı olduğu yönündeki ön kabul bulunmaktadır⁴. Ancak tüm bu tartışmalarda hükümet istikrarı olgusuna vurgu yapılırken, siyasi istikrarın göz ardı edildiği de bir gerçektir. Parlamenter rejimden başkanlık rejimine geçilmesi yönündeki tüm bu tartışmalar 2007 Anayasa değişikliğine kadar bir fantezi boyutunu aşmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesinin meşhur 367 kararı sonrası 31.07.2007 tarihli ve 5678 sayılı kanunla⁵ 1982 Anayasasının 101. ve 102. maddesinde yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin yolu açılmıştır. Yapılan anayasa değişikliği ile başkanlık rejimine doğru gidişin önünde önemli bir adım atıldığı söylenebilir. Yeni sistem bu haliyle başkanlık rejimi olarak nitelendirilmese bile, tek başına devlet başkanının halk tarafından seçilmesinin parlamenter rejimden önemli bir uzaklaşma olduğu da bir gerçektir. Yeni haliyle “*başkanlı parlamenter rejim*” olarak nitelendirilen bu durum⁶, “yarı başkanlık” ya da “başkanlık rejimine” geçişin bir basamağı olarak ta değerlendirilmektedir. Ancak şu anki durumun hükümet sistemi tartışmalarını gidermek bir yana devlet başkanı ile hükümet ve parlamento çoğunluğunun farklı dünya görüşüne sahip olması durumunda önemli tartışmalar başlatacağı da haklı olarak dile getirilmektedir⁷. Ayrıca 2007 Anayasa değişikliği sonrası bile başkanlık rejimine geçilmesi yönündeki isteklerin sona erdiği söylenemez. TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan Kuzu’nun, başkanlık rejimine geçilmesi yönündeki açıklamaları, başkanlık rejimine geçiş yönündeki arayışların sona ermediğini göstermektedir⁸. Çalışmamızda güçlü aynı zamanda demokratik bir yönetimin gerçekten başkanlık rejimi ile gerçekleştirilmesinin mümkün olup olamayacağına ya da hangi modelle gerçekleştirilebilmesinin daha kolay olabileceğine cevap bulmaya çalışacağız. Bu ise hükümet sistemleri hakkında ortaya konulan teorik bilgilerin yeniden gözden geçirilmesi gereğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda ilkin etkin yürütme olgusunun belirlenmesinde güç ve istikrar ölçütleri analitik bir bakış açısıyla incelenecektir. Daha sonra demokratik ve

⁴ Yazıcı, s. 126.

⁵ Halkoyuna sunulmak üzere 16/6/2007 tarihli ve 26554 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, 16/10/2007 tarihli ve 5697 sayılı Kanunla değişik 31/5/2007 tarihli ve 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 21/10/2007 tarihinde yapılan halkoylaması sonucu kabul edilmiş ve buna ilişkin Yüksek Seçim Kurulu Kararı 31/10/2007 tarihli ve 26686 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁶ Gönenç Levent, “Hükümet Sistemi Tartışmalarında ‘Başkanlı Parlamenter Rejim’ Seçeneği”, <http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makaleler.html>. Son erişim tarihi. 03/03/2009.

⁷ Yavuz Bülent, “Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemine Etkisi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, 2008, s. 161-162.

⁸ Başkanlık rejimi yönündeki taleplerin sona ermeyeceği ile ilgili olarak Burhan Kuzunun NTV’de Can Dündar’ın sunduğu “Neden” programdaki şu ifadelerine dikkat çekmek gerekir; “...tam başkanlığa keşke geçebilsek gönlüm o ama pek öyle gözüküyor yani. Buna razı edersek ne mutlu. Başkanlığa geçeriz.” <http://www.ntvmsnbc.com/ntv/metinler/neden/20070508.asp>

etkin yürütmeyi sağlama bakımından parlamenter rejimin ve başkanlık rejiminin bir karşılaştırması yapılarak başkanlık rejiminin parlamenter rejime göre daha elverişli olup olmadığı sorgulanarak bir sonucu ulaşılmaya çalışılacaktır.

I- Etkin Yürütme Olgusunun Belirlenmesinde Esas Tutulan Ölçütler

Etkin yürütme veya yürütmenin etkinliği deyimleri, “güç” (etkin olma) ve “istikrar” (süreklilik) ölçütlerinin bir araya gelmesiyle anlam ifade eden kavram kümelerindedir. Yürütme organının, bu fonksiyonu yerine getirebilmek için, yeterince güçlü olmasının yanında, bunu kısa süreli değil de geniş bir zamana yayacak ölçüde de süreklilik, yani istikrar niteliği taşıması gerekmektedir. Literatürde güçlü veya etkin olmak deyimi; “başkasına iş yaptırabilme ve onların davranışlarını yönlendirebilme, daha doğrusu başka kişi veya şeyler üzerinde etki gösterebilme yetisi (becerisi)” anlamında kullanılmaktadır⁹. Bu açıklama ışığında yürütmenin güçlü olması durumunun, parlamenter ve başkanlık rejimleri bakımından farklı anlamlar ifade ettiğini belirtmek gerekir. Güçlü yürütme, örneğin parlamenter rejimlerde; kendi programını uygulamak için gerekli kararları alma yeteneğinde olan hükümet anlamına gelmektedir¹⁰. Bu durumu Aldıkaçtı, “güçlü hükümet, ‘karar almak’ ve ‘kararları uygulamakla’ orantılı bir kavramdır ve anayasa hukukuna da bu biçimde yerleşmiştir¹¹” diyerek açıklamıştır.

Parlamentarizm uygulamasında yürütme organının, yeni politikalar üretebilip, aynı ölçüde bu politikalara işlerlik de kazandırabilmesi için, hukuki yetkilendirmenin ötesinde, öncelikle siyasal alt yapının hazır olması gerekmektedir. Özbudun, bu siyasal alt yapının da ne olduğuna ilişkin olarak şu gerçekçi değerlendirmeleri yapmaktadır:

“Parlamenter bir hükümet sisteminde yürütme organı, ancak parlamentoda sağlam, disiplinli ve tutarlı bir çoğunluğa dayandığı ölçüde otorite ve istikrar sahibi olabilir¹².” Bu bağlamda yasama organında böylesine çoğunlukları olmayan hükümetlerin eline ne kadar geniş hukuki yetkiler verilirse verilsin, onun bu yetkileri kullanacak siyasal iradeyi göstermesini beklemek, hukuk ve siyasal bilim realiteleriyle bağdaşmayacaktır. Zira yine hatırlatmak gerekirse; parlamenter rejim içinde sağlam ve disiplinli bir yasama çoğunluğunun yürütmeye (hükümete) sağlayacağı güç ve otoritenin yerini, hiçbir anayasal-hukuki düzenleme tutamamaktadır¹³. Bu olgunun tam tersini düşündüğümüzde

⁹ *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi*, (Madde yazarı: Davut Dursun), Risale Yay., Cilt: 2, İstanbul, 1990, s. 143.

¹⁰ Turhan Mehmet, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Diyarbakır 1989, s. 99.

¹¹ Aldıkaçtı Orhan, “Türkiye’de ‘İstikrarlı’ Hükümet İçin”, *Düşünenlerin Forumu, Milliyet*, 6 Ekim 1974, s. 9’dan naklen: Turhan, s. 100.

¹² Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 2000, s. 47.

¹³ Özbudun, s. 47.

ise hukuken yeterince yetkilendirilmeyen bir hükümetin, sağlam ve disiplinli bir yasama çoğunluğunca desteklenmek suretiyle *güçlü* ve *etkin* bir niteliğe bürünebileceğini söylemek, daha gerçekçi bir yaklaşım olacaktır.

Güçlü ve etkin olmak, elbette ki çok kısa süreli otorite gösterisi biçiminde kabul edilen bir olgu değildir. Ortalama ve makul bir zaman dilimi içerisinde süreklilik arz eden boyuta ulaşmış bir güce sahip olan hükümetler, üstün yürütme olgusunun gereklerini yerine getirmiş sayılırlar. ‘Süreklilik arz eden boyuta ulaşmak’ deyiimi ile de, bir değer olarak “*istikrar*” kavramının önemi üzerinde durmak istiyoruz.

Kavram olarak, ‘*yapısal ve fonksiyonel yönleriyle ciddi ve önemli sapmalar yaşamadan süre giden bir durum*’u ifade eden “istikrar” olgusu, taşıdığı bütün önemine rağmen, hükümet sistemleri için tek başına bir değer ifade etmemektedir. İstikrarın bir değer olarak sunulmasının arkasındaki gerekçeyi Sartori, istikrarlı bir hükümetin aynı zamanda güçlü ve etkili bir hükümet de meydana getireceğine ilişkin yanılığdan kaynaklandığını belirterek açıklamıştır. Sartori istikrarlı ile güçlü (etkili) olmayı, ayrı ayrı değerlendirmek gereğine işaret edip, istikrarlı bir hükümetin, güçlü bir hükümet oluşturmasının kesin olmadığı gibi; istikrarsız hükümetlerin de güçsüz olmasının o ölçüde kesin olmadığına dikkati çekmektedir¹⁴. Bu durumda, güç ve istikrar olgularının, doğru orantılı bir ilişki içinde düşünülmemeyeceği kolaylıkla söylenebilir.

İstikrar olgusu ile ilgili bir diğer önemli konu ise *yürütme (hükümet) istikrarı*’nın öne çıkıp, en az onun kadar önemli olan *rejim istikrarı*’nın göz önünde tutulmaması, daha doğrusu bu kavramların eş anlamda kabul edilmesi ile yapılan yaygın yanılıştır. Her şeyden önce ‘*rejim istikrarı*’, ‘*yürütme istikrarı*’ndan daha geniş bir kavram olup, yürütmenin istikrarda olması ile, siyasal rejimin de denge ve kararlılık içinde olacağına çoğunlukla hükmedilmektedir¹⁵. Böyle bir hüküm ise sonuçta adi bir karine olduğundan, aşağıda da vurgulanacağı üzere, uygulamalarla aksinin ispatı gösterilebilir.

Bilindiği gibi, hükümetlerin değişerek yerine yenilerinin kurulması, halk çoğunluğunun değişen tercihlerinin siyasal iktidara yansması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, dar anlamda hükümet, yani yürütme organı değişikliklerinin, demokratik sistem içinde, kaçınılması gereken bir olay gibi gösterilmesi de yanlış bir tutumdur¹⁶.

¹⁴ Sartori özetle, hükümet istikrarının, etkin hükümetin kolaylaştırıcı bir şartı olabileceğini ancak, kesinlikle yeterli bir şartı olamayacağını belirtir. Sartori Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, (Çev. Ergun Özbudun), Ankara 1997, s. 150–151.

¹⁵ Turhan, s. 178. Sartori de, çoğu zaman istikrarlı demokrasi (rejim istikrarı) pırlıtısının, istikrarlı hükümeti de sardığının zannedilmesini, yerinde olmayan bir çıkarım biçiminde değerlendirmektedir. Sartori, s. 151.

¹⁶ Sartori bu noktada, “*demokrasinin yıkılmaması gerektiği kuşkusuz önemlidir. Ama hükümetlerin düşmemesi gerektiği niçin önemli olsun?*” demektedir. Sartori, s. 151.

Bunun yanı sıra, rejimin istikrarda olması sureti ile, yürütme istikrarının da otomatikman sağlanacağı noktasında birtakım beklentiler bulunmaktadır. Siyasal sistemin kararlılık ve bir denge içinde sürebilmesinde, hükümetin istikrarlı olmasının çok büyük bir katkısı olmakla beraber, her zaman için hükümet istikrarının, siyasal rejimin de istikrarını meydana getirmedeği bilinen bir gerçektir¹⁷. Yine, her hükümet istikrarsızlığının da rejim istikrarsızlığına dönüşmek zorunda olmadığı da açık bir olgudur. II. Dünya Savaşı sonrası İtalya’da hükümet istikrarsızlığı vardı, ancak çeşitli nedenlerle bu istikrarsızlık, bir rejim istikrarsızlığına dönüşmemiştir¹⁸. Öyleyse, hükümetlerin ortalama ömürlerinin kısa olmasını, demokratik sistemin sürekliliğini her halükarda tehdit eden bir unsur olarak görmek doğru değildir. Bu noktada asıl tehlike, hükümetlerin uzun süre ayakta kalmakla birlikte, rejimin belirli aralıklarla kesintiye uğraması durumunda ortaya çıkmaktadır.

II- “Etkin Yürütme”yi Sağlamak Açısından Parlamenter ve Başkanlık Rejimlerinin Karşılaştırılması

Linz’in de belirttiği gibi, “*karşılaştırmalı çözümlemeler; kesin sonuçlardan çok, olasılıklar ortaya koymalıdır*”¹⁹.” gerçeğinden yola çıkarak biz de, başkanlık ve parlamenter rejimlerdeki güçlü yürütme yaklaşımlarını ele almaya çalışacağız.

Yürütme organının güçlü olmasını gerektiren faktörlere sahip olmak açısından bu demokratik yönetim biçimlerinden hangisinin öne çıktığı konusunu ele alan Lipset, hatalı olduğunu düşündüğü literatürün büyük bölümünün²⁰ tersine olarak, başkanlık rejiminin parlamentarizm karşısında daha zayıf bir yürütme öngördüğünü ileri sürmektedir. Lipset bu konuda; başkanlıkların zayıf partilere ve dolayısıyla zayıf yürütme organlarına neden oldukları, buna karşılık parlamentoların, ters yönde bir etki yaptıkları gerçeğine yollama yapmaktadır. Lipset parlamenter rejimlerde, güçlü bir yürütme için öncelikli

¹⁷ Bu durumun örneğini 1950–1960 yılları arasında ülkemiz planında görmek mümkündür. Öyle ki bu dönemde, hükümet istikrarına sahip olan ülkemizde, siyasal rejimin de istikrarda olduğu pek söylenemezdi. Turhan, s. 178.

¹⁸ Bununla birlikte, az gelişmiş ve demokrasi deneyimi fazla olmayan ülkelerde hükümet istikrarsızlıkları, kolaylıkla rejim istikrarsızlığına dönüşebilmektedir. Bundan dolayı bu gibi ülkeler açısından istikrarlı bir hükümetin varlığının, siyasal rejimin de kararlılık ve denge içinde işlemesine büyük oranda katkı sağlayacağı açıktır. Turhan s. 178.

¹⁹ Linz Juan J., “Parlamentarizmin Erdemleri”, (Çev. Levent Köker), içinde, *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, Ankara 1995, s. 182.

²⁰ Lipset’in yanısıra içinde gördüğü literatürün büyük bölümüne göre, başkanlık rejiminde yürütme şefi konumundaki *başkan*, parlamenter rejimde aynı konumda bulunan *başbakana* oranla daha güçlüdür ve iktidar *başkanda* daha fazla yoğunlaşmıştır. Seymour Martin Lipset, “Siyasal Kültürün Merkeziliği”, *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, (Çev. Levent Köker), Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 170. Sartori ise başkanlık rejiminde başkanın çok güçlü olduğu yönündeki bu düşüncenin, yine literatürdeki kişiselleşme ve otoriterizme yönelme ihtimaliyle ilgili vurgulara yol açtığını belirtmektedir. Sartori, s. 119-120.

şart olarak, kabinenin parlamentodaki bir oylamayı kaybetmesi durumunda, yeni bir seçim istemek zorunda olması üzerinde durmaktadır. Ancak Lipset, yeni seçimlere gidilmeyip de, yasama organının varlığını sürdürmesi ve hiçbiri çoğunluk sahibi olmayan partilerden oluşan yeni bir koalisyon kabinesinin kurulması durumunda ise Weimar Cumhuriyeti'nde, Üçüncü ve Dördüncü Fransız Cumhuriyetlerinde veya günümüzdeki İsrail ve Hindistan'da olduğu gibi, parlamenter yürütmelerin güçsüz olabileceğine işaret etmektedir²¹.

Sartori başkanlık rejimindeki başkanın, parlamenter rejimdeki başbakan kadar güçlü olmadığı noktasında Lipset ile benzer görüşleri paylaşır. Sartori bu olgunun altında yatan faktörlerin siyasal niteliğine dikkati çekerek, şunları belirtmektedir: Bu noktada *başkan*, sadece yürütme yetkisini denetiminde tutmakla yetinirken, parlamenter *başbakan* ise sağlam bir yasama çoğunluğu sayesinde, yürütmenin yanı sıra, yasama meclisini de büyük ölçüde denetim altında tutabilmektedir²². Ancak, yürütme gücünün tek bir merkezde toplanması açısından konuya bakıldığında ise Lijphart'ın da belirttiği gibi başkanlık rejimleri, tek partili parlamenter yürütmelerden de daha ileri ölçüde yürütme gücünü bir merkezde, hatta tek bir partinin de ötesinde, tek bir kişide toplayabilmektedir²³.

Konu bu noktaya gelmişken, bölünmüş çoğunluklar problemi açısından da hükümet sistemlerine bakmak yararlı olacaktır. Parlamenter rejimlerde, parti disiplini sayesinde "birleşik bir hükümet" (*unified government*: Aynı çoğunluğun yürütme ve yasamaya egemen olması) siyasal yaşama egemen bir olgu iken, bu arada başkanlık rejimlerinde ise yürütme ile yasamanın sahip oldukları çoğunlukların, pek çok kez birbiriyle uyuşmadığı bir "bölünmüş hükümet"ler (*divided government*) sorunu yaşanmaktadır²⁴. Sartori bu sorunun -çoğu gözlemciye göre de- Amerikan sistemini zayıf (güçsüz) hükümet çıkmazları ve tıkanmalarıyla karşı karşıya getiren çok büyük bir değişim niteliği taşıdığını belirtmektedir²⁵. Linz de bu kuramsal tartışma içerisinde, başkanlık

²¹ Lipset, s. 170.

²² Erdoğan Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Ankara 1997, s. 113. ; Linz, Lipset'in de paylaştığı; parlamenter yürütme şeffaflarının başkanlık rejimlerindeki yürütme şeffaflarından daha fazla iktidar sahibi olabileceklerine ilişkin bu görüşün, kendisinin ileri sürdüğü; belirli parlamenter rejimlerin, çok partili siyasetin belli bazı karmaşık sorunlarını çözmede, başkanlık rejimlerinden daha yetkin olduğu yönündeki iddiasına, dolaylı da olsa katkısı olduğunu belirtmektedir. Linz, *Parlamentarizmin Erdemleri*, s. 182.

²³ Lijphart Arend, "Yeni Demokrasiler İçin Anayasal Tercihler", içinde, *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Derleyen. Larry Diamond / Marc F. Plattner, (Çev. Levent Köker), Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 186.

²⁴ Linz, *Parlamentarizmin Erdemleri*, s. 181. ; Lloyd N. Cutler, "Political Parties and A Workable Government", Edt. Burke Marshall, *A Workable Government?-The Constitution After 200 Years*, First Edition, W. W. Norton Company, New York & London, 1987, s. 50-51.

²⁵ Sartori, birleşmiş ve bölünmüş hükümetler arasındaki farkı fazla da önemsemeyen David Mayhew'i çok hatalı bulmaktadır. Sartori, s. 119.

rejiminde başkanın, hem *seçmenler* ve hem de *yasama organı* nezdinde çoğunluğa sahip olmasını, yani bölünmemiş bir hükümet olgusunu, çok ender karşılaşılan bir durum olarak görmektedir. Linz, ayrıca bu durumun, disiplinli bir partiyi arkasına almış popüler bir başkanın, anayasal fren ve denge mekanizmalarını altetme ihtimalinden dolayı, hiç de iyi bir şey olmayabileceğine dikkati çekmektedir²⁶. Anlaşılan şu var ki, başkanlık rejimlerindeki bu ‘bölünmüş hükümetler’ olgusu, varlığı ile yürütmeyi zayıflatması bir kenara, yokluğu ile de sorun teşkil etmeye devam edecek gibi görünmektedir.

Bu çerçevede Sartori, başkanlık rejimlerinin ‘*güçlü ve etkin yürütmelere*’ yol açacağı yönündeki varsayımın çürük bir zemin üzerinde durduğuna işaret etmektedir. Sartori, bu varsayımın da, bölünmüş hükümete karşı savunmasız bölünmüş bir iktidar yapısından kaynaklandığını ve bu noktada Amerikan sisteminin, asla başkanlık anayasası sayesinde değil de, bu anayasaya rağmen işlemekte olduğuna vurgu yapmaktadır²⁷. Aynı yönde Mainwaring de, başkanlık rejimlerindeki yürütme şeflerinin (başkan) yasama organlarında çoğunluk desteğine sahip olmadıkları dönemlerde, yasama-yürütme tıkanması ile güçsüz liderlik tehlikelerinin, ciddi bir problem oluşturduğuna önemle dikkati çekmektedir²⁸. Konumuza Sartori’nin görüşleriyle devam edecek olursak, O’nun, Güney Amerika Başkanlıkçı Rejimlerindeki başkanların üstün güçlerinin ise; başkanlık rejiminden dolayı olmayıp, tersine, ondan sapılması ile oluştuğu görüşünde olduğunu görebiliriz. Sartori bunun da, genellikle bu ülkelerde yürütmenin aşırı güçlü konumunun; başkanların özel veto yöntemleri, kararname çıkarma yetkisi, geniş olağanüstü yetkiler ve hatta fesih yetkisi gibi yollarla özel olarak güçlendirilmelerinin bir sonucu olduğunu belirtmektedir²⁹.

1- Etkin Yürütme Eğilimi Açısından Parlamenter Rejimler

Kamu hukuku ve siyasal bilimler doktrininde, parlamenter rejimlerde de yürütme üstünlüğünün var olduğu³⁰ ve bunun da demokrasi kuramına aykırı olmadığına dair

²⁶ Linz, “Parlamentarizmin Erdemleri”, s. 181.

²⁷ Linz de Sartori’den yaptığı bir aktarma ile, bu anayasanın işlemlerini, kendisini kilitlememe eğilimine sahip üç temel esasa bağlamaktadır: 1) Esneklik (veya ideolojik katılığın yokluğu), 2) Güçsüz, disiplinsiz partiler ve her temsilcinin kendi seçim bölgesi için mali kaynak ayırması, ve de 3) Yerelliğe önem veren siyaset tarzı. Linz, *Parlamentarizmin Erdemleri*, s. 181. Bu esaslar sayesinde bir yürütme şefi (başkan), yasama organı içinde gerek duyduğu oyları, karşılığında seçim çevrelerine çıkarlar sağlamak yolu ile elde edebilir. Bunun sonucunda ise pek takdir edilmeyecek biçimde, *çıkartma dağıtım politikasının kurumsallaşması* olgusu ile karşılaşılır ki, bu da Sartori açısından zayıf bir devlet anlamına gelmektedir. Sartori, s. 120-121.

²⁸ Mainwaring Scott, “Presidentialism in Latin America”, *Latin American Research Review*, 25, London, 1990, s. 167 vd.

²⁹ Sartori s. 125.

³⁰ Parlamenter hükümet modelini benimseyerek uygulamaya çalışan ülkelerden, başta İngiltere, Almanya olmak üzere, Belçika, Lüksemburg, İsveç ve Norveç’te de, parlamenter çoğunluğa

genel bir kabulün olduğunu kolaylıkla söylenebilir. Bu konuda birkaç örnek vermek gerekirse; yürütme erkinin güçlendirilmesi yolundaki eğilimlerin, demokrasi veya parlamenter rejime aykırı olarak görülmemesi gereğine işaret eden Mirkine-Guetzevitch, güçlü ve yapıcı bir yürütme erkinin, aslında *demokrasi için bir zorunluluk* olduğunun da altını çizmektedir. Zira Guetzevitch açısından, parlamenter rejimlerde yürütmenin zayıf bırakılması, devletin, sosyal görevlerini yerine getirememesi anlamına gelmektedir³¹. Yürütme üstünlüğünün bundan böyle, mutlak monarşiler olgusu ile bir ilgisinin kalmadığını belirten Lipson ise çağımızda yürütme üstünlüğü veya ona yakın bir durumun, *alışkanlık* özelliği gösterdiğinin altını çizmektedir.³² Bu yapılan vurgulardan ise biz, üstün ve güçlü yürütmenin, demokrasi için, bir ‘zorunluluk’ olarak görülmesinin yanı sıra, daha hafif bir deyimle, ‘alışlagelen bir olgu’ biçiminde de benimsendiği sonucunu çıkarmaktayız.

Burada yeri gelmişken bir noktanın altını çizmemiz gerekmektedir. O da; parlamenter rejimlerde yürütme güçlendirilirken, bunun *kabine*, daha doğrusu ‘*yürütme kurulu*’ merkezli olarak yerine getirilmesidir. Zira bu hükümet sistemlerinde sorumlu olan ve partizan olan birim kabinedir. Bunun tersi yönündeki eğilimlerin³³ ise parlamenter rejimden de belirli bir uzaklaşmayı beraberinde getirdiği gerçektir.

Doktrindeki ünlü hukukçulardan Maurice Duverger ile George Vedel ise güçlü yürütme olgusunu, menfaat gruplarının demokratik yaşamı olumsuz yönde

dayanan ve fiilen sadece kamuoyuna sorumlu olan güçlü hükümetler bulunmakta olup, Latin Amerika ve Afrika rejimlerinde de olduğu gibi, gerekli hamleleri yapabilmek için yürütmeyi güçlendirmeyi zorunlu görmekteyler. Bunlar da, parlamentarizmin tarihsel gelişimi içerisindeki yasama-yürütme ilişkilerinde, yasamanın üstünlüğü anlayışının terkedilerek, kuvvetler dengesinin artık yürütme lehine bozulduğunu göstermektedir. Kuzu Burhan, *Türkiye İçin Başkanlık Rejimi*, İstanbul 1997, s. 56. Campbell’in de belirttiği gibi, özellikle de son yarım yüzyıllık dönemde, hatta daha da öncesinde, I. Dünya Savaşı’ndan sonra, parlamenter hükümet (yasamanın üstünlüğü) çağı, gerçekten kapanmış ve yürütme üstünlüğü çağı açılmıştır. Campbell Peter, “Avrupa’da Parlamenter Hükümetin Bazı Yönleri”, (Çev. Ergun Özbudun), *AÜHFD*, C, XX, S. 1-4, 1963, s. 82. Tarihsel bir kategori de olsa, yürütme üstünlüğünün bir öncül konumunda olan yasama üstünlüğüne ilişkin Özbudun’un bir makalesi için bkz. Özbudun Ergun, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, *AÜHFD*, C. XXV, Sayı: 1-2, Ankara, 1968, ss. 59-80.

³¹ Mirkine-Guetzevitch Boris, *Hukuki Esasiyede Yeni Temayüller*, (Çev. Ali Rıza Türel), Ankara 1938, s. 206 ve 202. Turhan, s. 181.

³² Lipson Leslie, *Politika Biliminin Temel Sorunları: Siyasal Bilime Giriş*, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu), Ankara 1978, s. 346.

³³ Saf parlamenter rejimi uygulamaya çalışan ülkelerde, yürütmenin sorumsuz kanadını oluşturan ve tarafsız niteliğiyle öne çıkan devlet başkanlığının güçlendirilmesi, ters yöndeki bu eğilimlerin en sık görüleni olup, siyasal rejimin “saf” niteliğinden de bir sapmayı meydana getirmektedir. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası için de söz konusu olan bu olgu, eleştirilerin en çok yoğunlaştığı alan olmuştur.

etkileyebilmelerine karşı bir güvence unsuru olarak görmek suretiyle, konuya farklı bir yaklaşım getirmişlerdir³⁴.

Böylelikle kamu hukuku doktrininde, *güçlü yürütme* veya *yürütmenin üstünlüğü*, evrensel bir olgu biçiminde benimsenerek demokrasiye aykırı olmadığı söylenmekte ve güçlü bir yürütmenin varlığının gereği de, artık tartışma konusu olmaktan çıkarılmıştır. Doktrindeki yazarların asıl tartışıp inceledikleri konu, yürütme organının, her toplumun sosyal ve ekonomik yapısına göre değişebilecek kuvvet oran ve derecesi üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Parlamentar rejimlerde güçlü yürütme eğiliminin, hukuk ve siyasal alanı kapsayan yansımaları bulunmaktadır. Bu çerçevede anayasalar, kanunlar, meclis içtüzükleri ve siyasal teamüller, yürütme organına gittikçe artan yetkiler tanımaktadırlar. Tam bu noktada, *işleyen parlamentarizm* olgusu karşımıza çıkmaktadır. Sartori, buradaki “işleyen” deyiminin, hükümet etme yeteneği açısından *etkin olma* ve/veya *istikrarlı olma* biçiminde iki anlama geldiğini belirtmektedir. Bu ayırımdan yola çıkan Sartori, üçlü bir kombinezona ulaşmıştır. Buna göre hükümetler (dar anlamında) (i) etkin ve istikrarlı, (ii) istikrarlı ve muhtemelen etkin, ve de (iii) istikrarsız hükümet biçiminde söz konusu olabilmektedir³⁵. Sartori’nin, işleyen bir parlamentarizm için düşündüğü etkinlik ve istikrarlılık faktörleri, aslında işleyen demokrasinin başlıca göstergelerinden sayılmaktadır.

Bir hükümet modelinde yürütmenin etkin, yani güçlü ve yönetebilir oluşunun arkasında, gerçek performansların değil de, yapısal yeteneklerin asıl belirleyici olduğunu ileri süren Sartori, “*izlediği politikaları gerçekleştirme yeteneğine sahip olan hükümet*” biçiminde tanımladığı ‘etkin (güçlü) yürütme’nin, ‘aktivist yürütme’ ile karıştırılmaması gereğine de işaret etmektedir³⁶.

a- Yürütme Organının Yasama Alanına Karışması

Çağımız modern demokrasilerinin en belirgin özelliği, yürütmenin yasama karşısında güçlenmesi olmuştur. Bu olgu, parlamenter rejimler için de genel geçer bir kural niteliğindedir. Öyle ki, artık günümüzde hükümetler, yasama organının faaliyetleri üzerinde oldukça etkili olabilmektedir. Daha genel bir deyimle, demokrasinin kurumları

³⁴ Vedel George, “Teşri ve İcranın Münasebetleri Problemi”, (Çev. Taner Timur), *AÜSBFD C.XV*, No. 3, 1969, s. 66. Özkol Adil, “Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi”, *AÜHFD*, C. XXVI, S. 1-2, 1969, s. 48. Kuzu, Türkiye İçin..., s. 43.

³⁵ Sartori, s. 146.

³⁶ Sartori bu noktaya ilişkin olarak, parlamenter bir hükümet modelinde kararlı bir yürütme şefinin olmadığı durumlarda, kararlı bir hükümetin de olamayacağını belirtmekle birlikte, karar alma mekanizmasının tıkalı olması veya kendi aleyhine işlemesi durumlarında, kararlı bir başbakanın bile tersi yönde davranacağını söylemektedir. Sartori, s. 150.

arasında kurduğu hassas dengeler ve denetim mekanizmasının bozulmasından dolayı, ekonomik yaşamı planlayan yürütmenin de, siyasal sistem içerisinde yasama aleyhine büyük bir ağırlık kazandığına tanık olunmuştur³⁷. Bunun temelinde ise yasama organı bünyesinde çoğunluğu elinde bulunduran siyasal partinin aynı zamanda hükümet de olması yatmaktadır. Bu da, yürütme organının yasamayı istediği biçimde yönlendirebilmesi anlamına gelmektedir³⁸.

Bu yönüyle etki alanı genişleyen yürütmenin, parlamenter faaliyetlere etkisi, gündən güne artan bir süreç izlemekte olup, bunun en önemli göstergesi de kanunların çıkartılması konusunda olmaktadır. Birbirlerinden ayrı kurumlar olan *kanun tasarısı* ve *kanun tekliflerine* bakıldığında; tasarıların tekliflerden sayıca çok fazla olması ve kanunlaşan metinlerin ise hemen hemen dörtte üçünün tasarılarından oluşması, yürütmenin yasamanın en önemli fonksiyon alanında ne kadar etkin olduğunu göstermektedir. İngiliz parlamentarizminde, parlamento önüne gelen projelerin %85'ini tasarılar, %15'ini de kanun teklifleri oluşturmaktadır. Yine, kanunlaşan metinlerin de %85'ni kanun tasarıları meydana getirmektedir³⁹. Bu durum karşısında, parlamento görüşmelerinin anlam ve öneminde de büyük bir erozyon yaşanmış ve yasama toplantıları, adeta bir formalitenin yerine getirilmesi biçiminde yürütülen bir uygulamaya dönüşmüştür. O halde, yürütmenin, kanun tekliflerini hazırlayan tek organ olduğunu söylemek de yanıltıcı olmayacaktır. Zira yürütme organı, bu teklifleri yapacak bilgi, teknik olanaklar ve uzman kişilere sahip bir konumda bulunmaktadır.

Yasamanın etkisinin zayıflayıp, yürütmenin etkin bir konumda görüldüğü alanların başında, genellikle ekonomik anlaşmalar, kamu gelir ve giderlerini belirleme ve de savunma işleri gelmektedir. Bu noktaya ilişkin olarak İngiliz parlamentosu, bütçenin sadece genel ilkelerini görüşmekle yetinmekte ve ayrıntılı saptamaları ise hükümet kanadına bırakmaktadır. Ayrıca, yasama organının faaliyet alanına giren yasama komisyonlarında da yürütmenin etkin bir rol üstlendiğine tanık olunmaktadır. Bunun

³⁷ Bu suretle eski statik durumundan uzaklaşan yürütme, yasama organından kopardığı yetkilerle büyüme ve genişleme sürecine girmiştir. Tunaya Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul 1982, s. 452.

³⁸ Bu noktada, siyasal partilerin anayasal demokrasi kurumları üzerindeki etkilerinin daha geniş bir çözümlemesi için bkz. Lipson, *Politika Biliminin...*, s. 349-351. Sezginer Murat, "Güçlü Yürütme Anlayı ve Türkiye'deki Görünümü", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S.1, Ocak-Haziran 1990, s. 67, 83-84.

³⁹ Hatta Olson, parlamentarizmi uygulayan çoğu ülkede bu tasarıların, toplam kanun önerileri içerisindeki yerinin, %90'ları bulduğuna dikkati çekmektedir. Olson David M, *Democratic Legislative Institutions- A Comparative View*, New York & London 1994, s. 84. Almanya'da üç yasama dönemi içerisinde parlamento önüne 1319 tasarı ve 927 teklif gelmiş, bunlar arasında kabul edilenlerin üçte ikisini tasarılar oluşturmuştur. Özkol, s. 64. Tunaya, s. 453.

en belirgin göstergesi ise hükümet üyesi parlamenterlerin, bu komisyonlarda çoğunluğu ele geçirmesidir⁴⁰.

Kısaca belirtmek gerekirse, yürütmenin yasama faaliyetleri alanındaki etkisinin, günden güne artan bir süreç izlediği görülmekte ve dolayısıyla, yasama organının görüş ve eğilimlerinin yürütmeyi etkilemesi de artık söz konusu olamamaktadır. Böylelikle yasama organında açığa çıkan, çoğunlukla hükümet lehindeki eğilimlerin de bir sonucu olarak toplumda, meclis çalışmalarının önemsenmemesi yönünde bir düşünce tabanı oluşmuştur.

b- Yürütmenin Düzenleme Yetkisi

Günümüzde yürütmenin bir siyasal erk olarak, yasama karşısında daha etkin bir konumda görünmesinde en belirleyici bir faktör, modern devletçe düzenlenmesi gereken alanın bir hayli genişlemesi biçiminde kendini göstermektedir. Bu genişlemenin temelinde ise; yapılacak düzenlemelerin, zaman bakımından kısa sürede yapılması gereğinin yanında, bunların çok sık değiştirilmesi zorunluluğunun da yattığı söylenebilir.

Yürütmenin düzenleme alanının yasama aleyhine genişlemesi, yani yürütmenin güçlendirilmesi yönündeki eğilimin en göze çarpan anayasal belirtisi, delegasyondur. Bu noktada yasama organı, belli koşullara uygun olarak, kanun niteliğinde kararnamelerle, kendi yetkilerinden bir kısmını yürütmeye devredebilir. Özellikle de planlı ekonomi politikaları konusunda yürütmenin, belirli fakat geniş alanlarda, hayli serbest bırakıldığı görülmektedir.⁴¹ Söz gelimi, parlamentarizmin ana yurdu olarak kabul edilen İngiltere’de, yürütme organının yasama tarafından verilmiş düzenleme yetkisine dayanarak koyduğu kuralların bir kısmı, doğrudan kanun hükmünde iken, diğer bir kısmı yasamanın onayına bağlı olmakta ve bir diğer kısmı da, kendiliklerinden geçerlik kazanmaktadır⁴². Yürütmenin bu kaide kararlarının denetim süreci için öngörülen sürenin kısalığı da, yürütmenin düzenleme alanını sağlama alan bir başka olgu olarak kendini göstermektedir. Yürütme organı, bu normal dönem düzenleme yetkilerinin yanı sıra, ayrıca olağanüstü dönemler için de yeni yetkilerle donatılmıştır.

Bu noktada şu yargıya varılabilir: Hükümet, daha doğrusu yürütme organı, bugün

⁴⁰ İngiltere’de komisyon görüşmelerinin gidişati ve sonucu, iktidarı elinde tutan birimin gücüne bağlı olup, bu toplantılarda, çoğunluk partisinin lideri olan başbakanın, dolaylı da olsa, kesin surette sözü geçmektedir. Özko, s. 66.

⁴¹ Tunaya, s. 453.

⁴² Bu son kısım, 40 gün içinde meclislerden biri (Avam veya Lordlar Kamarası) tarafından iptal edilememiş ise yürürlük kazanırlar. Ancak, yasama organının bu iptal yetkilerini kullanmalarını sağlamak için dikkatlerini çekmek üzere kurulmuş olan özel komisyonun, 8 yıllık bir dönem boyunca, yedi bin kaide karar incelemesinden sadece 73’ünde yasamanın dikkatini çekmiş olduğu düşünülecek olursa, bu denetimin *filen* geçerlilik taşımadığı da açığa çıkmış olur. Özko, s. 61.

yasamanın basit bir organı olmaktan uzaklaşarak, birinci derecede bir siyasal karar organı statüsünü kazanmıştır. Bundan böyle, yasamaya bağımlı ve ikinci derecede bir organ olmaktan çıkan yürütme, kararları saptamak ve uygulamak için oldukça geniş bir yönetim (idare) mekanizmasını da devreye sokarak ve özellikle düzenleme yetkilerindeki artışın etkisiyle, bütünüyle aktif bir erk konumuna bürünmüştür. Öyle ki, neredeyse, *hükümet* ile *siyasal iktidar* kavramlarının birbiriyle örtüştüğü sonucuna dahi ulaşılmıştır⁴³.

c- ‘Güvenoyu’ Mekanizması Karşısında ‘Fesih’ Yolunun Etkinleşmesi

Bilindiği üzere güvenoyu ve fesih mekanizmaları, saf parlamenter rejim içerisinde, yasama ve yürütme organlarının birbirlerine karşı kullandıkları etkileme araçlarındandır. Ancak bu iki hukuksal kurum, günümüz parlamenter hükümet modellerinde de bulunmakla birlikte,⁴⁴ yasama organı olan parlamentonun elindeki güvenoyu silahının etki ve gücü, yürütmenin sahip olduğu fesih silahı karşısında büyük ölçüde geri plana düşmüştür. Lijphart’ın, Epstein’dan aktardığı parlamenter rejim tanımında da yer alan; “yürütmenin yasamadan doğduğu ve ona karşı sorumlu olduğu hükümet modeli” (*executive authority emerges from, and is responsible to, legislative authority*)⁴⁵ biçimindeki klasik yaklaşım, parlamentarizmin pratiği açısından eski önem ve değerini koruyamaz olmuştur artık.

İşin aslına bakılırsa, yürütmenin, başka bir deyimle hükümetin, yasama organı önündeki siyasal sorumluluğu kuralı işlemez duruma gelmiştir. Hükümetin sorumluluğu, asıl, seçim döneminde halka karşı söz konusu olmaktadır. Parlamentonun, güvensizlik oyu ile yürütmeyi düşürmesi, neredeyse gerçekleşmesi olanaksız bir durum olduğundan, bu noktada hükümetin düşebilmesi yönündeki kaygılar bir kenara, yürütme şefi konumundaki başbakanın, meclise istediğini yaptırmak amacıyla zaman zaman istifa veya meclisi fesih yollarını, birer baskı aracı olarak kullandığına da tanık olunmaktadır⁴⁶. Böyle bir baskı tehdidi karşısında kalan yasama üyeleri ise sonucu belirsiz bir seçime gitmemek için, bir yönüyle de kendilerine ait kabul ettikleri hükümeti düşürmekten kaçınmak yolunu seçmektedirler. En azından bir sonraki seçimlerde parlamentoya ve

⁴³ Tunaya, s. 453.

⁴⁴ Hatta, doktrininde yarı-başkanlık rejiminin örnekleri olarak gösterilen *Fransa ve Finlandiya*’da da yürütme organı, yasama organını feshedebilirken, *Norveç* parlamenter rejiminde ise yürütme organına böyle bir yetki tanınmamıştır. Ayrıca, tarihsel bir örnek olsa da, açıkça parlamenter nitelik taşıyan *Dördüncü Fransız Cumhuriyeti*’nde de yürütmenin yasama organını fesih hakkı, ancak çok sınırlı biçimde tanınmıştı. Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, s. 47.

⁴⁵ Epstein Leon D., “Parliamentary Government”, in David L. Sills, Edt., *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan and Free Press, New York, 1968, 11: 419’dan naklen: Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler...*, s. 44. ; Onar, s. 73.

⁴⁶ Güneş Turan, *Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi*, İstanbul 1956, s. 77.

kabineye girememek korkusu, iktidar partisi milletvekillerini, başbakan ile iyi geçinmeye zorlamaktadır⁴⁷. Özetle, fesih mekanizmasının günümüzdeki bu yöndeki uygulaması ile güçlü yürütme olgusu arasında doğrudan bir bağıntı kurulabilmektedir.

Yasama organının, yürütmeyi denetleme fonksiyonunu,⁴⁸ parti disiplini ve benzeri faktörlerin de etkisiyle, fiilen kullanamamasına karşılık,⁴⁹ yürütme organı, sahip olduğu fesih silahını yasamaya karşı daha etkin kullanılabilir duruma gelmiştir. Burada dikkati çeken bir nokta; hükümetin, bu yetkisini, genellikle iktidar partisinin, daha doğrusu yürütme şefi konumundaki başbakanın, kendisi için en uygun bulduğu siyasal ortamı kollayarak ve yasama organı içerisindeki mevcut çoğunluğunu daha da artırmak amacıyla kullanıyor olmasıdır⁵⁰. İngiltere örneğinde de görüleceği gibi, Avam Kamarası'nda güvenoyu alamayıp yenilgiye uğrayarak çekilmek ya da feshe başvurmak zorunda kalınması dışında, başbakanın istediği zaman fesih yolunu kullanabilmesi, ona siyasal açıdan üstünlük sağlamıştır. Öyle ki bu ülkede fesih mekanizmasının, parti hükümetine yarar sağlamak için kullanılması, siyasal uygulamanın kabul ettiği bir olgu niteliği kazanmıştır⁵¹. Bu yönüyle fesih, Turhan'ın da ifadesiyle; yasama ile yürütme organları arasındaki ikiliği uzlaştırma aracı olmaktan çıkarak, parti hükümetini seçmenlere bağlayan bir araç durumuna gelmiştir. Loewenstein'in de belirttiği gibi fesih, günümüzde, kişileri ve sorunları, iktidarın gerçek sahibi olan halkın önüne getirmeye yönelik demokratik bir işlev görmektedir⁵².

⁴⁷ Özkol, s. 66-67.

⁴⁸ Saf parlamentarizmde yasamanın asli fonksiyonlarından olan 'yürütmenin denetlenmesi' yolları konusunda bkz. Özbudun Ergun, *Parlamentar Rejimde Parlamentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları*, Ankara, 1962.

⁴⁹ Bu noktada, "parlamento, hala, bir denetim organı sayılabilir mi?" şeklinde bir soru yönelten Tunaya'ya göre, yasama organları soru, gensoru, genel görüşme gibi yollarla denetim organı fonksiyonunu yerine getirmekle birlikte, *belirli çoğunlukların* bir gensoru önergesini, "açık" ya da "ciddi" saymamak suretiyle, gündeme dahi alınmasını engelleyip, bu hukuki kontrol mekanizmasını işlemez duruma sokması da açık bir realitedir. Tunaya, s. 458. Turhan da, yürütmenin yasama organı karşısındaki sorumluluğunun, onun içindeki *çoğunluk partisine* geçmiş olduğuna vurgu yapmaktadır. Turhan, s. 47. Her iki yazarın da üzerinde durduğu bu yasama çoğunluğunun, ancak sağlam ve tutarlı (disiplinli) olması koşuluyla bu söylenenlerin geçerli olacağından kuşku yoktur. Zira, Özbudun'un önemle belirttiği gibi, "*hiçbir anayasal düzenleme, parlamenter rejim içinde sağlam ve disiplinli bir parlamento çoğunluğunun hükümete vereceği güç ve otoritenin yerini tutamaz. Böyle bir çoğunluğun bulunmaması halinde, hükümetin elinde geniş hukuki yetkiler olsa bile, onun bu yetkileri kullanacak siyasal iradeyi gösterebileceği çok şüphelidir.*" Özbudun, *Türk Anayasa...*, s. 47.

⁵⁰ Kuzu, *Türkiye İçin...*, s. 55. Böylece, yürütmenin yasamayı etkileme aracı olarak fesih, günümüzde, bu organlar arasındaki bir ihtilafı çözme işlevinden uzaklaşarak, seçim dönemi içinde, henüz bu yasal süre dolmadan önce yapılacak olan bir erken seçim niteliğine bürünmüştür. Turhan, s. 49.

⁵¹ Karamustafaoğlu Tuncer, *Yasama Meclislerini Fesih Hakkı*, Ankara 1982. ; s. 76. Turhan., s. 50.

⁵² Loewenstein Karl, *Political Power and The Governmental Process*, Chikago 1957, s. 217. Fesih bu yönüyle, seçim dönemi içinde, henüz bu yasal süre dolmadan önce yapılacak olan bir erken seçim niteliğine bürünmüştür. Turhan, s. 47 ve 49.

d- Disiplinli Parti Anlayışı ve Seçim Sisteminin Güçlü Yürütme Olgusu Üzerindeki Etkisi

Herhangi bir siyasal konuda parti birliğini sağlamak için, partinin parlamenter üyeleri arasındaki farklı görüş ve eğilimleri hizaya sokmak biçiminde tanımlanan parti disiplini⁵³, sonuçta saf parlamenter rejimin işleyişini değişikliğe uğratan önemli faktörlerden birisi olarak kabul edilmektedir. Bu suretle, yürütme ile yasama erkleri arasında eşitlik ve denge prensibine dayanan parlamenter rejimin, yürütme lehine olmak üzere değişime uğradığına, daha doğrusu rejimin rasyonelleşme sürecine girdiğine tanık olunmuştur⁵⁴. Söz konusu değişim süreci üzerinde, parti disiplininin ne gibi etkilerinin olduğunun incelenmesi konunun aydınlatılması bakımından büyük önem taşımaktadır.

Öncelikle, parti disiplini olgusunun, parlamentarizmin dönüşümünde büyük etkisinin bulunduğunu yinelememiz yerinde olacaktır. Şöyle ki; parti disiplininin, özellikle de iki partili parlamenter bir rejimde yaptığı ilk değişiklik, siyasal mücadeleyi partiler arası mücadeleye dönüştürmesi olmuştur⁵⁵. Parlamenter rejimde çoğunluk partisinin disiplin ve tutarlığı, sıkı olduğu oranda yürütme ve yasama birlikteliğini açıkça artırmış, bu da yasamanın fonksiyon olarak, hükümet kararlarını tescil ve onaylamaktan ibaret bir organ konumuna indirgenmesine yol açmıştır⁵⁶.

Parlamenter rejimlerde parti disiplininin, yürütmenin ön plana çıkmasındaki bir diğer etkisi de; hükümetlerin, parlamento dışı kuruluşların etki ve baskısında kalması olmuştur. Daha açık bir deyişle, parti grupları sürekli olarak parti örgütünün etkisi altında bulunduğundan dolayı, parlamenter rejimde hükümetler artık, yasama organlarının değil de, parti gruplarının alacakları kararlarla kurulmakta ve düşürülmektedir. Bugün ülke için yaşamsal önemdeki kararlar, önce parlamento dışında, daha doğrusu sorumsuz parti gruplarında görüşülüp, sonra da parti başkanları tarafından sonuçlandırılmaktadır. Özetle belirtmek gerekirse, “yasama ve yürütmenin dümeni” yasama içerisindeki çoğunluğun eline geçmiştir. Yani, günümüz parlamenter rejimlerinde hükümet, “çoğunluğun hükümeti”, bunun da ötesinde bu çoğunluk içindeki “belli bir parti grubunun hükümeti” veya “şeflerin hükümeti” durumuna gelmiştir. Öyle ki bugün, iktidar partisi şefinin veya şeflerinin kabul

⁵³ Özbudun Ergun, Parti Disiplini, Ankara 1968, s. 107.

⁵⁴ Kuzu, Türkiye İçin..., s. 49-50. Güneş Turan, *Türk Demokrasisinin Analizi*, Ankara 1996, s. 165.

⁵⁵ Bunun sonucu olarak da parlamentonun tanımı ve niteliğinde bir değişim yaşanmış ve yasama organı olan parlamento, bundan böyle, tek tek milletvekillerinden oluşan bir topluluk değil de, grup kararlarına itirazsız boyun eğen üyelerin oluşturduğu parti adacıkları niteliğine bürünmüştür. Kuzu, Türkiye İçin..., s. 50-51.

⁵⁶ Duverger Maurice, *Siyasi Partiler*, s. 507.

etmediği bir kanun veya karar meclislerden çıkamamaktadır⁵⁷. Bundan da hareketle, modern demokratik rejimlerin birer “*partiler hükümeti*” olduğunu söylemenin pek de yanlış bir önerme olmayacağı düşünülebilir.

Modern parlamenter rejimlerde, çoğunluk partisi ya da en güçlü koalisyon ortağının lideri olan başbakan, hükümeti güçlendirici bir etken olarak parti disiplininin büyük ölçüde yararlanmaktadır. Bu durumun ise Turhan’ın da belirttiği üzere; başbakanın, kabine içindeki konumunun değişerek *gerçek bir lider* olmasında büyük bir payı bulunmaktadır.⁵⁸ Parti başkanlarının sahip oldukları bu güç ve otoritenin doğal bir sonucu olarak, yasama organı yürütmeye bağlı bir duruma gelmiştir. Çünkü çoğunluğa dayalı hükümet, parti disiplini sayesinde yürütmenin yanı sıra, yasama fonksiyonları alanında da söz sahibi olmuştur⁵⁹. İktidar partisine üye parlamenterler, hem partilerinin kendilerine sağladığı olanaklar hem de gerekli cesareti gösterememe nedeniyle, parti ve liderlerini körü körüne desteklemek durumuna düşmüşlerdir.

Parti disiplini olgusunu, çeşitli açılardan ele alan siyasal bilimciler, özellikle de, parti disiplininin yasama-yürütme ilişkileri üzerindeki etkisine dikkati çekmişlerdir. Bu konudaki genel bir kabule göre, iki partili sistemlerde partilerin disiplini, öncelikle kuvvetler ayrılığı ilkesini zayıflatmakta veya ortadan kaldırmakta, yasama-yürütme ilişkilerini de çoğunluk partisinin bir iç işi haline getirerek, kuvvetler birliğini gerçekleştirmekte ve siyasal liderliği ise yürütme organına vermek suretiyle hükümetin istikrar ve otoritesini güçlendirmektedir⁶⁰. “*Sorumlu parti hükümeti modeli*” biçiminde ifadesini bulan bu “iki parti sistemi”nde, yürütme ile yasama organları arasında sıkı bir bağ meydana gelir. Bu bağ öyle bir noktaya varmaktadır ki, parlamento ile hükümet, adeta aynı motorla çalışan iki ayrı makineye benzer. Böylesine bir sorumlu parti hükümetini sağlayan temel ölçüt ise yukarıda da sık sık altını çizdiğimiz gibi, *tutarlı ve disiplinli parti* olgusudur. Özellikle de, iki parti sisteminde kolektif sorumluluk yoluyla hükümetin düşürülebilmesi pek mümkün görülememektedir. Çoğunluk partisi, sağlam ve disiplinli bir yasama çoğunluğu sayesinde iktidarda kaldığı sürece programının

⁵⁷ İşin aslına bakılırsa, modern devlet düzeni içerisinde yürütülen işlemlerde her şeyden önce parti grupları ve özellikle bunları istedikleri yöne çekebilen parti başkanlarının söz ve karar sahibi oldukları görülecektir. Kuzu, Türkiye İçin..., s. 52. Güneş, s. 165 vd.

⁵⁸ Turhan, s. 51. Siyasal rejimin en önemli bir unsuru haline gelen başbakanın bu durumunu ifade için “*diktatörün alası*” deyimini dahi kullanılmaktadır. Kuzu, Türkiye İçin..., s. 49. Teziç, disiplin olgusunun, partilerdeki oligarşik eğilimleri desteklediği noktasına dikkati çekmektedir. Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 2008, s. 330.

⁵⁹ Yasama çoğunluğunu arkasına almış böyle bir hükümetin başkanı sıfatıyla bir başbakanın da, bir Amerikan başkanından daha fazla otorite sahibi olduğu görülür. Lipset, s. 170.

⁶⁰ Vedel, a.g.m., s. 49-67. Özbudun, Batı Demokrasilerinde..., s. 11. Duverger, *Siyasi Partiler*, s. 507-508.

bütünlüğünü ve tutarlılığını koruyabilmektedir⁶¹. Bu açıdan bakınca rejimin, tek-parti sisteminin pratiğinden pek de farklı bir sonuç doğurmadığını görmekteyiz⁶². Çok partili sistemlerde ise disiplinli partilerin az da olsa istikrarlı fakat güçsüz, disiplinsiz partilerin de daha istikrarsız, ancak daha güçlü hükümetlere zemin hazırladıklarına doktrinde yer verilmektedir⁶³.

Yasama organında çoğunluğu sağlamak suretiyle parlamentoda sözü geçen partinin lideri, partisinin meclisteki grubu üzerinde sağladığı güç ve otoritenin de bir sonucu olarak, kendi grubunun siyasal denetiminden kurtulabilmektedir⁶⁴. Başka bir deyişle, iktidarı elde eden siyasal parti, parlamentoyu adeta kendi grubu haline getirmekle, bu organın siyasal denetimini devre dışı bırakmıştır. Daha geniş bir açıdan bakılırsa, parlamentarizm uygulamasında, sadece yasamanın değil, yürütmenin de rejimin gereği olan etkileme araçlarını (fesih) kullanmadığı görülmektedir. Bunda da, parti disiplini ile fesih yetkisi arasında güçlü bir ilişkinin artık var olmadığına anlaşılması etkili olmuştur⁶⁵. Zira çoğunluğu elde etmiş bir partinin üyeleri,

⁶¹ Bu sistemde, sadece vicdani kaygılar taşıyan disiplinsiz milletvekilleri yoktur. Artık sorumluluk, tüm parlamentodan ziyade, parlamentoda çoğunluğu bulunan siyasal partiye geçmiştir. Özbudun, *Siyasal Partiler*, s. 147 vd. Güneş, *Türk Demokrasisinin...*, s. 166.

⁶² Tek parti sisteminden kuramsal açıdan farklı yönleri ise bir muhalefetin bulunması ve platonik özgür bir tartışma ortamının varlığıdır.

⁶³ Vedel, s. 49-67. Çok partili sistemlerdeki disiplin olgusunu, ılımlı ve aşırı çok partili sistemler için ayrı ayrı ele almak gerekir. Ancak şu var ki; parti disiplini, iki partili parlamenter rejimler ile *ılımlı* çok partili parlamenter rejimler açısından, *aşırı* çok partili parlamenter rejimlere göre, daha çok aranmaktadır. İlimli çok parti sistemi de iki kutuplu bir sistem olup, iktidar, genellikle bu iki parti arasında el değiştirmekte ve sonuçta ise parti disiplin ve tutarlığı üst seviyede sağlanmaktadır. Aşırı çok parti sistemlerinde ise iktidarın el değiştirmesi mekanizması tam anlamıyla işlemediği ve hükümet sürekli, merkez partileri tarafından kurulduğundan dolayı, merkez partili milletvekilleri açısından hükümetin düşmesi çok da önemli değildir. Zira bu kişiler, kurulacak yeni hükümette görev alacaklarını bilirler. Kısaca belirtmek gerekirse, aşırı çok partili parlamenter rejimlerde parti disiplini, iki partili ve bir dereceye kadar ılımlı çok partili parlamenter rejimlerdeki kadar güçlü olmayabilmektedir. Bu konuda bkz. Özbudun, *Batı Demokrasilerinde ve Türkiye’de Parti Disiplini*, Ankara 1968,, s. 137-147. Özbudun, *Siyasal Partiler*, Ankara 1977, s. 153-155.

⁶⁴ Tam bu noktada, iktidarın kişiselleşmesi olgusu karşımıza çıkmaktadır. Parti disiplininin büyük ölçüde etkilediği bu olgu, çağdaş demokrasilerde parlamentonun önemini azaltan faktörlerden biri olarak kabul edilmektedir. Yürütmenin güçlenmesinde öncelikli bir etken olarak gördüğümüz kişiselleşmiş iktidar olgusuna, aşağıda daha geniş biçimde yer verilecektir.

⁶⁵ Parlamenter rejimin parti disiplini artırarak etkisini, genellikle bu rejim tipinin temel unsurlarından biri sayılan fesih yetkisine bağlayan doktrin görüşüne göre; “*hükümetin parlamentoyu fesih yetkisi, parti disiplininin temelidir.*” Ancak, uygulamada bu yaklaşımın artık geçerli olmadığı görülmüştür. Örnek olarak, İngiltere’de fesih yetkisi, disiplin sağlayıcı bir fonksiyon görmemekte, Avustralya ve Yeni Zelanda’da fesih yetkisi, son derece seyrek biçimde ve parti disiplini ile ilgili olmayan gerekçelerle kullanılmaktadır. İtalya’da II. Dünya Savaşı’ndan sonra bir defa bile feshe gidilemezken, Norveç’te ise bu yetki hiç söz konusu değildir. Özbudun, *Batı Demokrasilerinde...*, s. 141-142. Yasama tekelini olduğu kadar, yürütmeyi denetleme yetkisini de zamanla yitiren yasama organı, neredeyse bir *müzakere* (görüşme ve danışma) organı durumuna bürünmüştür. Tunaya’ya göre bu durum, klasik anayasa hukukundaki büyük dönüşümün bir habercisi olmuştur. Tunaya, s. 459.

Çağdaş Siyasal Rejimlerde Etkin Yürütme Olgusu

liderlerinin başkanlığı altında kurulmuş olan hükümeti denetlemek ve bu denetimin doğuracağı siyasal sorumluluk ve yaptırımı uygulamak cesaretini gösterememiştir. Durum böyle olunca da, kurulan hükümetlerin, yasamanın siyasal denetiminden bağımsız bir ortamda çalışma zemini de açılmıştır⁶⁶.

Yürütmenin siyasal sorumluluğuna fiilen gidilememesi olgusunun yanı sıra, Avam Kamarası'ndan geçen kanunların, genellikle hükümetin öngördüğü biçime uygun olması da, Lijphart'ın söylemiyle, yürütmenin güçlü olduğunu gösteren uygulamalardandır⁶⁷. Bunun da temelinde, tasarı üzerindeki uzun ve etraflı görüşmelerin sonucunu önemsiz yapan ve hükümetin iradesini esas kılan güçlü parti disiplini olgusu yatmaktadır⁶⁸. Belli bir program ve çıkarlar dizisi etrafında örgütlenmiş partilerin üyesi olan parlamento üyeleri, bu program ve çıkarların önderliğini yapan yürütme şefini, yani başbakanı, parti disiplininin de etkisiyle körü körüne desteklemektedirler. Bunun sonucunda ise arkasını sağlam bir yasama çoğunluğuna dayanmış bulunan hükümet, büyük bir güç ve otorite elde etmektedir⁶⁹.

Parti disiplini olgusunun yol açtığı bu gelişme ve değişmelerin doğal bir sonucu olarak da, parlamenter rejimdeki kuramsal yasama ve yürütme ayrılığı, uygulamada pek de yansımamı bulamamıştır. Daha doğrusu, bu erkler arasındaki dengenin yürütme lehine bozulması ile kuvvetler ayrılığı ilkesinin de eski klasik anlamını yitirdiği görülmüştür.

Parlamenter rejimlerde, yürütmenin güçlü ve etkin bir konumda bulunmasına doğrudan etki eden bir diğer faktör ise seçim sistemleridir. Bu konuda öncelikle belirtmek gerekirse, seçim sistemlerinin, büyük ölçüde parti sistemlerini ve bu yolla da hükümet yapılarını belirleyecekleri yönünde doktrinde temel bir varsayım bulunmaktadır. Şöyle ki; yasama organında çok sayıda partinin temsil edilmesine fırsat tanıyan orantılı (nisbi) temsil sistemi, koalisyon hükümetleri yoluyla yürütmenin güç ve otoritesini engelleyerek, parti disiplini ve fesih gibi yürütmeyi güçlendiren hukuki kurumlardan

⁶⁶ Lipset de, çoğunluk partisi üyelerinin, hükümetçe yasamaya sunulan bütçeler, yasa tasarıları gibi politikalarını desteklemek üzere oy kullanmak zorunda kaldıklarına, aksi halde kabinenin düşerek seçime gidebileceğine işaret etmektedir. Lipset, s 170. Kuzu, Türkiye İçin..., s. 53. Güneş, s. 165.

⁶⁷ Bu anlamda, tutarlı bir çoğunluk partisinin liderlerinden oluşan ve normal şartlarda yasamanın desteğini arkasına alan kabinenin, iktidarda kalması kadar, kanun tekliflerini parlamentodan geçirmesi de bir ölçüde garantilenmiş sayılabilir. Lijphart, Çağdaş Demokrasiler..., s. 4.

⁶⁸ Özkol, s. 68. Disiplinli çift parti sisteminin hükümete sağladığı bu büyük otorite sayesinde, kabine üstünlüğü, İngiltere'de en çok göze çarpan bir olgu niteliği kazanmıştır. Duverger, Siyasal Partiler, s. 411 vd. Kuzu, Türkiye İçin..., s. 49. Lipset, s 170.

⁶⁹ Özkol, s. 69.

beklenen sonuçları engellemektedir. Çoğunluk sisteminin ise iki-parti sistemleri ile tek-parti hükümetlerine yol açtığı bir gerçekliktir⁷⁰.

Özellikle de parlamenter hükümet modelini benimseyen modern temsili demokrasilerde, değişik sınıf ve görüşlerin temsil edilmesi bütünüyle engellenmemek koşulu ile Özkol'a göre, büyük partilere prim yapan seçim sistemlerinin devreye sokulması, güçlü yürütmeye duyulan gereğin açık bir yansıması biçiminde değerlendirilebilir⁷¹. Yasama ve yürütme organlarını, aynı motorla çalışan iki makine durumuna getiren seçim sistemi ise *Westminster Modeli* olarak da bilinen, tek turlu ve tek isimli çoğunluk sistemidir. Parti sayısını azaltarak genelde iki partili bir siyasal hayata yol açan bu seçim sisteminin uygulanması sonucunda, tek-parti hükümetlerinin ortaya çıkacağına ve hükümetin bir "saat sarkacı gibi" iki parti arasında gidip geleceğine yönelik doktrinde güçlü beklentiler vardır⁷². Zaten iki partili parlamenter rejimlerde seçimlerin, gerçekte, iki başbakan adayı arasında bir plebisite dönüştüğü de belirtilmektedir⁷³. Partilerin disiplinli olmasına da zemin hazırlayan bu sistemde hükümetler, iki partiden birisi tarafından kurulduğu ve bu nedenle koalisyon veya azınlık hükümetlerine gerek kalmayacağından dolayı oldukça güçlü bir konum elde ederler⁷⁴. Yürütme ve yasamanın türdeş bir çoğunluğa dayanmasına zemin hazırlayan bu seçim sisteminde hükümetler, kendilerine tanınmış dönem içinde istikrarlı bir yapı göstermenin yanı sıra, karar verme kapasitelerini, yani güç ve etkinliklerini de artırmış olurlar. Böylece, yürütme erkinin yanı sıra, meclis içindeki çoğunluğu sayesinde, yasama erkini de rahatlıkla yönlendirebilen hükümetin, sistem genelinde etkin bir güç durumuna gelerek, adeta bir "kabine diktatörlüğü" ne kapı açtığına tanık olunmaktadır.

⁷⁰ Lardeyret Guy, "Orantılı Temsile İlişkin Sorun", (Çev. Mehmet Turhan), *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Der. Larry Diamond ve Marc F. Plattner, 1995, s. 200. Türköne Mümtazer, *Siyaset*, Lotus Yayınevi, Ankara, 2003, s. 300 vd.

⁷¹ Özkol, s. 69.

⁷² Quentin L. Quade, "Orantılı Temsil ve Demokratik Devlet Yönetimi", (Çev. Mehmet Turhan), Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 207 vd. Lardeyret, s. 202. ; Duverger, *Siyasi Partiler*, s. 277. Sartori, Duverger'in seçim sisteminin parti sayıları üzerindeki etkileri konusunda yaptığı bu formülasyonun, sosyolojik bir kanun gibi anlaşılmanması gerektiğine dikkati çekmektedir. Çünkü Duverger, bir korelasyonun, nedensel bir ilişkiyi haklı göstereceğini varsaymakta; başka bir deyişle, "sebebi olmak"la "ilişkili olmak" arasındaki farkı gözden kaçırmaktadır. Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa...*, s. 46-47. Ayrıca bkz. Teziç, s. 304.

⁷³ Güneş, s. 166.

⁷⁴ Jean-Marie Cotteret / Claude Emeri, *Seçim Sistemleri*, (Çev. Ahmet Kotil), İletişim Yayınları, (Presses Universitaires De France), Cep Üniversitesi, İstanbul, (tarihsiz), s. 80. Quade Quentin L, "Orantılı Temsil ve Demokratik Devlet Yönetimi", (Çev. Mehmet Turhan), Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995., s. 212.

Söz konusu seçim sisteminin yol açtığı parti disiplini olgusunun da etkisiyle, milletvekilleri üzerindeki parti otoritesi ve güvenoyu istemiyle meydan okumalar, milletvekillerini boyun eğmeye zorlamakta, bu suretle yasama, yürütme organının güdümüne girmektedir. Bunun da bir sonucu olarak, gensoru, meclis araştırması ve genel görüşme gibi parlamenter denetim mekanizmalarının pratik yönden bir anlam ve önemi kalmamaktadır⁷⁵.

2- Etkin Yürütmeyi Sağlamada Başkanlık Rejimini Üstün Gören Yaklaşım

Başkanlık rejiminde etkin yürütmenin oluşmasında başlıca üç faktör bulunmaktadır. Bunlardan *birincisi*, başkanlık rejiminde yürütme yetkilerinin, parlamenter rejimden farklı olarak tek elde toplanması; *ikincisi*, başkanlık rejiminde yürütmenin, meşruluk kaynağını, doğrudan halkoyunda bulması; *üçüncü* olarak da, yürütmenin bu hükümet modelinde sabit bir süre için seçilmesi ve bu sürenin sonuna kadar görevden alınmamasıdır. Aşağıda, ilk önce birinci faktörü ve onun dayandığı düşünsel temeli ele almaya çalışacağız.

a- Yaklaşımın Kuramsal Temeli

En büyük ve kapsayıcı siyasal iktidar olarak devletin, tek kişi tarafından daha iyi yönetileceği düşüncesi, tarihsel açıdan çok eskilere kadar giden bir temele sahiptir. Bu konuda önce, ilk çağ filozof ve siyasal bilimcilerinden Platon ve Aristo'nun görüşleri dikkat çekmektedir. Bunlara kısaca değinmek gerekirse, *Platon*, etkin bir yönetim ve yürütmenin sağlanabilmesi noktasında gerekli olan “devlet biliminin” (politika), ancak çok küçük bir azınlıkta, hatta tek kişide bulunduğu görüşündedir⁷⁶. Ancak Platon daha sonraları, sınırsız iktidara sahip ve yönetme ve yürütme hakkını kendisinde somutlaştıran ‘*filozof kral*’ düşüncesini, gerçeklerle bağdaştıramadığından dolayı terk etmiştir. Bununla birlikte, *Yasalar (Nomoi)* adlı eserinde, “tiranlıkta olduğu gibi, iktidarın sayıca en az ve en güçlü kişinin elinde olduğu yerde, ancak o zaman kolay ve hızlı bir değişim ortaya çıkar⁷⁷.” demek suretiyle, eskisi kadar olmasa da, tek elden yönetimin üstünlüğü yönündeki yaklaşımını sürdürmüştür.

⁷⁵ Sezen Saim, *Seçim ve Demokrasi*, Ankara 1994, s. 302. Teziç, s. 304.

⁷⁶ Politikayı, devlet bilimi anlamında kullanan Platon'a göre, bu özelliği üzerinde bulunduran kişi, adeta “insanlar arasında bir tanrı gibidir.” Ağaoğulları Mehmet, *Eski Yunan'da Siyaset Felsefesi*, Ankara 1989, s. 199. Burada sözü edilen tek elden yönetim düşüncesinin, Mustafa Kemal'in; “tabiatta dahi tevhibi kuvva vardır” (doğada bile kuvvetler birliği vardır) görüşündeki *kurumsal anlamdaki güç odağı* anlamından bütünüyle ayrı ve kişisel anlam ifade eden bir özellik gösterdiği, açıkça ortadadır. Parla Taha, *Türkiye'nin Siyasal Rejimi 1980-1989*, İstanbul 1985, s. 18. Ayrıca bkz. Nur ULUŞAHİN, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık rejimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999.

⁷⁷ Platon, *Yasalar*, (Çev: Candan Şentuna-Saffet Babü), 2. Basım, Kabcacı Yay., İstanbul, 1994, s. 157 vd.

Platon'un filozof kralındaki monarşik yürütmesine benzer biçimde, *Aristo* da, erdem ve yetenekçe ileri bir kişinin, yasaların üstüne çıkarak ve hiçbir şeyle bağımlı bulunmayarak egemen olup, ülkeyi yönetmesinin haklı ve adil olduğunu ifade etmiştir⁷⁸.

Yunan siyasal düşüncesindeki, tek kişi yönetimine karşı duyulan bu eğilimin benzerini Roma'da görmekteyiz. Bu konuda *Çiçero*'nun şu ifadeleri, özellikle de olağanüstü dönemlerde ülkelerin, etkin bir lidere duydukları gereğini de vurgulaması bakımından dikkat çekicidir;

“Barışta ve durgun bir ortamda, korkulacak bir şey olmadığından, insan kendini bırakır, tıpkı bir gemide ya da hafif bir hastalıkta olduğu gibi. Fakat birden fırtına kopunca ya da hastalık ağırlaşınca, yolcular ve hastalar tek bir kişinin yardımını istemeye başlarlar. Aynı şekilde biz de de halk, barış zamanı yöneticilere hükmeder, tehditler savurur, meclisleri toplar; ama savaş çıkınca bir krala itaat edercesine itaat eder”⁷⁹.

Bir kentte veya ülkede tek bir hükümet olması gerektiğini belirten *Padovalı Marsilius* ise hükümetin ya da yöneticinin sayısal anlamda tek olmaması durumlarında çatışma, ayrılık ve en sonunda da kent veya devletin yok olması tehlikesi ile karşılaşılacağına vurgu yapmaktadır⁸⁰.

Tek elden yönetimin üstün olduğuna yönelik psikolojik ve düşünsel bir temel oluşturduğunu düşündüğümüz bu görüşler, aslına bakılırsa, monarşiye destek veren bir özellik göstermektedir. Ancak burada vurgulanmak istenen, tek kişi yönetimine yaklaşım biçimidir. Bu tip yaklaşım da, başkanlık rejimindeki tek kişi yönetimi ile temelde uyumsuzdur. Zira adı geçen düşünürlere ait görüşlerin genel değerlendirmesinde öncelikle, *koruyucu, kurtarıcı, baba* biçimindeki ifadeler ve bu ifadelerde gizli, toplumsal birlik ve uyumu sağlayacak bir kişi arayışının varlığı dikkati çekmektedir. Bu yöndeki arayış, başkanlık rejiminin temelindeki güçlü yürütme arayışı ile bir noktada buluşmaktadır. Uruguay için kollejyal bir yürütmeyi öngören *Ordenez*, yürütme

⁷⁸ Aristoteles, *Politika*, (Çev. Mete Tuncay), İstanbul 2000, s. 105 vd. *Aristo*'nun bu yöndeki düşüncelerini, bir öneri ölçüğünde değerlendirmek yerinde olacaktır. Zira, *Aristo* yine bu eserin bir başka yerinde, “...krallar da... uyruklarından öyle çok üstün olmadıklarına göre...birbirlerine benzer olan herkes yönetme ve yönetilme işini sırayla eşitlik üzere paylaşmalıdır.” demek suretiyle, belirttiği biçimdeki tek elden yönetim olgusunun söz konusu olamayacağını da kabul etmektedir. a.g.e., s. 220-221.

⁷⁹ Ağaoğullarmehmet Ali I / Köker Levent, *İmparatorluktan Tanrı Devletine: Siyasal Düşünceler*, Birinci Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 1991, s. 50.

⁸⁰ Marsilius Of Padua, *Defensor Pacis*, (Translate and İnt. By Alan Gewirth), University of Toronto Press, USA, 1980, XVII, s. 80-86.

gücünü, bir savaşçının gücü gibi görüp onu, *bir eylem ve saldırıda çeviklik* biçiminde betimlemektedir⁸¹.

Üstün kişisel özellikler ile donatılmış tek kişi figüründe odaklanan bu arayışların, ilk bakışta Montesquieu'nun, "kuvvetler ayrılığı kuramı" konusundaki görüşleri⁸² ile karşıt kulvarlarda görüldüğü rahatlıkla söylenebilir. Ancak ardından gelen görüşlerine baktığımızda ise bu düşünürün de; *yürütme erkinin çok kişiye oranla tek kişi tarafından daha iyi yerine getirileceği* noktasında bir düşünce içinde olduğunu⁸³ görebilmekteyiz. Yasama ve yürütme ayrılığını, kuramsal ve ampirik açıdan en iyi uygulayan ABD Anayasası için, tek kişilik yürütmenin önde gelen savunucusu olan Hamilton'a göre, enerjik yürütme, iyi hükümetin en başta gelen özelliği olup, yürütmeye bu enerjik niteliğini veren temel öge de, birlik (*unity*) ögesidir. Birden fazla kişiden oluşan yürütme organının, toplumu en şiddetli ve uyum içine sokulmayan hiziplere böleceğini vurgulayan Hamilton, tek kişilik yürütmenin toplumsal birlik ve uyumu sağlayacağı inancını da bu suretle tekrar ortaya koymuş bulunmaktadır⁸⁴. Bu yaklaşımların da çerçevesinde, ABD Anayasası yapılırken, çoğul yürütmenin, tek bir kişinin çok fazla güç kazanmasının önüne geçeceği ve yürütmenin tek kişiye verilmesinin, monarşiyi doğuracağı düşünceleri yeterince değer görmemiş, hatta bunun tam tersine, yürütmenin

⁸¹ Ordenez Jose Batlle, "A Collegial Executive for Uruguay", Edt. *Arend Lijphart, Parliamentary versus Presidential Democracy*, Oxford University Press, New York, 1992, s. 175. Ordenez'in betimlemesine benzer bir durumu, Machiavelli'nin 'Prens' adlı eserinde de görmek mümkündür. Machiavelli burada, prensin, gerektiğinde bir tilki ya da aslan gibi davranmasını öğütlemektedir. Machiavelli, *Prens*, (Çev: Nazım Güvenç), Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 1993, XVIII, s. 109 vd.

⁸² Hatırlanacağı üzere Montesquieu, faziletin bile sınırlandırılması gereğinden yola çıkarak, "iktidarın kötüye kullanılmasına için olayların düzeni gereğince, iktidarın iktidarı durdurması gerekir" demektedir. Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, Kitap XI, Bölüm 4, s. 294.

⁸³ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, Kitap XI, Bölüm 6, s. 305. Montesquieu bu noktadaki düşüncesini, yürütme erkinin kullanılmasının, ani iş görmeyi gerektirmesi olgusuna dayandırmaktadır.

⁸⁴ Eşit itibar ve otoriteye sahip kamu görevlilerinin, kişisel yarışma ve bunun da ötesinde düşmanlık tehlikesine düşebileceğine işaret eden Hamilton, ilgili kamusal organın yürütme olduğu durumlarda ise olabileceklere şu ifadeleriyle dikkati çekmektedir: "...Bu ülkenin en yüksek yürütme makamı bir çok kişinin elindeyse ve bu makama böyle bir anlaşmazlık girerse, devletin en nazik bulunduğu sırada, hükümetin en önemli tedbirleri alması engellenmiş ve olanaksız hale gelmiş olabilir. Asıl kötüsü, bu anlaşmazlıklar, topluluğu, yüksek makamda bulunan çeşitli kimseleri bağlanmış zümreler haline getirip, şiddetli ve uzlaşmaz bölünmelerin ortaya çıkmasına yol açabilir" Hamilton Alexandre, James Madison Ve John Jay, *Anayasa Üzerine Düşünceler: Federalistlerin Makalelerinden Seçmeler*, (Çev. Mümtaz Soysal), İstanbul 1962, s. 70. Bu noktaya ilişkin olarak Tocqueville de, demokratik toplumların hükümetle ilgili olarak siyasal gücün tek noktada toplanmasından yana bir eğilim içerisinde olduklarına dikkati çekmektedir. Tocqueville Alexis De, *Amerika'da Demokrasi*, (Çev. İhsan Sezal ve Fatoş Dilber), Ankara 1994, s. 252 vd.

bir kanadının diğerini kontrol ettiği bir sistemde kararların sakatlanabileceği dahi ileri sürülmüştür⁸⁵.

Buraya kadar anlatılanları dikkate aldığımızda, ABD Başkanlık Anayasası'nın, kendi içinde bir çelişik durum yaşadığı söylenebilir. Şöyle ki; iktidarın kötüye kullanılmaması için, iktidarın iktidarı durdurması gerektiği yönündeki doktrin söylemlerine dayanan bu anayasa, tarihteki düşünsel yaklaşımın da etkisiyle, devletin tek kişi tarafından yönetilmesi gerektiğini benimsemiş ve bu yönde de yürütme erkinin tümünü tek kişide toplamıştır. Bu ise aşağıda da inceleyeceğimiz, yürütme şefi konumundaki başkanın iktidarının kişiselleşmesi olgusuna karşı derin bir kaygı potansiyelini ortaya çıkarmaktadır.

b- Toptancı Eğilimlerin Etkin Yürütme Yaklaşımı Üzerindeki Etkileri

Güçlü yürütme arayışlarının bir sonucu olarak başkanlık anayasalarında kabul edilen bazı kurumsal formüller, bizi başkanlık rejiminin çoğunlukçu (toptancı) yönde eğilimler içerisinde olduğu sonucuna götürmektedir. Bu yöndeki eğilimlerin de, başlıca iki biçimde kendini gösterdiği anlaşılmaktadır: Bunlardan ilki, “ya hep ya hiç” türünden bir siyasal yapının da sonucu olan, siyasal kutuplaşma potansiyeli iken; diğeri ise iktidarın kişiselleşmesi olgusundan meydana gelmektedir.

Juan Linz'in belirttiği ve doktrinde de genel olarak benimsendiği haliyle; başkanlık rejiminde “kazananın her şeyi aldığı” (*winner takes all*), “kaybedenin de her şeyi kaybettiği” (*loser loses all*) kuralına göre işlediği böylesi bir düzenlemenin, demokratik siyaseti bir “toplam-sıfır oyunu” (*zero sum game*) haline getirmektedir. Bu durumun ise belki de sistemin öngörmediği oranda güçlü bir yürütme ortaya çıkardığına tanık olunmuştur. Bir de bu tür bir oyunun, içerdiği çatışma potansiyelinin tamamını beraberinde taşıma eğiliminde olduğu da ayrıca vurgulanmalıdır⁸⁶. Bu bağlamda başkanlık rejimi, tek kişiye ait olan yürütme erkinin bölünmesine uygun olmadığından, siyasal mücadelenin taraflar açısından “ya hep ya hiç”, yani “sıfır-toplamlı” bir oyuna dönüşmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Yani seçimi kaybedenler, parlamenter rejimde olduğu gibi yasama organında muhalefet sıralarında dahi temsil edilme olanağını kaybetmektedirler. Başkanlık yarışındaki bu durum ise kazananların her şeyi kazanmasına kaybedenlerin

⁸⁵ Dahl Robert A., “At the Convention: The Paucity of Models”, Arend Lijphart, Edt., *Parliamentary versus Presidential Democracy*, Oxford University Press, New York, 1992, s. 58 vd. Dahl, bir başka eserinde modern siyasal rejimlerin, yürütme erkini ya teoride ya da pratikte birleştirmek suretiyle, aslında bir azınlık tahakkümüne zemin hazırladığına dikkati çekmektedir. Dahl Robert A., *Demokrasi ve Eleştirileri*, (Çev. Levent Köker), Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 337 vd.

⁸⁶ Linz Juan J, “Başkanlık Rejiminin Tehlikeleri”, (Çev. Ergun Özbudun), *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, Ankara, 1995., s. 147-148. Linz Juan J, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?”, *The Failure of Presidential Democracy*, ed, Linz Juan J and Arturo Valenzuela, London 1994, s. 14.

ise her şeyi kaybetmesine neden olmaktadır. Diğer yandan seçimi kaybeden adayların bir sonraki başkanlık seçiminde partisi tarafından yeniden aday gösterilerek yarışma şansı da oldukça zorlaşmaktadır⁸⁷. Parlamenter rejimde demokratik siyasal muhalefetin, hatta ‘ana muhalefet’ niteliği ile sürekli biçimde oyun içerisinde tutulması durumu söz konusudur. Başkanlık rejiminde ise başkanlık yürütmesi elde edilecek en büyük siyasal ödül olarak algılanmaktadır. Başkanlık rejiminin bir dönem boyunca yürütme kontrolünün el değiştirmesine kapalı olduğundan dolayı, siyasal erkler arasında olduğu kadar, kazanan ve kaybedenler arasındaki ilişkilerde gerginliğe neden olacağı gerçektir. Bu durumun ise muhalefetin kendini güçsüz hissettiği durumlarda, siyasal bunalım ve toplumsal gerginliğin artmasında büyük bir rol oynayacağına ilişkin eleştiriler haklı olarak dile getirilmektedir⁸⁸.

Yürütme organının bölünmezliği bakımından, başkanlık rejiminde siyasal yaşamın “ya hep ya hiç” oyununa dönüşeceği, her zaman benimsenebilir bir olgu biçiminde ele alınmamalıdır. Çünkü bu rejim bünyesinde siyasal iktidar yarışı, sadece yürütmenin elde edilmesine yönelik olarak yapılmamaktadır. Yasama organı içinde üstünlüğün sağlanması da, bu yarışın diğer önemli bir kanadını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, yürütmenin kontrolünü elde edemeyenler açısından, yasama meclisinde üstünlüğün sağlanması mümkündür. Ancak, başkanlık rejimlerine özgü olarak kabul edilen; siyasal mücadelenin, kazananın her şeyi aldığı, kaybedenin de her şeyi kaybettiği “sıfır-toplamlı” (*zero sum*) bir oyun niteliğine dönüşmesi durumu, işin aslına bakılırsa, tam da iki partili parlamenter rejimleri karakterize eden bir olgudur⁸⁹. Çok partili sistemler, çoğu zaman başkanların yasama organlarında azınlıkta kalmalarına yol açmaktadır. Başkanlık modelindeki bölünmüş çoğunluklar probleminin de önüne geçmenin bir çözümü olarak iki partili sistemin, günümüzde bu hükümet modelini benimseyen ülkelerin, genellikle yöneldikleri bir yapı olduğu söylenebilir. Zira başkanlık yürütmesinde başkanların, genellikle üyesi oldukları partinin azınlıkta olduğu bir yasama organı ile çalışmak istemeyeceği yönünde yaygın bir düşünüş vardır⁹⁰.

Güçlü yürütme olgusuna, yürütme organının oluşum biçimi açısından bakmak

⁸⁷ Yazıcı, s. 135.

⁸⁸ Özer Attila, *Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*, Ankara 1998, s. 75-76. Jones Charles, *Separate But Equal Branches-Congress and the Presidency*, Chatham-New Jersey 1995, s. 26-27. ; Gönenç, s. 24. ; Onar, s. 92. ; Özbudun, *Başkanlık Sistemi Tartışmaları*, s. 109. ; Yazıcı, s. 135-136.

⁸⁹ Erdoğan s. 114. Ancak, bu özellik, bütün parlamentarizm uygulamalarından çok, Westminster tipi disiplinli iki partili parlamenter rejimlerin ayırdedici bir karakteristiğidir.

⁹⁰ Bunun da arkasında, yasama organından geçirilmesi gereken kanun ve diğer bazı işlemlerin akibetinden emin olmak isteği bulunmaktadır. Yasama organında çoğunlukta olan başkanlar, işlerini normalde daha kolaylıkla yürütürlerken, tam tersine, yasamada azınlıkta olduklarında

da, konumuzun anlatımında kolaylık sağlayacaktır. Bununla ilgili olarak, parlamenter rejimlerde yürütmenin, yasama organı içinde tek bir partinin salt çoğunluk (%50+1) sağlayabildiği ender durumlar bir yana, daha çok bu salt çoğunluğu sağlayamayan bir siyasal partinin, diğer parti veya partilerle kurdukları koalisyon veya oluşturdukları azınlık hükümeti ile ortaya çıktığı bilinmektedir⁹¹. Özellikle çok partili parlamenter rejimlerin ampirik niteliğini vurgulayan bu son durum, sağlam ve türdeş bir yasama çoğunluğunun yokluğu nedeniyle, istikrarsız olduğu kadar, karar alma kudretinden de yoksun, yani güçsüz hükümetlerin iş başında olmaları sonucuna yol açmaktadır.

Seçimlerden galip çıkarak tüm yürütme yetkilerini tek başına ele geçiren başkanın, yukarıda da belirttiğimiz gibi, sabit görev süresi içinde, adeta alternatifsiz bir konumda görünmesi ile toplam-sıfır oyunu biçiminde yürütülen başkanlık seçimlerinin önemi, giderek daha da artan bir ivme kazanmıştır⁹². Parlamenter rejimlerin tersine, başkanlık rejimlerinde seçimi kazanan aday, elde ettiği oy çoğunluğu ne olursa olsun, yürütme görevini tek başına üstlenmektedir. Bu yönüyle, Linz'in de kaçınılmaz biçimde problemlili olarak kabul ettiği başkanlık rejimi, ayrıca, başkanın sabit görev süresi ve tekrar seçilmeyi yasaklayan düzenlemelerin varlığı ile daha da riskli bir duruma gelmektedir. Kazananlarla kaybedenlerin, yürütme şefinin sabit görev süresi boyunca net biçimde belirlenmiş olması, kaybedenlere bu süre içinde beklemekten başka bir şans vermemektedir⁹³. Durum burada böyle iken, parlamenter rejimlerde ise seçimleri kaybeden parti liderleri yasama organında yer almakta; hatta yerine göre '*ana muhalefet lideri*' konumu ile de itibar görmektedir.

Başkanlık yürütmesinin bu dışlayıcı özelliği, başkanlık seçimine katılan partiler için başkanlığı, daha doğrusu yürütme erkini elde geçirmeyi, diğer tüm seçim hedeflerinden daha üstün kılmaktadır. Arturo Valenzuela da bu konuya ilişkin olarak; başkanlığın,

ise işlerin yapılmasında büyük olasılıkla ciddi zorluklar ile karşılaşılır. Linz, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?", *The Failure of Presidential Democracy*, s. 34 vd.

⁹¹ Linz, "Başkanlık Rejiminin Tehlikeleri", s. 147.

⁹² Öyle ki, başkanlık seçimleri, bu kararı politikacıların perde gerisindeki manevralarına bırakmak yerine, halka yürütme gücünün başını seçme fırsatı vermesi bakımından tartışılmaz bir avantaj taşır. Ancak bu da, yalnız açık bir vekaletin varlığı durumunda gerçek avantaj sayılabilir. Zorunlu bir asgari çoğunluk yoksa ve adaylar tek bir turda yarışıyorlarsa, kazanan ile ikinci arasındaki fark, kesin bir plebisitin gerçekleştiğini ileri süremeyecek ölçüde küçük olabilir. Linz, *Başkanlık Rejiminin Tehlikeleri*, s. 148.

⁹³ Linz, bir diğer makalesinde, seçim yarışını kaybedenlerle ilgili olarak, başkanlık seçimi sonucunda, partilerinde güçlü bir liderlik konumuna sahip olmayan başkan adaylarının oyunun dışında kaldığını, yani onlar için de, "kaybeden her şeyi kaybeder" (*loser loses all*) kuralının işlediğini belirtmektedir. Linz, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?", *The Failure of Presidential Democracy*, s. 14.

başkanlık rejimlerinde en önemli siyasal ödül olduğu noktasına vurgu yapmaktadır.⁹⁴ Bu şekildeki mutlak kazanma veya kaybetme türünden sonuçların ortaya çıkması, başkanlık rejiminin yanı sıra, parlamenter rejimler için de kuramsal planda olmasa bile, pratikte söz konusu olabilir. Sağlam bir çoğunlukla işe başlayan parlamenter bir yürütmeyi, görev süresi bitmeden düşürmenin hiç de kolay olmadığı, hatta çok zor olduğu, Horowitz'in de belirttiği gibi açık bir siyasal gerçekliktir⁹⁵. Öyle ise tam bu noktada, sağlam ve tutarlı bir yasama çoğunluğunu arkasına alan bir başbakan ile halk tarafından seçilen ve sabit bir süre boyunca görevine son verilemeyen bir başkandan hangisinin daha güçlü konumda olduğuna yönelik bir soru karşımıza çıkmaktadır. Bu soruya, Horowitz'in az önceki görüşlerinin de bir açılımı olarak gördüğümüz Linz'in aşağıdaki görüşleri çerçevesinden bakmak mümkündür. Linz'in, bizim de katıldığımız görüşüne göre; disiplinli bir partinin, parlamentodaki sandalyelerin çoğunluğunu veya daha fazlasını kazandığı bir parlamenter rejimde de, “*kazananın her şeyi kazanacağı*” kuralı, ampirik açıdan egemen durumdadır. Sadece Westminster tipi disiplinli iki parti sistemini uygulayan parlamenter rejimlerde geçerli olan bu durumun örneklerine, parlamentarizmin diğer uygulamalarında ise pek sık rastlanmamaktadır⁹⁶. Bu konuda Lipset de benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Lipset, başkanın başbakandan daha güçlü olduğu ve iktidarın onda yoğunlaştığı yönündeki, literatürde egemen olan çoğunluk görüşünü yanlış bularak eleştirmektedir. Zira Lipset'e göre, başkanlık rejimi zayıf partilere ve de zayıf yürütme organlarına neden olmaktadır⁹⁷.

İngiliz parlamenter yürütmesini, bir dönem adıyla adeta özdeşleştirmiş olan Thatcher, başkanlık yürütmesini tek başına temsil eden bir başkanın olduğu gibi, kesinlikle eşitler arasında birinci gelmenin de ötesinde, yürütme organının Amerika'daki başından çok daha fazla bir iktidar toplanması örneği göstermektedir⁹⁸. Ancak bu

⁹⁴ Valenzuela Arturo, “Party Politics and The Crisis of Presidentialism in Chile: A Proposal for a Parliamentary form of Government”, içinde *The Failure of Presidential Democracy*, ed. Linz John J. and Arturo Valenzuela, London 1994. s. 190.

⁹⁵ Horowitz Donald L, “Demokratik Sistemleri Karşılaştırmak”, (Çev. Levent Köker), *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 163-164.

⁹⁶ Zira, nisbi (oransal) temsil sisteminin bulunduğu parlamentarizm uygulamalarında, pek çok partiye temsil şansı verildiğinden dolayı, disiplinli bir parti, yasamadaki tüm sandalyelerin salt çoğunluğunu tek başına elinde bulundurarak “ya hep ya hiç” türünden bir duruma benzer konumda bulunamaz. Bkz. Linz, *Parlamentarizmin Erdemleri*, s. 177 vd.

⁹⁷ Lipset Seymour Martin, “Siyasal Kültürün Merkeziliği”, (Çev. Levent Köker), *Demokrasinin Küresel Yükselişi* Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 170.

⁹⁸ Bunda ise İngiltere'nin üniter yapıda olup, yasamayla yürütmenin de siyasi bakımdan özdeş olması yanında, Amerikan sisteminin, federal yapılı, erklerin sert ayrıldığı ve parti disiplininin zayıf olmasının etkileri büyüktür. Yavuz K. Haluk, *Türkiye'de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi*, Ankara 2000, s. 181.

durumun da, hükümet sistemleri karşılaştırmasında salt bir hukuki olgu olarak kabul edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Çünkü “kazananın her şeyi kazanacağı” kuralı işlese bile, bir parlamenter rejimde başbakanın, arkasındaki sağlam ve tutarlı çoğunluğu daima hoşnut etmek zorunda olduğu, açık bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır. Şayet yasamanın güvenini sona erdiren, yani parlamenter yürütmenin sorumluluğunu gerektiren bir olay gerçekleşirse, örneğin günümüzde Avam Kamarası, Tony Blair ve Kabinesini düşürebilecektir. Ancak, başkanlık yürütmesi için ise bu türden bir risk asla söz konusu değildir⁹⁹.

c- Başkanlık Yürütmesinin Etkinliğinde Başkanların Seçilme Yönteminin Etkileri

Horowitz’e göre, başkanlık yürütmesi seçimlerinde kazananın her şeyi alması biçiminde ifadesini bulan çoğunlukçu eğilim, aslında soyut anlamda kurumların değil, uygulanan *seçim yönteminin* bir sonucudur¹⁰⁰. Horowitz’in aynı makalesinde, görüşlerini eleştirdiği Linz’e göre; basit çoğunluk sistemlerinde başkan adayları, seçimi kolaylaştırmak amacıyla, siyasal yelpazenin aşırı uçlarını beslemekte ve bu aşırı uçlara parlamenter rejimde sahip olmadıkları bir etkileme gücü kazandırmaktadır. Diğer bir ihtimal üzerinde de duran Linz açısından, başkanın basit çoğunluk yerine, en fazla oy almış iki adayın ikinci turda yarıştığı, salt çoğunluğun sağlanmasını gerektiren iki turlu bir seçim sistemi ile seçilmesi durumunda ise ılımlılar arasındaki ittifak kolaylaşırken, en fazla oy alan iki aday arasındaki zıtlama da artırılmış olacaktır. Bu noktada Linz’in görüşlerine katılmadığını belirten Horowitz, yürütmenin başı olan başkanın, düz basit çoğunluk veya salt çoğunlukla seçilmesinin gerekmediğini belirterek, zaaf olarak nitelediği bu durumun üstesinden gelen ülkelere de, Nijerya ve Sri Lanka örneklerini vermektedir¹⁰¹. Bu suretle, başkanlık rejimlerinde, yürütmenin aşırı güçlenmesini körükleyen bu çoğunlukçu eğilimlerin ve seçim sonuçlarındaki orantısızlığın etkilerini bertaraf edilebilmesini hedefleyen Horowitz, bir noktayı atlamakta veya ciddiye almamaktadır.

Shugart ve Carey’nin üzerinde önemle durdukları bu noktaya göre, başkanlık

⁹⁹ Linz, *Parlamentarizmin Erdemleri*, s. 177. Thatcher örneği üzerinde duran Linz, böylesine güçlü bir başbakanın gerçek durumunu, mutlak çoğunluğa sahip bir başkanın durumu ile karşılaştırılabilir de, Thatcher’in tökezlemesi veya sorumluluğunu gerektiren bir şey yapması hallerinde, Avam Kamarasındaki Muhafazakar çoğunluğun, bir rejim krizine yol açmadan parlamenter yürütmeyi düşürmesi gibi, arada önemli bir hukuki farklılık bulunduğu dikkati çekmektedir.

¹⁰⁰ Horowitz, s. 161-162. Örgün Faruk, *Dar Gelen Gömlek: Başkanlık Rejimi*, İstanbul 1999, s. 60.

¹⁰¹ Horowitz’e göre, Nijerya bu engeli (zaafi) aşmada, başkanın ülke çapında basit çoğunluğu elde etmesi şartına ek olarak, 19 eyaletin en az 2/3’ünde oyların asgari % 25’ini alması şartını öngörürken, Sri Lanka ise başkanlık seçiminde alternatif oy sistemini benimsemek suretiyle, bu sorunu aşmıştır. Horowitz, s. 163-164.

seçimlerinde, kazanan adayın ardındaki toplumsal desteğin oranı ya da niteliği, Nijerya ve Sri Lanka örneklerindeki gibi değişebilirse de, kazananın yürütme organının tamamına tek başına egemen olacağı olgusunda herhangi bir değişiklik yaşanmamaktadır. Kuramsal açıdan, kazanan adayın, sandalyelerin %100'ünü kazandığı dikkate alınır, orantılılıktan sapma durumunda, kazananın elde ettiği oy çoğunluğu da eksi %100 olmaktadır. Çok partili bir başkanlık seçiminde sapma %60 veya daha çok olabilir. İki adaylı bir yarışta bile sapma, % 40'ın altına pek sık inmez. Bu suretle, durum ne olursa olsun, seçmenlerin ancak azınlığını temsil eden bir kişi, devlet ve hükümet başkanlığı sıfatlarını kendi kişiliğinde toplayarak, başkanlık yürütmesinin tek başlı niteliğini tüm açıklığıyla gösterir¹⁰². Bu durumun örneklerine daha çok, Latin Amerika ülkelerinde rastlanmaktadır. Saf başkanlık rejiminden sapmanın izlerinin sıklıkla görülebildiği bu ülkelerde, uygulanan seçim antlaşmaları sonunda, başkanlık yürütmesi adayının partisi, normalde azınlıkta olmasına rağmen, seçimi kazanabilmiştir. Salvador Allende'nin, 1970'te Şili'de başkanlık yürütmesi seçimlerini kazanması da bu şekilde olmuştur¹⁰³. Toplam oyların %36.2'sini almak suretiyle yürütme şefi seçilen Allende örneğinde olduğu gibi, halkın ancak üçte birinin desteğini alabilen bir başkan, böylelikle yürütme organının tüm yetkilerini ele geçirmenin yanında, yasama alanına da karışabilmektedir. Öyle ki, Latin Amerika başkancı yürütmelerinin çoğunda görüldüğü üzere, salt çoğunluğun bir hayli altında seçilen başkan, atamalar yapabilmekte, kanun teklifinde bulunabilmekte ve veto yapabilmekte ve hatta görevde kaldığı sabit süre dikkate alındığında, parti desteğindeki dalgalanmalara karşı varlığını koruyabilmektedir¹⁰⁴. Bu noktaya ilişkin olarak, Linz'in de belirttiği gibi; bazı başkanlar, azınlık kabinelerinin başındaki çoğu başbakanlardan daha düşük bir halkoyu ile iktidara gelirler ve de gerçektekenden daha fazla iktidar sahibi olduğunu düşünürler. Aynı zamanda, seçmenlerin gözündeki meşruluk oranlarının da, yüzdelerle göstergeye bakılmaksızın, başbakanlarınkinden daha yüksek olduğu görülür¹⁰⁵. İngiliz siyasal düşünür Bagehot da, bu konuyu özetlercesine; bir başkanlık rejiminin, başkana hem bir devlet başkanının "törenselsel" fonksiyonlarını, hem de bir yürütme organı başkanının "etkin" fonksiyonlarını verdiğini işaret etmektedir.

¹⁰² Shugart Matthew Soberg and John M. Carey , *President and Assemblies: Constitutional Design and electrol Dynamics*, Cambridge 1992, s. 76 vd.

¹⁰³ Valenzuela, s. 206. Horowitz, a.g.m., s. 163. Linz, Başkanlık Rejiminin Tehlikeleri, s. 145.

¹⁰⁴ Horowitz, s. 163-164. Linz, Başkanlık Rejiminin Tehlikeleri, s. 145.

¹⁰⁵ Linz, Allende örneğinden yola çıkarak şunları eklemektedir: "Allende, halk oylarının mutlak çoğunluğundan çok daha düşük bir oy oranıyla, yönetimi kontrol konusunda altı yıllık bir vekalet almış, buna karşılık (Adolfo) Suarez aşağı yukarı aynı oranda bir nisbi çoğunlukla, bir azınlık hükümetini ayakta tutabilmek için, başka partilerle işbirliğinde bulunmak zorunda kalmıştır." Linz, Başkanlık Rejiminin Tehlikeleri, s. 144 -145.

Bu durumun ise ne kadar popüler olursa olsun, bir başbakanınkinden çok farklı bir konum, bir oto-imag ve bir dizi halk beklentisi meydana getirdiğini ifade etmektedir¹⁰⁶.

Yapılan bu açıklamalar, soyut anlamda, kurumların etkisini devre dışı bırakarak, sadece seçim sistemi faktörünü dikkate alan Horowitz'in görüşlerini değerden düşürmektedir. Zira başkanlık rejiminde başkan her şeye rağmen, yürütmeye tek başına egemen olmaya devam etmektedir. Öyle ki başkan, nitelikli bir oy çoğunluğu ile seçilse ve de yasama organında çoğunluğun desteğine sahip olmasa dahi, tek kişilik yürütmeden kaynaklanan seçim sonuçlarındaki orantısızlık ile seçimlerin toplam-sıfır oyunu niteliğinde herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, başkanlık anayasasını karakterize eden kuvvetler ayrılığı modelinin, yasama-yürütme ilişkilerinin düzenlenmesinde, bu iki organı kesin biçimde ayırmak suretiyle azınlığın korunmasını hedefleyip, çoğunlukçu olma eğilimlerine set çeken işlevinin, yürütme organının yapılanmasında hesaba katılmadığı böylece ortaya çıkmaktadır.

Başkanlık yürütmesindeki çoğunlukçu olma yönündeki eğilimleri, uygulanan seçim sistemine bağlayan Horowitz, basit çoğunluk dışında geliştirilebilecek seçim sistemlerine¹⁰⁷ işlerlik kazandırılmak suretiyle, başkanın, etnik ve ideolojik bakımdan bölünmüş ve parçalanmış toplumlarda, farklı kesimlerin, üzerinde uzlaştığı bir kişi olmasını sağlamanın da mümkün olacağına inanmaktadır. Hatta Horowitz bu inancını, bir başkanın ılımlılaşmaya yönelik saikleri ortaya çıkarma işlevi göreceği noktaya kadar vardırılmaktadır¹⁰⁸. Horowitz'in bu türden yaklaşımını, somut gerçeklikle pek

¹⁰⁶ Linz, Başkanlık Rejiminin Tehlikeleri, s. 145.

¹⁰⁷ Horowitz, basit çoğunluk dışında bir seçim sistemi geliştirmiş başkanlık rejimlerine örnek olarak, Sri Lanka ve Nijerya'yı vermektedir. Nijerya'da güçlü ve ılımlılaştırıcı bir başkanlık yürütmesi oluşturmaya yönelik olarak uygulanan seçim sistemi konusunda, daha önceki dipnotta bilgi verilmiştir. Sri Lanka da, 1978 yılında geçtiği başkanlık hükümeti modeli içerisinde, sabit bir dönem boyunca, özellikle etnik çatışmayı azaltmayla ilgili kararları alabilecek inisiyatifte sahip bir siyasal yürütme organı oluşturmak amacıyla, Nijerya'nınkinden daha karmaşık bir seçim sistemini devreye sokmuştur. Güçlü olduğu kadar, toplumsal bölünme olgusunu da törpüleyebilecek bir başkana gerek duyan Sri Lanka'da, çok partili siyasal yapı içinde adayların salt (mutlak) çoğunluğu sağlamaları çok zor olduğundan, alternatif bir sistem benimsenmiştir. Bu sisteme göre; "her seçmen, tercih sırasına göre belirleyeceği birkaç aday için oy verebiliyordu. İlk tercihlerde belirtilen adaylardan hiçbirin mutlak çoğunluğu sağlayamaması halinde, en çok oyu alan iki aday, derhal yapılan ve ballota anlamına gelen bir elemeye tabi tutuluyorlardı. Seçmenlerin diğer tüm adayları kapsayan ikinci tercihleri (ve aynı biçimde üçüncü tercihleri), en çok oyu alan iki adaydan biri, mutlak çoğunluğu sağlayıncaya kadar sayılıyordu. Başkan adaylarının ilk tercihleri en çok oyu almış iki aday arasında olmayan seçmenlerin ikinci ve üçüncü tercihleri hesaba katıldığında mutlak bir çoğunluk elde etmeleri bekleniyordu. Bu da etnik azınlıkları (özellikle de Sri Lanka'lı Tamilleri), ikinci tercihlerinin bedeli olarak uzlaşmayı gerektiren bir pozisyona itiyordu. Dolayısıyla, başkanlık rejimi, yine, aşırıları dışarıda bırakmakta, ılımlılaşmaya dönük saikleri ortaya çıkarmakta ve parçalanmış bir toplumda uzlaşmayı teşvik etmektedir." Horowitz, s. 163-164.

¹⁰⁸ Başkanın ılımlılaştırıcı bir işlev gördüğüne ilişkin Horowitz'in bu görüşü, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Hamilton'un, tek kişilik yürütme lehine olarak ileri sürdüğü, birden fazla kişiden oluşan bir

bağdaştıramıyoruz. Zira bir başkanın, uygulanan seçim sisteminin bir sonucu olarak, geniş bir destekle göreve gelmesi durumunda bile, bölünmüş bir toplumun tümünü birden hoşnut edemeyeceği, sosyolojik bir realitedir. Böylesi bir beklentinin sonuçsuz kalması bir yana, bölünmüş yapıdaki ve disiplinli aşırı partilerin seçmenin gözünde önemli güce sahip olduğu toplumlarda, başkanlık seçimlerinin potansiyel bölücü etkisi önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁹. Bu yönüyle, yani uzlaşamaz, çoğunlukçu bir yürütme anlayışıyla başkanlık rejimleri, Lijphart'ın da deyimiyle; *oydaşmacı* (consensus) bir demokrasi örüntüsü çizmekten çok uzakta durmaktadır. Öyle ki, başkanlık rejimi, bütün yürütme gücünün tek kişide (başkanda) toplamak suretiyle, çoğunlukçuluğun en uç noktasına yerleşmiş olduğundan, bu rejim modelinin, özellikle demokratikleşme sürecinde ve kriz dönemlerinde gereken *oydaşmacı uzlaşmayı* gösterme becerisine sahip olmadığı çok açıktır¹¹⁰. Başkanlık yürütmesinin bu çoğunlukçu eğilimleri karşısında, rejimin de, “çoğunluk demokrasisi”ne kaydığını belirten Özer, bu durumun, çağımızda daha çok taraftarı olan “konsensus demokrasisi”ne az da olsa ters düştüğünü vurgulamaktadır¹¹¹.

Başkanlık rejiminde yürütmenin, çoğunlukçu (ya hep ya hiç) bir özellik göstermesi olgusu üzerinde rol oynayan bir diğer etken de, yürütme (başkanlık) seçimlerinin, yasama organı seçimleriyle aynı anda veya birbirinin peşi sıra yapılmasıdır. Bunun, seçim sistemi ile doğrudan ilgisi olmasa da, başkanlık seçimlerinin toplam-sıfır oyunu niteliğini daha da belirgin kılması bakımından dikkate alınması gerekmektedir. Her iki organın seçimlerindeki eş zamanlılık, yürütme şefi sıfatını kazanan kişinin, yürütmenin tümünü ele geçirmenin yanı sıra, yasama organı seçimlerinin zamanlamasına bağlı olarak da, yasamadaki çoğunluk desteğini artırıp azaltması üzerinde büyük bir etken

yürütme organının, toplumu asla uyuşamaz gruplara böleceği noktasındaki düşünceleriyle büyük bir paralellik göstermektedir. Hamilton, /Madison/Jay, , s. 70.

¹⁰⁹ Linz, *Parlamentarizmin Erdemleri*, s. 179-180. Arturo Valenzuela, bu konuda Şili örneği üzerinde durmaktadır. Bu ülkedeki siyasal rejimin karşılaştığı sorunların temelinde, bölünmüş çoğunluklar problemi yatmaktadır. Zira, kazananın her şeyi kazandığı seçim sistemi örüntüsü ile, yürütmeyi yasama içinde de destekleyecek çoğunlukların sağlanamadığı kutuplaşmış parti sistemi örüntüsünü bağdaştırmak, Şili için neredeyse imkansız görünmektedir. Valenzuela, s. 167.

¹¹⁰ Lijphart, “Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations”, *The Failure of Presidential Democracy*, s. 97. Lijphart, yasama ve yürütme ilişkileri noktasında görülen işbirliğinin yol açtığı esneklik olgusu sonucunda parlamenter rejimlerin, oydaşmacı demokrasiler için hayli elverişli bir kurumsal yapı sunduğunu belirtmektedir. Oydaşmacı ve çoğunlukçu siyasal rejimler konusunda, Lijphart'ın daha geniş hukuksal ve siyasal analizleri için bkz. Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmi Bir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, (Çev. Ergun Özbudun / Ersin Onulduran), Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasal İlimler Derneği Ortak Yayımı, (Yale University Press, New Haven and London, 1984), Ankara, 1989.

¹¹¹ Özer, s.76. Özer, başkanlık rejimine ilişkin bu durumun da, toplumda belirli anlaşmazlıklar yoluyla, bazı huzursuzluklara yol açabileceğine değinmektedir.

rolü oynamaktadır¹¹². Shugart ve Carey, bu noktayı destekler nitelikte, yasama organı seçimlerinde basit çoğunluk sisteminin değil de, nispi (orantılı) temsilin uygulandığı durumlarda bile, yasama-yürütme organı seçimlerindeki eş zamanlılığın, iki parti sistemi yönünde bir eğilim meydana getirdiğini belirtmektedir¹¹³. Bu da, başkanlık yürütmesinin çoğunlukçuluk yönündeki etkisinin en belirgin bir göstergesi olmaktadır.

Başkanlık rejiminde tüm yürütmenin, devlet ve hükümet başkanlığı sıfatlarını üzerinde toplayan tek kişiden oluşması, başkanlık seçimlerinin “kazananın her şeyi kazanacağı” kuralına göre işlemesine yol açmakta ve demokratik siyasal muhalefetin de, parlamenter muhalefetin tersine olarak,¹¹⁴ belli süreler için oyun dışında kalması demek olan, toplam sıfır oyununa dönüşmesine yol açmaktadır. Başkanlık makamının, başkanlık seçimlerini kazanan siyasal partinin elde edeceği en önemli siyasal ödül sayılması ve belirli bir süre boyunca yürütmenin tüm denetimlere kapalı olması, kazananlarla kaybedenler arasındaki gerilimin tırmanmasında büyük bir risk faktörü potansiyeli taşımaktadır¹¹⁵.

“Toptancı” bir anlayışla, kazananın her şeyi kazandığı tek başlı bu yürütme modeli, yasama seçimlerini de etkileyerek, parlamentarizmdeki esnek yapının tersine, katı bir özellik göstermiş, bu da çoğunlukçuluğu körükleyip, oydaşmayı ise törpüleyerek, Horowitz ve Hamilton’un toplumsal uzlaşma beklentilerini de adeta kırmıştır.

d- Başkanlık Yürütmesinin Güçlü Olduğu Varsayımına İlişkin Genel Bir Değerlendirme

Kuvvetler ayrılığını, değişik ölçülerde uygulayan başkanlık ve parlamenter hükümet modellerini birbirinden ayırdeden en başat özellik olarak; parlamentarizmin siyasal sürece kazandırdığı esneklik olgusu karşısında, başkanlık modelinin ise bu süreci katılaştırması durumu dikkati çekmektedir. Linz, başkanlık rejimi savunucularının bir avantaj olarak gördüğü ve bu rejimi, parlamenter siyasetin özelliği olan *belirsizlik* ve *istikrarsızlıktan* koruyan söz konusu katılık olgusunun¹¹⁶ arkasında, yasama ve yürütme organlarının

¹¹² Shugart / Carey, s. 31 vd.

¹¹³ Shugart / Carey, s. 256 vd. Özer, s. 75-76.

¹¹⁴ Linz bu noktada, başkanlık rejimlerinde kazanan adayın her şeyi aldığı, kaybedenlerin ise parlamenter hükümet modellerindeki gibi muhalefet lideri dahi olamayıp, her şeylerini yitirebilecekleri gerçeğinin altını çizmektedir. Linz, Parlamentarizmin Erdemleri, s. 147.

¹¹⁵ Yazıcı, s. 135.

¹¹⁶ İşin gerçek boyutunda, parlamenter rejimdeki partiler, parti liderleri, sıradan yasama organı üyeleri, seçimler arasında herhangi bir anda temel değişiklikleri benimseyebilirler, yeni saflaşmalar oluşturabilirler, ve en önemlisi de başbakanları görevden uzaklaştırabilirler veya yeni başbakan seçebilirler. Her ne kadar otorite ve öngörülebilirlik gerekleri başkanlık rejiminden yana görünse de, başkanlık yönetimini başbakanlık yönetiminden çoğu kez daha güçsüz kılan beklenmedik gelişmeler (başkanın ölümünden, zor şartların altında işenen önemli karar hatalarına kadar)

birbirlerini etkileme araçlarından yoksun olmasının bulunduğu vurgu yapmaktadır. Öyleyse bu noktada, meşruiyetini yasamadan almayan ve ona karşı sorumlu da olmayan yürütme şefinin, bir de çift boyutlu (devlet ve hükümet başkanı) konumunun, başkanlık rejimlerini, *başkan merkezli* bir siyasal yapı veya çerçeve içine alıp almadığına ilişkin bir soru gündeme gelebilir.

Bu soru ile ilgili olarak, değişik yaklaşımlar sergilenmiştir. Başkanlık rejimi konusunda yaygın görüş; başkanı sistemin merkezinde kabul ederken, azınlıkta kalan görüş ise bu hükümet modelini, yasama-yürütme erklerinin birbirlerini kontrol ettiği ve denetlediği bir siyasal yapı biçiminde ele almaktadır. Bu görüşlerden birini öne çıkarmakla, diğer görüşün tümüyle de dışlanmayacağı düşüncesinden yola çıkarak biz de; başkanlık rejiminin öncelikle, siyasal iktidarın yürütme ve yasama organları arasında bölüştürülerek (*shared*) dengelenmesi anlayışını getirdiğini, bunun yanında, yürütme şefine de ağırlık veren bir yaklaşım sergilediğini belirtebiliriz. Her ne kadar bu hükümet modelinde, tüm yürütme erki tek elde, yani başkanda toplanmak suretiyle, başkan merkezli bir siyasal yapı ile karşılaşıldığı izlenimi verse de, burada çelişkili bir durum vardır. O da; başkanın, tüm yürütme yetkilerini tek başına temsil edip kullanabilmekle birlikte, bu yetkilerini siyasal kararlara da dönüştürmesini sağlayacak yasama desteğinin çoğu kez bulunamamasından dolayı, etkin ve güçlü bir yürütme sistemini oluşturmanın da söz konusu olamamasıdır. Bu noktada başkanlarına, gerçekten sürekli biçimde güçlü bir yasama organı desteği sağlayan ülkelerin sayısı, başkanlık rejimini benimsemiş ülkeler içinde ancak küçük bir grup oluşturmaktadır¹¹⁷.

Doktrinde yapılan bir saptama, bu yöndeki söylemlere destek verecek niteliktedir. Bagehot bu rejim tipinin, yürütme erki ile birlikte, yasama ve yürütmeden oluşan tüm iktidar mekanizmasının da zayıflatılmasını gerektirdiği noktasına dikkati çekmektedir¹¹⁸. Yukarıda da belirttiğimiz katılık olgusunun etkisiyle başkanlık rejimi, hükümet fonksiyonlarının iki ayrı organ arasında bölüştürülmesi ve bir uyuşmazlık anında, parlamentarizmdeki gibi, yürütme ve yasama organlarının birbirinin hukuksal varlıklarına son verememesi nedeniyle, bu mekanizmanın işlerliği de her an rejim krizi

yaşanmaktadır. Öyle ki, parlamentarizm modelinde bir başbakan her zaman için, ya güven oyu veya yasama organını feshedip yeni seçimlere gitmek suretiyle meşruluğunu ve otoritesini tekrar güçlendirmeye çalışabilir. Bunun da yanı sıra, bir başbakanın zorunlu biçimde bir rejim krizine yol açmadan değiştirilebilmesi mümkündür. Linz, Başkanlık Rejiminin Tehlikeleri, s. 147.

¹¹⁷ Yürütme şefine sürekli ve güçlü bir yasama desteği sağlayan ülkelerin başında ABD gelmekte, onu, *Kosta Rika, Filipinler, Kolombiya, Uruguay ve Venezuela* izlemektedir. Sayılan bu ülkeler böylece, uzun yıllar süren kesintisiz bir demokratik yönetim örneği gösterirlerken, yürütme şefine yasama organı desteği veremeyen Şili, Brezilya, Ekvator, Nikaragua, Panama, Paraguay... gibi ülkelerde ise süregelen krizler yüzünden demokratik rejim sık sık kesintiye uğramıştır. Sartori, s. 120-123. Özer, s. 74.

¹¹⁸ Bagehot Walter, *The English Constitution*, Oxford 1952, s. 20-21.

riskiyle karşı karşıya kalmaktadır. Oysa, parlamenter rejimin uygulandığı Hindistan ve Karaibler'deki bazı İngilizce konuşan ülkelerin deneyimlerinden de anlaşılmıştır ki, *aşırı derecede bölünmüş toplumlarda bile*, zaman zaman meydana gelen hükümet krizlerinin, tam bir *rejim krizine* dönüşmek zorunda olmadan, yürütme şefinin ve yürütme kabinesinin görevden uzaklaştırılması söz konusu olabilir¹¹⁹. Bu suretle parlamenter bir yürütme şefi (başbakan), her zaman için, ya güvenoyu (hükümetin kurulmasından sonraki) ya da yasama organını feshedip yeni seçimlere gitmek yoluyla, meşruluğu ile birlikte otoritesini de yeniden güçlendirmeye çalışabilir¹²⁰. Dolayısıyla Onar'ın da vurguladığı gibi, sonunda yeni bir hükümetin kurulmasıyla veya yasama organında yeni seçimlere gidilmesiyle çözülebilecek olan bir hükümet krizi, sonu belirsiz bir siyasal sistem krizine tercih edilmelidir¹²¹.

Buraya kadar, başkanlık rejimleri ile ilgili temel bir varsayım olarak; bu rejimlerin, gerek kendi bağlamlarında, gerekse parlamenter rejimler karşısında; *güçlü* ve *etkin yürütmelere* (dar anlamında hükümete) zemin hazırlayıp hazırlamadığına ilişkin görüş ve yaklaşımlara yer vermeye çalıştık. Bu konudaki eğilimimizi belirlerken biz de, Linz'in, hükümet sistemleri karşılaştırması yaparken üzerinde özellikle durduğu; başkanlık rejiminin siyasal süreci katılaştırması olgusundan¹²² yola çıkmaktayız. Bir önceki paragrafta vurguladığımız 'parlamenter rejim-hükümet krizi', 'başkanlık rejimi-rejim krizi' eşleştirmelerinin de anlatmakta olduğu üzere, başkanlık rejiminin, güçlü ve etkin bir yürütme ortaya çıkarması, Sartori'nin de söylemiyle; temeli sağlam olmayan bir iddiadan öteye gidememektedir¹²³. Dolayısıyla, başkanlık rejiminin, yukarıda geniş bir biçimde yer verdiğimiz çoğunlukçu eğilimlerinden ve iktidarı kişiselleştirme olgusundan hareket ederek, tek elden yönetimin, daha doğrusu tek başlı yürütmenin üstün olduğuna yönelik geleneksel anlayıştan beslenen bir ön kabul, her yönüyle güçlü bir yürütme organı meydana getireceği varsayımını doğrulamasını beklememek gerekir. Linz de bu noktaya ilişkin olarak; bölünmüş çoğunluklar problemini yaşayan bir başkanlık rejiminde, yürütme şefinin bölünmemiş bir hükümet oluşturma yoluna gideceğinden bahisle, bu hükümet modelinin etkin (güçlü) bir yürütme sağlamayacağını düşünmektedir. Başkanlık rejiminin prototipi olarak kabul edilen Amerikan sistemi, bu ülkenin anayasası nedeniyle değil de, bu anayasaya rağmen işlemektedir veya

¹¹⁹ Linz, Başkanlık Rejiminin Tehlikeleri, s. 144.

¹²⁰ Linz, Başkanlık Rejiminin Tehlikeleri, s. 147.

¹²¹ Onar, s. 96.

¹²² Rejimin devinimi açısından başkanlık rejimini, parlamentarizm karşısında bazı durumlarda daha az öngörülebilir ve daha güçsüz düşürebilir bir yapı gösterdiğini belirten Linz, bu katılığın da, rejim krizleri dolayısıyla başkanlık yürütmelerini güçsüz kılacağını ifade etmektedir. Linz, Başkanlık Rejiminin Tehlikeleri, s. 147.

¹²³ Sartori, s. 119-120.

işlemiştir. Linz’inde belirttiği gibi¹²⁴, “*Amerikan sistemi, Birleşik Devletler’in başkanlık anayasası nedeniyle değil, bu anayasaya rağmen işlemektedir.*” Bunun da arkasında, ABD prototipinin kendine özgü nitelikleri etkin bir rol oynamaktadır¹²⁵. Yoksa kuramsal açıdan, bu noktaya ilişkin olarak Onar gibi biz de, iktidarın yürütme ile yasama organları arasında paylaştırılmak suretiyle, bir organda yoğunlaşmamasına çalışmasından dolayı başkanlık rejiminin, güçlü bir yürütme için gereken ortamı sağlayamayacağını düşünmekteyiz¹²⁶.

SONUÇ

Çoğulcu temsili demokrasi sistemi içinde uygulanan gerek başkanlık ve parlamenter rejimde gerek bunların ara formu özelliği gösteren diğer rejimlerde, özellikle son 70 yılda, yürütmenin klasik kurumlar dengesi içindeki konumunda büyük değişimler yaşanmıştır¹²⁷. Bu da, Batı demokrasilerinde, temsili rejimle birlikte başlayan, parlamentoların (yasamanın) yürütmeye karşı üstünlük kurma yönündeki çabalarında,¹²⁸ bir tersine dönüş sürecinin yaşandığı anlamına gelmektedir.

Çağdaş batı demokrasilerinde, “*yasama üstünlüğü*”nden “*yürütme üstünlüğü*”ne doğru gelişen bu eğilim, devletin, nitelik boyutundaki evrimi sonucunda ortaya çıkan bir olgu olarak karşımızda durmaktadır. Yasama ile yürütme arasındaki süregelen denge krizinin de temelinde, bu nitelik değişim faktörünün bulunduğunu söyleyebiliriz. Bu gelişme sonucunda ise, yasama organının yasama fonksiyonları bakımından zayıflaması ve buna karşılık yürütmenin de düzenleme alanını genişletmesi¹²⁹ ile “*yasama*

¹²⁴ Linz, *Parlamentarizmin Erdemleri*, s. 181.

¹²⁵ Amerikan başkanlık anayasasının süregelen işleyişinin temelinde; sistem bütünüde esneklik ya da ideolojik katılığın olmaması, güçsüz, disiplinsiz partilerin varlığı ile birlikte, her temsilcinin kendi seçim bölgesi için finansman ayırması (pork-barrel), ve de yerelliğe önem veren siyaset tarzının büyük etkileri olduğuna değinilmektedir. Linz, *Parlamentarizmin Erdemleri*, s. 181.

¹²⁶ Onar, s. 100.

¹²⁷ Turhan, s. 164, 177.

¹²⁸ Bu çabaların ilk başlayıp yoğunlaştığı dönemlerde, genel oy ilkesine doğru adımlar atılmış ve demokratik düşünceler yaygınlaşmıştı. Bunun da sonucunda monarşik nitelikli yürütmenin yetkilerinde, yasama lehine olarak bir sınırlama görülmüştür. Yürütme bundan böyle, yasamanın çizdiği sınırlar içinde, onun kararlaştırdığı politikanın uygulayıcısı durumunda bir organ olmuştur. Aldıkaçtı Orhan, *Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı*, İstanbul 1960, s. 7-9. Soysal Mümtaz, *Anayasaya Giriş*, Ankara 1968, s. 70. Yasamanın yürütmeden kendisine aktardığı her bir yetki ile güçlenmesi çabaları, aslında demokrasi ile birlikte eş zamanlı olarak gelişen parlamenter rejimin tarihsel dönemlerine karşılık gelmektedir. Bu yüzden de parlamenter rejim, sanki demokrasi ile eş anlamlıymış gibi bir izlenim uyandıran “*parlamenter demokratik rejim*”, “*parlamenter demokrasi*” türünden deyimlerin yaygın biçimde kullanıldığına tanık olunmaktadır. Turhan, s. 165.

¹²⁹ Yürütmenin düzenleme alanını genişletmesi yönündeki bu eğilimin, öyle fazla da korkulacak bir durum olmadığını belirten Oytan, bunu ileri sürerken de, günümüzde artık yasama organının karşısında mutlakiyet rejiminin izlerini taşıyan bir yürütme gücü olmadığı gerçeğinden hareket

devleti”nden “idare devleti”ne bir geçiş yaşandığının altını çizebiliriz¹³⁰. Bu bağlamda yasama ve yürütme erkleri arasında modern çağın gerektirdiği ihtiyaçları karşılayacak biçimde yeni bir dengenin kurulmasının artık bir zorunluluk olarak görüldüğünü ve yeni güçler dengesinde de yürütmenin, yaşamaya göre düzenleme alanında bir üstünlük kazandığını ifade edebiliriz¹³¹. Zaten, çağdaş devlet yönetimi de siyasal erkler arasında artan ve sıklaşan bir işbirliğini zorunlu kılmaktadır.

Günümüz demokrasilerinde, değişen dengeler sonucunda tarihteki eski üstün konumuna yeniden gelen ve siyasal kurumların da “motor”u sayılan yürütme, değişik hükümet sistemlerini uygulayan ülkelerde benzer özellikler göstermektedir. Batılı demokratik devletlerden örneğin ABD’de, yönetimde artık başkanın egemen olduğundan söz edilirken, parlamenter rejimin anayurdu olan İngiltere ve yine bu rejimin uygulandığı kuzey Avrupa monarşilerinde¹³² de yürütmenin üstünlüğüne yol açan gelişmelere dikkat çekilmektedir. Her iki hükümet sisteminde de yürütmenin üstünlüğü öne çıkmakla birlikte, esas önemli olan hangi hükümet sistemin etkin ve daha demokratik yönetimi gerçekleştirmeye yatkın olduğudur.

Her ne kadar iki sistemde bu imkânı gerçekleştirmeye elverişli araçlara sahip olsa da sanılanın ve genel kabulün aksine, parlamenter rejimin etkin ve demokratik bir yönetimi gerçekleştirmeye daha elverişli olduğudur. Parlamenter rejimin daha esnek bir yapı sunması, uzlaşma ve oydaşmanın daha kolay olması öne çıkan sebeplerden bazılarıdır. Parlamenter rejimde çoğunluğu elde eden partinin hem yasamada hem yürütmeye etkin olması bunu kolaylaştırmaktadır. Oysaki başkanlık rejiminde başkan ile meclisin farklı ideolojik yapıya sahip olmasının kaçınılmazlığı bir yana, iktidarın tek kişi elinde olması nedeniyle kişiselleşmesi tehlikesi ve her iki erkinde dayandığı çift meşruluk sorununun etkin bir yürütmenin oluşabilirliği ihtimalini zayıflatan nedenler olarak ortaya çıkmaktadır¹³³. Ayrıca demokratik kültürün yerleşmediği, siyasal sürecin

etmektedir. Oytan Muammer, “Fransa, Almanya ve Türkiye’de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, *Onar Armağanı*, İstanbul, 1977, s. 541. (451-616)’ten naklen: Kuzu, *Anayasa Hukukumuzda...*, s. 24. Kuzu, aynı eserinde yasama organlarının fonksiyonel yönden zayıflaması olgusu karşısında, ‘acaba parlamentolar artık görevini yitiriyor mu?’ sorusuyla ortaya konan gerçeğin, aslında çok önemli olduğuna değinmektedir. Kuzu, bu soruya şu an için “evet” denemeyeceğini; ancak, yürütme organının, bir zorunluluk halini alan düzenleme yetkilerindeki genişlemenin de dikkate alınması gereken bir olgu sayıldığına işaret etmektedir.

¹³⁰ Kuzu, *Türkiye İçin...*, s. 76-77.

¹³¹ Kuzu, *Anayasa Hukukumuzda...*, s. 24-25.

¹³² “*Kuzey Avrupa Monarşileri*” deyimi, sadece tarihsel bir kavramlaştırma olmayıp, bu kapsam içindeki ülkeleri oluşturan Belçika, Hollanda, İsveç, Norveç ve Danimarka’nın, sembolik konumda da olsa, monarşiler döneminin izlerini taşıyan kurumlara (kral, kraliçe gibi) yer vermesi ile literatüre girmiştir.

¹³³ Yazıcı, s. 133-134.

Çağdaş Siyasal Rejimlerde Etkin Yürütme Olgusu

uzlaşmadan ziyade kutuplaşmaya yatkın olduğu toplumlarda başkanlık rejiminin demokrasinin işleyişi bakımından bir kısım riskleri de kendi içinde barındırdığı gerçektir. Dolayısıyla başkanlık rejimine geçilmesi yönündeki taleplerde, bu sistemin getireceği hükümet istikrarı olgusuna vurgu yaparken, yukarıda belirtilen durumların da göz önünde bulundurulması gerekir. Ayrıca Özbudun'un da vurguladığı gibi, başkanlık rejiminin uzun vadeli siyasal istikrarı sağlamada daha avantajlı olduğu iddiası verilerle kanıtlanamadığı gibi, parlamenter rejiminde her zaman güçsüz ve istikrarsız hükümetlere yol açacağı yönündeki görüşler de abartılıdır¹³⁴.

Parlamenter rejimin yürütmeyi ve yasamayı benzer aktörlerin eline vermesi, yürütmenin kanun yapma sürecinde etkinleşmesini sağlamaktadır. Kanun hükmünde kararname çıkarma gibi mekanizmalarla düzenleme yapma yetkisi elde eden yürütme organı yasama karşısında ikincillikten kurtulmaktadır. Güvensizlik oyu mekanizmasının pek işlememesine rağmen, fesih yetkisinin kullanılabilirliğinin daha ihtimal dâhilinde olması; parti disiplini sayesinde yasamada da tek karar çıkma ihtimalinin yükselmesi; seçim sisteminin de destek çıkmasıyla benzerleşmenin daha kolay sağlanması yürütmenin etkinliğinin artmasını sağlamaktadır. Yapılan bu açıklamalar doğrultusunda, parlamenter rejimin etkin, güçlü ve demokratik bir yapı oluşturmaya başkanlık rejiminden daha elverişli olduğu söylenebilir.

¹³⁴ Özbudun Ergun, “Başkanlık Rejimi Tartışmaları”, içinde *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005, s. 110.

KAYNAKÇA

AĞAOĞULLARI Mehmet, Eski Yunan'da Siyaset Felsefesi, Ankara 1989.

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali I / Köker Levent, *İmparatorluktan Tanrı Devletine: Siyasal Düşünceler*, Ankara, 1991.

ALDIKAÇTI Orhan, Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı, İstanbul 1960.

ALDIKAÇTI Orhan, "Türkiye'de 'İstikrarlı' Hükümet İçin", Düşünenlerin Forumu, Milliyet, 6 Ekim 1974.

ARİSTOTELES, Politika, (Çev. Mete Tuncay) İstanbul 2000.

BAGEHOT Walter, The English Constitution, Oxford 1952

CAMPBELL Peter, "Avrupa'da Parlamenter Hükümetin Bazı Yönleri", (çev. Ergun Özbudun), *AÜHFD*, C, XX, S. 1-4.

DAHL Robert A., "At the Convention: The Paucity of Models", Arend Lijphart, Edt., *Parliamentary versus Presidential Democracy*, Oxford University Press, New York, 1992.

DAHL Robert A., *Demokrasi ve Eleştirileri*, (Çev. Levent Köker), Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

EPSTEİN Leon D., "Parliamentary Government", in David L. Sills, Edt., *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan and Free Press, New York, 1968.

ERDOĞAN Mustafa, Anasal Demokrasi, Ankara 1997.

GÖNENÇ Levent, "Türkiye'de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu", içinde, *Başkanlık rejimi*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.

GÖNENÇ Levent, "Hükümet Sistemi Tartışmalarında 'Başkanlı Parlamenter rejim' Seçeneği", <http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/makaleler.html>. Son erişim tarihi. 03/03/2009.

GÜNEŞ Turan, Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul 1956.

GÜNEŞ Turan, *Türk Demokrasisinin Analizi*, Ankara 1996.

HAMILTON Alexandre, James Madison Ve John Jay, *Anayasa Üzerine Düşünceler: Federalistlerin Makalelerinden Seçmeler*, (Çev. Mümtaz Soysal), İstanbul 1962.

HOROWITZ Donald L, “Demokratik Sistemleri Karşılaştırmak”, (Çev. Levent Köker), *Demokrasinin Küresel Yükselişi* Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, , Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

COTTERET Jean-Marie / Claude Emeri, *Seçim Sistemleri*, (Çev. Ahmet Kotil), İletişim Yayınları, (Presses Universitaires De France), Cep Üniversitesi, İstanbul, (tarihsiz).

JONES Charles, *Separate But Equal Branches-Congress and the Presidency*, Chatham-New Jersey 1995.

KARAMUSTAFAOĞLU Tuncer, *Yasama Meclislerini Fesih Hakkı*, Ankara 1982.

KUZU Burhan, *Türkiye İçin Başkanlık Rejimi*, İstanbul 1997.

LARDEYRET Guy, “Orantılı Temsile İlişkin Sorun”, (Çev. Mehmet Turhan), *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Der. Larry Diamond ve Marc F. Plattner, Ankara 1995.

LİJPHART Arend, “Yeni Demokrasiler İçin Anayasal Tercihler”, (Çev. Levent Köker), *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Derleyen. Larry Diamond / Marc F. Plattner, Ankara 1995.

LİJPHART Arend, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmi Bir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, (Çev. Ergun Özbudun / Ersin Onulduran), Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, Ankara, 1989.

LİNZ Juan J, “Başkanlık rejiminin Tehlikeleri”, (Çev. Ergun Özbudun), *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, Ankara, 1995.

LİNZ Juan J, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?”, *The Failure of Presidential Democracy*, ed, Linz Juan J and Arturo Valenzuela, London 1994.

LİNZ Juan J., “Parlamentarizmin Erdemleri”, (Çev. Levent Köker), Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1995.

LİPSET Seymour Martin, “Siyasal Kültürün Merkeziliği”, (Çev. Levent Köker), *Demokrasinin Küresel Yükselişi* Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

LİPSON Leslie, *Politika Biliminin Temel Sorunları: Siyasal Bilime Giriş*, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu), Ankara 1978.

LLOYD N. Cutler, “Political Parties and A Workable Government”, Edt. Burke Marshall, *A Workable Government?-The Constitution After 200 Years*, First Edition, W. W. Norton Company, New York & London, 1987.

LOEWENSTEİN Karl, *Political Power and The Governmental Process*, Chikago 1957.

Machiavelli, Prens, (Çev: Nazım Güvenç), Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 1993, XVIII.

MARSILIUS Of Padua, *Defensor Pacis*, (Translate and İnt. By Alan Gewirth), University of Toronto Press, USA, 1980, XVII.

MİRKİNE-Guetzevitch Boris, *Hukuki Esasiyede Yeni Temayüller*, (çev. Ali Rıza Türel), Ankara 1938.

MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, (Çev. Fehmi Batlaş), Ankara 1963.

OLSON David M, *Democrative Legislative Institutions- A Comparative View*, New York & London 1994.

ONAR Erdal, “Türkiyenin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık rejimine Geçmesi Düşünülmeli midir?” içinde *Başkanlık rejimi*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.

ORDONEZ Jose Batlle, “A Collegial Executive for Uruguay”, Edt. Arend Lijphart, *Parliamentary versus Presidential Democracy*, Oxford University Press, New York, 1992.

OYTAN Muammer, “Fransa, Almanya ve Türkiye’de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, *Onar Armağanı*, İstanbul, 1977.

ÖRGÜN Faruk, *Dar Gelen Gömlek: Başkanlık rejimi*, İstanbul 1999.

ÖZBUDUN Ergun, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, *AÜHFD.*, C. XXV, Sayı: 1-2, Ankara, 1968.

ÖZBUDUN Ergun, *Parlamenter Rejimde Parlamentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları*, Ankara, 1962.

ÖZBUUN Ergun, *Parti Disiplini*, Ankara 1968.

ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 2000.

ÖZBUDUN, *Batı Demokrasilerinde ve Türkiye’de Parti Disiplini*, Ankara 1968.

ÖZBUDUN, *Siyasal Partiler*, Ankara 1977.

ÖZBUDUN Ergun, “Başkanlık rejimi Tartışmaları”, içinde *Başkanlık Sistem*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005

ÖZER Attila, “Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Ankara 1998.

ÖZKOL Adil, “Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi”, *AÜHFD*, C. XXVI, S. 1-2, 1969.

PARLA Taha, Türkiye'nin Siyasal Rejimi 1980-1989, İstanbul 1985.

PLATON, *Yasalar*, (Çev: Candan Şentuna-Saffet Babü), 2. Basım, Kabalcı Yay., İstanbul, 1994.

QUADE Quentin L, “Orantılı Temsil ve Demokratik Devlet Yönetimi”, (Çev. Mehmet Turhan), Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

QUENTİN L. Quade, “Orantılı Temsil ve Demokratik Devlet Yönetimi”, (Çev. Mehmet Turhan), Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

SARTORİ Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, (çev. Ergun Özbudun), Ankara 1997.

Seymour Martin Lipset, “Siyasal Kültürün Merkeziliği”, (Çev. Levent Köker), *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Derleyenler: Larry Diamond / Marc F. Plattner, Yetkin Yayınları, Ankara 1995.

SEZEN Saim, Seçim ve Demokrasi, Ankara 1994.

SEZGİNER Murat, “Güçlü Yürütme Anlayışı ve Türkiye'deki Görünümü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S.1, Ocak-Haziran 1990.

SHUGART Matthew Soberg and John M. Carey , *President and Assemblies: Constitutional Design and electrol Dynamics*, Cambridge 1992.

Sosyal Bilimler Ansiklopedisi, (Madde yazarı: Davut Dursun), Risale Yay., Cilt: 2, İstanbul, 1990.

SOYSAL Mümtaz, Anayasaya Giriş, Ankara 1968.

TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2008.

TOCQUEVILLE Alexis De, Amerika'da Demokrasi, (Çev. İhsan Sezal ve Fatoş Dilber), Ankara 1994.

TUNAYA Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul 1982.

TURHAN Mehmet, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Diyarbakır 1989.

TÜRKÖNE Mümtazer, *Siyaset*, Lotus Yayınevi, Ankara, 2003.

ULUŞAHİN, Nur, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık rejimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999.

VALENZUELA Arturo, “Party Politics and The Crisis of Presidentialism in Chile: A Proposal for a Parliamentary form of Government”, içinde *The Failure of Presidential Demacraci*, ed. Linz John J. and Arturo Velenzuela, London 1994.

VEDEL George, “Teşri ve İcranın Münasebetleri Problemi”, (Çev. Taner Timur), *AÜSBFD C.XV*, No. 3, 1969.

YAVUZ Bülent, “Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemine Etkisi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, 2008

YAVUZK. Haluk, *Türkiye’de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi*, Ankara 2000.

YAZICI Serap, “Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme”, içinde, *Başkanlık rejimi*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.

YÜRÜTMENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ VE YARGISAL DENETİMLERİ

Arş. Gör. F. Ebru GÜNDÜZ*

ÖZET

İdarenin düzenleyici işlemleri genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı hükümler ihtiva eden, kanunların uygulanmasını göstermek üzere yapılan hukuki tasarruflardır. Hangi isim altında olursa olsun idarenin yapmış olduğu tüm bu düzenleyici işlemler, birer idari işlem olduklarından dolayı idari yargı denetimine tabi olacaktır. Yalnızca olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Anayasa hükmü uyarınca yargı denetimi dışında olacaktır.

Anahtar Kelimeler: İdari İşlem, İdarenin Düzenleyici İşlemleri, Yönetmelik.

ABSTRACT

The administrative regulatory acts are legal acts which are made to demonstrate general, abstract, permanent and non personal arbitraments. No matter what the name of the regulatory acts made by Administration, those are subject to administrative procedure since they are administrative acts. Only the emergency period decrees and the decree of president are out of the judicial review according to constitution.

Key Words: Administrative Act, Administrative Regulatory Acts, Implementing Regulation.

* Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak yasama, yürütme ve yargı organları birbirinden bağımsız ve farklı devlet faaliyetlerini yerine getiriyor olsalar da, bu organlar arasında görev ve yetki bakımından kesin ayrımlar yapılamamıştır. Özellikle bireylerin doğumlarından ölümlerine kadar her an ilişki içine girmeleri kaçınılmaz olan ve toplumsal düzenin iyi işlenmesini, aynı zamanda da bu düzenin bozulmamasını sağlamak zorunda olan idareye, teorik olarak diğer devlet organlarının kullanması gereken bazı yetkiler verilmiştir. Örneğin, idare tüzük ve yönetmelikler gibi düzenleyici işlemler yaparak kanunların açıklanmasına iştirak edebilmekte aynı zamanda da yargı organı benzeri yaptırımlar uygulayabilmektedir.

Biz de çalışmamızda idarenin düzenleyici işlemlerini ve bu düzenleyici işlemlerin yargısal denetimlerini ele aldık.

YÜRÜTMENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ

A- Genel Olarak

Düzenleme yapmak, kural koymak anlamında kullanılmaktadır. Bir işlem ile kural koyulup koyulmadığı, işlemleri yapanların bu işlemlere verdikleri isimlere göre değil, işlemlerin içeriklerine göre belirlenir. Genel olarak yasama organı yapmış olduğu kanunlar vasıtası ile kurallar tahsis etmektedir. Ancak kural koyan tek organın yasama organı olduğunu kabul etmek yanlış olacaktır.

İdarenin de görevlerini yerine getirebilmesi için genel bir düzenleme yetkisine sahip olduğu kabul edilmek zorundadır¹. İdarenin sahip olduğu bu düzenleme yetkisinin idarenin takdir yetkisine dayandığı kabul edilmektedir². Yasama organınca kanunlar ile genel düzenlemelerde bulunulmuş ve bu genel düzenlemeleri somutlaştırması için idareye takdir hakkı tanınmıştır. Böylece idare kanunların çizdiği bu sınırlar içerisinde önce yeni hükümler koymak suretiyle, kanunlar ile getirilen genel düzenlemeleri somut durumlara uygulanabilecek bir hale getirerek, takdir yetkisinin uygulanmasını sağlamış olur. Daha sonrada bu düzenlemelere dayanılarak idare tarafından bireysel işlemler yapılacaktır. İdarenin sahip olduğu takdir yetkisini yönetmelik, tüzük gibi düzenleyici işlemler yaparak kullanmasıyla somut olaya has bir düzenleme yapması önlenmiş olacağı gibi aynı durumda olanlar için de eşit düzenlemeler yapması sağlanmış olur³.

¹ SARICA Ragıp, *Türkiye’de İcra Uzwunun Tanzim Salahiyeti*, İstanbul,1943, s.317.

² GÜNEŞ Turan, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 191-173, Ankara, 1965, s.88.

³ GÜNEŞ, s.88.

Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri

İdarenin düzenleme alanını belirleyebilmemiz için öncelikle yasamanın düzenleme alanını belirlememiz gerekir.

Yasama organının bir alanı düzenleme yetkisi, genel ve asli bir yetkidir. Yasama organının düzenleme yetkisinin genel olması, kanunla düzenleme alanında konu bakımında bir sınırın olmadığını ve Anayasaya aykırı olmamak koşuluyla kanunla her konuda düzenleme yapılabileceğini anlatır. Ayrıca yasama organının bir konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı düzenleyebileceğini de bu ilkedен anlamaktayız⁴.

Yasama yetkisinin asliliğinden ise, yasama organının Anayasa'ya aykırı olmamak koşulu ile bir konuda doğrudan doğruya yani araya başka bir işlem girmeden düzenleme yapabileceğini anlamaktayız⁵.

Anayasa Mahkemesi de 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde vermiş olduğu kararlarında yasama organının asli ve genel bir düzenleme yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bu yöndeki kararında⁶ şöyle demiştir: “Yasa koyucu Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla, her alanda her çeşit düzenleme yapabilir. Yasamanın düzenleme alanı sınırsızdır.” Benzer bir kararında da Anayasa Mahkemesi⁷, “Yasama yetkisi asli bir yetki olması dolayısıyla yasama organı, dilediği alanı, kuşkusuz Anayasa ilkelerine uygun olmak koşuluyla düzenleme yetkisine haizdir.” demiştir.

Yasama organının düzenleme alanını genellik ve aslilik ilkeleri ile belirledikten sonra yürütme organının düzenleme alanı için şunları söyleyebiliriz; yürütme organının düzenleme yetkisi genellik ve aslilik unsurlarına sahip değildir aksine türevsel bir işlemdir, yasama organı tarafından kanun konusu yapılmadığı sürece yürütme organı tarafından düzenlenilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifade ile, Türk Hukukunda Fransız Hukukunda olduğu gibi, “muhtar düzenleme yetkisi” yoktur. Kanunla düzenlenmemiş bir olanda yürütme organı faaliyette bulunamaz ve düzenleme yapamaz⁸.

⁴ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s.7.

⁵ ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s.191-192; KUZU Burhan, **Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s.49.

⁶ AYM. E.1987/23, K.1987/27, Karar Tarihi, 9/10/1987, AYMKD, S.23, s.387.

⁷ AYM. E.1985/2, K.1985/16, Karar Tarihi, 2/7/1985, AYMKD, S.21, s.221.

⁸ KUZU, *Yürütmenin...*, s.51. Fransız hukukunda, kanun ile düzenleme yapılacak alan tek tek sayılmış ve bu alanlar haricindeki tüm konuların idare ve yürütme organınca düzenleneceği kabul edilmiştir. ÇUBUKÇU Yusuf Ziya, *Yürütme Organının Ve İdarenin Düzenleme Alanındaki Yetkisi*, Ankara Barosu Dergisi, S.5, s.4-8.

İdarenin düzenleme yetkisi, türevsel ikincil niteliktedir. Yani daha önce kanunla düzenlenmemiş bir alan idare tarafından düzenleme konusu yapılamaz. Aksinin kabul edilmesi, idarenin kanuniliği ilkesinin anayasal dayanaklarından olan Anayasa'nın 123'üncü maddesindeki, "idare, kuruluş ve görevleri ile bir bütündür ve kanunla düzenlenir" hükmüne de aykırı olacaktır. Anayasa Mahkemesi de bu hususu bir kararında şöyle ifade etmiştir: "yasa ile her konuyu bütün kapsam ve ayrıntılarıyla düzenlemenin olanaklı bulunmadığı durumlarda çerçevesi çizilerek bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte düzenleyici idari işlem yapma yetkisi verilebilir."⁹

1924 Anayasası 52'nci maddesinde düzenleyici işlem olarak yalnızca tüzüklerden bahsetmişti. 1961 Anayasası 107'nci maddesinde tüzüklerden, 113'üncü maddesinde de yönetmeliklerden bahsetmiştir. Yine aynı Anayasa 1971 yılında 64'üncü maddesinde yapılan bir değişiklik ile kanun hükmünde kararnameleri de düzenlemiştir. 1982 Anayasasında da 91'inci maddede kanun hükmünde kararnameler, 115'inci maddede tüzükler, 124'üncü maddede yönetmelikler ve ayrıca yeni bir düzenleyici işlem türü olarak da 107'nci maddesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenlenmiştir. Yürütme organı Anayasada sayılan bu düzenleyici işlemlerden ayrı olarak uygulamada karar, tebliğ, tamim, genelge gibi isimler ile bir takım düzenleyici işlemler daha yapmaktadır.

B- Kanun Hükmünde Kararnameler

1- Genel Olarak

1982 Anayasasının 91'inci maddesinde kanun hükmünde kararnameler, olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi ve olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi şeklinde iki farklı tür olarak düzenlenmiştir.

Kanun hükmünde kararnamelerin hukuki niteliklerini tespit etmek oldukça güçtür. Çünkü kanun hükmünde kararnameler hem yasama organının hem de yürütme organlarının katkılarıyla oluşmaktadır. Kavram olarak dahi kanun hükmünde kararnameler, yasama organının işlemi olan "kanun" ile yürütme organının işlemi

⁹ AYM, 16.1.2003, E. 2001/36, K 2003/3, RG Tarihi: 21 Kasım 2003, RG Sayısı: 25296. Bu yöndeki bir AYİM kararı ise şöyledir: "Kamu hukukumuzda idarenin bir düzenleyici işlem tesis edebilmesi için; kanunun bir hizmet alanını ele alması, o hizmet alanı ile ilgili ana esasları belirlemesi ve sınırlamalar getirecek ise o sınırları çizmesi zorunlu olmaktadır. kanunla bu belirleme yapıldıktan sonradır ki, idare o hizmet dalında ve çizilen sınırlar dışına çıkmadan düzenleme yapmak suretiyle tesis edeceği işlemlerle hizmeti yerine getirebilecektir. Yürütme yetki ve görevinin kanunlara uygun olarak kullanılması ve 1961 Anayasasının deyimi ile 'kanunlar çerçevesinde' yerine getirilmesinin anlamının da böyle anlaşılması gerekmektedir." AYİM Daireler Kurulu, 24.9.1987, E.1987/1, K.1987/29, AYİM Dergisi, S.1, Kitap:1, s.308-313.

olan “kararname” kelimelerinden oluşur. Kanun hükmünde kararnameleri, “yasama organının konu, süre ve amacı belirleyen bir yetki kanunu ile verdiği yetkiye veya doğrudan doğruya Anayasa’dan aldığı yetkiye dayanarak, Devlet Başkanının ve Hükümetin çıkardığı, maddi anlamda kanun gücüne sahip, parlamentonun tasdiki ile şekli ve organik anlamda kanun gücünü kazanacak olan kararnamelerdir” şeklinde tanımlayabiliriz¹⁰.

Kanun hükmünde kararnameler, idarenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklıdır. Kanun hükmünde kararnameler kanun gücündedirler ve bu yüzden de mevcut kanun hükümlerini değiştirebilirler, kaldırabilirler ve yeni hükümler koyabilirler. Kanun hükmünde kararnameler bu özelliklerinden dolayı hukuki nitelikleri açısından bir takım tartışmalara yol açmışlardır.

Öğretide Teziç, kanun hükmünde kararnamelerin hukuki niteliğini belirlerken 1961 ve 1982 Anayasalarındaki düzenlemeleri farklı değerlendirmektedir. Teziç’e göre, 1961 Anayasasında öngörülen şekilde kanun hükmünde kararnameler, organik bakımdan idari işlemdir, fonksiyonel bakımdan ise, yürütmenin düzenleyici işlemi niteliğindedir¹¹. 1982 Anayasasındaki düzenlemeye göre ise, kanun hükmünde kararnameler, organik bakımdan idari işlemdir ancak fonksiyonel bakımdan yasama işlemi niteliğindedir. Çünkü 1982 Anayasası ile kanun hükmünde kararname çıkarılabilmesi için yasama organı tarafından çıkarılacak yetki kanununda, söz konusu kanun hükmünde kararname ile yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin belirtilmesine gerek yoktur. Bu da kanun hükmünde kararnamelere yasama işlemi kuvvetini kazandırmıştır¹².

Duran da kanun hükmünde kararnameleri 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde farklı değerlendirmektedir. Duran, 1961 Anayasası dönemindeki düzenlemeyi şöyle değerlendirmektedir; “kanun hükmünde kararname adı verilen bu yeni işlem türü, organik bakımdan idari, işlevsel yönden düzenleyici işlem niteliğindedir. Kanun hükmünde kararnamelerin işlevsel bakımdan yasama işlemi olduğu sanılır. Ancak, Bakanlar Kurulu bu tür işlemleriyle, yürürlükteki yasal hükümlerden yalnızca yetki kanununda kaldırılacağı açıkça gösterilen kanun hükümlerini değiştirebileceğinden, aslında bu konularda yasama değil, düzenlemede bulunmaktadır. Kanun hükmünde kararnameler nitelikçe, Anayasa’nın 107. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu’nun

¹⁰ KUZU Burhan, **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985, s.132.

¹¹ TEZİÇ Erdoğan, “Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler”, AİD., C.5, S.1, Y.1972, s.8-12.

¹² ERDOĞAN Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 1995, s.28-29.

çıkardığı, kanunun emrettiği işleri belirten tüzüklerden farksızdır.”¹³ Duran’ın 1982 Anayasasındaki düzenlemeye göre değerlendirmesi ise şöyledir; “parlamentonun yürütmeye kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermesi yasama yetkisinin belli bir konuda devri demek olduğundan; yetkinin kullanılmasıyla, yürürlükteki kanunlar gözetilmeden yapılan işlemler idari düzenlemeler sayılamaz.”¹⁴

Özbudun ise; “kanun hükmünde kararnamelerin yürütmenin diğer işlemlerinden farkı, kanuna eşit hukuki güçte oluşudur. Tüzük ve yönetmeliklerin yürürlükteki kanunları değiştirmeleri mümkün olmadığı halde, kanun hükmünde kararname ile yürürlükteki kanun hükümleri değiştirilebilir veya kaldırılabilir.... Tüzükler ve yürütmenin diğer düzenleyici işlemleri ancak kanunlara aykırı olmamak şartıyla düzenlemede bulunabildikleri halde, kanun hükmünde kararnameler yürürlükteki kanun hükümlerini kaldırabilmekte, değiştirebilmekte ve dolayısıyla kanun gücüne sahip bulunmaktadır. Yasama yetkisi ne şekilde anlaşılırsa anlaşılınsın, bu yetkinin kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak unsurlarını içerdiğinden şüphe yoktur. Dolayısıyla, yürürlükteki kanun hükümlerini değiştirebilen ve kaldırabilen bir işlemin kanunla aynı güçte olduğu ve bu tür işlemler yapabilme yetkisinin de maddi bakımdan yasama yetkisi olarak vasıflandırılması gerektiği sonucuna varılabilir”¹⁵.

Oytan ise, kanun hükmünde kararnamelerin TBMM tarafından tasdik edilinceye kadar işlevsel yönden bir yasama işlemi olduğunu ileri sürmektedir¹⁶.

Kuzu ise, kanun hükmünde kararnamelerin tasdik edilmeden önce organik bakımdan bir idari işlem olduklarını kabul etmektedir¹⁷.

Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki kararında şöyledir; “Anayasanın öngördüğü biçimi ile kanun hükmünde kararnameler yapısal bakımdan yürütme organı işlemi, işlevsel yönden ise yasama işlemi niteliğindedirler.”¹⁸

Kanun hükmünde kararnamelerin hukuki nitelikleri konusunda bizde Anayasa Mahkemesinin kararına katılarak, şekli açıdan yürütme organı işlemi olduklarını, fonksiyonel açıdan ise yasama işlemi niteliğinde olduklarını kabul ediyoruz.

¹³ DURAN Lütfi, “Kanun Hükmünde Kararnameler”, AİD., S.2, Y.1975, s.4-5.

¹⁴ DURAN Lütfi, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, İHİD., Y.4, S.1-3, s.41, dpt.6.

¹⁵ ÖZBUDUN Ergun, “1961 ve1982 Anayasaları’nda Kanun Hükmünde Kararnameler”, Anayasa Yargısı, (Ankara-1986), s.230.

¹⁶ OYTAN Muammer, “Fransa, Almanya ve Türkiye’de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, Onar Armağani, İstanbul,1977, s.594.

¹⁷ KUZU Burhan, “Kanun Hükmünde Kararname”, s.384.

¹⁸ AYM. E. 1990/22, K.1992/6, Karar Tarihi 5/2/1992, AYMKD., S.29, C.1, s.88.

2- Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri

Anayasanın 91'inci maddesinde, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir" denmektedir. Bu hükümden de anlaşıldığı gibi kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi Bakanlar Kurulundur. Ancak Bakanlar Kurulu kendiliğinden kanun hükmünde kararname çıkaramayacaktır. Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarabilmesi için, TBMM tarafından bir yetki kanunu ile yetkilendirilmesi gerekir.

Anayasa madde 91/2'de yetki kanununun kapsamı şöyle tarif edilmiştir: "Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını gösterir." Yetki kanunun kapsamı açısından 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası arasında bir farklılık vardır; 1961 Anayasasında yetki kanununda "yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin de açıkça gösterilmesi" şartı, 1982 Anayasası ile kaldırılmıştır.

Bakanlar Kurulu her konuda kanun hükmünde kararname çıkaramaz. 1961 Anayasasında kanun hükmünde kararnamelerin "belli konularda" çıkarılabileceği düzenlenmişti. 1982 Anayasasının 91'inci maddesinde "belli konularda" ifadesine yer verilmemiştir. Bu Bakanlar Kurulunun sınırlı olmayan bir alanda kanun hükmünde kararname çıkarabileceği anlamına gelmez. 1982 Anayasasının 87'nci maddesinde TBMM'nin görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu maddede TBMM'nin görev ve yetkileri arasında "Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek" de sayılmıştır. Bu hükümden de anlaşıldığı gibi, Bakanlar Kurulu ancak belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir¹⁹. Zaten Anayasanın 91'inci maddesinde kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyecek bazı konulara da yer verilmiştir. Bu hükme göre, "sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümlerinde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez." Yine Anayasanın 163'üncü maddesinde de, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisinin verilemeyeceği düzenlenmiştir.

91'inci madde de kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyecek hususlar sayıldığına göre, bu sayılanların dışında kalanlar kanun hükmünde kararname ile düzenlenebilecektir. Buna göre, kanun hükmünde kararname ile yalnızca, Anayasanın

¹⁹ Bu yöndeki bir Anayasa Mahkemesi kararı için bkz: AYM. E. 1988/62, K.1990/3, Karar Tarihi, 6/2/1990, AYMKD, S.26, s.104.

ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” düzenlenebilecektir.

Burada da şöyle bir sorunla karşılaşılabilir; 91’inci maddeye göre, “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” kanun hükmünde kararname ile düzenleme konusu yapılabilecektir. Ancak bu bölümde yer alan haklar ve ödevlerin ilgili oldukları maddelerde, sınırlamaların ancak kanunla olacağı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu konuyla ilgili bir kararı²⁰ şöyledir: “Anayasanın, bir konunun yasayla düzenleneceğini öngördüğü durumlarda, o konu kanun hükmünde kararname ile ilgili özel hüküm olan 91’inci maddesinin sınırlaması dışında kalmadıkça yada 163’üncü maddede olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe kanun hükmünde kararname ile düzenlenebilir.” Anayasa Mahkemesi’nin bu kararından da anlaşılacağı gibi, bir Anayasa hükmünde “kanunla sınırlanabilir” ifadesi varsa, bunu o alanda düzenleyici işlem yapılamayacağı şeklinde yorumlayamayız. Yalnızca yapılan sınırlamalar kanunla veya kanun hükmünde kararname ile yapılabilir. Ayrıca düzenleyici işlemler ile de düzenlemeler yapılması mümkündür²¹.

Kanun hükmünde kararnameler özünde bir Bakanlar Kurulu işlemi olduğu için, Bakanlar Kurulunun diğer işlemlerinin tabi olduğu şekil ve usul kurallarına tabidir.

Anayasanın 104’üncü maddesinin de Cumhurbaşkanı’nın görevleri arasında ‘kararnameleri imzalamak’ sayılmıştır. Bu durumda Bakanlar Kurulunun diğer kararnameleri gibi, kanun hükmünde kararnamelerin de Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması gerekir.

3- Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri

1982 Anayasası sıkıyönetim ve olağanüstü haller için olağan dönemde çıkarılabilecek kanun hükmünde kararnamelerden farklı bir kanun hükmünde kararname türü öngörmüştür.

Anayasa’nın 91’inci maddesinin 5’inci fıkrasına göre, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanlığı Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarabilecektir. Bu kararnameleri olağan dönem kararnamelerinden ayıran en önemli fark, çıkarılmaları için yetki kanununa gerek olmamasıdır. 1982 Anayasasındaki bu düzenleme, yürütme organının 1982 Anayasasında yetki ve görev olarak düzenlenmesinin nedenidir, aynı zamanda

²⁰ AYM. E. 1988/64, K. 1990/2, Karar Tarihi, 1/2/1990, AYMKD., S.26, s.68.

²¹ ÖZBUDUN, Anayasa, s.235.

da yürütme organının özerk ve asli bir düzenleme yetkisine sahip olduğunun bir kanıtıdır²².

Anayasanın 91'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri, olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri için kabul edilmiş olan konu sınırlamasına tabi değildir. Buna durumda olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri ile temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Ancak bu durum kanun hükmünde kararnameler ile tamamen sınırsız, her konuda düzenleme yapılabileceği anlamına gelmez. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri yalnızca olağanüstü halin ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularla ilgili olarak düzenleme yapabilecektir.

C- Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

1982 Anayasası ile sistemimizde yeni bir düzenleyici işlem türü olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine yer verilmiştir. Anayasanın 107'nci maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir; "Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı ve çalışma esasları, personel atama işlemleri, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenir."

Anayasa maddesinden de anlaşıldığı gibi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, yürütmenin asli düzenleme yetkisine girmektedir. Yani Cumhurbaşkanı daha öncesinde bir kanuna gerek duymadan doğrudan doğruya Anayasadan kaynaklanan bir yetki ile ve Anayasaya aykırı olmamak şartıyla bir düzenleme yapabilecektir. Ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilecek alanlar sınırlıdır. Şöyle ki, söz konusu Kararname ile Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemleri düzenlenebilecektir. Bunlar dışındaki konularda düzenleme yapılamayacaktır.

Teziç de bu konuda, Yasama organının Anayasaya uygun olmak koşulu ile her konuda düzenleme yapabileceği kuralının tek istisnasının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi olduğunu, Anayasanın 107'nci maddesinde sayılan hususların yalnızca

²² ÖZBUDUN, Anayasa, s.241.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebileceği, bu kararname dışında bir kanunla düzenleme yapılmasının mümkün olmadığını²³ belirtmektedir²⁴.

Duran ve Yüzbaşıoğlu'na göre ise, bu kararname ile yalnızca Cumhurbaşkanlığı'nın içyapısı ve işleyişi ile ilgili kurallar konulabilecektir, diğer bireylerle ve topluluklarla ilgili düzenlemelerde bulunulamayacaktır. Bu yüzden de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, yürütme organının özerk bir düzenleme işlemi sayılamayacaktır²⁵.

D- Tüzük

Tüzükler 1924 Anayasasının 52'nci maddesinde, 1961 Anayasasının 107'nci maddesinde ve 1982 Anayasasının 115'inci maddesinde düzenlenmişlerdir.

1982 Anayasası'nın 115'inci maddesine göre; "Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir. Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır."

Başgil, "Teşrii kaide ihtiva eden Devlet buyruğuna kanun; icrai yahut tanzimi kaide ihtiva eden Devlet buyruğunu da, nevine göre nizamname, talimatname, kararname, umumi talimat...denir" şeklinde yasama ve yürütme işlemlerinin tarifini yapmıştır. "...nizamname hükümetçe yapıp usulü dairesinde mer'iyete konulan; gayrişahsi ve objektif bir kaide tazammün eden emperatif bir Devlet buruğudur" ifadeleriyle de tüzükleri tarif etmiştir²⁶.

Onar ise 1924 Anayasasındaki düzenleniş şekli ile tüzüklerin tarifini şöyle yapmıştır; "...nizamname idare tarafından tanzim edilen daimi, mücerret ve objektif, umumi hükümleri ihtiva eden bir hukuki tasarruftur. Nizamname bu mahiyeti itibariyle maddi bakımdan kanun gibi bir kaide tasarruftur."²⁷

²³ Anayasa'nın 107'nci maddesinde belirtilen hususların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenecek olması, bu konuda kanun çıkarılamayacağı anlamına gelmez. Bu doğrultuda 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Ancak bu kanun, Anayasaya göre Cumhurbaşkanının mahfuz düzenleme alanına giren Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği kuruluş, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemleri gibi hususları kendi düzenleme alanı dışında tutmuştur. Zaten söz konusu kanunun 1'inci maddesinde şu hüküm yer almaktadır: "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenler."

²⁴ TEZİÇ, Anayasa, s.12.

²⁵ DURAN: "Düzenleme Yetkisi...", s.40; YÜZBAŞIOĞLU, s.61-62.

²⁶ BAŞGİL Ali Fuat, "Türkiye Teşkilat Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tabii Olduğu Hukuki Rejimi", Cemil Bilsel'e Armağan, İstanbul, 1939, s.23-24.

²⁷ ONAR, s.259.

1961 Anayasasındaki düzenlenişi ise Duran şöyle tarif etmiştir: “ Bakanlar Kurulunca, kanunun uygulanmasını göstermek veya kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak şartıyla ve Danıştay incelemesinden geçirilerek çıkarılan düzenleyici işlemlerdir.”²⁸

Tüzükler ancak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılabilecektir. Başka herhangi bir makamın tüzük çıkarabilme yetkisi yoktur. Bakanlar Kurulu, tüzüğü ancak daha önce mevcut olan ve yürürlüğe girmiş bulunan bir kanuna dayanarak çıkarabilir. Tüzük çıkarılabilmesi için, tüzüğün ilişkin bulunduğu kanunda bu konuda açıkça yetkilendirici bir hüküm olmasına gerek yoktur. Ancak kanun bir tüzük çıkarılmasını emretmiş ise, artık idare o konuda tüzük çıkarmadan önce başka bir düzenleyici işlem yapamayacaktır²⁹.

Anayasa'nın 115'inci maddesine göre tüzükler, “kanunların uygulanmasını göstermek veya kanunların emrettiği işleri belirtmek” için çıkarılabilirler. Buna göre iki tür tüzük olduğu kabul edilir. Kanunların uygulanmasını göstermek için çıkarılan tüzüklerde, Bakanlar Kurulunun tüzük çıkarıp çıkarmamak konusunda takdir yetkisi vardır, kanunların emrettiği işleri belirtmek için çıkarılan tüzüklerde ise, kanunun Bakanlar Kuruluna yüklediği bazı görevler vardır ve Bakanlar Kurulu bu yükümlülükleri yerine getirebilmek için tüzük çıkarmak zorundadır³⁰.

Tüzüklerin çıkarılmasındaki usul ve şekil kurallarından en önemlisi şüphesiz, Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi şartıdır. Danıştay incelemesinden geçirilmeyen bir tüzük yok hükmündedir. Danıştay'ın tüzük tasarıları üzerinde yapılacak olan bu incelemenin istişari nitelikte olduğu kabul edilmektedir³¹. Aksi kabul edildiğinde yani tüzük tasarıları konusunda Danıştay'ın görüşünün bağlayıcı olduğu kabul edildiğinde, Danıştay incelemesinin bir şekil şartı olmaktan çıkacağı ve bir yetki ortaklığına dönüşeceği kabul edilmektedir³².

Bu görüşü savunanlara göre, Bakanlar Kurulu, kendi ilk tasarısını yani Danıştay'ın görüşüne sunduğu tasarımı yada Danıştay incelemesinden gelen tasarımı yani Danıştay'ın değiştirmiş olduğu şekli ile tasarımı tüzük olarak yayımlamak zorundadır.

²⁸ DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul,1982, s.451.

²⁹ GÜNEŞ, s.175.

³⁰ ÖZYÖRÜK Mukbil, **İdare Hukuku Ders Notları**, Coğaltma, Ankara, 1977, s.57; DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, (İstanbul-1982), s.454-455.

³¹ Bu yöndeki görüşler için bkz: ÖZBUDUN, Anayasa s.247; BAŞGİL, s.89; GÜNEŞ, s.178.

³² ÖZBUDUN, Anayasa, s.247.

Atay ise, “Danıştay’ın belirlediği hukuka aykırılıkların düzeltilmeden tasarının yayınlanmasının mümkün olamayacağı kanaatindeyiz... Bakanlar Kurulu Danıştay’ın incelemesi sonucunda belirlediği hukuka aykırılığın aksini, yani tüzük tasarısının hükümlerinin kanuna uygun olduğunu hukuken ortaya koyabildiği durumda Danıştay’ın görüşüyle bağlı olmaz. Bunun dışında Danıştay’ın görüşüne uygun hareket etme zorunluluğu söz konusudur. Danıştay incelemesinde belirlediği eksiklik veya düzeltilmesi yönündeki değerlendirmesinde yerindelik hususu ön plana çıkmış ise, Bakanlar Kurulunun bu değerlendirmeyi göz ardı ederek Danıştay’a gönderdiği ilk metni yayımlayabileceğinin kabulü gerekir”³³ diyerek bu hususta görüşünü ifade etmiştir.

Kanaatimizce, Bakanlar Kurulu Danıştay tarafından belirtilen hukuka aykırılıkları ve eksiklikleri tamamlamadan tüzüğü yayımlayamayacaktır. Şöyle ki, eğer Bakanlar Kurulu, Danıştay’ın yapmış olduğu değişiklikleri kabul etmeyebilecek ise, kendi ilk tasarısını tüzük olarak yayımlayabilecek ise, o zaman tüzük tasarılarının Danıştay’a gönderilmesinin bir anlamı olmamaktadır. Danıştay’ın yaptığı inceleme bağlayıcı olmalı ve Bakanlar Kurulu yalnızca Danıştay incelemesinden geçirilen tüzük tasarılarını tüzük olarak yayımlayabilmelidir. Aksi görüşün savunulması, Anayasaya ve kanuna aykırı tüzük çıkarılabileceğinin kabulü anlamına gelecektir.

Tüzükler diğer Bakanlar Kurulu kararlarında olduğu gibi, Cumhurbaşkanınca imzalanacaktır ve kanunlar gibi yayımlanacaktır. Yani tüzükler, Resmi Gazetede yayımlanacaklardır. Eğer bir yürürlük tarihi öngörülmüş ise, o tarihte yürürlüğe girecektir. Bir yürürlük tarihi öngörülmemiş ise, Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren 45 gün sonra yürürlüğe girecektir.

E- Yönetmelik

1982 Anayasasının 124’üncü maddesine göre; “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilirler. Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir.”

Yönetmelikler, hiyerarşik açıdan tüzüklerden sonra gelirler. Yönetmelik de tüzük gibi genel, soyut ve kişilik dışı kuralları ihtiva eden bir hukuki işlemdir. Bu bakımdan yönetmelik ile tüzük arasında bir fark yoktur. Her ikisi de şekli bakımdan

³³ ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.59.

idari, maddi bakımdan ise kural – işlem mahiyetindedir³⁴. Yönetmelikler, idarenin en geniş uygulama alanına sahip düzenleyici işlem türüdür.

Yönetmelikler 1961 Anayasasında da düzenlenmişti. 1961 Anayasasına göre, yönetmelik çıkarabilecekler, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri idi. 1982 Anayasası bunlara, Başbakanlığı da eklemiştir.

Anayasada yönetmelik çıkartabilecek kuruluşların sınırlı olup olmadıkları tartışmalıdır ve bu konuda farklı görüşler mevcuttur.

Bir kesim tarafından, Anayasanın bu hükmünde sayılan kuruluşlar dışındaki kuruluşlar da yönetmelik çıkarabilecektir ve madde ki bu sayılan kuruluşlar örnek olarak kabul edilmelidir³⁵. Ayrıca hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki istikrar ilkesinin bir neticesi olarak da icrai kararlar alabilen idari makamların faaliyetlerini yerine getirirken yapacakları işlemlerinin nesnelliklerini sağlamaları açısından yönetmelik çıkarma yetkilerinin var olduğunu kabul etmek gerekecektir³⁶.

Bu görüşü savunmayanlara göre, Anayasadaki hüküm sınırlayıcıdır. Anayasada sayılanlar dışında kalan bir kuruluş yönetmelik çıkaramaz. Yönetmelik hukuki bir işlem olduğuna göre ancak irade açıklamaya yetkili olan bir hak sahibi, idare bakımından tüzel kişiliğe haiz bir kuruluş tarafından yapılabilecektir. Her icrai karar alabilen makamın veya kamu görevlisinin aynı zamanda yönetmelik çıkarma yetkisine de sahip olduğu söylenemez. Anayasa yönetmelik çıkarmaya yetkili makam ve kuruluşları saymıştır³⁷.

Yine yönetmelik çıkarabilecekler konusunda tartışma yaratan diğer konu ise, Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarıp çıkaramayacağıdır. Anayasada Bakanlar Kurulu yönetmelik çıkarabilecekler arasında sayılmamıştır.

Bir kesim, tek bir Bakanlık yönetmelik çıkarabildiğine göre, tüm bakanların bir araya gelmesiyle oluşturulan Bakanlar Kurulunun da yönetmelik çıkarabileceğini ileri sürerken³⁸; bu görüşe katılmayanlar ise, Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkaramaması gerektiğini savunurlar³⁹. Biz de Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkaramayacağını kabul etmekteyiz. Şöyle ki; Anayasada Bakanlar Kurulunun

³⁴ ONAR, s.275.

³⁵ GÜNEŞ, s.94-97; ONAR, s.276-277; ÖZBUDUN, Anayasa, s.248.

³⁶ ATAY, s.63,

³⁷ DURAN, İdare Hukuku, s.458-459.

³⁸ TAN Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, Anayasa Yargısı, C.3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1987, s.215-216.

³⁹ DURAN, İdare Hukuku, s.458-459-460.

yapabileceği işlem türü olarak tüzükler belirtilmiştir ve Bakanlar Kurulunun yapacağı düzenlemenin öneminden dolayı tüzüklerin Danıştay incelemesinden geçirileceği ve Cumhurbaşkanlığı tarafından imzalanacağı belirtilmiştir. Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarabileceğinin kabul edilmesi, tüzüklerin yerine yönetmeliklerin Bakanlar Kurulu tarafından daha fazla tercih edilmesine sebep olacaktır. Sonuç olarak da Bakanlar Kurulu Danıştay incelemesinden geçirilmeksizin düzenlemeler yapabilecektir. Anayasa koyucu ise, Bakanlar Kurulu tarafından yapılan düzenlemelerin Danıştay incelemesinden geçirilmesini amaçlamaktadır. Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarmasının kabul edilmesi Anayasa koyucunun bu amacıyla da çelişecektir. Kaldı ki, 1961 Anayasası döneminde yalnızca Bakanlıkların ve kamu tüzelkişilerinin yönetmelik çıkarabileceği düzenlenmişti. 1982 Anayasa koyucusu ise, bu yönetmelik çıkarabileceklere Başbakanlığı da eklemiştir. Eğer Anayasa koyucu, Bakanlar Kurulunun da yönetmelik çıkarabilmesini isteseydi, Başbakanlık ile birlikte Bakanlar Kurulunu da yönetmelik çıkarabilecekler arasında sayardı. Bu nedenle Anayasa koyucunun Bakanlar Kurulunu bu maddede zikretmemesi kasıtlıdır.

Yönetmelikler, gerek bakanlıkların gerek kamu tüzelkişilerinin yalnız kendi görev alanlarını ilgilendiren kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak için çıkarılabilecektir. Yönetmelikler kanun ve tüzüklere aykırı hükümler içeremezler.

Yönetmeliklerin çıkarılmasındaki şekil şartlarına baktığımızda Anayasa hükmünde yalnızca şu ifade vardır; "...Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanacağı kanunla belirlenir."⁴⁰ 1961 Anayasası döneminde ise tüm yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanacağı düzenlenmişti. 1982 Anayasasında ise bu hüküm değiştirilmiştir.

F- Diğer Düzenleyici İşlemler

Türk hukukunda Anayasada düzenlenen tüzük ve yönetmelikler dışında idare tarafından yapılan bazı düzenleyici işlemler de bulunmaktadır. Bunlar, kararname, karar, tebliğ, tamim gibi bazı isimler ile ifade edilirler. Bu düzenleyici işlemlere yani Anayasada düzenlenmiş olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, tüzük ve yönetmelikler dışında uygulamada var olan düzenleyici işlemlere, "adsız düzenleyici işlemler" denilmektedir⁴¹.

⁴⁰ 3011 Sayılı "Resmi Gazetede Yayımlanacak Yönetmelikler Hakkında Kanun" çıkarılmıştır. Kanunun 1'inci maddesine göre, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin işbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen, kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan ve kamuyu ilgilendiren Yönetmelikler Resmi Gazetede yayımlanır.

⁴¹ AKYILMAZ Bahtiyar, **İdare Hukuku**, Sayram Yayınları, Konya, 2003, s.271. ATAY, s.66-67. DURAN, İdare Hukuku, s.472.

Uygulamada görülen bu düzenleyici işlemleri bazılarını şöyle tarif edebiliriz:

Kararnameler, "... bazı kanunların muayyen sahalarda Bakanlar Kuruluna verdiği geniş bir tanzim selahiyetine müsteniden Bakanlar Kurulu tarafından neşredilen kararnamelerdir."⁴²

Sirküler, hiyerarşik amirlerin asrlarının uygulamakla yükümlü oldukları kanun, tüzük ve yönetmeliklerin yorumlanması ve uygulanması konusunda hiyerarşik yetkisine dayanarak vermiş oldukları emir, talimat ve görüşlerdir⁴³.

Direktifler, hiyerarşik amirlerin asrların takdir yetkisine sahip oldukları alanlarda takdir yetkilerini somut olayda nasıl kullanacaklarına ilişkin hiyerarşik yetkisine dayanarak vermiş oldukları emir ve talimatlardır⁴⁴.

YÜRÜTMENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİNİN YARGISAL DENETİMLERİ

A- Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimleri

1- Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimleri

Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimlerini 2 başlık altında incelemek mümkündür:

a- Yetki Kanunlarının Yargısal Denetimi

Olağan dönemde çıkarılacak olan kanun hükmünde kararnameler bir yetki kanununa dayanmak zorunda olduğundan, yetki kanununun Anayasada belirtilen zorunlu unsurları içerip içermediğinin denetlenmesi gerekmektedir.

Anayasanın 91'inci maddesine göre, bir yetki kanunu şu unsurları içermelidir; "...Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını gösterir." Bu maddede "konu unsuru" sayılmamış olsa da, daha önce izah ettiğimiz gibi, Bakanlar Kurulu yalnızca belirli konuda kanun hükmünde kararname çıkarabileceğinden, yetki yasasında konu unsuru da yer almalıdır. Anayasa Mahkemesinin yapacağı denetim konu unsurunu da kapsayacaktır⁴⁵.

⁴² EROĞLU Hamza, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara,1985, s.109.

⁴³ GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt 1, Ekin Yayınları, Bursa-2003, s.608,

⁴⁴ GÖZLER, s.615-616,

⁴⁵ Bu yöndeki bir Anayasa Mahkemesi kararı için bkz: AYM., E.2000/45, K.2000/27, Karar Tarihi: 05.10.2000, AYMKD, S.36/2, s.772.

Çıkarılan yetki kanunlarında konu unsurunun belirtilmiş olması, kanun hükmünde kararnameler üzerinde kazai ve siyasi denetimin daha kolay yapılmasına imkan verir⁴⁶. Konu unsuru ile ilgili bir Anayasa Mahkemesi kararında da; "... Yetki kanunun kapsamı dışında yürürlüğe konulan ve başka bir anlatımla yasanın öngörmediği bir konuda düzenleme yapan bir KHK'nin Anayasa'ya aykırılığı kuşkusuzdur.... Verilen yetkinin konusunun belli olmasının, Anayasasının 91. maddesindeki yetki verilemeyecek konuları da kapsayıp kapsamadığının incelenebilmesi yönünden de önemi büyüktür."⁴⁷

Yetki kanununun içermesi gereken unsurlardan biri olan amaç unsuru, yasama organı tarafından Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi ile ulaşılmak istenen sonuçların gösterilmesini ifade eder.

Anayasa Mahkemesi kararı şöyledir; "...Amaç, Bakanlar Kurulu'nun kendisine verilen yetki ile neleri gerçekleştirmesi gerektiği belirlediğinden yetki yasasında KHK'nin amacı da somut olarak belirtilmelidir. KHK'nin amacı... geniş içerikli her yöne çekilebilecek yuvarlak ve genel anlatımlarla gösterilmemeli; değişik şekillerde yorumlanmaya elverişli olmamalıdır."

Yüksek Mahkeme kararlarının pek çoğunda, amaç unsurunun açıkça belirtilmiş olması gerektiği, muğlâk ifadelerle yer verilmemesi gerektiği, aksi halde bunun, "yasama yetkisinin yürütme organına devredilmiş olması sonucunu doğuracağı vurgulanmıştır."⁴⁸

Anayasaya göre, yetki kanununda belirlenmesi gereken unsurlardan diğeri kapsam unsurudur. Kapsam unsuru, yetki kanununda belirtilen amacın gerçekleştirilebilmesi için, hangi araçların kullanılabileceğini ifade eder⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili bir kararında; Kanun hükmünde kararnamelerin kapsamının geniş içerikli, her yöne çekilebilecek yuvarlak ve genel anlatımlarla gösterilmemesi gerektiğini, değişik şekillerde yorumlamaya elverişli olmaması gerektiğini belirtmiştir⁵⁰.

⁴⁶ KUZU, Kanun Hükmünde Kararnameler, s.323.

⁴⁷ AYM., E.1988/62, K.1990/3, Karar Tarihi: 06.02.1990, AYMKD, S.26, s.104.

⁴⁸ Konu ili ilgili bazı Anayasa Mahkemesi kararları: AYM., E.1994/68, K.1994/80, Karar Tarihi: 29.11.1994, AYMKD, S.31/1, s.477; AYM., E.1995/35, K.1995/26, Karar Tarihi: 04.07.1995, AYMKD, S.31/2, s.583.

⁴⁹ YÜZBAŞIOĞLU, s.83.

⁵⁰ AYM., E.1988/62, K.1990/3, Karar Tarihi: 06.02.1990, AYMKD, S.26, s.105; AYM., E.1994/49, K.1994/45-2, Karar Tarihi: 07.07.1994, AYMKD, S.30/1.259; E.1993/26, K.1993/28, Karar Tarihi: 16.09.1993, AYMKD, S.29/1.335.

Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri

Yetki kanununda düzenlenmesi gereken unsurlardan bir diğeri de ilkeler unsurudur. İlkeler hem esas hem de usule ilişkin olarak kanun hükmünde kararnemelerle yapılacak düzenlemelerde uygulanacak temel esasları ve ilkeleri ifade eder⁵¹.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında, yetki kanununda Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin ilkelerinin belirlenmesinden amaçlananın, Bakanlar Kurulunun kendisine verilen bu yetki ile neleri gerçekleştireceğinin açıkça göstermesi olduğu belirtmiştir. Daha sonra da bu ilkelerin de, geniş içerikli, her yöne çekilebilecek, yuvarlak ve genel anlatımlarla gösterilmemesi gerektiğini belirtmiştir⁵².

Yetki kanununda düzenlenmesi gereken unsurların biri de süre unsurudur. Süre unsuru, kanun hükmünde kararnemelerin önemli, zorunlu ve ivedi olmaları aynı zamanda da istisnai bir düzenleme yetkisi olmalarının bir sonucudur.

Yetki kanunu ile çok uzun sürelerin verilmesi yetki devri anlamını taşımaktadır. Eğer bir konuda ivedi yani kısa sürede düzenleme yapılması zorunlu değilse yetki yasası, yasama yetkisinin devri niteliği taşıyacaktır. Anayasa Mahkemesi de bu hususu şöyle ifade etmiştir; “..Uzun bir süne için yürütmeye, kesintisiz yetki verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğindedir. Bu uygulama Anayasa’nın 7. maddesiyle bağdaşamaz.”⁵³

Yetki kanunlarının Anayasada belirlenmiş olan unsurları yanında, Anayasa Mahkemesi kararları ile belirlenmiş olan unsurları da önemlilik, zorunluluk ve ivediliktir.

Anayasa Mahkemesinin önemlilik, zorunluluk ve ivedilik unsurlarına ilişkin bir kararının ilgili bölümü şöyledir: “...91. maddenin sekizinci fıkrasında, yetki yasaları ve bunlara dayanan kanun hükmünde kararnemeler, TBMM Komisyonları ve Genel Kurulunda öncelik ve ivedilikle görüşülecektir.

Anayasanın görüşülmesinde bile ‘öncelik ve ivedilik’ aradığı KHK çıkarma yetkisinin, Anayasanın ...kuralları dikkate alınarak yerine getirilmesi zorunlu bulunan, belli yöntemlere göre yasa çıkarmaya zamanın elvermemesi gibi ivedi durumlarda kullanılması gerekir.

Sonuç olarak, yasama yetkisi genel ve asli bir yetkidir, bu yetki TBMM’ne aittir, devredilemez. KHK’ler, unsurları Anayasa’da belirtilen yetki yasalarına göre çıkarılır

⁵¹ YÜZBAŞIOĞLU, s.85.

⁵² AYM., E.1993/26, K.1993/28, Karar Tarihi: 05.02.1992, AYMKD, S.332.

⁵³ AYM., E.1993/26, K.1993/28, Karar Tarihi: 16.09.1993, AYMKD, S.26, s.73.

ve işlem görürler, ayrıık durumlar içindirler ve bağılı bir yetkinin kullanılması yoluyla hukuksal yaşamı etkilerler. Bu kararnameler, ancak ivedilik isteyen belli konularda, kısa süreli yetki yasalarına dayanılarak çıkarılabilirler.

KHK uygulamasının yaygınlaştırılması, ...kullanma süreleri uzatılarak süreklilik kazandırılması ve hemen her konuda KHK'lerle yeni düzenlemelere gidilmesi, ivedilik koşuluna uyulmaması, yasama yetkisinin devri anlamına gelir. Böylece, üç kamu erki arasındaki denge bozulur, yürütme organı yasama organına karşı üstün duruma gelir.”⁵⁴

Kanun hükmünde kararname ile bir düzenleme yapılması, istisnai bir yetkidir. Yani bu yetki her durumda ve sürekli olarak kullanılamaz. Olağan düzenleme yetkisi TBMM'ye aittir ve bu yetki kanunlar ile kullanılır ve bu yetki devredilemez. Kanun hükmünde kararnamelerin önemli, zorunlu ve ivedi hallerde çıkarılabileceğinin kabul edilmemesi, bu yetkinin devredilmesi anlamına gelecektir ki bu kabul edilemez bir durumdur.

Bir yetki kanunun iptal edilmesi, ona dayanılarak çıkarılmış olan kanun hükmünde kararnameyi nasıl etkileyecektir? Bu konuda Anayasa Mahkemesi görüşünü şöyle açıklamıştır: “...yetki yasasının iptalinin, buna dayanılarak çıkartılan KHK'lere etkisi konusunda tek ve kesin bir esas koymaya ve bu doğrultuda yorum yapmaya olanak yoktur. Olayın Anayasa Mahkemesi önüne getiriliş biçimi, yani iptal davası yada itiraz yolu ile aykırılık savında bulunmuş olması değişik sonuçlar ortaya çıkarabilir.”⁵⁵

⁵⁴ AYM. E.1988/64, K.1990/2, Karar Tarihi, 1.2.1990, AYMKD, S.29/163. Anayasa Mahkemesi bu kararını 7'ye karşı 4 oyla almıştır. Üye Necdet Darıcıoğlu azınlık görüşünde; “Anayasa Mahkemesinin...KHK çıkarma yetkisinin ancak önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda verilmesini, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek yada bu izlenimi verecek biçimde güncelleştirip sık sık bu yola başvurulmamasını Anayasa Koyucunun amacına daha uygun bulan ifadesi bir yargıyı değil, sadece bir tavsiyeyi, temenniyi dile getirmektedir. Söz konusu kavramların değişik yorumlara elverişli son derece esnek anlam ve içerikleri, buyurucu bir hükmün dolaylı ögesini bile oluşturmamaları, Anayasa'nın 91. maddesinin sekizinci fıkrasında, KHK'lerin salt, ivedi ve zorunlu durumlarda çıkarılabileceğinden kesinlikle söz edilmemekte olması çoğunluk görüşü doğrultusunda değerlendirme yapmayı engellemektedir.” demiştir.

Diğer üye Mehmet Çınarlı ise, “Anayasa Mahkemesi'nin Anayasada mevcut olmayan (önemlilik, zorunluluk, ivedilik) bir hükme göre iptal kararı vermesinin mümkün olmadığı...”nı,

Üye Servet Tüzün, ivedilik ve zorunluluğun tespitinin “siyasi tercih sorunu” olduğunu ve Mahkemenin böyle bir takdirde bulunması halinde “Anayasaya uygunluk denetimi dışına çıkılmasına ve denetimin yerindelik denetimine dönüşmesine” neden olacağını,

Üye Erol Cansel ise, “...Kanun koyucunun Anayasanın 91. maddesinde öngörmediği ivedilik, zorunluluk, önemlilik gibi yeni unsurların Anayasa Mahkemesi'nce içtihat yoluyla yaratılmış olması... Bu maddeyi bir nevi tadil anlamına gelir.” Şeklinde azınlık görüşlerini ortaya koymuşlardır.

⁵⁵ AYM., E.1990/1, K.1990/21, Karar Tarihi; 17.7.1990, AYMKD., S:26, s.319

Anayasa Mahkemesi daha sonra bu içtihadından vazgeçerek, 1992 yılında ki bir kararında şöyle demiştir; “ ... KHK, yasa gücünü, dayandığı yetki yasası ile konulan esaslara uygunluğu ve yetki yasasının da Anayasaya uygunluğu varsayıldığı için kazanmaktadır. Yetki yasasının Anayasaya aykırılığının saptanması yada bu nedenle iptaline karar verilmesi durumunda bu varsayım gerçekleşmediğinden, bu yasaya dayanılarak çıkartılan KHK Anayasal dayanaktan yoksun kalır...KHK; yetki yasasına ve içeriği yönünden de Anayasaya aykırı olmasa bile dayandığı yetki yasası Anayasaya aykırı ise iptali gerekir.”⁵⁶

Yetki kanunu ile kanun hükmünde kararname arasında çok sıkı bir bağ vardır. Bu nedenle, bir kanun hükmünde kararnamenin dayanağını oluşturan yetki kanunun iptal edilmesinin söz konusu kanun hükmünde kararnameyi etkilemeyeceğini düşünmek yanlış olur. Her ne kadar Anayasanın 153’üncü maddesinde “iptal kararları geriye yürümez” denilmiş olsa bile bunu, yetki kanunun iptali kararının yürürlüğe girmesinden önceki hüküm ve sonuçlarını korumak işlevi gördüğü şeklinde yorumlamak gerekmektedir. Aksi düşünce, Anayasada ifadesini bulan “hiç kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz” ilkesine aykırı olacaktır. Çünkü kanun hükmünde kararnamenin dayanağını oluşturan yetki kanunun iptal edilmiş olması, söz konusu kanun hükmünde kararnamenin hukuki dayanaktan yoksun olması sonucunu doğuracaktır.⁵⁷

Yetki kanunun iptal edilmesi ile dayanağını oluşturduğu kanun hükmünde kararnamenin, iptal kararının yürürlüğe girmesi ile kendiliğinden yürürlükten kalkacağı kabul edilmesi pek yerinde olmayacaktır. Böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesi ilgili kanun hükmünde kararnamenin içeriğine bakmaksızın sadece yetki kanunu iptal edildiği için kanun hükmünde kararnamenin de iptaline karar verecektir⁵⁸.

b- Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi

Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimlerini yaparken, kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa’ya uygunluklarını ve dayandıkları yetki kanununa uygunluklarını incelemektedir.

Anayasanın 148’inci maddesi yalnızca kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunun denetimine yer vermiştir. Ancak kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunun denetimi, onların yetki kanununa

⁵⁶ AYM., E.1990/22, K.1992/6, Karar Tarihi, 05.02.1992, AYMKD., S.29, s.28-40.

⁵⁷ YÜZBAŞIOĞLU, s.138-140.

⁵⁸ YÜZBAŞIOĞLU, s.141-142.

uygunluğunun denetimini de kapsamaktadır. Bu durum bir Anayasa Mahkemesi kararında da şöyle ifade edilmiştir; “Yargısal denetimde KHK’nin, öncelikle yetki yasasına sonra da Anayasaya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasanın 148. maddesinde KHK’lerin yetki yasalarına uygunluğunu denetlemesinden değil, yalnızca Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de, Anayasaya uygunluk denetimimin içerisinde öncelikle KHK’nin yetki yasasına uygunluğunun denetimi girer. Çünkü Anayasada, Bakanlar Kurulu’na ancak yetki yasasında belirtilen sınırlar içerisinde KHK çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, KHK’yi Anayasaya aykırı duruma getirir. Böylece, KHK’nin yetki yasasına aykırı olması Anayasa’ya aykırı olması ile özdeşleşir...”⁵⁹

Yüksek Mahkemenin kararından da anlaşıldığı gibi, Bakanlar Kurulu kendisine verilen yetki kanunu ile çizilen sınırlar içinde kanun hükmünde kararnameler ile düzenleme yapabilecektir. Yetki kanununun çizdiği sınırlar dışında kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılmış olması, TBMM düzenleme yapılan alan ile ilgili olarak yetki vermemiş olduğu için, yetki gaspı oluşturacaktır.

Yine Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan kanun hükmünde kararname üzerindeki denetimde, kanun hükmünde kararnamenin Anayasaya uygun olup olmadığı da denetlenecektir.

2- Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi

Anayasanın 148’inci maddesinde Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri sayılırken; “.....olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla; Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmeye rağmen Anayasa Mahkemesinin bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesini denetlediği kararında, bir düzenleyici işlemin onu yapan organ tarafından nitelendirilişi ile kendisini bağlı saymamış, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesinin gerçekten “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” çıkarılıp çıkarılmadığını araştırmıştır. Eğer bir düzenleyici işlem olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi niteliğinde değil ise, 148’inci madde hükmü dışında kalacaktır⁶⁰.

⁵⁹ AYM., E.2000/61, K.2000/34, Karar Tarihi: 26.10.200, AYMKD, S.36/2.829

⁶⁰ AYM., E.1990/25, K.1991/20, Karar Tarihi; 10.1.1991, AYMKD., S.27, C.1, s.100-102.

Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri

Anayasa Mahkemesi, bir düzenleyici işlemin Anayasaya göre denetim dışı bırakılabilmesi için şu üç şartın varlığının gerekli olduğunu belirtmiştir;

1- Olağanüstü hal, yer bakımından sınırlı olduğundan, ilgili kanun hükmünde kararname ile getirilen önlemler de, sadece olağanüstü hal ilan edilen bölge için geçerli olmalıdır⁶¹.

2- Olağanüstü hal belirli bir süre ile sınırlı olduğundan, bu süre bitmiş olmasına rağmen, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesinin kurallarının uygulanmasına devam edilmesi mümkün değildir⁶².

3- Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile kanunlarda değişiklik yapılamaz. Aksinin kabulü, olağanüstü hal bölgesi dışında ve olağanüstü hal süresi bittikten sonra, ilgili kanun hükmünde kararnamenin kurallarının uygulanması sonucunu doğuracaktır⁶³.

Anayasa Mahkemesine göre bu şartlara uygun olmayan bir kanun hükmünde kararname, olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi kabul edilir ve Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olur.

Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerin denetimleri konu açısından da yapılmaktadır. Şöyle ki, Anayasanın 15'inci maddesinde olağanüstü hallerle ilişkin düzenlemelerin, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal edemeyeceği, durumun gerektirdiği ölçüde olması gerektiği ve maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hak ve ilkeleri ihlal edemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca Anayasanın 121 ve 122'nci maddelerinde düzenlemenin olağanüstü halin gerekli kıldığı konulara münhasır olması gerektiği belirtilmiştir. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerin konu bakımından denetimi işte bu hususlara ilişkin olmalıdır.

Anayasanın 121 ve 122'nci maddelerine göre bu kararnameler, Resmi Gazetede yayınlanır ve aynı gün TBMM'ye sunulur. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri üzerindeki tek denetim, TBMM'nin yapacağı denetimdir. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri TBMM tarafından onaylandıktan sonra bir kanuna dönüşeceğinden bu kanunların Anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilecektir⁶⁴.

⁶¹ AYM., E.1991/6, K.1991/20, Karar Tarihi; 3.7.1991, AYMKD., S.27, C.1, s.375-421.

⁶² AYM., E.1990/25, K.1991/1, Karar Tarihi; 10.1.1991, AYMKD., S.27, C.1, s.101.

⁶³ AYM., E.1990/25, K.1991/1, Karar Tarihi; 10.1.1991, AYMKD., S.27, C.1, s.101.

⁶⁴ ÖZBUDUN, s.244-245.

B- Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yargısal Denetimi

Anayasanın 107'nci maddesinde ifadesini bulan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması gereken diğer Bakanlar Kurulu kararnamelerinden ayrı bir maddede özel olarak düzenlenmiş olduğundan, bu kararnamenin Cumhurbaşkanının tek başına yani ilgili bakan ve Başbakanın imzaları olmadan yapacağı işlemlerden biri olduğunu göstermektedir. Anayasanın 125'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin idari yargı denetimine tabi olmadığı belirtilmiştir. O halde 107'nci maddede ifadesini bulan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de idari yargı denetimi dışındadır. Ancak bu kararnameye dayanan uygulama işlemleri için idari yargı denetimine başvurulabilecektir⁶⁵.

C- Tüzüklerin Yargısal Denetimleri

Tüzükler birer idari işlem olarak idari yargı denetimine tabidir. Danıştay Kanununun 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendine göre "Bakanlar Kurulu kararlarına" karşı Danıştay ilk derece mahkemesi olarak görev yapacaktır. Bu hükümde Bakanlar Kurulu'nun işlemleri açısından düzenleyici veya bireysel işlem ayrımı yapılmadığından; Bakanlar Kurulunun hem düzenleyici işlemlerine karşı hem de bireysel işlemlerine karşı yargısal denetim Danıştay tarafından yapılacaktır.

1924 Anayasasında ise, "Tüzüklerin kanunlara aykırılığı ileri sürüldükte bunun çözüm yeri Türkiye Büyük Millet Meclisidir." hükmü yer almakta idi.

D- Yönetmeliklerin Yargısal Denetimi

Yönetmelikler de birer idari işlem oldukları için idari yargı denetimine tabidir. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davaların gösterildiği Danıştay Kanununun 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, "Bakanlar Kurulu kararlarına", (c) bendinde, "Başbakanca alınan kararları", (d) bendinde ise, "Bakanlıkların düzenleyici işlemleri ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemler" sayılmıştır. Buna göre, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmeliklerin denetimleri, Başbakanlık tarafından çıkarılan yönetmeliklerin denetimleri, Bakanlıklar tarafından çıkarılan yönetmeliklerin ve kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak yönetmeliklerin denetimleri, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay tarafından yapılacaktır. Bu sayılanlar dışında kalan yönetmeliklerin yargısal denetimleri ise, idare mahkemeleri tarafından yapılacaktır.

⁶⁵ ÖZBUDUN, s.246.

E- Diğer Düzenleyici İşlemlerin Yargısal Denetimi

Anayasa’da düzenlenmemiş olan diğer tüm düzenleyici işlemler de, birer idari işlem olarak idari yargı denetimine tabidir. Yönetmeliklerin yargısal denetimlerinde bahsettiğimiz gibi, Danıştay Kanununun 24’üncü maddesinin 1’inci fıkrasına göre, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan tüm düzenleyici işlemlerin, Başbakanlıkça çıkarılan tüm düzenleyici işlemlerin, Bakanlıkların düzenleyici işlemlerinin ve kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak olan düzenleyici işlemlerin yargısal denetimleri ilk derece mahkemesi olarak Danıştay tarafından yapılacaktır. Bu düzenleyici işlemler dışında, kamu kurumları tarafından çıkarılan tüm düzenleyici işlemlerin yargısal denetimleri idare mahkemeleri tarafından yapılacaktır.

SONUÇ

İdarenin düzenleyici işlemleri genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı hükümler ihtiva eden, kanunların uygulanmasını göstermek üzere yapılan hukuki tasarruflardır.

İdarenin düzenleyici işlemlerinden bir kısmı Anayasa’da sayılmıştır. Fakat idarenin yapabileceği düzenleyici işlemleri Anayasa’da sayılanlar ile sınırlı olduğunu kabul etmeye imkân yoktur. Anayasa’da ismen gösterilmemiş olsa da idare çeşitli isimler adı altında düzenleyici işlemler yapabilecektir.

Hangi isim altında olursa olsun idarenin yapmış olduğu tüm bu düzenleyici işlemler, birer idari işlem olduklarından dolayı idari yargı denetimine tabi olacaktır. Yalnızca olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Anayasa hükmü uyarınca yargı denetimi dışında olacaktır. Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri ile ilgili olarak da, Anayasa Mahkemesi yapılan düzenlemenin yapan organ tarafından hukuki olarak nasıl nitelendirildiği ile bağlı olmaksızın; eğer yapılan düzenleme, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi özelliğini taşııyorsa, Yüksek Mahkeme tarafından yargısal denetimleri yapılabilecektir.

Yürütmenin düzenleyici işlemlerinden olduğu halde yargısal denetimi yapılamayan bir diğer işlem olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de ancak Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemleri düzenlenebilecektir. Bunlar dışındaki konularda Kararname ile düzenleme yapılamayacaktır.

NATO’S INTERVENTION IN KOSOVO: HISTORICAL, POLITICAL AND LEGAL ASPECTS*

TARİHİ, SİYASİ VE HUKUKİ YÖNLERİYLE KOSOVO’YA YAPILAN NATO MÜDAHALESİ

Arş. Gör. Berat Lale Hacıoğlu**

Abstract: On 24 March 1999 the North Atlantic Treaty Organization (NATO) commenced air strikes against the Federal Republic of Yugoslavia (FRY) due to the ongoing crisis and human rights violations in Kosovo. Although this intervention in Kosovo had no legal basis, the so-called “right of humanitarian intervention” was surprisingly revoked by some scholars. Debates on the intervention divided international community and an old conflict aroused again; which do have the priority in the UN charter? Protecting Human rights or keeping the international peace and security. This article explores the historical reasons of the NATO’s action, the conflicting views of the scholars on the issue, arguments and counter arguments in the United Nations Security Council before and after the attacks, the precise ban on the use of force under UN Charter and whether a right to humanitarian intervention exists under contemporary international law or not.

ANAHTAR KELİMELEER: İnsani Müdahale, Kuvvet Kullanma, NATO, BM, 1999 Kosova Müdahalesi

Özet: 24 Mart 1999 tarihinde NATO, Kosovo’da süregelen siyasi krizi ve insan hakkı ihlallerini sona erdirmek üzere Yugoslavya Federal Cumhuriyeti’ni hedef alan hava saldırılarına başladı. Söz konusu müdahalenin yasal bir dayanağı olmamakla birlikte birtakım hukukçular “insani müdahale hakkı” na dayanarak NATO saldırılarını meşrulaştırmaya çalıştılar. Müdahale üzerine yapılan tartışmalar uluslararası toplumu ikiye böldü ve eski bir ihtilaf yeniden gündeme geldi; BM

* This article is the presentation of the author’s LLM Dissertation accepted by University of Nottingham in 2004. The original title of the dissertation is “How Legal was the NATO’s Humanitarian Intervention in Kosovo?”.

** Araştırma Görevlisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Umumi Hukuku

Anlaşması çerçevesinde öncelikli olarak korunan değer nedir? Uluslararası barış ve güvenlik mi yoksa insan hakları mı? Bu makalede NATO müdahalesinin tarihsel nedenleri, müdahale meselesine ilişkin olarak uluslararası hukukçuların birbiriyle çatışan görüşleri, NATO hareketinden sonra Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinde cereyan eden tartışmalar açıklandıktan sonra BM Anlaşması çerçevesinde kuvvet kullanma yasağı ve insani müdahale hakkının uluslararası hukuktaki varlığı sorunu incelenecektir.

KEYWORDS: Humanitarian Intervention, Use of Force, NATO, UN, Intervention in Kosovo in 1999.

INTRODUCTION

On 24 March 1999 the North Atlantic Treaty Organization (NATO) commenced air strikes against the Federal Republic of Yugoslavia (FRY) due to the ongoing crisis and human rights violations in Kosovo. There were many justifications and debates about this armed intervention.¹

Tony Blair, Prime Minister of UK at the time, stated that the choice was to do something or do nothing.²

The choice to do something or nothing is a very striking argument with respect to the matter of to use force. It is the fact that the constitutional aim of the UN charter is to protect peace amongst nations. This is the core aim of the international community which always suffered from the cruelty of wars. As Judge Lauterpacht suggested in his book *The Function of Law in the International Community* the world's legal system must be built on a precise rule: "There shall be no violence" by states.³ The insufficiency of the League of Nations Covenant with respect of protecting peace led the states to constitute the United Nations and the UN Charter after the World War II. The very core part of the UN Charter is the prohibition of the threat or use of force under Article 2(4). There are two exceptions to this rule; self-defence and the actions authorized by the UN Security Council.

However the rising concerns on Human Rights issues in the world public opinion, led states to justify their use of force on the grounds of humanity as happened in Kosovo incident. Yet article 2(4) of the United Nations Charter provides a broad prohibition on the use of force and even the humanitarian concerns do not have enough bases to justify the arbitrary use of force.

The aim of this paper is to assess the legality issue of the NATO's Humanitarian Intervention in Kosovo. To be able to evaluate the issue, firstly, the origins of the conflict in Kosovo, the United Nations' and NATO's responses to this conflict and

¹ Javier Solana, NATO Secretary General at the time, stated that: "The Allies believe that in particular circumstances with respect to the present crisis in Kosovo as described in United Nations Security Council (UNSC) Resolution 1199, there are legitimate grounds for the Alliance to threaten, and if necessary, to use force."¹ NATO Secretary- General Dr Javier Solana, Press Conference at NATO Head Quarters in Brussels, 13 October 1998 see <http://www.nato.int/docu/speech/1998/s981013b.htm> (last visited 15 February 2009)

² Rachel Sylvester, 'War In Europe: The Blair Doctrine: This is an Ethical Fight; But How Will the Public React When the First British Serviceman Dies?', *Independent on Sunday*, 28 March 1999., at 18.

³ Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, (Oxford: Clarendon Press) (1933) at 64.

the justifications of NATO's action will be handled. Secondly, intervention under contemporary international law, by stating the common rules on the use of force and the intervention, the decisions of the International Court of Justice and the state practice before and after the cold war will be examined. The developments in the United Nations in the Cold War Era will also be discussed in this part. Finally, a detailed evaluation on the legality of the Humanitarian Intervention in Kosovo will be analysed. In this part first of all, the arguments and counter-arguments in the Security Council about the NATO air strikes will be stated. Then, the justifications of the intervening states will be discussed. These discussions will be a kind of response to the justifications for the NATO action and search the answer of the question if a right to humanitarian intervention exists under contemporary international law and the existing Security Council Resolutions justifies the armed intervention of NATO.

The conclusion part will briefly assess the whole issues and answer the above mentioned questions in a negative way; that is, the intervention in Kosovo neither legal nor justifiable under contemporary international law.

1. THE BACKGROUND OF NATO'S INTERVENTION

In this part of the paper first a brief history about Kosovo which led to NATO's intervention, the responses of the UN to the escalating Human Rights violations and the justifications before the world public opinion and International Court of Justice (ICJ) will be analysed.

1. 1. The Historical Background; what Happened in Kosovo?

The conflicts in Kosovo go back to the defeat of Serbians by Ottoman Turks in 1389. Ottomans ruled the region until 1912 when Serbia and other Balkan States united to compel Turks to leave Balkan region. During the World War I, Serbs were expelled from Kosovo. In 1918, the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes were established and Kosovo returned to Serbia. It became Yugoslavia, as a Slav state, in 1929 and was divided again during the World War II. General Tito reconstituted the state as the 'People's Federal Republic of Yugoslavia' consisted of Serbia, Montenegro, Croatia, Slovenia, Bosnia and Herzegovina and Kosovo and Kosovo was granted an autonomous position in 1974.⁴

The tension increased in Kosovo when Serbian president Milosevic had rescinded the province's autonomous status in 1989.⁵ In the following years Milosevic dismissed

⁴ Simon Chesterman, *Just war or just peace? Humanitarian Intervention and International Law* (Oxford: Oxford University Press) (2001), at 207.

⁵ Nicholas J. Wheeler, *Saving strangers: humanitarian intervention in international society* (Oxford: Oxford University Press) (2000), at 257.

the Albanians by revoking the official status of Albanian language, excluding them from state school system and as a reaction under the leadership of Ibrahim Rugova the Democratic League of Kosovo had been established and Albanian Kosovars created unofficial parallel system of schools, laws, judiciary and taxation.⁶ By 1997 the non-violent responses began to change because Kosovo was left out the Dayton Peace Agreement and Ushtria Clirimate e Kosoves/ Kosovo Liberation Army (UCK/ KLA) had been established and began to bombings against Serb targets.⁷ As a response, Belgrade deployed troops and attacked villages by helicopters.⁸ According to Independent international Commission on Kosovo, from February 1998 to March 1999 the casualties were around 1000 civilians and more than 400.000 people were driven from their homes.⁹ The Events escalated in February and March 1998. Fifty Kosovars were killed in the Drenica area, including 25 woman and children, on 5 March 1998.¹⁰

1.2. The Responses of the United Nations and NATO to the Kosovo Crisis

The first resolution adopted by United Nations Security Council on Kosovo crisis was Resolution 1160.¹¹ In its operative paragraphs the resolution condemned the use of excessive force by Serbian Police and terrorist action by the UCK and called upon Albanian Leadership “to condemn all terrorist actions” and solve the problems “by peaceful means only”.¹² To this end UN preferred the “meaningful dialogue on political status issues”, imposed an arms embargo, and expressed support for a solution, based on the territorial integrity of the FRY with a greater degree of autonomy and meaningful self-administration for the Kosovar Albanians and the people who live in Kosovo.¹³ The resolution was not only supporting the enhanced status of Kosovo by making references to 1975 Helsinki Final Act and UN Charter but also inviting the parties to political dialogue.¹⁴ By doing so

⁶ Thomas M. Franck, *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks* (Cambridge: Cambridge University Press) (2002), at 164.

⁷ Wheeler, *op cit. supra n. 5*, at. 258.

⁸ Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report see <http://www.reliefweb.int/library/documents/thekosovoreport.htm> (last visited 15 February 2009)

⁹ *ibid.*

¹⁰ Franck, *op.cit., supra n. 6*, at 164.

¹¹ SC Res 1160 (31 March 1998). <http://daccess-ods.un.org/TMP/8240586.html> (last visited 15 February 2009)

¹² *ibid.*, para 2 and para 4.

¹³ *ibid.*, para 5.

¹⁴ *ibid.*

the Council appeared as a facilitator of dialogues which was operating within the principals of humanitarian law and human rights law between the parties.¹⁵ For this reason, support was expressed for The Organization for Security and Co-Operation in Europe (OSCE) and International Criminal Tribunal for Yugoslavia.¹⁶ Although the resolution was expressing above mentioned, in the preambular it was stated that the “commitment of all member states to the sovereignty and territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia.”¹⁷ Thus, UN indicated its sensitiveness on the concepts of state sovereignty and territorial integrity. Although it was stated that there had been ongoing human rights violation in Kosovo and resolution was adopted under Chapter VII, the situation was not explicitly determined as a threat to international peace and security.¹⁸ No member states vetoed the resolution but Russia and China abstained since they viewed the matter within the domestic jurisdiction of Yugoslavia.¹⁹ Russia stated that the recent events in Kosovo were the internal affairs of Yugoslavia and China supported this view by adding that the intervention of the Security Council in the ethnic issues within states without a request from the country concerned might set a bad precedent and might have broader implications.²⁰ It is also important to cite that no state in the Security Council supported the secessionist claims on the territorial integrity of Yugoslavia and sovereignty of FRY was approved in Resolution 1160.²¹ These international pressures on Belgrade government did not stop Serbian attacks. The attacks in the Decani caused many civilian killings as well as the vast amount of refugee fleeing.²² Because of the large scale Serbian attacks against Albanian villages, William Cohen, US Defence Secretary a the time, stated at a NATO meeting of defence ministers in September if Serbs did not stop NATO would act.²³ However three NATO members Greece, Italy and Germany did not support this idea because of the lacking Security Council authorization.²⁴

¹⁵ Dino Kritsiotis, ‘The Kosovo Crisis and NATO’s Application of Armed Force Against the Federal Republic of Yugoslavia’ (2000) 49 *International and Comparative Law Quarterly*, at 333.

¹⁶ *ibid.*

¹⁷ SC Res 1160, *op cit. supra n.11*, preamble.

¹⁸ *ibid.*

¹⁹ S/PV. 3868, 53th year , (31 March 1998), 10-12. <http://daccess-ods.un.org/TMP/9240571.html> (last visited 15 February 2009)

²⁰ *ibid.*

²¹ SC Res 1160, *op cit. supra n.11*, preamble.

²² More than 100.000 refugees left Decani and this scene shocked Blair government and led them to argue that use of force is necessary force to stop Serbian ethnic cleansing. Jonathan Steele, ‘Learning to Live with Milosevic’, *Transitions*, 20 cited in Wheeler, *op. cit., supra n. 5*, at 259.

²³ *ibid* at 259.

²⁴ *ibid.*, at 260.

The second resolution on the issue could not meet the expectations on the explicit authorization of the use of force either. On 23 September 1998 Resolution 1199 was adopted by fourteen votes with the abstention of China.²⁵ This resolution was recalling the Resolution 1160 and considering Kofi Annan's, UN Secretary-General at the time, report pursuant to that resolution. This report indicated the "increased heavy fighting between the security forces of the FRY and UCK" and that the numbers of civilian and military casualties were "at their highest point since the outbreak of the conflict" in paragraph 11 and the dramatic increase in internally displaced persons because of the cruel violence in paragraph 12.²⁶ This Resolution determined that "the deterioration of the situation in Kosovo constitutes a threat to peace and security in the region"²⁷. It also demanded that immediate steps must be taken by both Kosovars and FRY "to avert the impending humanitarian catastrophe".²⁸ Although the resolution expressed the deep concern of the Council on the human rights and humanitarian law, there was not any authorisation on the use of forcible measures against FRY.²⁹ While the Council expressed that it was acting under chapter VII there were no 'all necessary measures' clause which had become an ordinary characteristic of such actions.³⁰ In this respect resolution 1199 indicates similarities to resolution 688³¹ adopted by the Council at the end of the Gulf Conflict in 1991.³² The resolution further demanded from FRY the implementation of following measures: to cease all action condemning by security forces which affects the civilians; to permit effective monitoring for the EC Monitoring mission; to make possible the return of refugees and displaced persons and to allow free and unhindered access for humanitarian organizations and supplies; and to achieve a rapid progress towards a political solution.³³ Finally the Council decided that if these concrete measures were not taken the additional measures would be taken to maintain or restore peace and stability in the region.³⁴ Although UK and the USA wanted a more effective resolution, the informal debates indicate that Russia and

²⁵ SC Res 1199 (23 September 1998). <http://daccess-ods.un.org/TMP/5247176.html> (last visited 15 February 2009)

²⁶ Report of the Secretary General of the UN Pursuant to Security Council Resolution 1160, UN Doc. S/1998/712 (5 August 1998), <http://www.un.org/Docs/sc/reports/1998/sgrep98.htm> (last visited 15 February 2009)

²⁷ SC Res 1199, preamble, paras 1-2.

²⁸ *ibid.*, paras 1-4.

²⁹ Kritsiotis, *op. cit.*, *supra n.* 15, at 335.

³⁰ *ibid.*

³¹ SC Res 688 (5 April 1991). <http://daccess-ods.un.org/TMP/4457809.html> (last visited 15 february 2009)

³² Kritsiotis, *op. cit.*, *supra n.* 15, at 335.

³³ SC Res 1199, *op. cit. supra n.* 25, para. 4.

³⁴ *ibid.*, para 16.

China would veto such a resolution.³⁵ While Russia supported the draft resolution the Russian Ambassador stated that “no use of force and no sanctions are being imposed by the Council at the present stage...the use of unilateral measures of force in order to settle the conflict is fraught with the risk of destabilizing the Balkan region and of all Europe and would have long-term adverse consequences”.³⁶ Chinese Ambassador argued that the draft resolution had “invoked the Chapter VII of the UN Charter all too indiscreetly in order to threaten the Federal Republic of Yugoslavia” and that the efforts on the peaceful solution of the conflict would not be affected in a positive way.³⁷

After the adoption of the Council resolution 1199 UN Secretary General presented a report which indicated the mass killings of civilians in Kosovo.³⁸ This led UK to propose a draft resolution which was authorizing use of force to halt the killings in Kosovo but Russia refused to adopt this kind of a resolution and expressed that any military intervention against a sovereign state without an explicit Security Council authorization, would undermine the contemporary international legal order.³⁹ Because of the opposing views of Russia and China, Council could not create such a resolution and the Alliance warranted its threat to recourse to force on the grounds of the existing Security Council resolutions.⁴⁰ However Germany was concerning about the legality of such a claim because of the lack of Security Council resolution.⁴¹ After the debates in German Bundestag (Parliament of Federal Republic of Germany) the approval was given to Germany to join the action of NATO.⁴² The striking point of these debates was generated from the UN Charter law; that is, whether or not the action of NATO would be legal in terms of the UN Charter.⁴³ Then the Bundestag decided that the situation in Kosovo was a state of humanitarian necessity and had to be justified even without any UN authorization. Thus, the Bundestag regarded the threat of NATO as an example of humanitarian intervention.⁴⁴ However in Bundestag

³⁵ Wheeler, *op. cit.*, *supra* n. 5, at 261.

³⁶ S/PV. 3930 (23 September 1999), at 3. <http://daccess-ods.un.org/TMP/4457809.html> (last visited 15 February 2009)

³⁷ *ibid.*, at 4.

³⁸ S / 1998 / 912 (3 October 1998) Report of the Secretary- General Prepared Pursuant to Resolutions 1160 (1998) and 1199 (1998) of the Security Council see <http://www.un.org./Docs/sc/reports/1998/sgrp98.htm> (last visited 15 February 2009)

³⁹ Wheeler, *op. cit.*, *supra* n. 5, at 261.

⁴⁰ *ibid.*

⁴¹ *ibid.*, at 262.

⁴² Bruno Simma, ‘NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects’, (1999) 10 *European Journal of International Law*, at 13.

⁴³ *ibid.*, at 12.

⁴⁴ *ibid.*, at 13.

it was emphasized that the NATO's intervention was not a precedent or a green light for other NATO actions.⁴⁵ German Foreign Minister stated before the Bundestag that "The Decision of NATO, about the air strikes against the FRY, must not become a precedent. As far as the Security Council monopoly on force is concerned, we must avoid getting on a slippery slope."⁴⁶

On 13 October 1998 NATO issued an activation order for air strikes against Serbian targets and warranted it in terms of the existing Council resolutions 1160 and 1199 though the reservations of Germany and other states on the legality of resolutions in order to commence such an attack.⁴⁷ The concept of humanitarian intervention was also other legal basis of the NATO in order to enhance the degree of the legitimacy for the action.⁴⁸ Before this activation order, NATO Secretary General had summarized the NATO's position by a letter.⁴⁹

After this statement by NATO, Richard Holbrooke, US special envoy at the time, went to Belgrade so as to prevent an armed intervention in the FRY.⁵⁰ Holbrooke and Slobodan Milosevic, President of FRY at the time, reached an agreement based on the demands in Resolution 1160 and 1199 and the major points of the agreement addressed the reduction of forces and the deployment of the monitoring facilities.⁵¹

⁴⁵ *ibid.*

⁴⁶ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 13/248, 16 October 1998 at 23129 cited in *ibid.*, at 13.

⁴⁷ Wheeler, *op. cit.*, *supra* n. 5, at 262.

⁴⁸ Simma, *op. cit.*, *supra* n. 42, at 7.

⁴⁹ Letter from Secretary-General Solana, addressed to the Permanent Representatives to the North Atlantic Council, dated 9 October 1998, cited in *ibid* at 7. In the letter it was stated that "- The FRY has not yet complied with the urgent demands of the international Community, despite UNSC Resolution 1160 of 31 March 1998 followed by UNSC Resolution 1199 of 23 September 1998, both acting under Chapter VII of the UN Charter.

- The very stringent report of the Secretary-General of the United Nations pursuant to both resolutions warned *inter alia* of the danger of a humanitarian disaster in Kosovo.

- The continuation of a humanitarian catastrophe, because no concrete measures towards a peaceful solution of the crisis have been taken by the FRY.

- The fact that another UNSC Resolution containing a clear enforcement action with regard to Kosovo cannot be expected in the foreseeable future.

- The deterioration of the situation in Kosovo and its magnitude constitute a serious threat to peace and security in the region as explicitly referred to in UNSC Resolution 1199. On the basis of the discussion, I conclude that the Allies believe that in particular circumstances with respect to the present crisis in Kosovo as described in UNSC Resolution 1199, there are legitimate grounds for the Alliance to threaten, and if necessary, to use force."

⁵⁰ Wheeler, *op. cit.*, *supra* n. 5, at 262.

⁵¹ S/1998/978, Agreement between the organization for security and cooperation in Europe and the Federal Republic of Yugoslavia on the Kosovo Verification Mission (16 October 1998) see http://www.un.org/peace/kosovo/sc_kosovo.htm (last visited 15 February 2009)

By this agreement Milosevic accepted the Organization on Security and Cooperation in Europe Kosovo Verification Mission (OSCE-KVM), a team of 2000 civilian observers who would monitor the enforcement of the agreement.⁵² On 15 October 1998 another agreement had been signed between FRY and NATO and Milosevic accepted the NATO's verification mission in Kosovo which would be situated there to provide compliance by all parties with the previous Security Council resolutions.⁵³

The Security Council was adopted two more resolutions in 1998. On 24 October 1998, Security Council accepted Resolution 1203, which affirmed the agreement between Halbrooke and the government of Yugoslavia, providing for OSCE-KVM deployment and Yugoslav troop withdrawals and also welcomed the NATO- FRY agreement.⁵⁴ Security Council resolution 1203 was also expressing 'deep alarm' on the gross human rights violations in Kosovo and affirming the situation in the region as a "threat to international peace and security."⁵⁵

By the end of October, large numbers of Yugoslavian forces withdrew and KVM monitors had been organized.

The statements of Russia, USA and China during the adoption process of the resolution made it clear that the permanent members of the Security Council were deeply divided. US Ambassador stated "that a credible threat of force was key to achieving the OSCE and NATO agreements and remains key to ensuring their full implementation. The NATO Allies, by agreeing on the 13th of October on the use of force, made it clear that they had the authority, the will and the means to resolve the issue."⁵⁶ The counter-argument for the statements of US came from Russia. Russian ambassador stressed that "enforcement elements have been excluded from the draft resolution, and there are no provisions in it that would directly sanction the automatic use of force which would be the detriment of the prerogatives of the Security Council under the Charter."⁵⁷ The Russian Ambassador also argued that the draft resolution did not exactly consider the positive steps taken by Belgrade

⁵² *ibid* at 8.

⁵³ S / 1998 / 991 (23 October 1998), Kosovo Verification Mission Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Federal republic of Yugoslavia, at 3, see http://www.un.org/peace/kosovo/sc_kosovo.htm (last visited 15 February 2009)

⁵⁴ SC Res 1203 (24 October 1998), preamble, see <http://daccess-ods.un.org/TMP/2804129.html> (last visited 15 February 2009)

⁵⁵ *ibid*.

⁵⁶ S/PV 3937, 53th year (24 October 1998) at 15 see <http://daccess-ods.un.org/TMP/5295496.html> (last visited 15 February 2009)

⁵⁷ *ibid*.

to resolve the matter and that Russia could not agree with one-sided assertion in the preambular part of the text that the unresolved situation in Kosovo constitutes a continuing threat to peace and security in the region.⁵⁸ The argument of Russia was supported by China. Chinese ambassador stated that NATO's activation order was a very worrying development since the "decision was made unilaterally without consulting the Security Council and or seeking its authorization.....Furthermore it has violated the purposes, principles and relevant provisions of the UN Charter, as international law..."⁵⁹ China stated that Resolution 1203 did not "entail any authorization to use force or threaten to use force against FRY."⁶⁰ Other members of the Council such as Costa Rica and Brazil while supporting the resolution stated their concerns on the legality of a regional organization's use of force without Security Council authority.⁶¹ The Brazilian ambassador stated that "non-universal organisms may resort to force only on the basis either of the right to legitimate self-defenceor through the procedures of chapter VIII, in particular Article 53, which imposes on them the obligation of seeking Council authorization beforehand and abiding by the Council's decision....There is no third way."⁶²

On November 17, Security Council adopted Resolution 1207, demanded by Yugoslavian authorities to fulfil the requests of the ICTY including the arrest of certain individuals.⁶³ At the beginning of October, the recognition of ICTY's jurisdiction in Kosovo was rejected by the Yugoslav Foreign Ministry, based on a claim that it was a violation of national sovereignty.⁶⁴ Accordingly visas to ICTY investigators were denied by Yugoslavian authorities and also they threatened to terminate co-operation with the ICTY Liaison Office in Belgrade.⁶⁵ The Chief Prosecutor announced the actions of Yugoslavia had to be "totally unacceptable."⁶⁶ By means of Resolution 1207, Security Council rejected the Yugoslavia's sovereignty argument and firmly established ICTY's investigative authority.⁶⁷

⁵⁸ *ibid.*, at 11.

⁵⁹ *ibid.*, at 12.

⁶⁰ *ibid.*, at 14.

⁶¹ *ibid.*

⁶² *ibid.*, at 6-7, 10-11.

⁶³ *ibid.*, at 15.

⁶⁴ SC Res 1207 (17 November 1998), preamble, see <http://daccess-ods.un.org/TMP/1543987.html> (last visited 15 February 2009)

⁶⁵ Independent international Commission on Kosovo, *op. cit. supra n.8*, under the chapter of "Internal Armed Conflict".

⁶⁶ *ibid.*

⁶⁷ *ibid.*

Albanians rejection of 16 October Agreement -because of its proposal on the autonomy in which they were entitled less autonomy when compared to 1974 constitution, UCK continued its attacks.⁶⁸ The Serb forces responded these attacks by destroying Albanian villages and killing civilians.⁶⁹ On 15 January 1999 forty-five civilians were killed in the village of Racak.⁷⁰ In the meantime there were ongoing negotiations for a political solution between Serbs and Kosovar Albanians at the French chateau at Rambouillet.⁷¹ The negotiations commenced on February and concluded with the “Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo” at 23 February 1999.⁷² The sovereignty of Yugoslavia was emphasized in the preambular part of this agreement. The framework part of the agreement stipulated the self-government issue in Kosovo region. In this part the right to democratic self-government of the citizens of Kosovo through “legislative, executive, judicial, and other institutions” would be established in accordance with this agreement.⁷³ The agreement also stipulated the legal equality of the national communities and also emphasized the respect for human rights and democracy. The disarmament of FRY and KLA was also included.⁷⁴ However the negotiations broke down because of Milosevic’s opposition to the requirements proposing free movement of NATO in the territory of the FRY and a referendum on Kosovo’s independence in three years.⁷⁵ After the breakdown of these negotiations a new ethnic cleansing campaign was commenced by Serbian Forces. 22 March 1999 was the last meeting of Halbrooke and Milosevic.⁷⁶ The attempts of Halbrooke could not persuade Milosevic to accept Rambouillet Interim Agreement and NATO commenced its air strikes against FRY on 24 March 1999.⁷⁷

⁶⁸ SC Res 1207, *op. cit. supra n.63*, at 2.

⁶⁹ Wheeler, *op. cit., supra n. 5*, at 264.

⁷⁰ *ibid.*

⁷¹ *ibid.*

⁷² *ibid.*

⁷³ Rambouillet Accords: Interim Agreement for Peace and Self Government in Kosovo, see <http://www.reliefweb.int/rw/rwb.nsf/db900SID/MHII-6599VZ?OpenDocument> (last visited 15 February 2009)

⁷⁴ *ibid.*

⁷⁵ *ibid.*

⁷⁶ Wheeler, *op. cit., supra n. 5*, at 264 and Chesterman, *op. cit., supra n.4*, at 211.

⁷⁷ When Holbrooke asked Milosevic “you understand what will happen when I leave here today if you don’t change your position, if you don’t agree to negotiate and accept Rambouillet?” Milosevic’s answer was simple that is; “Yes, you will bomb us”, Tim Judah, *Kosovo: War and Revenge* (New Haven: Yale University Press) (2000), at 277.

1.3. The Justifications of the NATO's Intervention by the Allies

The intervening states had different grounds for justification however these were generally intersected on the humanitarian concerns. States did not generally use the term humanitarian intervention which is defined as the use of force by a state, states or regional organisations in order to prevent gross human rights violations.⁷⁸ However the justifications show that they were intending to use this doctrine. The reason of intervening states to recourse to the doctrine of humanitarian intervention was the result of the Council resolutions which did not allow use of force against FRY.⁷⁹ Tony Blair, The Prime Minister of UK at the time, stated the aim of NATO's use of force as to protect the innocent civilians from the cruelty of Milosevic⁸⁰ UK Secretary of State for Defence, declared that "Our legal justification rests upon the accepted principle that force may be used in extreme circumstances to avert a humanitarian catastrophe. These circumstances clearly existed in Kosovo. The use of force in such circumstances can be justified as an exceptional measure in support of purposes lay down by the Security Council, but without the Council's express authorisation, when that is the only means to avert an immediate and overwhelming humanitarian catastrophe."⁸¹ United States justified the intervention on multiple legal grounds. On 23 March 1999 Clinton and his advisers argued that there is a moral responsibility of West to stop the bed atrocities taking place in Kosovo. There is also another justification of this action that is the jeopardizing effect of the deterioration of Europe security on the national interests of American people.⁸² There is not any argument that national interests were not involved in the intervention. Blair in his Chicago speech stated that there was not any clash between supporting humanitarian values and defending national interests.⁸³

These opinions were repeated in the proceedings before the ICJ by NATO members.⁸⁴ In the hearings the most detailed legal justifications for the air strikes were presented by Belgium.⁸⁵ Belgium first rejected the jurisdiction of the Court, and

⁷⁸ Wheeler, *op. cit.*, *supra* n. 5, at 265.

⁷⁹ Ian Brownlie, 'Humanitarian Intervention' in John N. Moore (eds.), *Law and Civil War in the Modern World*, (Baltimore, Maryland: John Hopkins University Press), (1974), 217.

⁸⁰ Kristiotis, *op. cit.*, *supra* n. 15, at 340.

⁸¹ Bird, Black, Walker and Ellison, "NATO unleashes Massive Air and Missile Strikes Across Defiant Yugoslavia: The Onslaught begins", *The Guardian* (London) 25 March 1999, p.1.

⁸² HC Hansard, Vol.328, cols.616-617, 25 March 1999 cited in Kritsiotis, *op. cit.*, *supra* n. 15, at 341-342.

⁸⁴ President Clinton's remarks to the American Federation of State, County and Municipal Employees (AFSCME) Convention, 23 March 1999. see <http://clinton3.nara.gov/WH/New/html/19990323-1110.html>. (last visited 15 February 2009)

⁸⁵ Speech by the British Prime Minister, Tony Blair, to the Economic Club of Chicago, 22 April 1999 cited in Wheeler, *op. cit.*, *supra* n. 5, at 267.

then drew up its justifications. Belgium stated that the Security Council resolutions had a legitimate basis for the air strikes because they were adapted under chapter VII.⁸⁶ Belgium went further by making reference to humanitarian intervention. Belgium stated that: ‘...This is an armed humanitarian intervention, compatible with Article 2, paragraph 4, of the Charter...’ and concluded by stating the incidents of intervention justified under the doctrine of humanitarian intervention such as India’s intervention in East Pakistan or Tanzanian intervention in Uganda.⁸⁷ Belgium also claimed that there was a state of necessity since there was a grave and imminent peril which was endangering some humanitarian values.⁸⁸

US introduced its justifications under four categories as follows, the ethnic cleansing campaign against the people of Kosovo; the security of neighbouring states due to the high refugee flows, the serious violations of international human rights and humanitarian law by forces of the FRY and the existing Security Council resolutions describing the actions of FRY as a threat to peace and security in the region under Chapter VII of UN Charter.⁸⁹

2. CAN STATES INTERVENE UNDER CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW?

In this part of the paper the provisions relating to the Human Rights and use of force issues in the UN Charter, other related resolutions and related verdicts of the ICJ will be stated briefly. After these brief statements incidents of intervention during the cold war will be examined. Following to this review, the developments on the Human Rights and non-intervention issues and the expanded definition of “threat to peace” clause during the Cold War era will be discussed. Finally the interventions after the Cold War according to this new threat to peace approach will be analysed in order to evaluate the Kosovo incident properly.

2.1. Developments on Human Rights in the United Nations World

In the preambular part of the UN Charter “Faith in fundamental human rights in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women

⁸⁶ FRY applied to ICJ on the grounds of the illegality of air strikes against ten NATO members on 29 April 1999, USA, Canada, Belgium, France, Germany, Italy, Netherlands, Portugal, Spain UK, which were named as Legality of Use of Force cases.

⁸⁷ *Legality of use of Force Case*, Oral Pleadings, (Serbia and Montenegro v Belgium) (ICJ Reports 1999) CR 99/15 (10 May 1999) uncorrected translation, see <http://www.icj-cij.org/docket/files/105/4515.pdf> (last visited 15 February 2009)

⁸⁸ *ibid.* at 1-2, 4.

⁸⁹ *ibid.* at 6.

and of nations large and small” is reaffirmed. Paragraphs 2 and 3 of Article 1 also states the development of friendly relations among nations by respecting the principle of equal rights and self-determination of peoples and the achievement of international cooperation in “promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.” Under Article 13 paragraph 1, the General Assembly “shall initiate studies and make recommendations for the purpose of ...b)...assisting the realization of human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.” Under Chapter IX Article 55 (c), “The UN shall promote... c)...universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.” According to Article 56 all members guarantee to take joint and separate action with the UN for this aim. Under Chapter X the Economic and Social Council is authorized to make recommendations for the promotion of human rights and fundamental freedoms and is called upon to found a commission for the development of human rights (Articles 62 and 68) and under chapter XII in order to encourage this kind of rights UN Trusteeship is established. (Art 76).

However UN Charter did not mention some issues on human rights. For instance the definition of human rights and fundamental freedoms did not exist in the charter. Also there is not any explicit provision which gives authorization for the use of force either by states or by the UN for the promotion of human rights. As Tom J. farer concluded “...the promotion of human rights ranked far below the protection of national sovereignty and the maintenance of peace as organizational goals.”⁹⁰

2. 2. Prohibition on the Use of Force by States

Article 2(4) of the UN Charter prohibits “the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent

with the Purposes of the United Nations.” In the context of the Charter term use of force refers armed conflicts generally not only formal states of war.⁹¹ The interpretation of Article 2(4) varies according to different schools but the arguments basically lay

⁹⁰ *ibid.* at 7.

⁹¹ ICJ (1999) *Legality of use of Force Case*, Oral pleadings, (Yugoslavia v United States of America) CR 99/24 (11 May 1999) see <http://www.icj-cij.org/docket/files/114/4577.pdf>. (last visited 15 February 2009); For the discussions of other parties before the Court see <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=yus&case=114&k=25>. (last visited 15 February 2009)

down the clauses of “against the territorial integrity or political independence of any state” and “in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations”. The first argument based on the idea that interventions are permissible unless the actions by a state directed against the territorial integrity of a state such as occupying the territory or political independence of any state, for instance the overthrow of a foreign government.⁹² However the *travaux preparatoires* of the Charter makes it clear that the words “territorial integrity and political independence” do not constrain the scope of prohibition but rather to strengthen the comprehensive nature of it.⁹³

The second argument puts forth the view that interventions are permissible when they are consistent with the purposes of the UN. According to this argument use of force is permissible in order to protect certain rights which are stipulated in the UN Charter-such as Article 1-if there is no other way to protect them.⁹⁴ One of the purposes of the UN is to promote and protect human rights and fundamental freedoms. Therefore humanitarian intervention would be consistent with the purposes of the Charter.⁹⁵ It is, however, highly questionable whether the drafters of the Charter considered human rights as important as keeping the international peace and security.⁹⁶ Negotiating history indicates that this phrase did not intend to constrain the scope of the prohibition in Article 2(4). States are strictly forbidden from threatening and using force against the political independence and territorial integrity of any state and are further prohibited to use or threat to use of force in any other manner inconsistent with the purposes of UN.⁹⁷

There are two exceptions in the charter to the prohibition on the use of force; Article 51 which preserves ‘the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the UN, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security’, and the authorization of the UN Security Council to do so under chapter VII. The latter exception will be considered in the following section. When the scope of article 2(4)

⁹² Tom J Farer, An inquiry into the legitimacy of Humanitarian Intervention in L. Damrosch and D. Scheffer (eds.) *Law and Force in the New International Order*, at 190 (Boulder: Westview Press) (1991).

⁹³ Sean D. Murphy, *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press) (1996), at 70.

⁹⁴ *ibid.*, at 71.

⁹⁵ Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford: Clarendon Press) (1963),at 264-68

⁹⁶ Julius Stone, ‘*Aggression and World Order: A Critique of United Nations Theories of Aggression* (1958), at 43, 95-96, cited in, Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 91, at 72.

⁹⁷ Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 91, at 72.

is considered the Charter does not prevent the states to apply their inherent right of self-defence which has already existed under customary international law.⁹⁸ From this point of view it is accepted that the Charter permits to use of force when a state's territorial integrity, political independence, the lives and property of its nationals and its economic independence are violated.⁹⁹ The discussion about the scope of Article 2 bases on two arguments. One argument suggests that, in a restrictive way, any use of force other than the responses to an armed attack does not grant the right to resort to the principle of self-defence.¹⁰⁰ The other argument however supports an expanded view which indicates that under the situations of anticipatory self-defence or the protection of nationals abroad, the use of force might be permitted as an expanded right of self-defence.¹⁰¹ Therefore one can argue that humanitarian intervention may be permissible under this view. Nevertheless there is no explicit statement which supports a right of humanitarian intervention either in the present text of the UN Charter or its *travaux préparatoires*.¹⁰²

The prohibition on the use of force by states was also considered by the International Court of justice in the *Corfu Channel Case*. UK was carrying out a mine sweeping operation in Albanian territorial waters and trying to justify her action; "as a new and special application of the theory of intervention, by means of which the state intervening would secure possession of evidence in the territory of another State, in order to facilitate its task."¹⁰³ The Court rejected this argument by stating that:

"The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past given rise to most serious abuses and such cannot, whatever be the present defects in international organisation, find a place in international law. Intervention is perhaps still less admissible in the particular form it would take here; for, from the nature of things, it would be reserved for the most powerful States, and might easily lead to perverting the administration of international justice itself."¹⁰⁴

⁹⁸ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 52.

⁹⁹ Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 91, at 73.

¹⁰⁰ *ibid.*, at 74.

¹⁰¹ Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 91, at 71.

¹⁰² *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua Case)* (Nicaragua v United States of America), ICJ Reports 1986, at, paras. 194-95, 210-11 see <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=nus&case=70&k=66> (last visited 15 February 2009); Brownlie, *op. cit.*, *supra* n. 93, at 273-76.

¹⁰³ Murphy *op. cit.*, *supra* n. 91, at 74.

¹⁰⁴ *ibid.*, at 75.

In the *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* the Court found that states do not have a right of collective armed response to acts that do not represent an armed attack under customary international law.¹⁰⁵

It is also appropriate to state the General Assembly Resolutions on the principle of non-intervention. The UN General Assembly Resolution 2131 created a comprehensive formulation on the non-intervention principle. The first paragraph of this resolution reads that:

“No State has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State. Consequently, armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of the State or against its political, economic and cultural elements are condemned.”¹⁰⁶

The UN General Assembly Resolution 2625 states that:

“No state or group of states has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other state. Consequently, armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of the state or against its political, economic and cultural elements are in violation of international law.”¹⁰⁷

The resolution further states that the intervention proscribed is not only military intervention but also the political or economical measures which prejudice its sovereignty.¹⁰⁸

2.3. Provisions on the Use of Force in United Nations Charter:

It is appropriate to start the discussion by stating the Article 2(7) of the UN Charter. Article 2(7) reads that “Nothing contained in the present charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.”

¹⁰⁵ *Corfu Channel Case* (U.K. v Albania) ICJ Reports 1949, at 34, see <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=cc&case=1&k=cd> (last visited 15 February 2009)

¹⁰⁶ *Ibid.* at 35.

¹⁰⁷ *Nicaragua Case, op. cit. supra n. 100*, para. 249.

¹⁰⁸ The General Assembly Resolution 2131(XX) (1965), Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States para 1 [Reprinted in (1966) 60 *American Journal Of International Law* at 662].

The prohibition to intervene in Article 2(7) is broader than the prohibition in Article 2(4). The negotiating history indicates that article 2(7) meant to prohibit not only uses of armed force against a territory but also the other types of interference such as interference related to economic and social matters.¹⁰⁹ There is an important exception in Article 2(7) which precludes the UN's right to intervene under chapter VII powers.¹¹⁰ According to Chapter VII economic or military measures against a state may be taken in order to maintain and restore international peace and security by UN Security Council. Article 39 of the UN Charter states that Security Council "determines the existence of any threat to the peace, breach of the peace or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security." According to the *travaux preparatoires*, the clause 'threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression' is not defined in the Charter.¹¹¹ Other important articles of Chapter VII are Articles 41 and 42. Under Article 41 Security Council can decide on measures not involving the use of armed force which are essential to maintain or restore international peace and security. If Article 41 measures would not be sufficient the Security Council may decide to take military measures according to Article 42. Article 43 of the UN Charter pledges all members 'to make available to the Security Council on its call and in accordance with a special agreement or agreements armed forces assistance and facilities including rights of passages necessary for the purpose of maintaining international peace and security.' In fact no Article 43 agreements have been made. However The Security Council's contemporary practice indicates that armed actions taken by the authorization of the Security Council under chapter VII, forms enforcement action.¹¹²

The regional arrangements or agencies are also recognized by the UN Charter.¹¹³ However the Charter proscribes use of force under such arrangements without the authorization of the Security Council.¹¹⁴

¹⁰⁹ General Assembly Resolution 2625(XXV) (24 October 1970) Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among states in Accordance with the Charter of the United Nations. [reprinted in D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law* (5th edition 1998), at 1082, quoted paragraph at 1084].

¹¹⁰ *ibid.*

¹¹¹ Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 91, at 75.

¹¹² UN Charter, Articles 39-51.

¹¹³ Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 91, at 77.

¹¹⁴ Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 91, at 81.

As Thomas Franck has stated the Charter established a ‘two tiered system.’¹¹⁵ On the one hand, in the idealized world of the charter no state would use of force against another and if this occurs the forces of the UN would response to it, on the other in a position when UN can not take action against the state which attacks, the victim state can apply self-defence principle envisaged in article 51.¹¹⁶ Human rights are also addressed in the UN Charter but they have a secondary role when compared to the provisions addressing peace and security.¹¹⁷

2. 4. Incidents of Intervention during the Cold War:

As referred in the earlier sections the UN Charter’s core articles mention the strict prohibitions on the use of force and the preference of collective measures over unilateral ones. However UN Charter is a “living instrument” because it has been interpreted by the organs and the members of the UN for several years.¹¹⁸ For this reason the practice of the UN and its members is very crucial with respect to the interpretation. During the Cold War era there was a huge law making process through UN and its members and these tasks were directed to maintain human rights with state sovereignty.¹¹⁹ Yet in this era there was not any intervention which was authorized on the humanitarian grounds by UN and this led states to justify their interventions under the UN Charter.¹²⁰ In this section the interventions which were justified with some humanitarian concerns will be assessed. However any of these interventions were warranted merely on the basis of Humanitarian Intervention. These practices were also not characterized as consistent.¹²¹ This list is not exhaustive, and covers only more significant armed interventions warranted on humanitarian grounds.

a) Belgian Intervention in Congo (Leopoldville), 1960

Belgian Congo proclaimed its independence under the name of the Republic of Congo on 1 July 1960.¹²² On 5 July rebellions broke out and commenced an action against Belgian and other European residents.¹²³ Counter to this action of Congo, Belgium intervened in Congo and UN reacted to this intervention with Security

¹¹⁵ UN Charter Articles 52,53.

¹¹⁶ UN Charter Article 53 para. 1.

¹¹⁷ Franck, *op. cit.*, *supra* n. 6, at 3.

¹¹⁸ *ibid.*

¹¹⁹ Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 91, at 82.

¹²⁰ *Ibid.*, at 83.

¹²¹ Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 91, at 84.

¹²² *ibid.*

¹²³ *ibid.*

Council Resolution 143 demanding Belgian troops' withdrawal in its first paragraph.¹²⁴ French claimed that this intervention was on the humanitarian grounds.¹²⁵ It was argued by the international community that Belgian's core concern was not to protect human rights but to reach to the copper-rich regions.¹²⁶

b) Belgian and US Intervention in the Congo (the Stanleyville Operation), 1964

In September 1964 the rebellions (National de Liberation) took foreign hostages from the regions of Stanleyville and Paulis and threatened to kill them.¹²⁷ Consequently Belgian troops again intervened in Congo but this time with the help of the United States and British military facilities.¹²⁸ Although it was characterized as a true humanitarian intervention this view is arguable.¹²⁹ At least in the first phase of the intervention there was a clear consent of the Congolese government.¹³⁰

c) US Intervention in the Dominican Republic, 1965

On 24 April 1965 Cabral Government of the Dominican Republic was staged a coup d'etat by the members and the military officers of the Dominican Revolutionary Party and the junta warned the US Embassy that they could not assure the safety of US nationals.¹³¹ On 28 April 1965 US marines landed in Santa Domingo with the purpose of securing US and other nationals.¹³² After the landing of the marines US president Johnson justified the intervention by stating that the intervention aimed to preserve "law and order" and help "the people of that country...freely choose the path of political democracy, social justice, and economic progress."¹³³ However these humanitarian objectives lost their credit when the US marines did not withdraw after the immigration of the foreigners.¹³⁴ The Security Council responded

¹²⁴ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 65.

¹²⁵ *ibid.*

¹²⁶ SC Res 143 (14 July 1960). See <http://daccess-ods.un.org/TMP/7552192.html>. (last visited 15 February 2009)

¹²⁷ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 66.

¹²⁸ *ibid.*

¹²⁹ *ibid.*, at 67.

¹³⁰ *ibid.* 67.

¹³¹ *ibid.*

¹³² *ibid.*, at 66-67.

¹³³ *ibid.* at 69.

¹³⁴ *ibid.*, at 70.

to this intervention by accepting Resolutions 203 and 205 demanding a ceasefire and requesting to send a representative to the Dominican Republic.¹³⁵

d) Indian Intervention in East Pakistan / Bangladesh, 1971

The Western governments' support of East Pakistan for an autonomous status was interpreted as a threat to the territorial integrity of Pakistan and the National Assembly was postponed indefinitely by President Yahya Khan.¹³⁶ Then the demands of autonomous regime of East Pakistani turned into demands for independence and the Pakistani Army moved into Dacca.¹³⁷ During the following nine months an estimated ten million people fled to India and at least one million people were killed.¹³⁸ As a result of the crisis the relations between Pakistan and India deteriorated and in December 1971 India's armed forces intervened in East Pakistan.¹³⁹ India's intervention in East Pakistan is generally accepted as one of the best examples of humanitarian intervention.¹⁴⁰ However India had other motives such as the support of the new government of Bangladesh and right to self-defence.¹⁴¹ Because the Security Council could not create a resolution General Assembly adopted a resolution and called upon India and Pakistan to conclude a ceasefire and withdrawal of their troops.¹⁴²

e) Tanzanian Intervention in Uganda, 1978-79

The conflict between Tanzania and Uganda began in October 1978 because of series of border incursions by Ugandan (Field Marshall Idi Amin's) forces into territory of Tanzania and as a response Tanzanian forces entered into Uganda and overthrew Amin's regime.¹⁴³ The military action of Tanzania was regarded as defensive due to the previous attacks of the Uganda.¹⁴⁴ Also Tanzanian President Julius Nyerere had seriously considered Amin's human rights violations.¹⁴⁵ Thus it

¹³⁵ *Johnson Papers* in 30 April-1 May 1965, 465 and 467, cited in *ibid.* at 70.

¹³⁶ *ibid.*

¹³⁷ SC Res 203 (14 May 1965) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/7552192.html> and SC Res 205 (22 May 1965) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/7552192.html> (last visited 15 February 2009)

¹³⁸ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 72.

¹³⁹ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 72.

¹⁴⁰ Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 94, at 98.

¹⁴¹ *ibid.*

¹⁴² Fernando R. Teson, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality* (NY: Transnational) (2nd edition 1997), 207; Jean-Pierre L Fonteyne, ' The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention: Its Current Validity Under the UN Charter' (1974) 4 *California Western International Law Journal* at 203, 204.

¹⁴³ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 73.

¹⁴⁴ GA Res 2793 (XXVI) (1971) para 4. see <http://daccess-ods.un.org/TMP/8266297.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁴⁵ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 77.

could be argued that there were mixed motives before the intervention in Uganda. The issue neither discussed in the Security Council nor in the General Assembly.

f) Vietnamese Intervention in Kampuchea (Cambodia), 1978-79

The motives were similar to the Tanzanian intervention in Uganda. Because of the irregular fighting along the Vietnamese Kampuchean Border, Kampuchea was invaded by Vietnamese troops in 1978 and Pol Pot regime was overthrown.¹⁴⁶ Vietnam justified the intervention by applying primarily to self-defence principle.¹⁴⁷ There debates on the issue in the UN however no resolution was adopted until 1990.¹⁴⁸

g) French Intervention in Central African Empire/Republic, 1979

France intervened in Central Africa because of the human rights violations committed in the region.¹⁴⁹ This intervention was not justified under the principle of self-defence but on the grounds of humanitarian concerns.¹⁵⁰ In fact France had genuine human rights concerns and many scholars accepted this intervention lawful.¹⁵¹

h) US Intervention in Grenada (1983) and Panama (1989-90)

Both in the interventions in Panama and Grenada, the humanitarian concerns were in fact beyond the installation of a democratic regime. US never justified these interventions on the grounds of humanity but rather under the inherent right of self-defence. United Nations did not support the interventions and General Assembly adopted two resolutions condemning interventions.¹⁵²

2. 5. Incidents of Intervention after the Cold War

Before stating the incidents of interventions after the Cold War it would be useful to explain UN practice under chapter VII prior to 1990, and the transformed definition of the phrase 'threats to peace'.

Recourse to Chapter VII powers was only used two times by the Security Council during the Cold War Era. The Council with its resolutions 82, 83 and 84 determined that the situation in South Korea was a breach of peace.¹⁵³ Because of the

¹⁴⁶ *ibid.*

¹⁴⁷ Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 91, at 107.

¹⁴⁸ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 79.

¹⁴⁹ Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 91, at 104.

¹⁵⁰ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 80.

¹⁵¹ Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 91, at 108.

¹⁵² *ibid.*

¹⁵³ *ibid.*; Teson, *op. cit.*, *supra* n. 140, at 199.

absence of article 43 agreements United States was authorized by Security Council to command the operation against North Korea under the UN flag as a response to invasion of South Korea by North Korea.¹⁵⁴ In 1966 the Council ‘called upon’ the United Kingdom to use of force to prevent ships carrying oil to Southern Rhodesia in contravention of Resolution 217.¹⁵⁵ It was argued that UN Peacekeeping Force in Congo between 1961-1964 was an enforcement action. This view is groundless though. Peacekeeping forces moved into Kongo only after the consent of the Congolose government.¹⁵⁶

The creation of “Uniting for Peace” Resolution and the invention of chapter VI ½ -peacekeeping forces were placed under this chapter- were striking developments during the Cold War Era. In 1950 the General Assembly adopted Uniting for Peace Resolution¹⁵⁷ because of the lack of unanimity in the Security Council. By this resolution the Assembly would meet to recommend collective measures in situations where the veto prevented the Council to fulfil its main responsibility for the maintenance of international peace and security. The resolution also stated that in the case of the act of aggression the armed force could be used.¹⁵⁸ Although this authority was used in some occasions such as in the Korean Crisis, Suez Crisis or in the Middle East it was not exactly developed.¹⁵⁹

As mentioned earlier there is no definition of the phrase ‘threats to peace’ in the text of the UN Charter or in the *travaux preparatoires*. During the first forty-four years of the UN, the Council only determined three incidents as a breach of peace under article 39; Korea (1950);¹⁶⁰ the Falkland Islands (1982)¹⁶¹ and Iran-Iraq (1987)¹⁶².

¹⁵⁴ GA Res 38/ 7 (1983) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/6757005.html>; GA Res 44/ 240 (1989) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/6757005.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁵⁵ SC Res 82 (25 June 1950) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/1969184.html>; SC Res 83 (27 June 1950) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/6319580.html>; SC Res 84 (7 July 1950) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/1402209.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁵⁶ SC Res 84, *ibid.* para. 4.

¹⁵⁷ SC Res 221 (9 April 1966) para. 5, see <http://daccess-ods.un.org/TMP/5178080.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁵⁸ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n.4, at 117.

¹⁵⁹ GA Res 377(V) A, (3 November 1950) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/2060285.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁶⁰ *ibid.*

¹⁶¹ Murphy, *op. cit.*, *supra* n. 91, at 120.

¹⁶² SC Res 82, *op cit. supra* n. 153.

In a meeting on 31 January 1992 the commitment to the UN Charter system was affirmed by the Security Council and it was stated that 'new favourable international circumstances' that allowed the Council to make effective decisions for the maintenance of international peace and security.¹⁶³ In this meeting economic, social, humanitarian and ecological instabilities stated as *threats to peace and security*.¹⁶⁴ It is not clear if this statement was an indication that UN was expanding the nature of threat to peace concept. However after 1992 Chapter VII powers applied in internal armed conflicts, humanitarian crises and in the situations of disruption of democracy.¹⁶⁵ Thus these developments especially after 1992 indicate that the clause "threats to peace" has been interpreted by the UN in a more expanded way. In the following part not all but some significant interventions by UN until the occurrence of Kosovo incident will be analysed.

2. 5. 1. Incidents of Intervention in Internal Armed Conflicts:

a) Iraq, 1991: To view internal strives as a threat to peace goes back to Resolution 688. Because of the Iraq repression on the civilian population there were huge amounts of refugee flows in the region. Security Council, by adopting Resolution 688, found the situation as a threat to peace and demanded the accession of International Humanitarian Organizations to the region.¹⁶⁶ After the adoption of resolution 688 US troops entered into Northern Iraq to guarantee the safety of Kurdish refugees and allied powers established no-fly zones both in Northern and Southern Iraq.¹⁶⁷ Nevertheless there was neither explicit authority on the use of force nor any statement that the Council was acting under chapter VII in resolution 688. Therefore the legality of the measures taken under Resolution 688 sets a dubious precedent.¹⁶⁸ The debates on the establishment of safe havens in Northern Iraq and no-fly zones in Northern and Southern Iraq will be discussed in Chapter III.

b) Yugoslavia, 1991: The dissolution of Yugoslavia started in 1991 with the 'declaration of independence' of four of the six republics. First Slovenia and

¹⁶³ SC Res 502 (3 April 1982) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/9906746.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁶⁴ SC Res 598 (20 July 1987) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/354853.5.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁶⁵ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 128.

¹⁶⁶ Security Council Summit Statement Concerning the Council's Responsibility in the Maintenance of International peace and Security, 47 UN SCOR (3046th meeting) UN Doc S/ 23500(1992), [1992] *UNYB* 33.

¹⁶⁷ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 128.

¹⁶⁸ SC Res 688 (5 April 1991) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/7372156.html> (last visited 15 February 2009)

Croatia then Bosnia- Herzegovina declared their independence.¹⁶⁹ Because of these dissolutions war broke out in the region and Security Council found the situation as a threat to international peace and security and put an arms embargo.¹⁷⁰ Resolution 713 was also stating the concerns caused by the loss of human life.¹⁷¹

c) Liberia, 1990-2: The civil war began in 1989 between National Patriotic Front of Liberia and Armed Forces of Liberia.¹⁷² Since UN and OAU (Organization of African Unity) did not take necessary precautions, Economic Community of West African States (ECOWAS) established ECOWAS Cease-fire Monitoring Group (ECOMOG) and commenced aerial bombardments against Liberia in 1990.¹⁷³ In 1992 Security Council adopted Resolution 788 and determined the situation as a threat to international peace and security.¹⁷⁴ The Resolution was obviously adopted *ex post facto*. Therefore the legality of this intervention is debatable.

2. 5. 2. Incidents of Intervention in Humanitarian Emergencies

a) Somalia, 1992-3: Because of the civil strife in Somalia thousands of refugees were starving in the camps.¹⁷⁵ Therefore the Council adopted Resolution 733 (1992) which was accepting heavy loss of human life in the region as a threat to international peace and security.¹⁷⁶ The deteriorating situations led to the adoption of Resolution 794 (1992) authorizing the enforcement actions under chapter VII.¹⁷⁷ This decision of the UN was a precedent because it was the first time that the Council decided to act militarily for strictly humanitarian aims.¹⁷⁸

b) Rwanda, 1994: The tribal conflict between Hutus and Tutsis caused many killings in Rwanda in 1994.¹⁷⁹ The situation in Rwanda was reported as genocide

¹⁶⁹ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 131.

¹⁷⁰ *ibid.*

¹⁷¹ *ibid.*, at 133, 134.

¹⁷² SC Res 713 (25 September 1991) preamble and para. 6 see <http://daccess-ods.un.org/TMP/8779199.html> ; SC Res 724 (15 December 1991) para. 5 see <http://daccess-ods.un.org/TMP/8781714.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁷³ SC Res 713, *ibid.*, preamble.

¹⁷⁴ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 135.

¹⁷⁵ *ibid.*

¹⁷⁶ SC Res 733 (23 January 1992), preamble see <http://daccess-ods.un.org/TMP/5229213.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁷⁷ Chesterman, *op. cit.* *supra* n. 4, at 140.

¹⁷⁸ SC Res 733 (23 January 1992), preamble see <http://daccess-ods.un.org/TMP/9646736.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁷⁹ SC Res 794 (3 December 1992), preamble, para 8 see <http://daccess-ods.un.org/TMP/2905897.html> (last visited 15 February 2009)

by Secretary General of UN.¹⁸⁰ Because of the deteriorating situation in the region France decided to intervene and sought the authority of UN.¹⁸¹ Thus Security Council Resolution 929 was adopted authorizing use of force by France.¹⁸²

c) Eastern Zaire, 1996: The political and ethnic friction in the region led to huge refugee flows from Rwanda to eastern Zaire.¹⁸³ Security Council considered that the humanitarian crisis in the region was a threat to peace and adopted the Resolutions 1078 and 1080.¹⁸⁴

d) Albania, 1997: Due to the collapse of many officially sanctioned investments in 1997 a chaos emerged in the country.¹⁸⁵ Therefore council passed Resolution 1101 which determined that the situation constitutes a threat to international peace and security and authorized Italy to lead a multinational force 'to facilitate the delivery of humanitarian assistance.¹⁸⁶

3. 5. 3. Incidents of Intervention for the Installation of Democracy:

a) Haiti, 1991-4: The removal of a democratically elected government by a coup d'etat in Haiti was determined as a threat to international peace and security and a mandatory economic embargo was imposed under Chapter VII in June 1993.¹⁸⁷ There were also other reasons, such as humanitarian crisis in the region, which led the Council to adopt this resolution.¹⁸⁸ Three years after the coup d'etat, on July 1994, Security Council adopted resolution 940 which authorized a multinational force to use all necessary means to restore democracy in the region.¹⁸⁹

b) Sierra Leone, 1997-98: The overthrow of recently elected government of Sierra Leone by the military forces caused a hostile reaction in the region and led

¹⁸⁰ Chesterman, *op. cit. supra* n. 4, at 142.

¹⁸¹ *ibid.*, at 144.

¹⁸² S/ 1994/640, at 10, see <http://www.un.org/documents/repsec.htm> (last visited 15 February 2009)

¹⁸³ Chesterman, *op. cit. supra* n. 4, at 146.

¹⁸⁴ SC Res 929 (22 June 1994), preamble paras 2,3 see <http://daccess-ods.un.org/TMP/4405936.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁸⁵ Chesterman, *op. cit. supra* n. 4, at 147.

¹⁸⁶ SC Res 1078 (9 November 1996) preamble see <http://daccess-ods.un.org/TMP/8820335.html>; SC Res 1080 (15 November 1996) para 5 see <http://daccess-ods.un.org/TMP/5129181.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁸⁷ Chesterman, *op. cit. supra* n. 4, at 148.

¹⁸⁸ SC Res 1101(1997) paras. 2,4 see <http://daccess-ods.un.org/TMP/4584161.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁸⁹ SC Res 841 (16 June 1993), preamble see <http://daccess-ods.un.org/TMP/6689113.html> (last visited 15 February 2009)

to high casualties.¹⁹⁰ Due to this coup d'état OAU implicitly authorized ECOWAS to use force to restore the removed government.¹⁹¹ On 8 October 1997 The Council adopted Resolution 1132 and determined the situation as a threat to international peace and security and authorized ECOWAS to use force under Chapter VIII.¹⁹² However this resolution was adopted after the acts taken place and the legality of intervention is debatable under contemporary international law.

The progressive decisions of Security Council were not unexpected.¹⁹³ However the Council should not leave the legal path when authorizing the interventions. The legality of many interventions, such as Iraq, Liberia or Sierra Leone is debatable. Also the frequent references to the uniqueness of the situations as in the Haiti, or Rwanda created an arbitrary international system and weakened the credit of UN.¹⁹⁴ Thus while expanding the nature of the Chapter VII, the Council must not undermine the importance of the rule of law principle.

3. EVALUATION ON THE LEGALITY MATTER OF THE NATO'S INTERVENTION IN KOSOVO

Generally intervention under contemporary international law and the basic Charter articles and state practice until Kosovo incident is dealt with in the second chapter. In this part the legal debates about Kosovo incident will be analysed and evaluated in a slightly detailed way. First the debates in the Security Council after the bombings started, then the justification grounds of the operation will be discussed.

3. 1. The Debates in the Security Council

As NATO acts were in progress Russian required the convening of the Security Council.¹⁹⁵ In the meeting it was understood that there were three camps in the Council.

The first camp which was claiming that NATO actions were essential in order

¹⁹⁰ *ibid.*

¹⁹¹ SC Res 940 (31 July 1994) para. 4, see <http://daccess-ods.un.org/TMP/9645603.html>. (last visited 15 February 2009)

¹⁹² Chesterman, *op. cit., supra* n. 4, at 155; Franck, *op. cit., supra* n. 2, at 159.

¹⁹³ *ibid.*

¹⁹⁴ SC Res 1132 (20 October 1997) paras 1 and 8. Paragraph 8 reads as "Acting also under Chapter VIII of the Charter of the United Nations, authorizes ECOWAS, cooperating with the democratically-elected Government of Sierra Leone, to ensure strict implementation of the provisions of this resolution relating to the supply of petroleum and petroleum products, and arms and related matériel of all types, including, where necessary and in conformity with applicable international standards..." see <http://daccess-ods.un.org/TMP/3144781.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁹⁵ Chesterman, *op. cit., supra* n. 4, at 160.

to stop the humanitarian catastrophe in Kosovo, consisted mainly of NATO states together with Islamic and Arab nations.¹⁹⁶ It is striking that the defenders of NATO's action were unwilling to use the legal traditional literature such as self-defence to stop that which had provoked the flow of refugees flooding into Albania and Macedonia.¹⁹⁷ However it was justified generally on the grounds of human rights by the defenders of the NATO action in the Security Council.

The second camp in which Russia, China, Namibia and India -was not the member of the Council- considered that NATO was violating the UN Charter.¹⁹⁸

A few states such as Malaysia and Gabonese were accepting that the action was illegal but they also found the attacks necessary.¹⁹⁹

After the debates Russia offered a draft resolution announcing that NATO's action was violating the UN Charter however the resolution could not be adopted.²⁰⁰

The resolutions adopted after the operation did not condemn the NATO's air strikes. Resolution 1239 considered the activities of international humanitarian aid organizations and Resolution 1244 required the withdrawal of the FRY forces from Kosovo and the deployment of an international peace keeping force in the region

¹⁹⁶ Resolutions on Haiti and Rwanda described the situation as unique and exceptional. *ibid.*, at 161.

¹⁹⁷ S/1999/320, (24 March 1999), cited in Franck *op.cit. supra* n. 6, at 166.

¹⁹⁸ US Ambassador stated that: "We and our allies have begun military action only with the greatest reluctance. But we believe that such action is necessary to respond to Belgrade's brutal persecution of Kosovar Albanians, violations of international law, excessive and indiscriminate use of force refusal to negotiate to resolve the issue peacefully and recent military build up in Kosovo- all which foreshadows a human catastrophe of immense proportions." In essence he argued that NATO's intervention was justified and necessary to stop the violence and prevent an even greater humanitarian disaster." Canada's ambassador added that they could not stand idly by while the innocents were murdered, people were displaced and a population was denied its basic rights. The ambassador of Slovenia mentioned that all diplomatic means had been exhausted. Netherlands stated that "due to one or two permanent members' rigid interpretation of the concept of domestic jurisdiction, such a resolution is not attainable, we can not sit back and simply let the humanitarian catastrophe occur. See S/PV. 3988, 54th year, 24 March 1999, at 4,5,6,9, <http://daccess-ods.un.org/TMP/6658864.html> (last visited 15 February 2009)

¹⁹⁹ Franck, *op. cit., supra* n.6, at 167.

²⁰⁰ Russian Ambassador put his country's view as follows:

"Attempts to justify the NATO strikes with arguments about preventing humanitarian catastrophe in Kosovo are completely untenable. Not only are these attempts in no way based on the Charter or other generally recognized rules of international law, but the unilateral use of force will lead precisely to a situation with truly devastating humanitarian consequences." He continued that the things which were occurring in FRY would create "a dangerous precedent that could cause acute destabilization and chaos on the regional and global level". China argued that the position in Kosovo was an internal matter of FRY and the problem had to be resolved by the parties. See S/PV. 3988, *op. cit. supra* n.196, at 2, 3, 12.

as has been demanded in the Agreement between NATO and Belgrade in 9 June 1999.²⁰¹

The debates in the Security Council during the attacks and the justifications which were stated in Chapter I clearly indicate that NATO attacks were justified on multiple grounds but especially on the controversial right of humanitarian intervention and the existing Security Council resolutions. In the following parts these justification will be discussed.

3. 2. Discussion of the Justifications on the So-called Right of “Humanitarian Intervention”

As stated earlier, according to the *travaux préparatoires* and teleological interpretations, Article 2(4) has a comprehensive nature in respect of the prohibition on the use of force.²⁰² Article 2(4) of the UN charter is accepted as *jus cogens*; that is “accepted and recognized by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”²⁰³ and this rule is binding on states and regional organizations.²⁰⁴ Therefore, threat of armed force must be regarded as a violation of UN Charter unless it is justified under the authority of the Security Council or under Article 51 of the Charter. It is also accepted that states have an obligation to take necessary precautions against the acts of genocide under international law.²⁰⁵ In Kosovo, however, the international community faced with massive violations of human rights of ethnic minorities, but not acts of genocide in the sense of the 1948 Genocide Convention.²⁰⁶

Akehurst argues that “any humanitarian intervention, however limited, constitutes a temporary violation of the target State’s political independence and territorial integrity if it is carried out against that State’s wishes”.²⁰⁷ Similarly Higgins states that “even temporary incursions without permission into another state’s air space constitute a violation of its territorial integrity.”²⁰⁸ On the contrary one could argue

²⁰¹ *ibid.*, at 10.

²⁰² S/1999/ 328, 26 March 1999 cited in Franck, *op. cit.*, *supra* n. 6, at 169.

²⁰³ SC Res 1239 (14 may 1999) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/6600390.html>; SC Res 1244 (10 June 1999) the agreement appears in the Annex 2, see <http://daccess-ods.un.org/TMP/1629045.html> (last visited 15 February 2009)

²⁰⁴ Simma, *op. cit.*, *supra* n. 42, at 2.

²⁰⁵ 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 53.

²⁰⁶ According to the Article 103 of the UN Charter, UN Charter has a priority to other agreements.

²⁰⁷ Simma, *op. cit.*, *supra* n. 42, at 2.

²⁰⁸ *ibid.*

that article 2(4) does not provide an absolute ban on the use of force if it does not threaten the territorial integrity or political independence of a state and intervention for human rights purposes meet these conditions. According to Teson after a genuine humanitarian intervention there would not be any territorial annihilation or political vanquish.²⁰⁹ Michael Reisman and Myres Mcdougal argue that humanitarian intervention is permissible because it does not violate a state's territorial integrity or political features but enhance them.²¹⁰

Although the doctrine of humanitarian intervention has been resorted by states and regional organisations in order to justify several interventions, there is no explicit right of Humanitarian Intervention in UN Charter. The matter is that whether this situation has been altered by state practice and *opinio juris* in other words, if a customary rule has emerged.

A rule can only be recognized as customary when comply with the state practice and *opinio juris* conditions. These two conditions, which were essential for the creation of a customary international rule, also reaffirmed by ICJ in *Nicaragua Case*. The Court held that "Either the States taking such action or other states in a position to react to it must have behaved so that their conducts is evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it."²¹¹ Although some writers assert that there is enough state practice as evident to a right of humanitarian intervention they are exaggerating their judgements.²¹² There were generally mixed concerns which led the states to intervene as stated in Chapter II. For instance French intervention in Central African Republic (1979) can not be perceived exactly without considering its colonial history in the region.²¹³ Similarly Belgian (1960), Belgian and US (1964) interventions in Congo and Belgian and French intervention in Zaire (1978) had different motives such as to secure the access to mineral resources in the new decolonized independent states.²¹⁴ India's intervention in Pakistan in 1971, which led to the creation of Bangladesh, has been

²⁰⁹ Michael Akehurst, "Humanitarian Intervention" in Hedley Bull (eds), *Intervention in World Politics* (Oxford: Clarendon) (1986) , at 105.

²¹⁰ Rosalyn Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations* (London: Oxford University Press) (1963), at 183.

²¹¹ Teson, *op. cit.*, *supra* n. 140, at 131.

²¹² Michael Reisman and Myres Mcdougal "Humanitarian Intervention to Protect the Ibos" in Richard B. Lillich (eds), *Humanitarian Intervention and the United Nations* (University Press of Virginia: Charlottesville) (1973), 167, at 177.

²¹³ *Nicaragua Case*, *op. cit. supra* n.100, para. 207.

²¹⁴ Chesterman, *op. cit.*, *supra* n. 4, at 84.

regarded as a typical example of humanitarian intervention by many scholars.²¹⁵ However India's justification of use of force was based on the principle of self-defence. Although India justified the attacks on the humanitarian grounds as has been understood from the provisional verbatim records of Security Council, she changed her view by realizing that humanitarian intervention was not sufficient to justify any armed intervention.²¹⁶ The intervention in Uganda by Tanzania (1978) and in Kampuchea by Vietnam, which were regarded as the examples of humanitarian intervention as well, have also been justified on the self-defence principle.²¹⁷ The existence of *opinio juris* of the right of humanitarian intervention is also dubious. Although there are not many cases in which states did not justify their interventions on the grounds of humanity, some argue that what states do is more important than what they say in the emergence process of the custom.²¹⁸ Even some humanitarian interventions may be approved tacitly in some circumstances it does not mean that this is sufficient basis for the existence of *opinio juris* but weak assertions against the legality of humanitarian intervention may be defied by applying to these approvals in the international community.²¹⁹ The best summary of this view may be found in 1984 UK Foreign and Commonwealth Office documents. According to this text state practice seems does not provide a precise basis on the right of a humanitarian intervention and humanitarian aims are nearly in every incident accompanied by other motives.²²⁰

The above part argued that there is no right of Humanitarian intervention either under customary international law or UN Charter. However defenders of Humanitarian Intervention put some proposals in order to evaluate legal or moral scale of such a right. I feel that it would be appropriate to state a summary of these proposals in order to evaluate the issue accurately. According to these proposals the following conditions should be met so as to determine whether a humanitarian intervention legally or morally justifiable.²²¹

1) Human rights violations in the target state must be severe and immediate. 2) There must be no peaceful alternatives in order to prevent the intervention. 3) The

²¹⁵ *ibid.*

²¹⁶ *ibid.*

²¹⁷ Akehurst, *op. cit.*, *supra* n. 207, at 96.

²¹⁸ *ibid.*

²¹⁹ Chesterman, *op. cit. supra* n. 4, at 84.

²²⁰ Anthony D' Amato, Reply to letter of Michael Akehurst, (1986) 80 *American Journal of International Law*, at 149.

²²¹ Chesterman, *op. cit. supra* n. 4, at 86.

collective action must have been unsuccessful and Security Council must be unable to act. 4) Armed force must be used to prevent further violations and requirements of international humanitarian law such as principle of necessity or proportionality should be observed. 5) There is also another requirement for the 'disinterestedness' of the state which is intervening on the grounds of humanitarian intervention.

In fact in Kosovo case there were grave human rights violations in the region as it was stated in resolution 1199, the attempts in order to halt the conflict in peaceful means were not successful and the council could not create a resolution which was explicitly authorized armed intervention in the FRY. However after the NATO air strikes had began the Serbian violations initiated in the region.²²² Accordingly armed force could not prevent further Serbian violations. The means of NATO was also criticized during and after the strikes. The reason of the Allies' relying on the air powers was their reluctance to risk lives of their soldiers.²²³ However NATO during its bombing campaign did not act carefully enough and targeted civilian objects, such as the attack on a Civilian Passenger train or Chinese Embassy and caused civilian killings.²²⁴ Thus it is questionable whether the intervention complies with the International Humanitarian Law. It is also impossible to say that the targeting states were in a 'disinterestedness' position. US and UK claimed that their national interests tied in this intervention as stated in the first chapter. Accordingly even a even a right of humanitarian intervention would be accepted the intervention against FRY could not meet these conditions.

3. 3. Discussion of the Justifications on the Existing Security Council Resolutions:

The Council resolutions before the UN attacks were not explicitly permitting use of force either under chapter VII or chapter VIII of the Charter. As mentioned in the first chapter, resolutions 1199 and 1203 were adopted under chapter VII and defining

²²² Planning Staff of the Foreign Commonwealth Office, 'Is Intervention ever justified?'(internal document 1984), released as Foreign Policy document No 148, excerpted in (1986) 57, *British Yearbook of International Law*, 618-619.

²²³ These views are based on the articles of; Fonteyne, *op. cit.*, *supra* n. 140, at 258-68; Wil D Verwey, 'Humanitarian Intervention under International Law' (1985) 32 *Netherlands International Law Review*, at 413-18; David J. Scheffer, 'Toward a Modern Doctrine of Humanitarian Intervention' (1992) 23 *University of Toledo Law Review*, at 290-91; Murphy, *op. cit. supra* n. 91, at 382-7; Jonathan Charney, 'Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo' (1999) 93 *American Journal of International Law*, at 838-40; Antonio Cassese, 'Ex Injuria Ius Oritur: Are We moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?' (1999) 10 *European Journal of International Law*, at 27.

²²⁴ Charney, *ibid.*, at 840.

the situation in Kosovo as a threat to international peace and security but never clearly authorized an armed intervention. One could argue that Security Council responses to NATO actions and their results were an implicit authorization granted *ex post* and especially the Holbrooke agreements and their endorsement by Resolution 1203 were perceived as the results of NATO's threat of looming air strikes.²²⁵ However Russia stated that it was not ready to give permission to an armed intervention on the grounds of Resolutions 1160 and 1199.²²⁶ Therefore to view the Council's welcome to the results of the NATO threats as an approval of an armed intervention is not defensible.²²⁷ The endorsement of agreements between NATO/OSCE and FRY may lead to think that the 'synergy' between NATO and UN caused the unapproved threat or use of force by NATO.²²⁸ However Article 33 and 42 of the UN Charter supports the view that the Charter requires an explicit authorization by Security Council for the use of force.²²⁹ Use of force under Article 42 will be possible only if non-military measures taken under Article 41 are inadequate. Therefore armed intervention should be applied as a last resort. In 1961 Goa was seized by India and India argued that it was enforcing UN resolutions against colonialism.²³⁰ Professor Quincy Wright however did not agree this view by considering that the claim based on an implied authorization.²³¹ A majority of the Security Council also opposed the India's claim.²³² In 1962 US claimed that there was an implied authorization in order to interdict Soviet Ships going to Cuba.²³³ The Council did neither adopt the Soviet resolution which was disapproving the US action nor vote on a draft resolution supporting US' action.²³⁴ The Council's *ex post facto* authorizations in relation to the ECOWAS' interventions in Liberia, Resolution 788 of 1992, and Sierra Leone, Resolution 1132 of 1997, appear to be the only cases that the Council's implicit affirmations were unchallenged however these incidents presents the danger which can encourage

²²⁵ Adam Roberts, NATO's Humanitarian War over Kosovo 41/3 (1999) *Survival*, at 110.

²²⁶ The Attack on a Civilian Passenger Train at the Grdelica Gorge on 12. 04. 1999; The Attack on the Chinese Embassy in Belgrade on 07. 05. 1999, see <http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm> (last visited 15 February 2009)

²²⁷ Simma, *op. cit.*, *supra* n. 42, at 10 -11.

²²⁸ *ibid.*, at 11.

²²⁹ *ibid.*

²³⁰ *ibid.*

²³¹ Jules Lobel and Michael Ratner, 'Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-Fires and the Iraqi Inspection Regime (1999) 93 *American Journal of International Law*, at 128.

²³² *ibid.*, at 131.

²³³ Quincy Wright, The Goa Incident, (1962) 56 *American Journal of International Law*, at 629

²³⁴ *ibid.*, at 628.

states or regional organizations to apply to use of force with expect of after the fact approval by council.²³⁵

The efforts of United States, United Kingdom and France to provide safe havens to Kurdish refugees in Northern Iraq and no-fly zones in northern and Southern Iraq were justified on the grounds of Resolution 688 (1991) but there were not any explicit permission on armed intervention in this resolution.²³⁶ One could argue that Resolution 678 and 688 are sufficient to justify these operations. Resolution 678 was adopted during the Iraq-Kuwait crisis and authorized the use of all necessary means to support resolution 660 -demanding the Iraq's withdrawal from Kuwait- and all other subsequent resolutions.²³⁷ After the suspension of the conflicts a provisional ceasefire resolution; resolution 686 was adopted and this resolution stated that Resolution 678 remained compelling for the time required by Iraq to fulfil its conditions.²³⁸ However the text of resolution 687 which introduced a formal ceasefire is a problem for the defenders' of the view that Resolution 688 gives permission to use force, because resolution 687 approved the previous resolutions 'except as expressly changed below to achieve the goals of this resolution, including a formal ceasefire.'²³⁹

Javier Perez de Cuellar, UN secretary General at the time, did not accept the views arguing that existing Council resolutions implicitly gave permission to the establishment of no-fly zones and safe havens in Iraq and stated that a foreign military presence in Iraq either required Iraqi consent or the express authorization of the SC.²⁴⁰ Although some UN members contested the safe haven operation, some stated their concerns about the lacking explicit Council authorization and also Soviet and Chinese officials opposed the deployment of the UN forces in Iraq without the consent of the Iraqi government.²⁴¹ These incidents and arguments indicate that attempts to justify armed interventions on the grounds of implied authorizations do not provide a systematic and continuous practice and the claims on the implied authorizations have generally been contested.²⁴²

²³⁵ Lobel and Ratner, *loc. cit.*, *supra n.* 229, at 131.

²³⁶ *ibid.*

²³⁷ *ibid.*, at 132.

²³⁸ *ibid.*

²³⁹ SC Res 678 (29 November 1990) para 1 see <http://daccess-ods.un.org/TMP/3785868.html> (last visited 15 February 2009)

²⁴⁰ SC Res 686 (2 March 1991) para 4, see <http://daccess-ods.un.org/TMP/5984433.html> (last visited 15 February 2009)

²⁴¹ SC Res 687 (3 April 1991) para 1, see <http://daccess-ods.un.org/TMP/4316724.html> (last visited 15 February 2009)

²⁴² Lobel and Ratner, *op. cit.*, *supra n.*, 229, at 132.

The paralyzing of Security Council as perhaps occurred during the cold war might strengthen the claims on the implied resolutions.²⁴³ However since 1990, the idea on the necessity for a flexible reinterpretation of the Council decisions has not been supported by the Council practice because the Council in several instances adopted resolutions clearly authorizing recourse to force.²⁴⁴

The above mentioned discussions indicate that justifications on the Kosovo intervention on the existing Security Council resolutions are not reliable. The justifications of armed interventions on the implicit Council Resolutions were not generally welcomed by United Nations and led to debates in the international community.

CONCLUSION

In contemporary world the public consciousness about the human rights is developing and the UN's role in order to protect and develop these rights is very important. However as has been understood from the *travaux préparatoires* of the UN Charter and the subsequent practice of UN, the peace in other words the prohibition on the use of force is still the core principle of the Charter and the Organization. The aim of the UN as an institution is to protect the "succeeding generations from the scourge of war". Therefore the arbitrary use of force even on the human rights concerns unacceptable.

One could argue that NATO's intervention was illegal but it was necessary and should remain exceptional.²⁴⁵ However as Cassese states this unique instance of violation of international law may turn into a rule, recourse to force to halt gross human rights violations.²⁴⁶ Such a possibility is dangerous when the international legal order is considered. It is useful to put the India's argument in the Security Council after the NATO attacks had started. India stated that:

"...Among the barrage of justifications we have heard, we have been told that the attacks are meant to prevent violations of human rights. Even if that were to be so, it does not

²⁴³ *ibid.*, at 133.

²⁴⁴ *ibid.*

²⁴⁵ *ibid.*, at 134.

²⁴⁶ *Ibid.*, For a detailed overview see SC Resolutions for; Iraq-Kuwait 678 *op. cit. supra n.237*; Somalia 794 *op. cit. supra n . 172* ; Haiti 940 *op. cit. supra n 189*; Rwanda 929 *op. cit. supra n.182*; Bosnia and Herzegovina 770 (1992) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/4457925.html>. and 816 (1993) see <http://daccess-ods.un.org/TMP/2342560.html> (last visited 15 February 2009)

justify unprovoked military aggression. Two wrongs do not make a right.”²⁴⁷

Another argument could be that the intervention is illegal but morally justifiable.²⁴⁸ This argument however raises a question; if an act is moral then is not the law recognize it legal? ²⁴⁹

Although in the last fifty years self-determination and human rights issues have attached great importance, they have never been allowed to put peace at risk.²⁵⁰ This does not mean, however, watching by the gross human rights violations is the appropriate way. The solution for prevention and protection is not illegal resort to force but to amend the United Nations Charter and put clear rules which allow using force in grave human rights violations. It is also necessary to revise the mechanism of the Security Council. The International Community needs a more powerful Security Council which is able to take actions against the human rights violation. Recourse to force should be the last option.²⁵¹ It is true that there were severe human rights violations prior to the NATO attacks in Kosovo and the fear of veto of Russia prevented the Council to adopt a resolution which was authorizing use of force. However, under the articles of the present UN Charter, even the situations that a Security Council approval difficult to obtain do not justify bypassing the Security Council.²⁵²

To conclude justifications on the intervention in Kosovo are not persuasive and can not veil the illegality of NATO's action. The Kosovo Incident was an unambiguous breach of the law of the UN Charter and a deviation from the international rule of law. Because the obligation of “keeping the peace” has a priority in the UN Charter and it is the goal of the UN, NATO's intervention in Kosovo can not be regarded as legal and justifiable.

²⁴⁷ Simma, *loc. cit.*, *supra* n. 42, at 22.

²⁴⁸ Cassese, *loc. cit.*, *supra* n. 221, at 29

²⁴⁹ S/PV. 3988, S/PV. 3988, *op. cit. supra* n.196, at 16.

²⁵⁰ Independent international Commission on Kosovo, *op cit supra* n. 8, ‘Conclusions’ part

²⁵¹ Chesterman, *op. cit. supra* n. 4, at 75.

²⁵² Cassase, *loc. cit. supra* n. 221, at 25.

BOŞ

KAMU HİZMETİ İLKELERİ İŞİĞİNDA ÖZEL RADYO-TELEVİZYON YAYINCILIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

(AN EVALUATION ABOUT THE BROADCAST ACTIVITIES OF PRIVATE
RADIO AND TELEVISIONS UNDER THE PRINCIPLES OF PUBLIC
SERVICE)

Arş. Gör. Begüm İSBİR*

ÖZET

TRT'nin varlığını sürdürüyor olması, Türkiye'de kendine özgü bir yayıncılık anlayışının devam ettiğinin en açık göstergesidir. Bundan dolayı, Türkiye'deki yayıncılık sisteminin, "karma nitelikli" olduğu kolayca anlaşılacaktır.

Türkiye'deki yayıncılık faaliyetlerinin niteliğinin önemli olması kadar, özel radyo ve televizyonlar tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin "**virtüel kamu hizmeti**" olup olmadığı ve yayıncılık faaliyetlerinde "**kamu hizmeti ilkelerinin**" geçerli olup olmadığı, çalışmamızın kapsamında yer alacaktır.

Anahtar Sözcükler: Özel yayıncılık, kamu hizmeti, virtüel kamu hizmeti, iletişim, özel radyo-televizyonlar

ABSTRACT

The existence of the state-owned Association of Turkish Radio and Television indicates explicitly that a *sui generis* broadcast system continues in Turkey. Therefore, the broadcast system in Turkey is obviously a public-private joint system.

As important as the nature of the broadcast activities in Turkey, whether the broadcast activities of private radio and televisions constitute "**virtual public service**"; whether "**the principles of the public service**" are applicable, going to constitute the scope of our paper.

Key Words: Private broadcast, public service, virtual public service, communication, private radio-televisions

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

İletişimin günden güne geliştiği çağımızda görsel ve yazılı haberleşmeyi gerçekleştirmemize yarayan araçların da çeşitlilik kazandığını görmekteyiz. Bu araçlar kimi zaman gazete ve dergi gibi yazılı; kimi zaman da radyo, televizyon gibi işitsel ve görsel nitelikte olabilmektedir.

Devletlerin haberleşme politikalarında getirmek istedikleri değişiklikler en fazla kitle haberleşme araçlarında kendisini göstermiştir. Zira bu değişiklikler, kitleleri etkileyerek kamuoyu oluşturur. Ancak günümüzde devlet, iletişim politikalarında yavaş yavaş kendi sahasını küçültüp özel kişilere faaliyet alanı açmaya başlamıştır. Devlet eliyle yürütülen radyo-tv faaliyetleri, artık, özel kişiler tarafından kurulan radyo ve televizyonlar aracılığıyla da yürütülmektedir.

Türkiye’de 1993 yılında 1982 Anayasası’nın 133’üncü maddesinde yapılan Anayasa değişikliğiyle, özel radyo ve televizyonların kurulmasının önünü açan adım; 1994 yılında 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un kabul edilmesiyle somutlaşmıştır. Daha önceden yasal düzenlemeler olmadan faaliyet gösteren özel radyo ve televizyonlar ise bu şekilde yasal bir zemine kavuşmuş ve özel yayın faaliyeti hukuksallaşmıştır.

Çalışmamızda özel radyo-tv yayıncılık faaliyetleri, kamu hizmeti boyutu ile ele alınacak ve özellikle Anayasa, 3984 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanuni düzenlemeler incelenecektir. Özel radyo ve televizyonların yürüttükleri yayıncılık faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliği taşıyıp taşımadığı, bu niteliği taşıyorsa kamu hizmetini türünün ne olduğu da inceleme konularımız arasındadır. Özellikle, Fransız İdare Hukuku kaynaklı “virtüel kamu hizmeti” kavramı, özel radyo-tv yayıncılık faaliyetlerine dayanılarak incelenecektir. Özel radyo ve televizyonların kuruluşundan bugüne kadar nelerin değiştiği, hangi yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu da araştırılacaktır.

Çalışmamızın son kısmında, özel radyo ve televizyon yayıncılığının, kamu hizmeti ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı hususu değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK RADYO VE TELEVİZYON YAYINCILIK FAALİYETLERİ

Yayıncılık faaliyetleri, bilgilerin kitlelere ulaştırılması işlevini yerine getirir. Gün geçtikçe, çeşitliliğini arttıran yayıncılık faaliyetlerinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesi gerekir.

Kitle iletişiminin dış dünyadaki görünümünden birisi olan **yayıncılık**

Özel Radyo Televizyon Yayıncılığının Değerlendirilmesi

faaliyeti, toplumun bilgi edinmesini, düşündüklerini ifade edebilmesini ve haberdar olabildiğini sağlayarak, kamu yararını gerçekleştirmektedir.

Radyo ve televizyonun dünya sahnesine çıkışı ile yayıncılık faaliyeti, yazılı olmanın yanında görsel ve işitsel bir boyut daha kazanmıştır. Geniş kitlelere daha kolay ve daha çabuk ulaşılabilmesi de bu şekilde gerçekleşmiştir. Bilgi ulaşım hızıyla orantılı olarak, radyo ve televizyonun, bireylerin tutum ve davranışlarına olan etkileri gerçekten yadsınamaz niteliktedir.¹

Dünyada radyo yayınlarının yasal boyutta ele alınması 19.yüzyılın başlarına rastlamaktadır. Özellikle Kıta Avrupası ülkelerinde –Fransa ve Almanya- radyo yayınlarının devlet tekelinde olduğunu içeren kanunlar çıkarılmıştır.² Televizyon yayıncılığı ise radyo yayıncılığını takip ederek gelişmiştir. Radyo yayıncılığının Birinci Dünya Savaşı sonrasında gelişmesine paralel olarak televizyon yayıncılığı, İkinci Dünya Savaşı sona erdikten sonra atılım göstermiştir.³

Radyo ve televizyon yayıncılığının kamusal ya da özel nitelikte olup olmaması, devletin kabul ettiği yayıncılık modeline göre değişir. Bu nedenle, radyo ve televizyon yayıncılığında devletin denetimi ve gözetiminin ağırlığına göre çeşitli yayıncılık modelleri ortaya çıkmıştır. Söz konusu modeller ikiye ayrılır:⁴

> Monist (Tekelci) Modeller

> Rekabetçi Modeller

Monist modellerde, radyo ve televizyon devlet denetimi altında yer alan bir kuruluş tarafından işletilir. Devletin yayıncılık üzerindeki ağırlığı büyüktür. Bu model, kendi içinde; tam ve mutlak tekel, kamu kuruluşu veya yarı kamu kuruluşu tekeli ve özel şirketlere tanınan tekel olmak üzere üç gruba ayrılır.⁵

Rekabetçi modeller ise özel şirketlerin serbest piyasa koşullarında yayıncılık faaliyeti göstermesiyle ortaya çıkmıştır. Örneğin, ABD’de radyo ve televizyonlar

¹ Aysel Aziz, “Radyo ve Televizyonun Bireyin Tutum ve Davranışlarına Etkisi,” **Amme İdaresi Dergisi**, C.13, Sayı: 2, (Haziran-1980), s. 20

² Kayıhan İçel/Yener Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul, yedinci bası, Beta Basım Yayın-Dağıtım, 2007, s.334

³ ABD’de 1920’lerde deneme amaçlı televizyon yayıncılığı yapılmıştır. Sürekli yayınlar ise 1945’ten itibaren ABD ve Batı Avrupa ülkelerinde gerçekleştirilmiştir. Bkz: İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 334

⁴ Oya Tokgöz, **Türkiye ve Ortadoğu Ülkelerinde Radyo-Televizyon Sistemleri**, Ankara, 1972, s.51

⁵ Tokgöz, **a.g.e.**, s.52

birçok özel şirket tarafından işletilir. Ancak Federal Haberleşme Komisyonu (Federal Communications Commission) işletmelere belli süre için yayın izni tahsis eder.⁶

İngiltere’de ise ABD’deki yayıncılık faaliyeti örneğine benzeyen fakat ondan nitelik açısından biraz daha farklı, yarı rekabetçi bir yayıncılık modeli benimsenmiştir. Bir diğer ifadeyle, İngiltere’de radyo ve televizyon yayıncılığında hem özel hem de kamu yayıncılığına açık bir sistem vardır. Yayınlar, yedi ayrı kuruluş tarafından izlenmektedir.⁷

Fransa’da radyo ve televizyon yayıncılığı bir kamu hizmeti olarak görülmüş ve 1949’da Fransız Radyo ve Televizyon Kurumu kurulmuştur. 1980’lerde ise özel radyo ve televizyonlar Fransa’da yayın hayatına katılmıştır ve bu şekilde devlet tekeli kısmen ortadan kalkmıştır.⁸ Fransa’da özel radyo ve televizyonların ortaya çıkmasıyla, Fransız İdare Hukuku’nda “virtüel kamu hizmeti” kavramı yavaş yavaş yerini almaya başlamıştır.

II. TÜRKİYE’DE RADYO VE TELEVİZYON YAYINCILIĞININ YASAL

GELİŞİMİ

Türkiye’deki radyo-tv yayıncılığının gelişim çizgisi, ilk başlarda bu faaliyetlerin devlet eliyle yürütülmesiyle ortaya çıkmıştır. Televizyon yayıncılığında önce, radyo yayıncılığının sürdürüldüğü Türkiye’de “radyo”, halen bireylerin hayatında önemli bir yer işgal etmektedir.

Devletin radyo yayıncılığıyla ilgili tutumu, radyo yayını yapacak bir kurumun kuruluşuna ilişkindir. 1929 Dünya Ekonomik Bunalımı’ndan sonra devletin ekonomiye müdahalesi düşüncelerinin yoğunlaşmasıyla devlet, radyo yayıncılığında da söz sahibi olmaya başlamıştır. Hükümet, 1936 yılının Ağustos ayında çıkarmış olduğu kararname ile radyo yayınlarının yönetimini doğrudan eline almıştır.⁹ Bu süreç, TRT’nin kurulmasına kadar devam etmiştir.

⁶ Tokgöz, **a.g.e.**, s.54

⁷ Sultan Uzeltürk, “Birleşik Krallıkta Görsel ve İşitsel İletişim Özgürlüğünün Kurumsal Sınırı: Bağımsız Televizyon Komisyonu (ITC),” **İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan**, C. 17–18, (1995–1996), s. 211

⁸ Atilla Nalbant, “Fransa’da Görsel-İşitsel İletişim Özgürlüğünün Koruyucusu: Görsel-İşitsel Üst Kurul,” **İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan**, C. 17–18, (1995–1996), s. 187

⁹ Uygur Kocabaşoğlu, **Şirket Telsizinden Devlet Radyosuna**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 442, Ankara, 1980, s. 131

Özel Radyo Televizyon Yayıncılığının Değerlendirilmesi

Günümüze gelinceye kadar ise devlet tekelinin radyo yayıncılığında hissedildiği görülür. Özel radyolar, Türkiye genelinde sadece yörelerde, yerel yayın yapmaktayken; o tarihlerde Türkiye genelinde radyo yayını yapan özel bir radyo bulunmamaktaydı.

Radyo ve televizyon yayıncılığının geçirdiği değişimler de göz önüne alınırsa günümüzde Türkiye’de radyo ve televizyon yayıncılığının ikiye ayrıldığı söylenebilir:

1. Kamu yayıncılığı
2. Özel yayıncılık

Radyo ve televizyon sistemleri içerisinde; Türkiye’deki modelin, 1993 yılından önce salt kamu yayıncılığı olduğu açıktır. Monist(tekelci) model olarak, Türkiye’de radyo ve televizyon tekeli, devlete aitti. 1993’te yapılan Anayasa değişikliği ve 1994 tarihinde çıkarılan 3984 sayılı Kanun ile radyo-tv yayıncılığında “rekabetçi model”e doğru bir geçiş olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Türkiye’de birçok özel radyo ve televizyon kurulmuş ve halen faaliyete devam etmektedirler. Dikkati çeken bir diğer nokta, Türkiye’de kamu yayıncılığından vazgeçilmemiş olmasıdır.

TRT ve özel radyo-televizyon kuruluşları yayıncılık hayatlarına birlikte devam etmektedir. Bir başka ifadeyle, Türkiye’de **karma nitelikli yayıncılık** modeli geçerlidir. Bu bağlamda, Türkiye’deki radyo-tv yayıncılığının *sui generis* özellikler gösterdiği söylenebilir.

Radyo ve televizyon rejiminin hukuki kaynağı, ilk olarak 1961 Anayasası’nın 121’inci maddesinde yer almıştır. Bunu izleyen düzenlemeler ise 1963 tarihli ve 359 sayılı Türkiye Radyo Televizyon Kurumu Kanunu’dur. Kamu yayıncılığını ve devlet tekeli işaret eden düzenlemelerin yer aldığı 1961 Anayasası döneminde TRT, devlet televizyonu olarak tek başına faaliyet göstermekteydi.¹⁰ 12 Mart 1971 tarihli askeri müdahaleden sonraki Anayasa değişikliğiyle, devlet tekelinin radyo ve televizyon yayıncılığında ağırlığı artmış ve TRT, özerk olmaktan çıkarılıp tarafsız bir kuruluş haline getirilmiştir.

1982 Anayasası döneminde ise Anayasa, 133’üncü maddesinde, 1961 Anayasası’ndaki hükme paralel olarak, yayıncılıkta devlet tekeli öngörmüştür. Buna ilişkin olarak 1983 yılında çıkarılan 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon

¹⁰ 1971 yılının Mart ayında tarafsız ve özerk bir kamu anonim ortaklığı yapısıyla kurulan Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu (TRT) denetiminde televizyon yayınları başlamıştır. <http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/DosyaInder> <erişim: 4.5.2008>

Kanunu da anayasal düzenlemeye uygun olarak radyo-televizyon yayıncılık faaliyetlerinin devlet eliyle yürütüleceğini tekrarlamıştır. Bu Kanun, söz konusu yayın tekelini Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu'nun (TRT'nin) kullanmasını öngörmüştür. 1993 yılında Anayasa'nın 133'üncü maddesinin değiştirilmesinden sonra özel radyo-tv yayıncılığı anayasal zemin kazanmıştır. Bunun ardından, 1994 yılında 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun'un kabulüyle Türk radyo-televizyon hayatı değişime uğramıştır. Bu sektörde devlet tekelinin kalkması ile yurt çapında birçok özel radyo kurulmuş ve özel televizyonlar da yavaş yavaş bu alandaki yerini almıştır.

A. 1982 Anayasası'nın 133'üncü Maddesi'nin Değerlendirilmesi

Anayasa'nın 133'üncü maddesi, özel radyo ve televizyon yayıncılığı ile ilgili olarak şu düzenlemeye yer vermiştir:

“Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir.”

Anayasa maddesinde en çok üzerinde durulması gereken kısım, **“kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde”** ibaresidir. Daha sonra çıkarılacak olan, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un habercisi olan bu anayasal düzenleme, ilk halinde radyo ve televizyon yayınlarının sadece **devlet tarafından** yürütüleceğini düzenlemiştir. Ancak 1993 yılındaki Anayasa değişikliğinden sonra yayın politikası, radyo-tv yayıncılığındaki mutlak devletçi anlayıştan özel kişiler lehine yönelik bir anlayışa doğru değişmiştir. 3984 sayılı Kanun'un 1994 yılında kabul edilmesi, yayıncılıkta devlet tekelinin ortadan kalktığının en açık göstergesidir.

B. 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un Değerlendirilmesi

1994 yılında kabul edilen 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun'un 3'üncü maddesinin (b) ve (d) bentleri, inceleme konumuz açısından önem taşır.

Madde 3/b'ye göre; *“Radyo Yayını: Elektromanyetik dalgalar, veri şebekeleri ve diğer yollarla halkın doğrudan alması maksadıyla yapılan ses yayınlarını ifade eder.”* Aynı maddenin (d) bendinde ise *“Televizyon Yayını: Elektromanyetik dalgalar, veri şebekeleri ve diğer yollarla halkın doğrudan alması maksadıyla yapılan, hareketli veya sabit resimlerin (görüntü) sesli veya sessiz kalıcı olmayan yayınlarını ifade eder.”* düzenlemesi yer alır. Bu tanımlar, radyo ve televizyon yayını kavramlarını

Özel Radyo Televizyon Yayıncılığının Değerlendirilmesi

açıklamakla birlikte, devlet tarafından veya özel kişilerce yürütülen tüm radyo-televizyon yayınlarının standardını da belirler.

Anayasal ve yasal dayanakları bulunan özel radyo-televizyon yayıncılığının Türkiye’de, 1993’ten beri sürdürüldüğü açıktır. Daha önceden yurt dışında kurulup yayın yapan tv kanalları, söz konusu Kanun’un çıkarılmasından sonra yasallık kazanmışlardır.

Türkiye’de özel radyo ve televizyon yayıncılığının başlaması, şu soruları da beraberinde getirmiştir:

- > Özel radyo ve televizyonlar, yayıncılık faaliyetlerine nasıl başlayacaklardır?
- > Söz konusu kuruluşların yayınları, nasıl ve kim tarafından denetlenecektir?
- > Devletin radyo ve televizyon yayıncılığındaki rolü tamamen sona mı ermiştir?
- > Özel radyo ve televizyonların yükümlülükleri nelerdir?
- > TRT ve özel radyo-televizyonların ilişkisi nasıldır?

3984 sayılı Kanun incelendiğinde, 16’ncı maddesinde “*kanal ve frekans bandı tahsisinin*” ne şekilde yapılacağı düzenlendiği görülür. “*Yayınlara düzenlenmesi*” ve “*reklam*” konuları ise 19’uncu maddede ve devamındaki maddelerde yer almaktadır. 24’üncü madde ise iletişimle ilgili hususlarda çeşitli görevlerin verildiği Telekomünikasyon Kurumu’nun¹¹ yükümlülüklerini düzenlemiştir.

3984 sayılı Kanun’un 29’uncu maddesinde “Özel Radyo ve Televizyonların Kuruluşu” nun şekli ile birtakım istisnai durumlar ve RTÜK’ün bazı görevleri düzenlenmiştir. Yukarıda bahsedilen tartışma konularını, söz konusu kanun maddeleri ışığında değerlendirelim.

1. Özel Radyo ve Televizyonların Kuruluşu İçin Gereken Şartlar:

- Yayıncı kuruluş, anonim şirket statüsünde kurulmuş olmalı
- Hangi amaç ile ilgili yayın yapacağı önceden belirli olmalı (Haberleşme, eğitim, kültür, sanat vs.)

¹¹ Telekomünikasyon Kurumu’nun ismi, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun getirdiği yeni düzenlemeyle, “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu” olarak değiştirilmiştir. Bkz: 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, RG, 10.11.2008, Sayı: 27050 (Mükerrer)

- Bir anonim şirketin sadece bir radyosu/televizyonu olmalı
- Şirketin hisseleri nama yazılı olmalı

Şartlar arasında yer almamış olsa da özel radyo-televizyonlar açısından dikkate alınması gereken bazı özel hususlar, 29'uncu maddede düzenlenmiştir. Oldukça uzun ve kazuistik bir düzenleme olan bu madde, sistematik olmamasından dolayı eleştiriye açıktır.

Özel radyo-tv'lerin kurulmasıyla ilgili olarak 29'uncu madde, bazı sonuçlara yer vermiştir. Bunlardan ilki, bir özel radyo-televizyona ait yabancı sermayenin, payı ödenmiş sermayenin %25'ini geçmemesi kuralıdır. Bundan anlaşılması gereken husus, özel radyo-tv'lerin yabancı sermayeye sahip olabileceğidir. Hissedarlar arasında yabancılar olabilir; fakat yabancı kişilerin hisse oranı, ödenmiş sermayenin %25'ini geçemez. Yabancı yatırımları teşvike yönelik olan bu düzenleme, 3984 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesine gizlenmiş ve tartışmaya açık bir hükümdür. Yabancıların bu yolla, özel radyo ve televizyon kuruluşlarında pay sahibi olabilmesi, sadece ekonomik boyutlu değildir. Bu düzenleme aynı zamanda yabancı ortakların, yayınların içeriğine etki edebilme riskini de ortaya çıkarır. Kamuoyu yaratmaya yönelik radyo-tv'lerin yabancılar tarafından yönlendirilmesi ise vatandaşların objektif haber alma hakkını engelleyen sonuçlar yaratacaktır. Bundan dolayı, tarafsız ve doğru yayıncılık ilkeleri zarara uğrayacaktır.

Bir diğer husus, özel radyo ve tv yayın kuruluşunda ortak olan yabancı gerçek veya tüzel kişinin bir başka radyo-tv kuruluşuna ortak olamamasıdır. Haksız rekabeti önlemeye yönelik getirilmiş bu düzenlemede, “yabancı ortak” ifadesinin kullanılması yukarıda bahsettiğimiz kaygıları doğrulayacak niteliktedir.

Üçüncü bir husus; özel radyo ve televizyon yayıncılığı yapan anonim şirketlerin hisse devri, şirketin başka bir şirkete devri, bir başka şirketin devralınması, bir başka şirketle birleşme durumlarında **RTÜK'ten izin alma zorunluluğunun olmasıdır**. Bağımsız idari otorite olan RTÜK, düzenleme, denetleme ve gözetim görevleriyle bağlantılı olarak özel radyo ve tv'lerin yayıncılık faaliyetlerini denetler. Bunun yanında, özel radyo-tv'lerin anonim şirket statüsünü taşımalarından kaynaklanan “birleşme ve devralmalar” hususlarında da üst kurul olarak görev yapmaktadır.

RTÜK, yukarıda bahsedilen durumlarda gerekli iznin alınmadığına dair aykırılık tespit ederse, şirketi uyarır ve eksikliğin giderilmesi için şirkete makul bir süre verir. Bu makul süre içerisinde yayıncı şirket, eksikliği gidermezse şirketin yayın izni, RTÜK tarafından iptal edilir. (3984 sayılı Kanun m.29/j)

Özel Radyo Televizyon Yayıncılığının Değerlendirilmesi

Bir başka durum ise 29'uncu maddenin (l) bendinde düzenlenmiştir. Özel radyo ve tv'ler yayın izni aldıktan sonra esas sözleşmelerine 3984 sayılı Kanun'a aykırı hükümler koyamazlar. Örneğin; yayıncılık faaliyetlerinin konusu dışındaki faaliyetlerde bulunamazlar.

Son olarak, söz konusu Kanun'un 29'uncu maddesinin (m) bendinde düzenlenen duruma değinmek gerekir. Bu hükme göre; *“Yurt dışından Türkiye'ye yönelik yayın yapan radyo-tv'lere kanal, frekans ve kablo kapasitesi tahsis edilemez.”* Söz konusu kuralı koyan bu bent, her ne kadar Türkiye'deki yayıncılık faaliyetlerini koruyan ve kamuoyunun manipüle edilmesini engelleyen bir madde olsa da, aynı maddenin (h) bendinde yabancı sermaye ortaklarına fırsat tanıyan düzenleme var olduğu sürece, (m) bendinin uygulamada bir yararı olmayacaktır. Bir başka ifadeyle, söz konusu düzenleme, etkisiz kalacaktır. Zira yurt dışından Türkiye'ye yönelik yayın yapamayan yabancı bir gerçek ya da tüzel kişi, özel radyo-tv yayıncılığını gerçekleştirecek bir Türk anonim şirketinin %25'lik sermaye ortağı olmak suretiyle yayıncılıkta söz sahibi olabilme şansını kolaylıkla elde edebilecektir.

C. Radyo-Tv Yayıncılığı İle İlgili Diğer Yasal Düzenlemeler

1982 Anayasası'nın 133'üncü maddesinin değiştirilmesiyle başlayan süreçte, özel radyo-tv yayıncılığının geliştirilmesine yönelik, Türk Hukuku'nda başka yasal değişikliklere de gidilmiştir. Ancak 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu ile kurulmuş kamu yayıncılığı faaliyeti de muhafaza edilmiştir.

TRT Kanunu'nun, “Tanımlar” başlıklı 3'üncü maddesinin (a) bendi “radyo yayını”; (b) bendi ise “televizyon yayını” düzenlemiştir. TRT kanunu da radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin olarak, 3984 sayılı Kanun'da yer alan hükümlere paralel hükümler içerir.

Anayasal ve yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, 1982 Anayasası'nın 133'üncü maddesinin son şekliyle, özel radyo ve televizyon yayıncılığını, yasal çerçevesi belirli olmak şartıyla tamamen benimsediği açıktır. Bu yayıncılık faaliyetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi konusunda ise bir bağımsız idari otorite olan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) öngörülmüştür. Anayasa'nın 133'üncü maddesiyle ve 3984 sayılı Kanun ile düzenlenen RTÜK'e genel olarak şu görevler verilmiştir:

1. Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek
2. Yayın izni ve lisans vermek

3. Yayın alanlarını kapsayıcı verici tesisleri kurmak ve işletme iznini verip bunları denetlemek
4. Radyo-tv yayınlarını izleme sistemleri kurarak yayınların, “yayın ilkelerine” ve bu alanda Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalara uygunluğunu denetlemek
5. 3984 sayılı Kanun’a aykırı yayın yapan kuruluşlara yaptırım uygulamak
6. Yayın izni verilen veya verilecek olan anonim şirketlerde bulunması gereken asgari idari, mali ve teknik şartları tespit etmek (3984 sayılı Kanun m.29/k ve m.30)
7. Yayın izni verilen veya verilecek olan anonim şirketlerin yayın alanı, yayın saati ve yayın süreleriyle ilgili esasları tespit etmek¹²

RTÜK, yayıncılık hizmetlerinin düzenli ve hukuka uygun yürütülmesi amacıyla Kanun’da kendisine verilen görevler çerçevesinde hareket eder. Yayıncılık faaliyetlerinin düzenlenmesi için çeşitli kurallar koyar. Bu kuralların uygulanıp uygulanmadığını denetler ve gerektiğinde Kanun’da kendisine verilmiş yetkiler çerçevesinde çeşitli yaptırımlar da uygular. Söz konusu düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkileriyle RTÜK, radyo-televizyon yayıncılığının sürekliliği ve düzenliliğini sağlamaktadır. Hatta RTÜK, anayasal ve yasal yetkilerini kullanmak suretiyle, “**yayıncılıkta kamu düzenini**” korumaktadır.

III. TÜRKİYE’DE RADYO VE TELEVİZYON YAYINCILIĞININ HUKUKSAL NİTELİĞİ

A. Özel Radyo ve Televizyon Yayıncılığının Kamu Hizmeti Olup Olmadığı Sorunu

Yayıncılığın yazılı olmasının yanında ses, frekans, dalga iletimi ve görüntü iletimi şeklinde geçirmiş olduğu başkalaşım, devletlerin yayıncılıkta yasal düzenlemelere gitmesini gerektirmiştir.

Devletin, radyo ve televizyon yayıncılığıyla ilgili hukuksal düzenlemeler yapması, yayıncılık faaliyetini “kamu hizmeti” olarak gördüğünü gösterir. Zira bu şekilde devlet, bireylerin haberleşme özgürlüğünü sağlamaktadır. Bu bağlamda kişilerin, toplumda gerçekleşen olaylardan haberdar olmaları, bilgi aktarımı, bilgi paylaşımı gibi konularda radyo-tv yayıncılığı yapan kuruluşlara büyük görev düşmektedir.

¹² Bu tespite uyulmadığı takdirde, özel radyo ve televizyonun yayın izni iptal edilir.

Özel Radyo Televizyon Yayıncılığının Değerlendirilmesi

Bu kuruluşların devlet kuruluşu veya özel kuruluş olması arasında fark yoktur. Zira yayıncılık hizmetinde de diğer kamu hizmetlerinde olduğu gibi nihai amaç, kamu yararadır. Bu bağlamda radyo ve televizyonların, yayıncılık faaliyetleriyle toplumun gelişiminde genel yarar sağladıkları, kabul edilen bir sonuçtur. Bireylerin haber alma hakkını kullanmalarını sağlayan bu kuruluşlar, kamu yararını gerçekleştirdikleri ölçüde kamu hizmeti görmüş olurlar. Ancak kamu hizmeti anlayışının değişmeye başladığı günümüzde, radyo ve televizyon yayıncılığının kamu hizmeti olup olmadığı bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Kamu hizmeti kavramı konusunda genel olarak “kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik faaliyetler” şeklinde bir tanım yapılabilir. Ancak bu tanım, tüm kamu hizmetlerini açıklamaya yetmez. Bu nedenle, kamu hizmeti kavramıyla ilgili, isabetli olarak farklı bir tasnif yapan ATAY, kamu hizmetlerini “*maddi anlamda kamu hizmeti*”, “*organik anlamda kamu hizmeti*” ve “*biçimsel açıdan kamu hizmeti*” olarak belirlemiştir.¹³ Buna göre maddi anlamda kamu hizmeti, faaliyeti yürüten organlardan bağımsız olarak, faaliyetin içeriğine bakılmak suretiyle belirlenir. Organik anlamda kamu hizmetinde ise, yürütülen faaliyetin niteliğinden çok, bu hizmeti yürüten kişilere göre değerlendirme yapılır. Biçimsel anlamda kamu hizmeti ise, kamu hizmeti olarak nitelendirilen faaliyetin gerçekleştirilmesi için kullanılan yöntemleri ifade etmektedir.¹⁴

Kamu hizmeti kavramı, ULUSOY tarafından ise şu şekilde tanımlanmıştır: “*Kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuksal rejim) tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet kamu hizmetidir.*”¹⁵ Söz konusu tanımdan çıkan sonuç, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için; **kamu yararı içermesi, özel faaliyet olarak sunulmasının mümkün olmaması ve özel olarak düzenlenen bir hukuksal rejime** tabi olmasıdır.¹⁶

Özel radyo ve televizyon yayıncılık faaliyetinin bahsettiğimiz unsurlardan ilki olan “kamu yararı” unsurunu taşıyıp taşımadığı incelenmelidir. Oldukça muğlak bir kavram olan kamu yararı kavramı, hizmetin gerçekleşmesi halinde toplumda

¹³ Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 478

¹⁴ Atay, bu üç kamu hizmeti anlayışının birlikte düşünülerek kamu hizmeti kavramının açıklanması gerektiğini savunur. Bkz: Atay, **a.g.e.**, s. 479

¹⁵ Ali Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, Eylül 2004, s.13

¹⁶ Kamu hizmetlerinin özel girişimlerden farklarına ilişkin olarak bkz: Atay, **İdare Hukuku**, s. 475

genel yararın sağlanacağına¹⁷ işaret eder. Radyo ve televizyon yayıncılık faaliyetleri, toplumun haber alma ve haberleşme hakkını sağlama yönünden genel yarar içermekte ve kurallara uygun bir hizmet sunulduğu takdirde kamu yararını gerçekleştirmektedir. Nitekim özel radyo ve televizyon yayıncılığı her ne kadar anonim şirket statüsündeki kuruluşlarca yapılsa da “kitleleri etkileme” ve “haberleşmeyi sağlama” konularında kamu yararını gerçekleştirir.

Bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığının anlaşılmasını sağlayan ikinci unsur, o faaliyetin özel faaliyet olarak sunulmasının mümkün olmamasıdır. Tartışmaya açık gibi gözükse de bu unsur, özel radyo ve televizyon yayıncılığını gerçekleştiren anonim şirketlerin özel hukuk tüzel kişisi olmalarından dolayı bizi yanıltabilir. Ancak radyo ya da tv sahibi özel şirketler, yayın faaliyetine başlayabilmek için RTÜK’ten “yayın izni” almak zorundadır. Bir diğer ifadeyle, ilgili şirketler kendiliğinden yayın faaliyetine başlayamaz. Bir bağımsız idari otorite olan ve kamu tüzel kişiliğine haiz Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’ndan alacağı bir **ruhsat** ile faaliyetine başlayabilmektedir.

Radyo ve tv yayıncılığının özel faaliyet olarak sunulması; ancak devletten alınacak yayın izni ile mümkündür. Özel yayıncılığın ön planda olduğu ABD’de bile Federal Haberleşme Bürosu yayın izni vermekte; özel radyo ve tv’ler kendi kendilerine yayına başlayamamaktadır.

Özel radyo-tv yayıncılığının kamu hizmeti olup olmaması konusundaki ölçütlerden sonuncusu, kamu hizmetlerinin özel olarak düzenlenen bir hukuki rejime tabi olmasıdır. Radyo ve televizyon yayıncılık faaliyetleri, çerçevesinin 1982 Anayasası’nın 133’üncü maddesince çizilmiş, 3984 sayılı Kanun ile ayrıntıları düzenlenmiştir. Özel olarak düzenlenen hukuksal rejimin yürütülmesini ise yine bir idari otorite olan RTÜK üstlenmiştir.

Sonuç olarak, radyo ve televizyon yayıncılığının özel hukuk tüzel kişilerince yürütülmesi, bu faaliyetin kamu hizmeti olması özelliğini ortadan kaldırmaz. Günümüz modern idare hukukunun benimsediği kamu hizmeti anlayışı da bu sonucu gerektirir. Ayrıca radyo ve televizyon yayıncılığında kamu yayıncılığından özel yayıncılığa doğru gelişen değişim çizgisi, bu kamu hizmetinin esasına etki etmemekte; sadece bu hizmetin görülmesindeki usulde ve hizmeti yürütenlerde farklılaşma meydana getirmektedir. Dolayısıyla, kamu hizmetinin doğası aynı kalmaktadır. Radyo ve televizyon yayıncılık faaliyetinin, bir kamu hizmeti olduğuna ilişkin, Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında yer vermiştir.¹⁸

¹⁷ Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, s.14

¹⁸ AYM, 18.05.1990 tarih ve E. 989/9, K.990/8 sayılı, RG, 26.07.1990, Sayı: 20586

Özel Radyo Televizyon Yayıncılığının Değerlendirilmesi

Türkiye’de 13 Nisan 1994 tarihli ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un 4’üncü maddesinde “... radyo ve televizyon yayınlarının kamu hizmeti anlayışı içerisinde yapılacağı...” ifadesine yer verilmiştir. Bu Kanun uyarınca, özel radyo ve televizyonların faaliyette bulunabilmesi için RTÜK’ten **yayın izni ve ruhsatı** alınması zorunludur. Kamu hizmetlerinin görülüş usulleri dikkate alınırca, özel radyo ve televizyon yayıncılığı **ruhsat usulüne** göre yürütülen bir kamu hizmeti olduğu görülür. Yayıncılığın bir kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi, hizmette kalite, seçim imkânı ve çeşitlilik, izleyici ve dinleyicilerin korunması gibi avantajları beraberinde getirir.¹⁹

Kamu hizmetlerinin görülüş usulüyle ilgili bir diğer sınıflandırma, GÖZLER tarafından yapılmıştır.²⁰ Buna göre “*Kamu hizmetinin bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından işletilmesi usulleri*”nden “*tek taraflı görevlendirme*” kategorisine ait olan *lisans usulü*, özel radyo ve tv yayıncılığında da uygulanmaktadır. “Kamu hizmeti ruhsatı” olarak adlandırabileceğimiz bu usul, kolluk ruhsatından farklılık gösterir. Nitekim idarenin uyguladığı kolluk denetimi “kamu düzeninin korunmasına” yönelik dışsal bir denetimken; idarenin, kamu hizmeti faaliyeti gören kuruluşlara uyguladığı denetim içsel bir denetimdir.²¹

1. Virtüel Kamu Hizmeti - Özel Radyo ve Televizyonlar

Günümüzdeki kamu hizmeti anlayışının değişmesiyle yeni kamu hizmeti türleri ortaya çıkmıştır. Bunlardan birisi de “virtüel kamu hizmeti” kavramıdır.²²

Fransız İdare Hukuku’na dayanan virtüel kamu hizmeti, kamu hizmeti olma özelliği kendi içerisinde mevcut olan hizmetleri ifade eder. TAN’a göre virtüel kamu hizmeti, kamu hizmeti olmaya yatkın hizmet olarak tanımlanabilir.²³ ÖZAY’a göre özel teşebbüslerin, halkın günlük ve kolektif ihtiyaçlarını karşılamak üzere gösterdiği bazı faaliyetler vardır ki bunların bir yandan idareyle bir yandan da yollar, rıhtımlar, akarsular, atmosfer gibi kamu emlakı ile özel bir ilişki içerisinde olmasından dolayı,

¹⁹ Cahit Beyaztaş, **Kamu Hizmeti Yayın Kurumlarında Yeniden Yapılanma**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Kamu Yönetimi Lisans Üstü Uzmanlık Programı, Ankara, 2002, s.26-28

²⁰ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, Altıncı baskı, Ekin Kitabevi, Ekim 2007, s.536-537

²¹ Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, s.16

²² Karahanoğulları, virtüel kamu hizmetini “**olası kamu hizmeti**” olarak adlandırır. Olası kamu hizmeti, bazı özel faaliyetlerin, idare ya da kanunkoyucu tarafından kamu hizmeti olarak sayılmamış olsa da, nitelikleri gereği potansiyel kamu hizmeti olarak kabul edilebileceği görüşünden ortaya çıkmaktadır. Bkz: Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, Ankara, ikinci bası, Turhan Kitabevi, 2005, s.270-271

²³ Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı,” **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 8, Yıl: 1991, s. 236 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg8/turguttan.pdf> (erişim: 24.03.2009)

bu faaliyet kendiliğinden kamu hizmetine dönüşür. Bu tür hizmetler, virtüel kamu hizmeti olarak adlandırılır.²⁴ Danıştay ise geçmişteki bir kararında, virtüel kamu hizmeti kavramının varlığına işaret etmiştir.²⁵

Buna karşılık, doktrinde bazı yazarlara göre kamu hizmeti teorisinde “bir hizmetin kendiliğinden kamu hizmeti olarak kabul edilmesi” söz konusu olamaz. Zira kamu hizmetleri, kendiliğinden oluşmaz, kurulur.²⁶ Anayasa Mahkemesi’nin virtüel kamu hizmeti kavramıyla ilgili tavrı ise Danıştay’ın aksine, bu tür bir kamu hizmetinin benimsenmemesi gerektiği yönündedir.²⁷

Kanımızca, günümüz modern idare hukukunda, virtüel kamu hizmeti kavramının kabulü gerekir.²⁸ Zira savunma hizmetleri, ulaşım hizmetleri ve radyo-televizyon yayıncılığı gibi kamu hizmetleri, ancak “virtüel kamu hizmeti teorisi” ile açıklanabilir. İnceleme konumuz olan özel radyo-tv yayıncılığının hukuksal niteliği bakımından “kamu hizmeti” faaliyeti olduğu açıktır. Özel radyo ve tv’ler, yayıncılık faaliyetlerini gerçekleştirirken toplumda bilgi akışına ve bilgi paylaşımına aracılık ederler. Kanaatimizce bir yayıncılık faaliyetinin virtüel kamu hizmeti oluşturup oluşturmadığının tayininde, yayının “kamu yayıncılığı” veya “özel yayıncılık” olup olmamasının önemi yoktur. Önemli olan, özel radyo-tv yayıncılığının hukuki niteliğinin doğru belirlenmesidir. Bu belirleme yapılırken, radyo-tv yayıncılığının tekniğiyle ilgili olarak “frekans dağıtım ve tahsisi” üzerinde durulmalıdır. Radyo-tv yayınlarının gerçekleştirilmesini sağlayan “frekanslar” kamu malıdır. Bu tür bir kamu malından yararlanma durumunda ise kamu hizmeti ortaya çıkar.²⁹ Zira bu düşünce, frekansların atmosferden yararlanmak suretiyle iletiildiği ve bu şekilde bireylere bir kamu hizmeti sunulduğu düşüncesine dayanır. Bu sebeple, özel radyo ve tv’lerin gerçekleştirdikleri yayıncılığın virtüel kamu hizmeti olması, yayıncılık faaliyetinin kendisinde mevcuttur. Bu tür bir faaliyetin, kamu hizmeti olduğunun ayrıca belirlenmesine gerek yoktur.

²⁴ İl Han Özay, **Günüşğında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, Ekim 2004, s. 226

²⁴ 12.D, 23.10.1967, E.967/518, K. 967/1679, DKD, 119-122, s. 394’ten aktaran: Turgut Tan, **Anayasa Yargısı Dergisi**, s. 236

²⁵ Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 528

²⁶ 12.04.1990 tarih ve E. 990/4, K. 990/6 sayılı karar, RG, 17.06.1990, sayı:20551, s.12’den aktaran: Tan, **Anayasa Yargısı Dergisi**, s. 237

²⁷ Virtüel kamu hizmetlerinin taşıdığı özelliklerle ilgili olarak Atay, virtüel kamu hizmetlerinin söz konusu olduğu durumlarda, özel kişilere ait malların kamu malı sayılması gerektiğini savunur. Bkz: Atay, **İdare Hukuku**, s. 606

²⁸ Özay, **Günüşğında Yönetim**, s. 230

²⁹ Tan, **Anayasa Yargısı Dergisi**, s. 237-238; aynı görüş için bkz: Özay, **Günüşğında Yönetim**, s. 231

Virtüel kamu hizmetini yürüten özel kişinin idareyle olan ilişkisi “izne” dayanır. İdarenin bu hizmet üzerindeki denetim yetkisi de kolluk yetkisi boyutunu aşarak, hizmete içten müdahale edebilir.³⁰ Bundan dolayı, RTÜK’ten “yayın izni almak suretiyle yayıncılığa başlayan özel radyo-tv ‘lerin yürüttükleri hizmetin, virtüel kamu hizmeti olarak kabul edilmesi en doğru olanıdır.

Sonuç olarak, bir hizmetin virtüel kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için iki ölçüte başvurulması gerekir. Bunlardan ilki, bir faaliyetin kamu hizmeti olma vasfını “kendi bünyesinde” taşıması ölçütüdür. İkinci ölçüt ise, bir kamu hizmetinin özel kişi tarafından yürütülmesi için özel kişinin idareden “izin” almasının zorunlu olması ve idarenin bu hizmeti denetlerken, kolluk denetimine göre içselleştirilmiş bir denetim olmasıdır. Bir başka ifadeyle, bu tür kamu hizmetlerinde idare, sadece denetlemekle kalmaz; aynı zamanda denetim konusu kamu hizmetinin içeriğini de düzenler. Örneğin; özel radyo-tv yayıncılığında 3984 sayılı Kanun ile RTÜK’e verilen yetkiler, sadece denetimden ibaret olmayıp düzenlemeye de yöneliktir. Ayrıca özel radyo-tv’lerin yayına başlayabilmeleri için RTÜK’ten alacakları “yayın ruhsatı”, virtüel kamu hizmetini sunabilmelerinin önşartıdır.

B. Kamu Hizmeti İlkeleri Açısından Türkiye’de Özel Radyo ve Televizyon Yayıncılığının İncelenmesi

Kamu hizmeti teorisi içerisinde virtüel bir kamu hizmeti olduğu konusunda şüphe duyulmayan özel radyo-tv yayıncılık faaliyetinin, kamu hizmetinin temel ilkelerine uygun olarak yürütülmesi gerekir.

Kamu hizmetinin temel ilkeleri; eşitlik, bedelsizlik, süreklilik, değişkenlik ilkeleridir. Bazı yazarlar tarafsızlık ilkesini de bu ilkeler arasında ayrı bir ilke olarak saymaktadır.³¹ Radyo ve televizyon yayıncılığı alanında bu ilkelerin uygulanması, bireylerin “haber alma hakkını” en üst seviyede kullanabilmelerine imkân sağlar.

1. Özel Radyo ve Televizyon Yayıncılık Hizmetinde Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisi olan “kanun önünde eşitlik” prensibinin, kamu hizmeti rejiminde yer alan uzantısıdır. Buna göre, bireyler hizmetlerden yararlanmak konusunda veya yararlanmaya başlamada eşittirler. Söz

³⁰ Bkz: Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s.521.

³¹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, Ankara, dokuzuncu baskı, İmaj Yayınevi, 2004, s. 299

konusu ilke, bütün kamu hizmetlerinde gözetilmek zorundadır. Zira bu hizmetler, toplumsal gereksinimler gözetilerek yerine getirildiğinden idare, bu hizmetler yürütülürken objektif davranmak ve tarafsızlığı sağlamak durumundadır.³²

Virtüel kamu hizmetlerinde de eşitlik ilkesinin gözetilmesi zorunludur. Sadece özel radyo ve televizyon yayıncılığında değil kamu yayıncılığında da gözetilmesi gereken temel bir ilke olan eşitlik ilkesi, Anayasamızda da ifadesini bulmuştur.³³ Özel radyo ve televizyon yayıncılığında bireyler, yayıncılık hizmetinden yararlanırken eşit şartlara sahip olmalıdırlar. Haberleşme özgürlüğü, ancak bu şekilde gerçekleştirilebilir. Bunun dışında, yayıncılıkta eşitlik ilkesinden dolayı yayınlar, toplumda ırk, dil, din, mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve benzeri sebeplerle eşitsizliklere ve ayrımcılıklara yol açamaz. 1982 Anayasası'nın 10'uncu maddesinde de ifadesini bulan "kanun önünde eşitlik ilkesi", yayıncılık alanında "radyo ve televizyon yayıncılık faaliyetlerinde eşitlik" olarak uyulması zorunlu bir anayasal ilkedir. Özel radyo ve televizyonlar bu ilkeye, yayıncılığa başlarken ve yayınları süresince uymakla yükümlüdür. Kanunkoyucu, bu yükümlülüğe uyulup uyulmayacağını denetleyecek idari mekanizmayı da belirlemiştir. RTÜK, Kanun'da belirlenen yetkileri çerçevesinde, özel radyo-tv yayınlarında "eşitlik ilkesinin" uygulanıp uygulanmadığını denetler. Gerekirse yaptırım uygular.

Eşitlik ilkesiyle birlikte düşünülebilecek "tarafsızlık ilkesi" de radyo ve televizyon yayıncılığında mutlak olarak gözetilmesi gereken bir ilkedir. Her şeyden önce "tarafsızlık", eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesini sağlayan araçlardandır. Radyo ve televizyon yayıncılığı kitlelere çok kolay ve çabuk ulaşabilme imkânı ile birtakım suiistimallere ve manipülasyonlara açıktır. Bu nedenle RTÜK, gerçekleştirdiği denetimde, özel radyo ve televizyon yayıncılarının hizmetlerinde ve program içeriklerinde "tarafsız" olup olmadıklarını da araştırmalıdır.³⁴

³² 1982 Anayasası, **Kanun önünde eşitlik**

MADDE 10. – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek: 7.5.2004-5170/1 md.)Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

³³ Özellikle haber alma hakkının tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesinin ön koşulu, tarafsız haberciliktir.

³⁴ Günday, a.g.e., s. 298

2. Özel Radyo ve Televizyon Yayıncılık Hizmetinde Bedelsizlik İlkesi

Kamu hizmetlerinin bireylere bedelsiz olarak sunulması esastır. Virtüel kamu hizmetlerinden yararlanmada da bireyler, bedelsizlik ilkesinden yararlanırlar. Ancak radyo ve televizyon yayınlarının özel olmasının, bireylerin bu hizmetten yararlanırken “bedel” ödeyeceği biçiminde yorumlanmamalıdır.

Bireyler, radyo ve tv yayınlarını evlerinde, işyerlerinde hiçbir ücret ödemedi izleyebilir, yaşanan olaylardan haberdar olabilirler. Ancak günümüzde “paket halinde ve aylık belli bir ücret karşılığında” sunulan yayınlar da söz konusudur. Kanımızca, “paket yayıncılık” anlayışı, virtüel kamu hizmetlerinin çağımıza uyarlanması sonucunda ortaya çıkmıştır.

Bu yayınlar, sadece özel radyo-tv kanallarını içermemekte, kamu yayıncılığını gerçekleştiren devlet radyo ve televizyonlarını da içermektedir. Aylık belli bir ücret karşılığında toplu halde yararlanılabilen yayınlarda, “ücret” uygulamasının “bedelsizlik ilkesini” zedelediği kanısındayız. Zira paket yayıncılık, **bireylerin tercihine bırakılmakta** ve bundan yararlanmayı düşünmeyen kişiler, radyo veya televizyonlarından diğer özel radyo-tv kanallarına ya da devlet radyo-televizyonuna herhangi bir karşılık ödemedi ulaşabilmektedir.

3. Özel Radyo ve Televizyon Yayıncılık Hizmetinde Süreklilik İlkesi

Kamu yararının sağlanabilmesi açısından idarenin, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde düzenliliği ve sürekliliği sağlaması bir zorunluluktur. Ancak kamu hizmetlerinin kesintisiz olarak yürütülmesi, her an, her gün, gecenin her saati yürütülmesi anlamına gelmez.³⁵

Kamu hizmeti olarak sunulan özel radyo-tv yayıncılığında bireyler, haber alma haklarını ve haberleşme özgürlüklerini kullanmak adına, radyo ve televizyon yayınlarından sürekli ve düzenli olarak yararlanma hakkına sahiptir. İdare, bu virtüel kamu hizmetini sunarken; bireylerin söz konusu temel hak ve özgürlüklerine müdahale edici ya da etkisiz kılıcı düzenlemelere gidemez. Örneğin; hiçbir yasal dayanağı olmadan bir tv ya da radyo yayını, sebepsiz olarak durduramaz.

Radyo ve televizyon yayıncılığının günümüzde geldiği nokta “kesintisiz yayın hizmeti” sunma biçimindedir. Bu bağlamda RTÜK’ün uyguladığı yayın durdurma yaptırımları dışında, özel radyo ve televizyonlar, günün her saati yayıncılık faaliyetini sürdürmektedir. RTÜK’ün uyguladığı yayın durdurma yaptırımlarının kamu hizmetinin sürekliliği ilkesini zedelediği söylenemez. Çünkü dayanağını yasadan

³⁵ Günday, a.g.e., s. 298

alan bu idari yaptırımlarla RTÜK, yayıncılık alanında kamu düzenini korumaya çalışmaktadır. Son zamanlarda ise “ yayın durdurma yaptırımının” RTÜK tarafından yumuşatılmak suretiyle, “RTÜK tarafından belirlenen belgesel veya kültürel, sanatsal program yayınlama yaptırımı” biçimine dönüştürüldüğü gözlenmiştir.

4. Özel Radyo ve Televizyon Yayıncılık Hizmetinde Değişkenlik İlkesi

Değişen koşullara ve çağa ayak uydurmak bakımından kamu hizmetlerinin organizasyonu ve işleyişi, yenilenebilir; hatta yeni yöntemlerle, yeni araç-gereçlerle bireylere sunulabilir. Kamu hizmetleri, değişken olmak; değişen koşullara ve tekniklere uyum sağlamak zorundadır.³⁶

1993 yılında, 1982 Anayasası'nın 133'üncü maddesinde yapılan değişiklik ve 13 Nisan 1994 tarihli ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluşları Hakkında Kanun'un çıkarılması, kamu hizmetlerindeki değişkenlik(uyarlama) ilkesinin yansımaları olarak kabul edilebilir. Zira yayıncılık anlayışının “devlet tekelinde” olduğu salt kamu yayıncılığı anlayışından, özel radyo ve televizyon yayıncılığının da yer aldığı **karma nitelikli yayıncılık anlayışına** geçiş söz konusu olmuştur. Türkiye’de büyük bir atılım olan, özel radyo ve televizyon yayıncılığının başlaması, bu hizmetin yukarıda da bahsedildiği³⁷ gibi görünümünün değişmesine ve yeni yöntem ve araçlarla bireylere sunulmasını gerektirmiştir. Her ne kadar yayıncılık hizmetleri çağa ayak uydurmak suretiyle şekil değiştirirse de, özünde yer alan “ virtüel kamu hizmeti olma” özelliğini hiçbir zaman kaybetmeyecektir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Türkiye’de radyo ve televizyon yayıncılığının tarihsel geçmişi oldukça yakındır. Özel radyo ve televizyonların yayın hayatlarına başlamasıyla rengi değişen yayıncılık ortamında dengeleri sağlayan ise hukuksal düzenlemelerdir.

Anayasal ve yasal düzenlemelerin bir süre sonra yetersiz kalacağı göz önünde bulundurulursa, özel radyo ve tv’lerle ilgili yeni hukuksal düzenlemelerin yapılması doğru bir adım olacaktır. Ancak bu düzenlemeler yapılırken; kamu yayıncılığı anlayışının tamamen bertaraf edilmemesi gerekir. Zira Türk radyo-tv yayıncılığı, yapısı gereği **karma karakterli** olduğundan, kamu yayıncılığının yerini tamamen özel yayıncılığın alması, istenmeyen sonuçlara yol açabilir. Bu sebeple, yayıncılığa ilişkin denetim mekanizmaları güçlendirilmeli ve özellikle yabancı yayın kuruluşlarının, özel yayın kuruluşlarında sermaye ortağı olmalarını sağlayan düzenlemede, en azından **karşılıklılık ilkesi** gözetilmelidir. Aksi takdirde, kısa zaman içerisinde Türkiye’de kolay manipüle edilen kitleler ortaya çıkacaktır.

³⁶ Bkz. *supra* s.14

Özel Radyo Televizyon Yayıncılığının Değerlendirilmesi

Virtüel kamu hizmeti olarak kabul edilen özel radyo ve televizyon yayıncılığının, kamu hizmeti ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi, yayıncılık anlayışının eşitlik ve tarafsızlık ekseninde yer almasını sağlar. Günümüzde, bireylerin özel radyo-tv'lerden aldıkları haberlere güvenebilmelerini sağlayabilecek en önemli araç, yayıncılıkta kamu hizmeti ilkelerinin gözetilmesidir. Hizmet ilkelerinin uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi ise yine devletin görevidir. Bu görev, kanunlarla RTÜK'e verilmiştir.

Sonuç olarak, özel radyo ve televizyonların yayıncı aktörler olması arzu edilen bir gelişmedir. Bu gelişme geç de olsa Türkiye'de gerçekleşmiştir. Ancak radyo ve tv'lerin özel hukuk tüzel kişilerince işletilmesi; onların serbesti alanlarını genişlettiği anlamına gelmemelidir. Kanunlarda belirlenen yayın ilkelerine uymak, özel radyo ve televizyonların asli görevleridir. Bunun dışında, radyo-tv yayınlarında RTÜK denetiminin, yönlendirme boyutunda olmayıp gerçek anlamda hukuksal ve teknik bir denetim olması da arzu edilen bir husustur.

KAYNAKÇA

- ATAY**, Ender Ethem; **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006
- BEYAZTAŞ**, Cahit; **Kamu Hizmeti Yayın Kurumlarında Yeniden Yapılanma**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Kamu Yönetimi Lisans Üstü Uzmanlık Programı, Ankara, 2002
- ÇOLAK**, Nusret İlker; **Kitle İletişim Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007
- GÖZLER**, Kemal; **İdare Hukuku Dersleri**, Altıncı baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, Ekim 2007
- GÜNDAY**, Metin; **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, dokuzuncu baskı, Ankara, 2004
- İÇEL**, Kayıhan
- ÜNVER**, Yener; **Kitle Haberleşme Hukuku**, Beta Basım Yayın-Dağıtım, yenilenmiş yedinci bası, İstanbul 2007
- KARAHANOGULLARI**, Onur; **Kamu Hizmeti**, Ankara, ikinci bası, Turhan Kitabevi, 2005
- KOCABAŞOĞLU**,Uygur; **Şirket Telsizinden Devlet Radyosuna**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 442, Ankara, 1980
- NALBANT**, Atilla; “Fransa’da Görsel-İşitsel İletişim Özgürlüğünün Koruyucusu: Görsel-İşitsel Üst Kurul,” **İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan**, C. 17–18, (1995–1996)
- ÖZAY**, İl Han; **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, Ekim 2004
- TAN**, Turgut; “ Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı,” **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 8, Yıl: 1991, s. 236 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg8/turguttan.pdf>(erişim: 24.03.2009)
- TOKGÖZ**, Oya; **Türkiye ve Ortadoğu Ülkelerinde Radyo-Televizyon Sistemleri**, Ankara, 1972
- ULUSOY**, Ali; **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, Eylül 2004
- UZELTÜRK**, Sultan; “Birleşik Krallıkta Görsel ve İşitsel İletişim Özgürlüğünün Kurumsal Sınırı: Bağımsız Televizyon Komisyonu (ITC),” **İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan**, C. 17–18, (1995–1996)

Özel Radyo Televizyon Yayıncılığının Değerlendirilmesi

Diğer Kaynaklar:

<http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/DosyaIndir> (erişim: 4.5.2008)

www.anayasa.gov.tr (erişim: 24.03.2009)

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg8/turguttan.pdf> (erişim: 24.03.2009)

Basın-Yayın Mevzuatı, Seçkin Yayınları, 2006

KISALTMALAR

ABD:	Amerika Birleşik Devletleri
age:	adı geçen eser
agm:	adı geçen makale
AYM:	Anayasa Mahkemesi
Bkz:	bakınız
C:	Cilt
m:	madde
RG:	Resmi Gazete
RTÜK:	Radyo-Televizyon Üst Kurulu
s:	sayfa
TRT:	Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu
tv :	televizyon

BOŞ

TÜRK HUKUKUNDA KIRSAL ALANLARLA İLGİLİ YAPI VE FAALİYET YASAKLARI¹

Prof. Dr. Halil KALABALIK²

ÖZET

Bu makalede, önce kırsal alan kavramı tanımlanmakta daha sonra Türk Hukukunda kırsal alanlardaki yapı ve faaliyet yasakları incelenmektedir. Kırsal alanlardaki yasaklarının amacı, bu alanların korunmasıdır. Kırsal alan olarak tanımladığımız milli parklar, doğa parkları, doğa anıtı ve doğa koruma alanları, koruma ormanları ve orman içi dinlenme yerleri, yaban hayatı koruma alanları ve geliştirme istasyonları, kıyı ve sahil şeritlerin, kültür ve turizm koruma ve geliştirme bölgeleri, özel koruma ve köy yerleşme alanları ve meralarla ilgili olarak Anayasa ve kanunlarda, pek çok yapı ve faaliyet yasakları bulunmaktadır. İşte bu makalenin konusu, söz konusu edilen alanlardaki yapı ve faaliyet yasaklarını incelemektedir

Anahtar kelimeler: Kırsal alan, milli parklar, doğa parkları, doğa anıtı ve doğa koruma alanları, muhafaza ormanları ve orman dinlenme yerleri, yaban hayatı koruma alanları, kıyı ve sahil şeritleri, kültür ve tabiat varlıkları, özel koruma alanları, koruma

ABSTRACT

This article first defines the concept of rural areas and then examines the prohibition of activities in the Turkish Rural Areas. The purpose of the prohibition in rural areas, protection of these areas. Rural area defined as the national parks, nature parks, nature monuments and nature protection areas, protection forests and forests in recreation areas, wildlife conservation areas and development stations, and the coastal strip of beach, culture and tourism protection and development zones, special protection and villages with respect to settlement areas and pastures in the Constitution and laws, many structures and activities are prohibited. Here the subject of this article, the structure and activities in the field to review the ban.

Key Words: rural area, national parks, nature parks, nature monuments and nature conservation areas, conservation forests and forest recreation areas, wildlife protection areas, the coastal strip of the beach, cultural and natural assets, special protection areas, protection

¹ Bu makale, T.C. Çevre Ve Orman Bakanlığı Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı tarafından 3-4-5 Mart 2006 tarihlerinde Club Cettia Otel Marmaris /MUĞLA adresinde düzenlenen "Özel Çevre Koruma Bölgelerinde Kırsal Alan Planlaması ve Standartlarının Oluşturulması" konulu Eğitim Semineri'nde sunulan ve bugüne kadar hiç bir yerde yayımlanmayan bildirinin, gözden geçirilmiş ve güncellenmiş metnidir.

² Prof. Dr., Sakarya Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Anayasamız, devlete önemli görevler vermiştir. Buna göre, Devlet 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 çalışmakla yükümlüdür (m. 5). Devlet, Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayinin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak zorundadır (m. 166). Devlet, ormanların (169) ve orman köylüsünün (m. 170) korunması gerekli tedbirleri almak; tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlamak bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri almakla yükümlüdür. Devlet, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek zorundadır (m. 45). Devlet ayrıca, Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler (m. 57).

Bireylerin de Anayasa ile kendilerine tanınan çeşitli hak ve ödevleri bulunmaktadır. Buna göre, bireyler; yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına (m. 17), yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir (m. 23). Herkes, deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden kamu yararı doğrultusunda yararlanabilir. Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir (m. 56).

Devlet, Anayasa ile kendisine verilen görevlerini yapabilmesi için, yine Anayasa ve kanunların verdiği ölçüde, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayabilir, mülkiyetinde bulunan taşınmazların kullanılmasını, faaliyet ve yapı yasakları koyarak sınırlayabilir. Örneğin, Devlet, kişilerin yerleşme hürriyetini, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak amacıyla sınırlayabilir (m. 23/2).

Belediye ve mücavir alan sınırları dışındaki bölgelerde kalan kıyı ve sahil şeritlerinde, kültür ve tabiat varlıkları bulunan alanlarda, milli park, doğa parkı, doğa anıtı ve doğa koruma alanlarında, muhafaza ormanlarında ve orman içi dinlenme yerlerinde, yaban hayatı koruma ve geliştirme alanları ve üretim istasyonlarında, özel koruma alanlarında, özel çevre koruma bölgelerinde, köy ve mezralarda ve ormanlık gibi doğal ve tarihî değerleri yönünden özel bir önem taşıyan yerlerde, bu

değerlerin korunabilmesi için, genel düzenlemelerden farklı yapı düzeni kuralları ve yasaklar getirilmiştir. Bu düzenlemelerin esas amacı, ülkenin doğal kaynakları içinde önemli bir yer tutan ormanları ve ülke tarımı için önem taşıyan zeytinlikleri, biyolojik çeşitliliği, kıyıları, sahil şeritlerini, sulak alanları ve köy ve mezraları koruma amacına yöneliktir. Korunmanın tam anlamıyla sağlanabilmesi için, söz konusu alanlarda zarar verici yapıların yapılmasına engel olunmak istenmektedir. Biz bu çalışmamızda kırsal alan kavramı üzerinde durduktan sonra, kırsal alanlarda özellikle özel imar rejimine tabi olan kıyıları ve sahil şeritleri, kültür ve tabiat varlıkları bulunan alanlar, turizm bölge ve merkezleri, sulak alanlar, özel çevre koruma bölgeleri gibi kırsal (belediye ve mücavir alan dışı) alanlardaki yapı ve faaliyet yasakları üzerinde duracağız.

I. KIRSAL ALAN KAVRAMI

Kırsal alanlarda planlamanın hukuki düzenini (statüsünü) ortaya koymak için öncelikle, “kırsal alan” kavramının ne anlama geldiğinin, bu kavramın hukuki yönden anlam ve geçerliliğinin bulunup bulunmadığının, hukuk kurallarında böyle bir kavramın yer alıp almadığının belirlenmesi gerekir.

Türk Dil Kurumu tarafından hazırlanan *Güncel Türkçe Sözlük*'te “kırsal alan”, “Genellikle tarım veya hayvancılık yapılan ve az insanın yaşadığı yer”,³ Milli Eğitim Bakanlığı'na hazırlanan *Örnekleriyle Türkçe Sözlük*'te ise, “kırsal”, kırla ilgili, saz insanın barındığı, daha çok kırlık olan yer, “kırsal alan”, üretimi tarıma dayalı yer, “kırsal nüfus” ise, tarımla uğraşan, şehir dışında ve daha çok köylerde yaşayan nüfus⁴ şeklinde tanımlanmaktadır.

Kırsal alan, ekonomik nitelikteki faaliyetlerin ağırlıkla doğal kaynakların değerlendirilmesine dayandırıldığı, yüz yüze ilişkilerin göreceli olarak daha yaygın olduğu, yaşam koşullarının büyük ölçüde örf ve adetlere göre şekillendiği ortamlar olarak tanımlanabilir.⁵ Diğer bir ifadeyle, “kırsal alan”, “kent” sayılan yerleşim yerlerinin dışında kalan yerlerdir, denilebilir.⁶

Pozitif hukuka bakıldığında, “kırsal alan” kavramının bazı kanunlarda kullanıldığı, ancak ne anlama geldiğinin belirtilmediği görülmektedir. Gerçekten,

³ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, Ankara 2005, Bkz: <http://www.tdk.gov.tr/TKSKOZLUK/sozbul.ASP?KELIME=K%FDrsal+b%F6lge&YENIARAMA=+++Ara+++&Geridon=0&EskiSoz=>, (11.02.2006).

⁴ Milli Eğitim Bakanlığı, *Örnekleriyle Türkçe Sözlük 2 (F-K)*, Milli eğitim Bakanlığı Yayınları:2799, Ankara 1995, s. 1668.

⁵ GÜLÇUBUK, Bülent; AB ve Türkiye’de Kırsal Yapı ve Kırsal Kalkınma, http://www.wwf.org.tr/tr/docs/sunum_bulentgulcubuk.pdf, (24.02.2006).

⁶ DPT, 8. BYKP “Kırsal Kalkınma” ÖİK Raporu, Ankara 2000.

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun⁷ 1. ve 9; 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un⁸ 1. maddelerinde “*kırsal ve kentsel alan...*” şeklinde; 6964 sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanununun⁹ 3.6.2004 tarih ve 5184 sayılı Kanunun 4. maddesi ile değişik 3/d maddesinde, “*tarım ve kırsal kesimin...*”, Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin¹⁰ 14. maddesinde “*kırsal kesimin sorunlarına yönelik politikalar geliştirmek*”, 441 sayılı Tarım ve köy İşleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin¹¹ 2/a maddesinde “*kırsal bölgelerin*”, 2/e maddesinde, “*kırsal yerleşme birimlerinin*”, 9/a maddesinde “*kırsal kalkınma projelerinin hazırlanması*” şeklinde yer almaktadır. Ziraat Mühendislerinin Görev ve Yetkilerine İlişkin Tüzüğü¹² 23. maddesinde ise, peyzaj mimarlığı alanında öğrenim görmüş ziraat mühendislerinin “*kentsel planlama, kırsal rekreasyon, tarihi ve doğal koruma alanları, turistik alan, yeşil alan ve park, kırsal yerleşim planları gibi projeler kapsamında yer alan peyzaj projelerinin*” hazırlanması, uygulanması ve kontrolü işlerini yapmaya yetkil” oldukları belirtilmektedir. Aynı şekilde, Bitkisel Üretimle İlişkili Olarak, Doğrudan Gelir Desteği Ödemesi Yapılmasına İlişkin Tebliğin¹³ 1. maddesinde, bu Tebliğin, “*tarım sektörünün ve kırsal alanın, kalkınma hedef ve stratejileri doğrultusunda geliştirilmesi ve desteklenmesi için bitkisel üretimle iştiğal eden çiftçilere doğrudan gelir desteği (DGD) ödemesi yapılması amacıyla*” hazırlandığı belirtilmektedir.

Yukarıda belirtilen yürürlükteki hukuk kurallarında geçen “*kentsel ve kırsal*” alan ifadelerinden, “*kırsal alan*”ın kentsel alanların dışındaki yerler olarak anlaşılması sonucunu doğurmaktadır. Çünkü yeryüzünde bulunan topraklar bu ayrıma göre ya kentsel alandır ya da kırsal alandır. Bu çerçevede, kırsal alan kentsel alanların karşısı (mefhumu muhalifi) olduğundan; “*kent*” (şehir) kavramının belirlenmesi, “*kırsal*” kavramının belirlenmesine yardım edecektir. O halde hukuk kurallarında “*kent* ya da şehir kavramının yer alıp almadığına, bir tanımının bulunup bulunmadığına bakalım.

Anayasanın 3. maddesinin 4. fıkrasında “*başkent*” kavramı geçmekte; 23. maddesinin 2. fıkrasında “*kanunlarımızda “Yerleşme hürriyeti, ...sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek” amacıyla kanunla sınırlanabileceği düzenlenmekte;*

⁷ K.T.: 9.8.1983, RG: 18132

⁸ K.T.: 8.5.2003, RG: 8.5.2003, S.: 25102.

⁹ K.T.: 15.5.1957, RG: 23.5.1957, S.: 9614.

¹⁰ K.T.: 16.9.1994, No. 540; RG: 24.6.1994, S.: 21970 Mük.

¹¹ K.T.: 6.6.1991, RG: 9.8.1991, S: 20955 Mük.

¹² Bakanlar Kurulu Kararının K.T.: 18.12.1991, No: 91/2526, RG: 24.1.1992, S: 21121.

¹³ Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı Tebliği No: 2005/21, RG: 30.4.2005, S.: 25801.

57. maddesinde ise, Devletin, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri almakla, ayrıca toplu konut teşebbüslerini desteklemekle yükümlü olduğu vurgulanmaktadır. Aynı şekilde Anayasanın, 169. maddesinin 4. fıkrasında, “Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz” denilerek, şehir, kasaba ve köy arasında bir ayırım yapıldığı görülmektedir.

Anayasa’da (m. 3, 23, 57, 169) ve çeşitli kanunlarımızda “şehir” ya da “kent” olarak yer alan bu kelimenin bugünkü idare teşkilatımız içinde bir tüzel kişilik veya bir tüzel kişiliğin birimi olarak karşılığı yoktur.¹⁴ Anayasanın başlangıcında (par. 1, 4, 5) ve çeşitli maddelerinde (m. 1.,3., 5., 6.,10., 14., 24., 26., 28., 29., 40., 41., 42., 43., 44., 45., 48., 58., 55., 56. vb), merkezi idare olarak Devlet ve onun il, il özel idaresi ve köy olarak (m. 27) adlandırılan mahalli idare birimleri arasında “şehir” (kent) diye bir hukuki varlık yer almamaktadır. Bununla birlikte, 442 sayılı Köy Kanununun¹⁵ 1. maddesinde, “Nüfusu iki binden aşağı yurlara (köy) ve nüfusu iki bin ile yirmi bin arasında olanlara (kasaba) ve yirmi binden çok nüfusu olanlara (şehir) denir” şeklinde bir tanım yer almaktadır. 180 sayılı Bayındırlık ve İskân Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin¹⁶ Bakanlığın görevlerine ilişkin 2/d maddesinde, “...şehir alt yapı tesislerinin... projeye esas standartlarını hazırlamak”tan söz edilmektedir. 1053 sayılı Ankara, İstanbul ve Nüfusu Yüz binden Yukarı Olan Şehirlerde İçme, Kullanma ve Endüstri Suyu Temini Hakkında Kanunun¹⁷ 1., 8/2. ve 10/1. maddelerinde “şehir”; 4109 sayılı Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yardım Hakkında Kanun’un¹⁸ 3., 4., ve 7. maddelerinde “şehir ve kasabalarda”; 5516 sayılı Bataklıkların Kurutulması ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkında Kanunun¹⁹ 11. maddesinde “şehir, kasaba ve köylerin”; 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun²⁰ 44., 52., 89., ve

¹⁴ 1924 Anayasasının 90. maddesinde şehirlerin tüzel kişiliğinin olduğu belirtiliyordu. 1924 Anayasası metni için bkz: <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>, (16.02.2006).

¹⁵ K.T. 18.3.1924, RG: 7.4.1924, S.: 68.

¹⁶ K.T.: 13.12.1983, RG: 14.12.1983, S.: 18251 (Mük.)

¹⁷ K.T.: 3.7.1968, RG: 16.7.1968, S.: 12951.

¹⁸ K.T.: 11.8.1941, RG: 15.8.1941, S.: 4887.

¹⁹ K.T.: 18.1.1950, RG: 23.1.1950, S. 7413.

²⁰ K.T.: 26.5.1981, RG: 29.5.1981, S., 17354.

97. maddelerinde “şehir” ve “büyük şehir”; 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun aşağı yukarı tüm maddelerinde “büyük şehir”; 3039 sayılı Çeltik Ekimi Kanununun²¹ 19., 21., maddelerinde “şehir, kasaba ve köylerle” ve “köy ve şehirler”; 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanunun²² 2. maddesinde “şehir ve kasaba”; 6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanunun²³ 2., ve 31. maddelerinde “şehir ve kasabaların” kavramları kullanılmaktadır.²⁴

Görüldüğü gibi hukuk sistemimizde “şehir” bir hukuki varlık, bir hukuk öznesi değil, yalnızca belli bir nüfusu ve bu nüfusu barındıran coğrafi yeri ifade etmektedir. “Kasaba” kelimesi de böyledir.²⁵ Sadece “köy” kelimesi nüfusla birlikte bir hukuki varlığı ifade eder. Çünkü köy Anayasanın 127., 442 sayılı Kanunun 1. maddesine göre bir kamu tüzel kişisidir.

Öğretide “kır”, “kent”, “köy-kent”, “kırsal-kentsel” kavramlarının tanımı yapılmıştır. KELEŞ, *Kent Bilimleri Sözlüğü’nde*, kenti sürekli toplumsal gelişme içinde bulunan ve toplumun yerleşme, barınma, gidişgeliş, çalışma, dinlenme, eğlenme gibi ihtiyaçlarının karşılandığı, pek az kimsenin tarımsal uğraşlarda bulunduğu, köylere bakarak nüfus yönünden daha yoğun olan ve küçük komşuluk birimlerinden oluşan yerleşme birimi şeklinde tanımlamaktadır.²⁶

Yukarıdaki hukuk kurallarına ve insan yerleşmeleri ile ilgili öğretilerdeki sınıflandırmalara bakıldığında, bu yerleşmelerinin en genel bir şekilde, “kırsal” ve “kentsel” ya da “köy, kasaba ve şehir” şeklinde ikiye ayrıldığı, insan yerleşmelerinin nüfusa bağlı sınıflandırılmasında ise, ayrıntıların nüfus büyüklüklerine göre kabullerle geliştirildiği görülmektedir.²⁷ Bir yerin kırsal mı yoksa kent mi olduğu, o yerde yaşayan nüfusun sayısına bakarak, değerlendirmek için bir temel değer kabul edilmesi gerekir. Örneğin, 442 sayılı Köy Kanununun 1. maddesinde, köy-şehir ayrımı için esas alınan nüfus 2000’dir. 5393 sayılı Belediye Kanununun 4. maddesinde,

²¹ K.T.: 11.6.1936, RG: 23.6.1936, S.: 3337.

²² K.T.: 2.7.1941, RG: 10.7.1941, S.: 4856.

²³ K.T.: 18.12.1953, RG: 25.12.1953, S.: 8592.

²⁴ Şehir ve kasaba kullanılan diğer kanunlar için bkz: 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun RG: 27.5.1955, 9013), m. 7; 775 sayılı Gecekondu Kanunu (RG: 307.1966, S. 12362) m. 4, 8, 20; 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu (RG: 16.5.1986, S: 19109) m. 9, 22, 24.

²⁵ YAYLA, Yıldızhan; Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği, Fakültemler Matbaası, İstanbul 1975, s. 3.

²⁶ KELEŞ, Ruşen; Kentbilim Terimleri Sözlüğü, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 1998, s. 75.

²⁷ SUHER, Hande; Şehircilik, İTÜ Mimarlık Fakültesi Baskı Atölyesi, İstanbul 1996, s. 8.

“nüfusu 5.000 ve üzerinde olan yerleşim birimlerinde belediye kurulabilir. İl ve ilçe merkezlerinde belediye kurulması zorunludur” denilmektedir. Bu iki hükümden şu sonucu çıkarmak olasıdır. Kanun koyucu, nüfusu 2000’i geçen yerlerin şehir olduğu şeklindeki düşüncesinden vazgeçmiştir. Diğer bir ifadeyle, nüfusu 5000 altında olan yerleri, belediye kurulamayacağına göre, “şehir” karşısı olarak “kırsal” kabul etmiştir.

“Kırsal” kavramı üst bir kavramdır. Çünkü şehir ve kasabaların, belediye ve mücavir alanların dışında kalan her yer kırsal olarak kabul edildiğine göre, bu kavramın içerisine, köy yerleşimlerinin bulunduğu alanlar, dağlar, ormanlar, göller, kıyıları, daha açık bir deyimle, nüfusu 5000 den az olduğu için belediye teşkilatı kurulmamış tüm coğrafi alanlar girer.

Bu çalışmada, kırsal alanlar, belediye ve mücavir alanlar dışında kalan yerler anlamında kabul edilmiştir.

II. YAPI VE FAALİYET YASAKLARININ AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Yasağın Amacı: Koruma

Kırsal alanlarla ilgili planlarda yapı ve faaliyet yasakları getirmenin amacı, ülkemizin sahip olduğu doğal zenginliklerin ulusal ve uluslararası normlar ve anlaşmalar çerçevesinde korunmasıdır. Korumanın ise, kalkınma ve bölge planları çerçevesinde, koruma-kullanma dengesi gözetilerek, dengeli ve sürekli kalkınma hedeflerine uygun, ekonomik kararlarla çevreyle ilgili kararların bir arada düşünülmesine imkân verecek sağlıklı ve güvenli doğal çevrenin oluşturulması, tarihi, kültürel ve doğal kaynakların korunması ve geliştirilmesi çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekir.

Koruma, *Kentbilim Terimleri Sözlüğü*’nde, (*muhafaza, conservation, preservation*), kentlerin belli kesimlerinde yer alan tarihi ve mimari değerleri yüksek eserlerle, anıtların doğa güzelliklerinin –kentte bugün yaşayanlar gibi- gelecek kuşakların da yararlanması için her türlü yıkıcı, saldırgan ve zararlı eylemler karşısında güvence altına alınması olarak tanımlanmaktadır.²⁸

Koruma, herhangi bir nesne ya da olguyu elden geldiği kadar bozulmadan, o andaki durumunda tutmaktır. Yalnız nesnelere değil, kültür varlığına giren

²⁸ KELEŞ, *Kentbilim Terimleri Sözlüğü*, s. 93.

gelenek, görenek, töre ve tören gibi halk bilimsel olguları korumak, bunların yaşamalarını sağlamak da koruma kavramı içinde düşünülebilir.²⁹

Koruma denince öncelikle taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması akla gelir. Gerçekten, ülkemiz imar uygulamalarına bakıldığında, koruma amaçlı planlama denildiğinde, genellikle Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca doğal, tarihi, kültürel ve arkeolojik ya da kentsel sit alanı ilan edilen yerleşim yerleşmelerde bu sit alanları ve bunların yakın çevresinin planlanması için kullanılmakta olup bugünkü koruma anlayışı buna yönelik olarak geliştirilmiştir. Bu anlayış doğru değildir. Planlama aslında koruma araçlarından birisi ve en önemlisidir. Çünkü planlama eyleminde temel hedef, var olan kaynakların koruma-kullanma dengesi içinde değerlendirilmesidir.³⁰

Ülkemizin her tarafında, şehirlerde veya kırsal alanlarda korunması gerekli birden çok değer varlığı açıktır. Korunması gerekli tarım alanı, orman varlığı, mera alanları, içme ve kullanma suyu kaynağı, sulak alan, flora ve fauna varlığı, deniz ve sahil şeritleri ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını bulmak mümkündür. Bunun yanında, kıyıları, sahil şeritleri, ormanlar, kuşlar, yaban hayatı gibi doğal ve kültürel mirasın korunması gerekir.³¹

B. Yasakların Hukuki Niteliği

1. Yasakların Mülkiyet Hakkını Sınırlama Niteliği

Anayasanın 35'inci maddesinde, kanun koyucunun, ancak kamu yararı amacı ile bir temel hak olduğunda kuşku bulunmayan mülkiyet hakkı üzerinde sınırlama yapmaya yetkili olduğu hükme bağlanmış ve böylece malikin de bu hakkını toplum yararına aykırı kullanması engellenmek istenmiştir.³² Ancak bu düzenleme çok genel niteliktedir. Kamu yararının hangi durumlarda var olduğunu tespit etmek ve bunları tek tek saymak imkânsızdır. Buna karşılık, bir hukukî ilişkide kişi yararı ile toplum yararı çatıştığı zaman toplum yararının üstün tutulması gerekmektedir.³³ Bu nedenle, herhangi bir ilişkide, kişi yararı ile toplum yararı çatıştığı takdirde, toplum yararının

²⁹ GÜRPINAR, Ergun; Kent ve Çevre Sorunlarına Bir Bakış, Genişletilmiş 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul 1996, s. 107.

³⁰ TODAİE, İmar İşleri, Belediyeler İçin Elkitabı, TODAİE Yayınları, Ankara 2002, s. 45.

³¹ TODAİE, İmar İşleri, s. 46.

³² Türk Medenî Kanunu da 683. maddesinde, mülkiyet hakkının unsurlarını şöyle belirtmektedir: Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.

³³ Anayasa Mahkemesi'nin, 28.4.1966 gün ve E. 1966/3, 1966/23 sayılı kararı. Bkz: RG: 11.7.1966, S. 12345

üstün tutulması gerekli ise, artık mülkiyetten doğan yetkileri kısıtlayıcı düzenlemeler getirilebilecektir ve ancak bu düzenlemeler Anayasanın 35’inci maddesine aykırı olmayacaktır.

Anayasanın 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla (m. 2) değişik 13. maddesine göre, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Anayasanın 13’üncü maddesi, kanun koyucunun idareye, mülkiyet hakkına müdahale yetkisi vermesine bazı sınırlar koymuştur. Gerçekten Anayasanın 13’üncü maddesine göre, kanun koyucunun Anayasada belirtilen sebeplerle mülkiyet hakkına getireceği sınırlamalar “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz”, “özlerine dokunulamaz” ve sınırlamalar “ölçülü” olmak zorundadır.³⁴ “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” deyimini belirgin bir ölçüt olmamakla beraber, Anayasa Mahkemesi, Ekim 2001’den önce, 1982 Anayasasının 13’ncü maddesinde yer alan bu deyimden, 1961 Anayasası’ndaki “öz” kavramını anlamakta ve bir hakkın özüne dokunan bir sınırlamanın ayı zamanda demokratik toplum gereklerine de aykırı olacağını belirtmekte idi.³⁵ Çünkü o dönemde, temel hak ve özgürlüklerinin yasama organı veya yetki vermesi halinde yürütme organı tarafından sınırlanmasına karşı getirilen ek güvencelerden olan “*hakkın özü*” ölçütü Anayasanın 13. maddesinde “yer almıyordu.

Bu genel sınırlamaların yanı sıra, Anayasaya göre, tarih, kültür ve tabiat

³⁴ 1961 Anayasasında da kanun koyucunun mülkiyet hakkını (ve diğer temel hak ve hürriyetleri) sınırlama yetkisine “temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulamaz” denilmesi suretiyle, “öze dokunma yasağı” şeklinde bir sınır getirilmişti. Anayasa Mahkemesinin kararlarında, “bir hakkın ve hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı hükümler o hak ve hürriyetin özüne dokunacağı” vurgulanmıştır. Bkz: Anayasa Mahkemesi, 4.1.1963 gün ve E: 1962/208, K: 1963/1, AMKD, S. 1, s. 74. Ayrıca “hakkın özü” hakkındaki açıklamalar için bkz: SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, s. 141. vd; ÖRÜCÜ, Ersin; Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı - Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları No: 473, İstanbul 1976, s. 48 vd.

³⁵ AMK., 26.11.1986 gün ve E: 1985/8, K: 1986/27 sayılı karar. AMKD, Sayı 22, s. 365 vd. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını, hakkın özünün korunması ile özdeşleştirerek kullanmıştır. Bu kararlar için bkz: Anayasa Mahkemesi, 22.5.1987 gün ve E: 1986/17, K: 198711, AMKD, Sayı 23, s. 222; 14.6.1988 gün ve E: 1988/14, K: 1988/18, AMKD, Sayı 24, s. 253 vd.

³⁶ Türk Pozitif Hukukunda çeşitli kanunlarla ve muhtelif sebeplere dayanılarak mülkiyete çeşitli ödevler yükletilmiştir. Bu ödevlerin neler olduğu hakkında bkz: ÖRÜCÜ, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, s. 95-126,

varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlanması amacıyla destekleyici ve teşvik edici tedbirlerin alınması (m. 63); çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirlenmesinin önlenmesi (m. 56/2); tarım arazilerinin amaç dışı kullanılmasının ve tahribinin önlenmesi (m. 45/1); toprağın verimli olarak işletilmesinin korunması ve geliştirilmesi, erozyonla kaybedilmesinin önlenmesi ve topraksız olan veya yeterli toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlanması (m. 44/1); doğal afetlerin önlenmesi; sanayinin ve turizmin korunması; sağlıklı bir kentleşme ve imar düzeninin sağlanması gibi nedenlerle idare tarafından ve kanunla (m. 13/1) mülkiyet hakkı sınırlanabilmektedir.³⁶

Kırsal alanlarda bulunan ya da bulunabilen mallar arasında kıyıları (AY m. 43), ormanlar (AY m. 169), tabii servet ve kaynaklar (AY m. 168), tarih, kültür ve tabiat varlıkları (AY m.63), menfaati umuma ait sular, tarıma elverişli olmayan yerler, koylar, limanlar, fenerler, kayalar, tepeler, dağlar ve onlardan çıkan kaynaklar, denizler, göller, akarsular vb. sayılabilir. Kullanma ve tahsis yönü bakımından bu mallar, henüz devlet ve kişinin mülkiyetine girmemiş ve mal niteliğini kazanmamış mallardır. Bu gibi mallar Medeni Kanun'un deyimini ile devletin hüküm ve tasarrufu altında³⁷ olan mallardır.³⁸ Anayasa'nın 43. maddesi ile kıyıların da devletin hüküm ve tasarruf altında olduğu ayrıca belirtilmiştir. Bu mallar aynı zamanda, doğal olaylarla kamu mal niteliğini kazanan mallardır. Bu malların önemli bir kısmı, aslında mal karakteri olmayan eşyadır. Bu tür mallar nitelik ve tabiiyetleri itibariyle kamu mallarından sayılmak gerekir. Bunların kamu malı olduğuna dair Devletin açıkladığı irade, yaptığı hukukî tasarruf, inşaî (kurucu) nitelikte olmayıp, *izharî* (gösterici) mahiyettedir. Diğer bir deyişle, hukukî tasarrufla bunlar yeniden kamu malı niteliğine konmamış, tabiatlarında bulunan kamu malı niteliğini açıklamıştır.³⁹ Kamu malı niteliğini kazanma açısından kırsal mallar, niteliği gereği kamu malı sayılan kamu malları arasında sayılır. Bunlar özel mülkiyete konu olabilecek mallardan değildir. İdare bunların korunmaları ve kullanılmaları ile ilgili tedbirleri alır. Bunları kamu malı statüsüne sokmak için herhangi bir işlem yapmaya gerek bulunmamaktadır. Kültür ve tabiat varlıkları ile müzelerdeki eserler de niteliği gereği kamu malı sayılırlar. Bu husus 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu'nun 5. maddesinde açıkça

³⁷ MADDE 715.- "Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır..."

³⁸ 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun'a göre "yeraltı suları", 3213 sayılı Maden Kanunu'na göre "madenler", 6326 sayılı Kanun'a göre "petrol kaynakları", 3078 Sayılı Tuz Kanunu'na göre "göl, kaya ve deniz kıyılarıyla akar ve kaynak yahut kuyu halindeki tuzlu sular" devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

³⁹ ONAR, Sıdk Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, İstanbul 1966, s. 1318.

vurgulanmıştır.⁴⁰ Bunların niteliklerini tespit yönünden idare karar alabilir. Buların kamu malı sayılması için tahsis kararına gerek yoktur.

Kamu ya da kamu malı yararına özel mülkiyetteki taşınmaz mallar üzerine kanunla konulan sınırlamalar,⁴¹ hukuki niteliği açısından idari irtifak niteliğindedir. Bu sınırlamalar sonucunda, malikin mülkiyet hakkından doğan kimi yetkilerinin bir bölümünün ya da tamamının sınırlandırılması söz konusu olmaktadır.⁴² Bir başka ifadeyle, idarî irtifaklarda, malikin kullanma ve yararlanma yetkisi kamu lehine olmak üzere sınırlandırılmakta ve bu suretle o mülk üzerinde idarenin bir irtifak hakkı doğmaktadır.⁴³ Bu hakların en tipik şekillerine imar hukukunda rastlanmaktadır. Bunlar, bazı durumlarda yapı yapma yasağı, belirli şekilde yapı yapılması, yapı yapmaya zorlama gibi olumsuz borçlar veya şerefiyeler gibi para borcu şeklinde ortaya çıkarlar.⁴⁴ İşte, aşağıda incelenen çeşitli kanun hükümleriyle, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine ait taşınmazlar üzerinde inşaat veya faaliyet yasağı getirilmesi, mülkiyet hakkının kanunla sınırlandırılması ve aynı zamanda bu taşınmazlar üzerinde kurulan idari irtifaklar niteliğindedir.

2. Yasak Getiren İşlemlerin İdari İşlemler İçindeki Yeri

Yapı yasaklarında, idarenin yaptığı bir işlemle, bireyin maliki bulunduğu bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına müdahale edilmesi, ya da taşınmazın birey tarafından korunmasını engellemek suretiyle, taşınmaz malikinın hukukî durumlarının sınırlandırılması, taşınmaz üzerinde yapı yapmama yükümlülüğünün getirilmesi söz konusudur. İdarenin, bireylerin yapı yapmasını tamamen yasaklayıcı nitelikteki işlemleri, yükümlendirici idarî işlem niteliğindedir. Yükümlendirici işlemler, ilgiliden belirli bir davranışta bulunmayı, bulunmamayı veya belli bir davranışa göz yummayı isteyen işlemlerdir.⁴⁵ Diğer bir deyimle, var olan bir hakka müdahale edilmek ya da korunmasını engellemek suretiyle, bireylerin

⁴⁰ “MADDE 5. - Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir. Özel nitelikleri dolayısıyla ayrı statüye tabi tutulan mazbut ve mülhak vakıf malları bu hükmün dışındadır.”

⁴¹ KIRATLI, Metin; «İdarenin Bayındırlık Hizmetleri», AÜSBFD, C: XXVII, No: 4, Aralık 1972, s. 67.

⁴² GİRİTLİ, İsmet -BİLGİN, Pertev - AKGÜNER, Tayfun; İdare Hukuku II, Der Yayınları, İstanbul 1999, s. 29; BİLGİN, Pertev; İdare Hukuku Ders Notları (İdare Malları), İ.Ü., Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, İstanbul 1995, s. 135.

⁴³ ARTUKMAÇ, Sadık; Türk İmar Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1979, s. 328.

⁴⁴ ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları II, s. 1352.

⁴⁵ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 1997, s. 106.

hukukî durumlarını sınırlayan, onlara yapmak, katlanmak, kaçınmak yükümlülüğü yükleyen işlemlere yükümlendirici işlemler denir.⁴⁶ Bütün emredici ve yasaklayıcı işlemlerle kolluk işlemlerinin büyük bir kısmı ve vergilendirme işlemleri, bu tür işlemlerdir.⁴⁷ Yükümlendirici işlemlerin yapılabilmesi için idarenin özel bir yetki kuralı ile yetkilendirilmesi gerekir.⁴⁸

Diğer taraftan, yapı yasağı getiren işlem, *etkisi devam eden* idarî işlemlerdendir. Bir idari işlem sadece yapıldıktan sonra hukukî etki yaratmakla kalmayıp, bu hukukî etkiyi devam ettiriyorsa ya da zaman içerisinde güncelliğini koruyorsa, bu tür işleme etkisi devam eden işlem denir.⁴⁹ Yapı yapmamaya bireyleri zorlayan (yapı yasağı getiren) nitelikte bir idarî işlemin hukukî etkisi, işlem geçerli olduğu sürece, ya da işlem idarece ortadan kaldırılıncaya veya hukuka aykırılığı nedeniyle idare geri alınıncaya kadar devam etmektedir; işlemin hukukî sonucu bir defaya mahsus olmadan, güncelliğini devam ettirmekte, birey bu yükümlülükten, ancak idarenin koyduğu yapı yapma yasağına uyduğu sürece kurtulabilmektedir. Bu nedenle, yapı yasağı getiren işlem, hukukî niteliği açısından “*etkisi devam eden işlem*” niteliğindedir.

III. KIRSAL ALANDA UYGULANAN BELLİ BAŞLI YAPI VE FAALİYET YASAKLARI

A. Milli Parklar, Doğa Parkları, Doğa Anıtı ve Doğa Koruma Alanlarında

1. Faaliyet Yasakları

2873 sayılı Kanun (m. 14), milli parklarda, doğa parkı, doğa anıtı ve doğa koruma alanları olarak ilan edilen yerlerde, doğal ve ekolojik dengenin ve doğal ekosistem değerinin bozulamayacağını, yaban hayatın tahrip edilemeyeceğini ve bu alanların özelliklerinin kaybolmasına veya değiştirilmesine sebep olan veya olabilecek her türlü müdahaleler ile toprak, su ve hava kirlenmesi ve benzeri çevre sorunları yaratacak iş ve işlemlerin yapılamayacağını öngörmektedir. Kanuna göre ayrıca, tabii dengeyi bozacak her türlü orman ürünleri üretimi, avlanma ve otlatma yapılamaz.

Bu alanlarda, onaylanmış planlarda belirtilen yapı ve tesisler ve Genelkurmay Başkanlığınca ihtiyaç duyulacak savunma sistemi için gerekli tesisler dışında kamu

⁴⁶ AKYILMAZ, Bahtiyar; İdarî Usul İlkeleri Işığında İdarî İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 55.

⁴⁷ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 106; AKYILMAZ, İdarî İşlemin Yapılış Usulü,, s. 56.

⁴⁸ AKYILMAZ, İdarî İşlemin Yapılış Usulü, s. 56.

⁴⁹ AKYILMAZ, İdarî İşlemin Yapılış Usulü, s. 56.

yararı açısından vazgeçilmez ve kesin bir zorunluluk bulunmadıkça her ne suretle olursa olsun hiçbir yapı ve tesis kurulamaz ve işletilemez veya bu alanlarda var olan yerleşim sahaları dışında iskân yapılamaz.

2. Tescil Yasağı

2873 sayılı Kanun kapsamına giren yerlerdeki kamu idareleri, kamu kurum ve kuruluşları ve Hazineye ait taşınmaz mallar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki mevcut açıklıkların ve var olan ağaçların, bitki örtüsünün yanması, her ne sebeple olursa olsun kesilmesi, sökülmesi, boğulması, budanması sonunda oluşacak açıklıkların ve arazinin çeşitli şekillerde düzeltilmesi suretiyle elde edilecek sahaların işgali, kullanılması, bu yerlere her türlü yapı ve tesis yapılması, bu yapı ve tesislerin tapuya tescili yasaktır. Bu gibi yapı ve tesislere hiçbir kayıt ve şart aranmadan doğrudan doğruya Çevre ve Orman Bakanlığı'nca el konulur (m. 15).

B. Muhafaza Ormanları ve Orman-İçi Dinlenme Yerlerinde

Orman muhafaza alanları, toprak kayması ve erozyona engel olan, yerleşim yerleri ve önemli tesisleri, toz ve kum fırtınalarına karşı koruyan ve nehir yataklarının dolmasını önleyen orman ve makiliklerin korundukları alanlardır.

31 Ağustos 1956 tarih ve 6831 sayılı Orman Kanunu'na⁵⁰ göre, Devlet ormanları içinde bu ormanların korunması, üretim ve imarı ile ilgili olarak yapılacak her türlü yapı ve tesisler istisna olmak üzere; her çeşit yapı ve ağıl yapılması, hayvanların barınmasına yönelik yerler yapılması, tarla açılması, işlenmesi, ekilmesi ve orman içinde yerleştirilmesi yasaktır.⁵¹

6831 sayılı Kanun, savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, altyapı ve katı atık bertaraf tesislerinin; sanatoryum, baraj, gölet ve mezarlıkların; Devlete ait sağlık, eğitim ve spor tesislerinin ve bunlarla ilgili her türlü yer ve binanın Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasında kamu yararı ve zaruret olması halinde, gerçek ve tüzel kişilere bedeli mukabilinde Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilebileceğini öngörmektedir. Devletçe yapılan ve/veya işletilenlerden bedel alınmaz. Bu izin süresi kırk dokuz yılı geçemez. Bu alanlarda Devletçe yapılanların dışındaki her türlü bina ve tesisler iznin sona ermesi halinde eksiksiz ve bedelsiz olarak Orman Genel Müdürlüğü'nün tasarrufuna geçer. Söz konusu tesisler Orman Genel Müdürlüğü veya Çevre ve Orman Bakanlığı ihtiyacında kullanılabilir veya kiraya verilmek suretiyle değerlendirilebilir. İzin

⁵⁰ RG: 8 Eylül 1956, S: 9402

⁵¹ 6831 sayılı Orman Kanunu, md. 17/1.

amaç ve şartlarına uygun olarak faaliyet gösteren hak sahiplerinin izin süreleri; yer, bina ve tesislerin rayiç değeri üzerinden belirlenecek yıllık bedelle doksan dokuz yıla kadar uzatılabilir. Bu durumda devir işlemleri uzatma süresi sonunda yapılır. Verilen izinler amaç dışında kullanılamaz.⁵²

Orman Kanununun, 23 Eylül 1983 tarih ve 2896 sayılı Kanunla değişik 18'inci maddesine göre, orman ürünlerini işleyecek her çeşit fabrika kurulması, Çevre ve Orman Bakanlığı'nın; Devlet orman sınırları içinde veya bu orman sınırlarına 1 kilometreye kadar olan yerlerde taş, kum ve toprak, 4 kilometreye kadar olan yerlerde ise hızar, şerit kurulması ve kireç, kömür, terebentin, katran ve benzeri gibi işletilmesinde ağaç kullanılan ocakların açılması ve balık üretmek üzere tesis kurulması, Orman Genel Müdürlüğü'nün izine bağlıdır.

Yangın görmüş ormanlarla, gençleştirilmeye ayrılmış veya ağaçlandırılan alanlarda hiç bir yapı yapılmasına izin verilemez.⁵³

Ormanlara her türlü hayvan sokulması yasaktır. Ancak, *kuraklık gibi fevkalade haller* nedeniyle hayvanlarının beslenmesinde günlük çekildiği tespit edilen bölgeler halkına ait hayvanlar ile orman sınırları içerisinde bulunan köyler ve mülki hudutlarında Devlet ormanı bulunan köyler halkına ait hayvanların orman idaresince belirlenecek türlerine, tayin edilecek saha ve süreler dâhilinde, ormanlara zarar vermeyecek şekilde otlatılmasına izin verilir. Hayvan otlatılmasına izin verilecek sahaların ve hayvan türlerinin belirlenmesi ile otlatma zamanı ve süresinin tayinine ve ilgililere duyurulmasına ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir. Yangın görmüş ormanlarla, gençleştirmeye ayrılmış veya ağaçlandırılmış sahalarda hiç bir surette hayvan otlatılmaz.⁵⁴

Devlet ormanları içinde bulunan yaylak, kışlak ve otlaklarla sulama yerlerinde hakları olanlardan buralara hayvanlarıyla yahut hayvansız olarak girip çıkmak isteyenler; bu yerlere orman idaresinin göstereceği yollardan geçmeye ve ormanlara zarar vermemeye matuf tedbirlere riayete mecburdurlar.⁵⁵

Devlet ormanlarındaki otlaklara dışarıdan toplu olarak veya sürü halinde hayvan sokulup otlatılması, tanzim olunacak planlara göre orman idaresinin iznine bağlıdır.⁵⁶

⁵² 6831 sayılı Orman Kanunu (Değişik fıkra: 22/5/1987 - 3373/7 m.; İptal: Ana. Mah.nin 17/12/2002 tarihli ve E.:2000/75, K.:2002/200 sayılı Kararı ile; Yeniden düzenleme: 17/6/2004-5192/1 m.) m. 17/3.

⁵³ 6831 sayılı Orman Kanunu m. 18/2.

⁵⁴ 6831 sayılı Orman Kanunu m. 19/1-2.

⁵⁵ 6831 sayılı Orman Kanunu m. 20.

⁵⁶ 6831 sayılı Orman Kanunu m. 21. (23.9.1983 tarih ve 2896 sayılı Kanunun m.13 ile değişik)

C. Yaban Hayatı Koruma ve Geliştirme Alanları ve Üretme İstasyonlarında

4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun,⁵⁷ 4. maddesinin 5. fıkrasında, yaban hayatı koruma ve geliştirme alanlarındaki yasakları düzenlemektedir. Buna göre, söz konusu alanlarda, yaban hayatı tahrip edilemez, ekosistem bozulamaz, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları ile üretme istasyonları dışında da olsa bu sahalara olumsuz etki yapacak tesislere izin verilemez, varsa mevcut tesislerin atıkları arıtılmadan bırakılamaz, onaylanmış plânlarda belirtilen yapı ve tesisler dışında hiçbir yapı ve tesis kurulamaz, irtifak hakkı tesis edilemez. Kanun ayrıca Çevre ve Orman Bakanlığına bu alanlarla ilgili olarak gerektiğinde ilave yasaklamalar getirebilme yetkisi verilmiştir. Diğer kamu kurum ve kuruluşları ancak Çevre ve Orman Bakanlığının uygun görüşü yasaklama getirebilirler.

Yaban Hayatı Koruma Ve Yaban Hayatı Geliştirme Sahaları İle İlgili Yönetmelik 4915 sayılı Kanun dışında bazı yasaklar getirmiştir. Gerçekten, adı geçen yönetmeliğin 13. maddesinde, Kanunda olmadığı halde, bu sahalar içerisinde çöp depolama ve imha alanları oluşturulamayacağı, öngörülmüştür. Anayasanın 124. maddesine göre, yönetmelikler kanunlara uygun olarak çıkarılması gerekir.

Yaban hayatı koruma ve geliştirme alanlarındaki kamuya ait açıklıkların ve mevcut olan ağaçların, bitki örtüsünün yanması, her ne sebeple olursa olsun kesilmesi, sökülmesi, boğulması, budanması sonucunda oluşacak açıklıklar ve arazinin düzeltilmesi suretiyle elde edilecek sahalar işgal edilemez, kullanılamaz, bu yerlere her türlü yapı ve tesis yapılamaz, bu yapı ve tesisler tapuya tescil edilemez. Bu gibi yapı ve tesislere hiçbir kayıt ve şart aranmadan doğrudan doğruya Çevre ve Orman Bakanlığınca el konulur. Bu alanlarda yaban hayatının tahrip olmasına, ekosistemin bozulmasına neden olan olumsuz müdahalelerden dolayı Bakanlıkça yapılacak iyileştirme çalışmalarına ait giderler sebebiyet verenlerden ayrıca tazmin edilir (m. 4/6).

D. Kıyılar ve Sahil Şeritlerinde

Kıyıların, ülke turizmi, dolayısıyla ülke ekonomisi yönünden taşıdığı önem ve kıyıların, ülkenin tabî değer ve zenginlikleri içinde yer alması nedeniyle özel olarak korunma zorunluluğu vardır. Ayrıca, kıyıların, farklı alanlarda ve birbirine zıt kullanımlara konu olması sebebiyle, gerek "... kendisine doğal servet ve kaynak niteliği kazandıran özelliklerini yitirmemesi..."⁵⁸ ve gerekse kamu yararı nedeniyle toplumsal kullanıma açıklığın sağlanması için güvence altına alınması gerekir. Aynı

⁵⁷ Kabul Tarihi: 1.7.2003, RG: 11.7.2003, Sayı: 25165.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi., 25.2.1986, E 1985/1, K. 1986/4, RG: 10. 07.1986, S. 19160.

durum, kıyıların kara yönünde devamı niteliği taşıyan sahil şeritleri için de söz konusudur. Kıyılardan yararlanma bir haktır. Nitekim, “kıyılardan yararlanma”yı düzenleyen Anayasanın 43. maddesi, Anayasanın “Temel Haklar ve Ödevler”i düzenleyen ikinci kısmının, “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığını taşıyan üçüncü bölümünde yer alması bu düşüncemizi doğrulamaktadır. Kıyılardan yararlanmanın bir hak olmasının, Anayasada yer alan başka haklarla ilişkisinin kurulması yoluyla da anlaşılması mümkündür. Gerçekten, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının⁵⁹ (A.Y. m. 56) ve yaşama ve maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkının (A.Y. m. 17) kullanımı ile yakın ilişkisinin bulunduğu açıktır.⁶⁰ Ancak, kıyıların korunması amacıyla, anayasa, kanun ve diğer hukuk kurallarıyla kıyıya bitişik taşınmaz maliklerinin mülkiyet haklarına çeşitli sınırlamalar getirilmekte, söz konusu taşınmazların maliklerine çeşitli ödevler yüklenmektedir. Bu sınırlamalar ve ödevler, Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının, (m. 35) yine Anayasanın mülkiyet hakkının kullanılması, toplum yararına aykırı olamaz hükmü gereğince, çiğnenmesi anlamına gelmemektedir.

Ancak, kıyılardan toplumsal düzeyde ve *ortaklaşa yararlanma* mümkündür. Anayasadan kaynaklanan kullanma ve yararlanma hakkının kapsamının ortaklaşa yararlanma olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁶¹

Kıyılardan ortaklaşa ve olağan yararlanmanın mümkün olması bireylerin, bu yararlanmayı engelleyecek ya da güçleştirecek hareketlerden kaçınmalarını gerekli kılar. Kıyılardan yararlanma, bireyler bakımından Anayasadan kaynaklanan bir hak olmakla beraber sınırsız da değildir. Toplumun bütün kesimleri tarafından kullanımın mümkün olması için, kıyı kullanımının bireysel düzeyde sınırlanması normaldir. Nitekim 4 Nisan 1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununun⁶² 6. maddesi de, kıyılardan ortaklaşa yararlanmaya ilişkin genel esaslara aykırı davranışları yasaklamıştır.

Kıyıların korunması bakımından idareye (devlete) iki tür görev ve yetki verilmiştir:

⁵⁹ Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı ile kıyıları ve sahil şeritlerinden yararlanma hakkı arasındaki ilişkinin vurgulandığı Danıştay kararı için bkz: Danıştay 6.D.’nin 8.12.1993 gün ve E. 1993/54, K. 1993/5183 sayılı kararı. DD., Y: 25, S. 89, 1995, s. 309.

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi.,18.9.1991, E. 1990/23, K. 1991/29, RG: 23.01.1992, S. 21120.

⁶¹ AKIN, Ümit, İdare Hukuku Açısından Kıyıların Tabii Olduğu Hukukî Rejim, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 90.

⁶² RG: 7 Nisan 1990, S. 20495.

- (1) Kıyıda, kıyıların ortaklaşa kullanımını sağlamayan ve bu kullanımı kolaylaştırmayan yapılaşmaya engel olmak;⁶³
- (2) Kıyının doğal yapısını bozacak değişikliklere ve kirlenmeye karşı tedbirler almak.

Kıyı Kanununun 6'ncı maddesinde kıyıda, 5 ve 8'inci maddelerinde sahil şeritlerinde ve 7'nci maddesinde doldurma ve kurutma yoluyla elde edilen arsa ve araziler üzerinde yapılabilecek yapılara ilişkin genel esaslar düzenlenmiştir. Bu nedenle, Kıyı Kanununun getirdiği yapı yasaklarını kıyıda yapı yasağı, sudan doldurma ve kurutma yoluyla elde edilen arazi ve aralarda yapı yasağı, sahil şeritlerinde yapı yasağı başlıkları altında incelenecektir.

1. Yapı Yasağı

a. Kıyıda Yapı Yasağı

Kıyılarda yapı yasağıyla ilgili hükümler hemen hemen tüm kanun, tüzük ve yönetmeliklerde yer almıştır. Yürürlükteki kıyı mevzuatından önceki dönemde, 2290 sayılı *Belediye Yapı ve Yollar Kanunu*'nda,⁶⁴ 6785 sayılı eski İmar Kanunu'nda,⁶⁵ bu Kanunun uygulanması amacıyla çıkarılan İmar Tüzüğü'nde,⁶⁶ kıyılarda yapı yasağı ile ilgili hükümler getirilmiştir. Kıyılarla ilgili kanunlar incelendiğinde görülecektir ki, kanunlar kıyılardan yararlanmayı herkese açık bulundurmaya önem vermektedir. Kıyıda yapı yasağının tanımlanmasında "*herkesin yararlanmasına ayrılmış yapı*" bir ölçü olarak kullanılmıştır.⁶⁷ Toplumun yararlanmasına ayrılmış yapıyı ilk kez 6785 sayılı eski İmar Kanununun EK: 7 ve EK: 8'inci maddeleriyle ilgili Yönetmelik (m. 1.05/d) tanımlamıştır. Buna göre, "yetkililerce saptanmış ya da onanmış kural ve ücret tarifelerine uygun biçimde, kamu görevlilerinin denetimi altında, getirdiği kullanımdan belirli kişi ya da topluluklara ayrıcalıklı kullanım tekeli tanımaksızın,

⁶³ Bkz: AYM., 25.202.1986, E. 1985/1, K. 1986/4, RG: 10.07.1986, S. 19160.

⁶⁴ 2290 sayılı Belediye Yapı ve Yollar Kanunu, 4/F maddesi ile, kıyıdan 10 metre içeriye doğru bir şeritte yapı yasağı getirmekte idi.

⁶⁵ 6785 sayılı eski İmar Kanunu yapıların yol ve su kenarlarına uzaklıklarının belirlenmesi yetkisini 25. maddesi ile yönetmeliklere bırakmıştı. Ancak İmar Kanunu'nun 1972 yılında 1605 sayılı Kanunla uğradığı değişiklikle, Kanunun EK: 7. Maddesi, kıyının en az 10 metre olmak üzere, İmar ve İskân Bakanlığı'na tespit edilecek bir kuşak olması gerektiğini belirtmişti. 2 Yıl sonra çıkarılan bir Yönetmelik, kıyıda kuşağın genişliğini 100 metre olarak tespit etmişti. Yeni düzenlemeye göre, ayırma ve birleştirme işlemleri sırasında oluşturulacak yapı ada ve parsellerin kıyılara 100 metreden daha çok yaklaşması yasaklanmıştı. Bu alanda yapılara izin verilmeyecekti. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce verilmiş yapı izinleri kaldırılacak, başlanmış olan yapılar durdurulacaktı.

⁶⁶ İmar Tüzüğü'nün 40'ıncı maddesi, imar planı bulunmayan yerlerde su kenarlarından en az 30 metre uzaklıkta özel yapıya izin verilemeyeceğini düzenlemiştir.

⁶⁷ KELEŞ, Ruşen; "Kıyıların Korunması ve Toplum Yararı", AÜSBFD, C. XLIV, No: 1-2, Ocak - Haziran 1989, s. 43.

yararlanmak isteyen herkese eşit ve serbest olarak açık bulundurulmuş ve konut dokunulmazlığı olmayan yapı” herkesin yarmalanmasına ayrılan yapıdır. Hemen hemen aynı tanım, 2805 sayılı İmar Affi Kanununun⁶⁸ 4/g maddesinde ve bu kanuna göre ve salt bu tür yapılarla ilgili olarak çıkarılmış bulunan yönetmeliğin⁶⁹ 6/2 maddesinde de yer almıştır. Bu yapılar, özetle, turizm, eğitim, sağlık ve sporla ilgili yapılardır.

Anayasanın 43. maddesine göre, kıyılardan yararlanmada öncelikle kamu hizmeti gözetileceğine göre, buralarda, özel yararlanmalara ilişkin yapılaşmaların mümkün olmaması; bu sebeple kıyılarda her türlü yapı yapımının kural olarak yasak olması gerekir.⁷⁰ Anayasa Mahkemesi 1986 tarihli bir kararında, “43. maddenin birinci fıkrasında, “Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu” belirtilen, böylece kamu malı olduğu vurgulanan ve doğal niteliği itibariyle herkesin ortak kullanımına açık bulundurulması gereken kıyıda, öncelikle kamu yararının gözetildiğine ilişkin ilkenin gerçekleşebilmesi ancak genelde yapı yasağı getirilmesine bağlı bulunmaktadır”⁷¹ diyerek bu hususu açıkça vurgulamıştır. Fakat kıyılarda bir kısım yapı ve tesislere izin verilecekse de, bu yapı ve tesislerin istisnâ nitelikte olması, sınırlayıcı bir şekilde kaleme alınması ve bu yapılaşmada kamu yararı düşüncesinin egemen olması gerekir.⁷² Diğer bir ifadeyle, bu yapıların, kıyiyı korumak, kıyı kullanımını kolaylaştırmak amacına yönelik yapılar olması ya da bu yapıların toplumsal bir ihtiyacı karşılamak üzere denizde sürdürülen bir faaliyetin zorunlu sonucu olarak ortaya çıkması gerekir.⁷³

⁶⁸ Bu kanunun tam adı “İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Olarak Yapılan Yapılara Uygulanacak İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanunu’nun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”dur. RG: 21 Mart 1983, S. 17994. Bu kanun 24 Şubat 1984 tarih ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler Hakkında Kanunun 23. maddesi (a) fıkrasıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶⁹ RG: 10 Eylül 1983, S. 18161.

⁷⁰ ARTUKMAÇ, Sadık, “Kıyıların Yağmasını ve Turizmi Geliştirici Tedbirler”, T.İ.D., Y: 47, S. 356, 1976, s. 10-25.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi., 25.02.1986, E. 1985/1, K. 1986/4, RG: 10.07. 1986, S. 19160.

⁷² Anayasa Mahkemesi 1986 yılında verdiği bir kararında, kıyılarda yapılaşma konusunda kamu yararı ölçütünün önemini vurgulamış ve 3086 sayılı Kıyı Kanunu’nun kıyılarda yapılaşmayı düzenleyen hükmünü, “...kanun koyucunun, ‘Kıyıda yapı’ başlığını taşıyan inceleme konusu 6. maddede, açık bir biçimde ‘kamu yararının öncelikle gözetilmesi bakımından, kural olarak kıyıda yapı yasağına yer verilmesi ve bu kurala istisna olarak ‘deniz, tabî ve sunî göl ve akarsu’ kıyılarının, kamu yararına kullanımını kolaylaştırmak veya kıyiyı korumak amacına yönelik yapı ve tesisleri ve ayrıca kıyıda yapılması zorunlu kamuya yararlı yapı ve tesisleri belirlemesi, öte yandan bu tesislerin yapım koşul ve usulleri ile bu yerlerden yararlanma imkânı ve şartlarını açıklığa kavuşturması gerekirdi.” Anayasa Mahkemesi., 25.02.1986, E. 1985/1, K. 1986/4, RG: 10.07.1986, S. 19160.

⁷³ KUNTALP, Erden, «Kıyıların Hukuksal Düzeni», Mimarlık Dergisi, Y: 14, S. 147, 1976, s. 125.

b. Kıyıda Yapı Yasağının İstisnaları

ba. Kıyının Kamu Yararına Kullanımı Ve Kıyıyı Korumak Amacına Yönelik Tesisler

Kıyı Kanunu, kıyıda yapı yasağını koyduğu 6. maddesinde, bu yasağın birtakım istisnalarını da getirmiştir. Gerçekten, adı geçen maddeye göre, “iskele, liman, barınak, yanaşma yeri, rıhtım, dalgakıran. köprü, menfez, istinat duvarı, fener, çekek yeri, kayıkhaneye, tuzla, dalyan, tasfiye ve pompaj istasyonları gibi, kıyının kamu yararına kullanımı ve kıyıyı korumak amacıyla yönelik tesisler” ile “faaliyetlerinin özellikleri gereği kıyıdan başka yerde yapılması mümkün olmayan tersane, gemi söküm yeri ve su ürünlerini üretim ve yetiştirme tesisleri gibi, özelliği olan yapı ve tesisler”in yapılması mümkündür.

6. maddenin (b) bendinde yer alan yapı ve tesislerle bu yapı ve tesisleri nitelemek amacıyla kullanılan kavramlar arasında açık bir fark bulunmaktadır. Nitekim bu yapı ve tesislerden sadece denize girmek, güneşlenmek vb. amaçlarla yararlanabilecek nitelikte iskeleler ile dalgakıran ve tasfiye ve pompaj istasyonlarının ve özellikle akarsularda iki kıyı arasında geçişi sağlamak üzere köprü ve menfez gibi yapı ve tesislerin kıyının kamu yararına ortaklaşa kullanımını sağlamak ve bu kullanımı kolaylaştırmak amacıyla hizmet ettiği söylenebilir.⁷⁴ Bunun dışında kalan yapı ve tesisler ise, daha çok özel yararlanmalara yönelik ve gördüğü faaliyet bakımından kıyıda yapılmasını gerektiren yapılardır. Nitekim, fener, tuzla ve dalyan gibi yapılar, kıyının kamu yararına kullanımını sağlamaktan çok, kıyıdan başka yerde yapılması mümkün olmayan yapı ve tesisler niteliğindedir. Bunun gibi, kayıkhaneye, çekerek yeri, yanaşma yeri, liman, rıhtım vb yapılar ise, kıyının bir geçiş alanı olmasından, kıyıda ulaşımın nitelik değiştirmesinden kaynaklanan ve kıyının ortaklaşa kullanımına nazaran ayrıcalıklı kullanım gerektiren yapılardır. Bu nedenle, bu yapıların kıyılardan ortak kullanımı aşan ve tekeli bir nitelik taşıdıklarından kıyının özel ve istisnai kullanımını içinde değerlendirilmelidir.⁷⁵ Bütün bu olumsuzlukları yanında, 6. maddenin (a) bendinde belirtilen yapı ve tesislerin, kıyının kamu yararına kullanımını sağlamak ve kıyıyı korumak amacıyla hizmet etmesi zorunludur.⁷⁶

bb. Faaliyetlerinin Özellikleri Gereği Kıyıdan Başka Yerde Yapılmaları Mümkün Olmayan Yapı Ve Tesisler

Kıyı Kanununun 6. maddesinin (b) bendinde, kıyıda yapılabileceği belirtilen yapı ve tesislerin, denizde sürdürülecek bir faaliyetin zorunlu unsuru olarak ortaya çıkması

⁷⁴ AKIN, Kıyıların Tabi Olduğu Hukukî Rejim, s. 110.

⁷⁵ KUNTALP, Deniz Kıyılarının, s. 124.

⁷⁶ AKIN, Kıyıların Tabi Olduğu Hukukî Rejim, s. 111.

ve kaçınılmaz bir şekilde kıyıda yer alması gerekmektedir.⁷⁷ Ancak, faaliyetlerinin özelliği gereği kıyıdan başka yerde yapılması mümkün olmayan yapılar arasında bir ayırım yapılmadığı için, bu tür yapı ve tesislerin özel yararlanmalar için de yapılıp yapılmayacağı belli değildir. Bununla birlikte *Kıyı Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik*'in⁷⁸ kıyılarda yapıyla ilgili 13. maddesine 1990 yılında yapılan değişiklikler sırasında eklenen bir fıkrada, kıyılarda sahil şeritlerinde yapılması mümkün olan özel kullanımlara ait arıtma tesislerinin yapılmayacağı, buralarda sadece kamuya yararlı arıtma tesislerinin yapılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar arıtma tesislerinin dışında kalan tesis ve faaliyetlerden özelliği gereği kıyıdan başka yerde yapılamayacak türde olup da, özel kullanımlara ait olanlarının yapılabileceği sonucunun çıkarılması mümkün gibi görünüyorsa da; kıyılardan yararlanmaya egemen olan kamu yararı düşüncesi böyle bir yoruma engeldir.⁷⁹

Ancak özellikle hatırlatmak gerekir ki, faaliyetlerinin özelliği gereği, kıyıdan başka yerde yapılmaları mümkün olmayan yapı ve tesislerin hemen hepsi, kıyılardan toplumsal düzeyde ve ortaklaşa yararlanmayı aşan kullanım şekillerini kapsadığından, özel ve istisnai yararlanma olarak nitelenebilir. Bu nedenle, bu faaliyetlerden ücret alınması ve bu tür faaliyetlerin idarenin iznine tabi kılınması gerekir. Diğer taraftan, söz konusu yapı ve tesislerin bunların kullanımı ile kıyının toplumsal amaçlı kullanımı çakıştığı için, öncelik toplumsal kullanıma verilerek, toplumsal kullanımın yoğun olarak gerçekleşmediği kıyı alanlarında yapılmalarının sağlanması gerekir.⁸⁰

Kanunda sayılanlar dışında, *Kıyı Kanunu Uygulama Yönetmeliği*'nde de kıyıda, sabit olmayan *duş, gölgelik, soyunma kabini, aralarında en az 150 m. uzaklık bulunması şartıyla 6 m. kareyi geçmeyen büfe ve kirletici etkisi olmayan, fosseptik yapımını gerektirmeyen seyyar tuvalet ve ahşap evlerin* yapılabileceği belirtilmektedir (m. 13/1-c). Yönetmelikle belirtilen yapı ve tesisler tek bir kavramla ifade edilebilecek ortak özellikler taşımayan farklı türde yapılardan oluşmakta; bunlardan, sabit olmayan *duş gölgelik, soyunma kabini ve ahşap iskele türündeki yapıların*, kıyıların kamu yararına kullanımını kolaylaştıracak, kamu hizmeti niteliğini taşıyan yapılar iken, büfe ve seyyar tuvalet gibi yapıları Kanunun 6. maddesinde belirtilen kategorilerden herhangi birine sokmak imkânsızdır.⁸¹ Kıyıların kullanımı ile doğrudan ilgilerin bulunmayan bu tür yapıların bu alanda yer almasının kıyı

⁷⁷ AKIN, Kıyıların Tabi Olduğu Hukukî Rejim, s. 112.

⁷⁸ RG: 3 Temmuz 1990, S. 20594.

⁷⁹ KUNTALP, Deniz Kıyılarının, s. 127; AKIN, s. 112.

⁸⁰ AKIN, Kıyıların Tabi Olduğu Hukukî Rejim, s. 113.

⁸¹ DOĞAN, Ertuğrul – BURAK, Semlin – AKKAYA, M. Ali; Türkiye Kıyıları, Beta, İstanbul 2005, s. 149; AKIN, İdare Hukuku Açısından Kıyıların Tabi Olduğu Hukukî Rejim, s. 113.

kullanımını amaçsız olarak engellemesi mümkündür ve bu nedenle, Yönetmeliğin 13. maddesinin (c) bendi, Kanunun 6. maddesine aykırı olduğu, açıktır.⁸²

c. Sudan Doldurma Ve Kurutma Yoluyla Elde Edilen Arazide Yapı Yasağı

Kıyı Kanununun 5 ve 6'ncı maddeleri, kıyılarda, buranın doğal yapısını değiştirecek ve kıyı kullanımını engelleyecek her türlü değişikliğin yapılmasını yasaklamıştır. Buna karşılık, Aynı Kanunun 7'nci maddesi, belirli şartlar altında, deniz, göl ve akarsuların doldurularak, buralardan arazi elde edilmesini mümkün kılmıştır. Kıyı Kanununun 7. maddesine göre, doldurma ve kurutma işlemleri yürürlükteki mevzuat hükümleri çerçevesinde yapılacaktır. Buna göre, deniz, göl ve akarsulardan doldurma yoluyla kazanılacak araziler hakkında 2644 sayılı Tapu Kanunu ile kurutma yoluyla elde edilecek araziler hakkında ise 5516 sayılı Bataklıkların Kurutulması ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkında Kanun hükümleri, Kıyı Kanununun 3'üncü maddesi hükmü gereği, Kıyı Kanunu'na aykırı olmayan hükümleri birlikte uygulanacaktır.⁸³

Suyun doldurulması ve kurutulması yoluyla ortaya çıkan araziler de kıyının hukuksal rejimine bağlıdır.⁸⁴ Bu nedenle kıyı olarak adlandırılması gereken ve kıyı hukukuna tabi bu gibi yerlerde yapılabilecek yapıların da kanunda kıyıda yapılabileceği belirtilenlerle sınırlı olması gerekmektedir.⁸⁵

Buna karşılık, Kıyı Kanunu, bütünüyle toplumsal ve ortaklaşa yararlanmaya ayrılması gereken bu alana, kıyılardan farklı sonuçlar bağlamıştır. Gerçekten, Kanun'un 7. maddesinde, bu şekilde elde edilen arazi üstünde, kıyılarda yapılabileceği belirtilen yapı ve tesisler dışında, sosyal ve teknik altyapı ve tesislerin yapılabilmesine imkân tanımıştır. Sosyal ve teknik altyapı tesisleri, Yönetmelik'te, "*Kıyılarda sağlıklı bir çevre oluşturmak amacı ile yapılması gereken yol, meydan, park, çocuk bahçeleri, yeşil alan ve açık otoparklar..*" şeklinde tanımlanmıştır. Hatta, Yönetmelik'te 1994 yılında yapılan bir değişiklikle,⁸⁶ doldurma ve kurutma yoluyla elde edilen arazide yapılabileceği

⁸² AKIN, Kıyıların Tabi Olduğu Hukukî Rejim, s. 113-114.

⁸³ Örneğin, Kıyı Kanunu, kıyılarda yapılacak her türlü doldurma ve kurutma işlemlerinin amaç ve yetki unsurlarını açıkça düzenlemiş bulunduğundan, belirtilen bu kanunî düzenlemelerin, amaç ve yetkiye ilişkin kurallarının kıyıları bakımından uygulanması sözkonusu değildir. Aynı şekilde, kıyıları devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğundan, kıyılarda yapılacak doldurma ve kurutma işlemleri hakkında gerek 5516, gerekse 2644 sayılı Kanunların, doldurma ve kurutma yoluyla elde edilen arazilerin, doldurma ve kurutma işlemini yapan adına tescil edilebilmesi imkanını içeren hükümleri (5516 sayılı Kanun md. 1; 2644 sayılı Kanun md. 8) de uygulanamaz.

⁸⁴ Bkz: AYM., 18.09.1991,E. 1990/23, K. 1991/29, RG: 23.01.1992, S. 21120.

⁸⁵ AKIN, Kıyıların Tabi Olduğu Hukukî Rejim, s. 118.

⁸⁶ RG: 30.03.1994, S. 21890.

belirtilen yapılara yenileri eklenmiştir. Bu değişiklikle, söz konusu arazide *lokanta, gazino, çay bahçesi, sergi üniteleri ve idare binalarını içeren fuar, piknik ve eğlence alanlarının* da düzenlenmesi mümkün kılınmıştır. Yönetmelikle yapılan değişiklikle, Kanunun 7. maddesinde belirtilen sosyal ve teknik altyapı alanları, “*kara, deniz ve hava ulaşımına yönelik altyapı tesisleri...*” olarak tanımlanmıştır ki, bu durum açıkça yasaya aykırıdır.⁸⁷

Hangi amaca yönelik oldukları belirgin olmayan ve birbirinden farklı nitelik taşıyan bu yapı ve tesislerin, kıyının kamu yararına kullanımını kolaylaştırmak amacıyla hizmet ettiğinin şüpheli olduğunu belirten *Akın*, bu yapıların kıyıdan daha içerde yapılmasının mümkün olduğunu, esasen sahil şeridinin bulunuş amacının da bu nitelikteki yapı ve alanların sahil şeridinde yapılmasını gerektirdiğini açıklamaktadır.⁸⁸ Bu tür yapı ve tesislerin bir kısmının, kıyıların kullanımında ikincil derecede önem taşıyan ve Kıyı Kanunu’nun 3830 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değişik 5. maddesi gereği, sahil şeritlerinin, kıyı kenar çizgisinden itibaren ilk elli metresi içinde yapılabilecek türden yapılar olduğunu belirten *Akın*, yol, meydan, açık otopark gibi alanların sahil şeridinin ancak ikinci kesiminde bulunabilecek türden alanlar olduğunu; kıyı Kanununun 3830 sayılı Kanunun 2’nci maddesi ile değişik 5’inci maddesi gereği, taşıt yolları, sahil şeridinin kara yönünde, yapı yaklaşma sınırı gerisinde kalan alanda düzenlenebileceğini ileri sürmektedir.⁸⁹

Yol, meydan ve açık otopark gibi alanların kıyıya elli metrelik yaklaşma uzaklığında yer almasına izin verilmesinin kamu yararına uygunluğunun bile tartışmalı olduğunu ifade eden *Akın*’a göre kıyıları, Kanunun 7’nci maddesinde belirtilen türde yapı ve alanların hizmet ettikleri amaç için değil, doğrudan doğruya kıyılardan yararlanmanın kamusal önemi sebebiyle özel koruma altındadır. Kıyılardan yararlanmada gözetilmesi gereken kamu yararı da bu amaçla sınırlıdır. *Başka yerde yapılması mümkün olan ve kıyıların ortaklaşa kullanımını sağlamak ve kıyıları korumak dışındaki amaçlar taşıyan yapıların, kıyılarda yapılması mümkün değildir.* Bu nedenle, Kıyı Kanununun bu hükmünün açıkça Anayasanın kıyıları için belirlediği hukukî duruma aykırı olduğunu ileri süren *Akın*, üstelik, aynı maddede yer alan kurutma ve doldurma yoluyla elde edilen arazilerin devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu ifade eden Anayasa hükmü ile çeliştiğini, Yönetmeliğin de Kıyı Kanunu’nda istisnâî şekilde sayılmış bulunan yapılara, kamu yararına yönelik olmayan yenilerini ekleyerek yetki alanını aştığını belirtilmekte,

⁸⁷ AKIN, Kıyıların Tabi Olduğu Hukukî Rejim, s. 119

⁸⁸ AKIN, Kıyıların Tabi Olduğu Hukukî Rejim, s. 119.

⁸⁹ AKIN, Kıyıların Tabi Olduğu Hukukî Rejim, s. 119.

aynı zamanda da Uygulama Yönetmeliğinin değiştirilmesine ilişkin Yönetmeliğin 4. maddesinin de Kıyı Kanununun 7. maddesine aykırı olduğunu açıklamaktadır.⁹⁰

d. Sahil Şeridinde Yapı Yasağı

Kıyılar, Anayasanın 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrası ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu gereğince, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu halde, sahil şeritlerinin böyle olduğuna ilişkin bir kanunî düzenleme yoktur. Bununla birlikte, Anayasanın 43'üncü maddesi gereği, sahil şeritlerinden yararlanmada da, öncelikle kamu yararı gözetilecektir. Bu nedenle, Kıyı Kanunu, sahil şeritlerini kıyılarla aynı hukukî statüde düzenlemiş bulunmakla beraber, kıyıların kullanımı bakımından taşıdığı önem sebebiyle, bu alanların ortaklaşa kullanımını aksatacak faaliyetlere ilişkin kimi yasaklar getirmiştir. Bu yasaklardan birincisi yapı yasağı, ikincisi ise kazı yapma ve kirletme yasağıdır.

da. Uygulama İmar Planı Bulunan Alanlarda

Her ne kadar sahil şeritlerinin, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunmaması, buralarda özel mülkiyet kurulmasının mümkün olduğu şeklinde yorumlanmaya müsait ise de, bu alanların mülkiyet altında bulunmalarının pratik bir değeri yoktur. Çünkü, Anayasa (m. 43/I) ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu gereği, sahil şeritlerinde ancak kamuya açık özel yapılanmalar mümkündür.⁹¹ 3621 sayılı Kıyı Kanunu, 'Sahil Şeridinde Yapılabilecek Yapılar' başlığını taşıyan 8. maddesinde, sahil şeritlerinde duvar, çift, parmaklık, tel örgü, hendek, kazık ve benzeri engeller oluşturulamayacağını; moloz, toprak, curuf, çöp gibi kirletici ve çevreyi bozucu etkisi olan atık ve artıklar dökülemeyeceğini ve kazı yapılamayacağını hükme bağlamaktadır. Ancak yapılaşmaya ilişkin bu yasağın, Kıyı Kanunu'nda 1992 yılında yapılan değişiklikle, uygulama imar planı bulunan alanlarda sahil şeridinin ilk elli metresi için geçerli kılınmıştır.⁹² Düzenlemeye göre, kıyı kenar çizgisinden itibaren elli metrelik şerit

⁹⁰ AKIN, Kıyıların Tabi Olduğu Hukukî Rejim, s. 120.

⁹¹ Anayasa Mahkemesi., 28.06.1989, E. 1988/61, K. 1989/28. Bkz: A.M.K.D., S. 25, 1990, s. 330.

⁹² Ayrıca, 3621 sayılı Kanunun geçici maddesinde, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce mevzuat hükümlerine uygun olarak onanmış ve kısmen veya tamamen yapılaşmış 1/1000 ölçekli uygulama imar planlarının sahil şeritleriyle ilgili hükümlerinin, aynı Kanunun 8. maddesinin ikinci fıkrasının saklı kalması şartıyla, geçerli olduğu hükmü yer almaktadır. Kıyı Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde de (md. 16/b), benzer bir düzenleme bulunmaktadır. İlgili Yönetmeliğin 16. maddesinin 2. fıkrasında, (Kanunun yürürlüğe girdiği) 17 Nisan 1990 tarihinden önce, yürürlükteki plan ve mevzuata uygun olarak yapılmış veya inşaat ruhsatı alınarak en az su basmanı seviyesine kadar tamamlanmış yapılarıdaki kazanılmış hakların saklı olduğu belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, sahil şeridinde, 3623 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki mevzuata göre tamamlanmış yapılar, bu kanuna aykırı olsa bile, kazanılmış haklar teorisi gereğince, hukuka uygun yapı olarak kabul edilecektir ve dolayısıyla aynen korunacaktır. Geray, Yasalara aykırı tapuların, bunların

içinde, Yönetmeliğin 13. maddesinde, kıyılarda yapılabileceği belirtilen yapı ve tesisler dışında hiç bir yapı yapılamayacağı gibi, buralarda ancak, "... yaya yolu, gezinti, dinlenme, seyir ve rekreatif"⁹³ amaçla kullanılmak üzere...“ düzenlemeler yapılmasına izin verilmiştir. 1992 tarihli yönetmelik değişikliği ile bunlara yeşil alanlar ile çocuk bahçeleri de eklenmiştir. Bu alanlar içerisinde, toplumun yararlanmasına açık yapılar da dâhil olmak üzere başka hiç bir yapı ve tesis yapılamaz (Uyg. Yön. m. 17/II).

Uygulama imar planı bulunan yerlerdeki sahil şeritlerinde, ilk 50 metreden sonra ve uygulama imar planı kararıyla,

- İskele, liman, barınak, yanaşma yeri, rıhtım, dalgakıran, köprü, menfez, istinat duvarı, fener, çekek yeri, kayıkhanesi, tuzla, dalyan, tasfiye ve pompaj istasyonları gibi kıyının kamu yararına kullanımı ve kıyıyı korumak amacıyla yönelik alt yapı ve tesisler (Uyg. Yön. md. 13/1-a),
- Faaliyetlerinin özellikleri gereği kıyıdan başka yerde yapılmaları mümkün olmayan tersane, gemi söküm yeri ve su ürünleri üretim ve yetiştirme tesisleri gibi, özelliği olan yapı ve tesisler (Uyg. Yön. 13/1-b),
- Arıtma tesisleri
- Toplum yararına açık olması⁹⁴ şartıyla konaklama hariç günübirlik turizm yapı ve tesisleri⁹⁵ ile,
- Kıyı ve deniz güvenliğini sağlamak amacıyla lojman, konaklama ve

üstünde yapılmış yapıların da ortadan kaldırılmasının, temizlenmesinin zorunlu olduğunu, burada “kazanılmış haklar”, “hüsnüniyetle zilyetlik” ve benzeri kuralların, “hukuk dışı hak edinilmemesi” ilkesi karşısında geçerli olmadığını, aksi halde, kıyıda çirkin yapı perdesinin, haksız edinilmiş tapuların kaldırılmasının maliyetini topluma yükleyecek ölçüde taviz verilmiş olacağını vurgulamaktadır. Bkz: GERAY, “Kıyılara İlişkin Düzenlemelere Toplu Bakış”, s. 79.

⁹³ Kıyı Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 4. maddesine, 13.10.1992 gün ve 21374 sayılı RG'de yapılan değişiklikle eklenen fıkrada, ‘rekreatif alanlar, “halkın eğlence ve dinlenme gereksinimlerini karşılamaya dönük, açık olarak düzenlenen oturma ve yemek yerleri, yemek pişirme yerleri, çeşmeler, oyun ve açık spor alanları, açık gösteri alanları ve yeşil bitki örtüsü bulunan alanlar“ olarak tanımlanmıştır.

⁹⁴ Kıyı Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin tanımlara ilişkin 4. maddesinde “Toplumun Yararlanmasına Açık Yapı”, “mevzuata göre tespit ya da tasdik edilmiş kural ve ücret tarifelerine uygun biçimde, getirdiği kullanımdan belirli kişi ya da topluluklara ayrıcalıklı kullanım hakkı tanımaksızın yararlanmak isteyen herkese eşit ve serbest olarak açık bulundurulmuş ve konut dokunulmazlığı olmayan yapı, olarak tanımlanmıştır.

⁹⁵ Kıyı Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin, 30.03.1994 gün ve 21890 sayılı RG'de yayımlanan Yönetmelikle değiştirilen 4. maddesinde, ‘Günübirlik Turizm Tesisleri’ şöyle tanımlanmıştır: “Kamping ve konaklama ünitelerini içermeyen, duş, gölgelik, soyunma kabini, WC, kafe-bar, pastane, lokanta, çayhane, açık spor alanları, açık gösteri ve eğlence alanları, lunapark, fuar su oyunları parkı ve özellik taşıyan el sanatları ürünlerinin 20 m. kareyi geçmeyen sergi ve satış ünitelerini içeren yapı ve tesislerdir.”

benzeri tesisler içermemek üzere inşa edilecek karakol ve bu gibi güvenlik yapıları yapılabilecek (Uyg. Yön. m. 18/III) ve

- Motorlu taşıt trafiğine açık olan yollar⁹⁶ ile,⁹⁷
- Yol, açık otopark, park, yeşil alan ve çocuk bahçeleri gibi teknik ve sosyal altyapı alanları düzenlenebilecektir (Kıyı K. m. 8/3).

Kıyı Kanunu (m. 12) ve uygulama Yönetmeliği (m. 18//son), sahil şeridinde yapılabileceği belirtilen yapıların, yapılmasında güdülen amacın tapunun beyanlar hanesine şerh edilmesini öngörmektedir. Bu hükmün amacı, sahil şeritlerinin kazandırıcı zamanaşımı yoluyla edinilmesi ihtimaline karşı bir güvence getirilmesidir.⁹⁸

db. Uygulama İmar Planı Bulunmayan Alanlarda

Yukarıda değinildiği gibi, 3621 sayılı Kıyı Kanunu, ‘Sahil Şeridinde Yapılabilecek Yapılar’ başlığını taşıyan 8. maddesinde, sahil şeritlerinde duvar, çift, parmaklık, tel örgü, hendek, kazık ve benzeri engeller oluşturulamayacağını; moloz, toprak, cüruf, çöp gibi kirletici ve çevreyi bozucu etkisi olan atık ve artıklar dökülemeyeceğini ve kazı yapılamayacağını hükme bağlamaktadır. Yapılaşmaya ilişkin bu yasa, Kıyı Kanunu’nda 1992 yılında yapılan değişiklikle, uygulama imar planı bulunmayan alanlarda, Kıyı Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin 16. maddesine göre belirlenen sahil şeritlerinin tamamında geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, sahil şeritlerinde, uygulama imar planı olmaksızın hiç bir yapı ve tesis yapılamayacağı gibi,⁹⁹ 3621 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğine aykırı bir şekilde, ilgili belediye veya il özel idarelerince verilen ruhsatlar nedeniyle yapılan yapılar kazanılmış hak sağlamaz.¹⁰⁰

⁹⁶ Kıyı Kanunu’nu değiştiren 3830 sayılı Kanun md. 2 (RG: 11 Temmuz 1992, S. 21281) ve kıyı Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik md. 2 (RG: 13. 10.1992, S. 21374).

⁹⁷ Ancak, Uygulama Yönetmeliğinin 13.10.1992 gün ve 21374 sayılı RG’de yayımlanan Yönetmelik ile değiştirilen 16’ncı maddesinin son fıkrasına göre, “Sahil şeridinin birinci bölümünde yeni taşıt yolları açılmaz. Ancak, 11 Temmuz 1992 tarihinden önce mevzuat hükümlerine uygun olarak onaylanmış planlara göre yapımına başlanmış veya kullanılmakta olan Devlet Karayolları ile yapımı gerçekleştirilmiş imar yollarındaki müktesep haklar saklıdır. İnşaatına başlanmış imar yollarında ise mümkün olan en kısa mesafede iç yollarla bağlantı sağlamak üzere imar planı revizyonu yapılır. Sahil şeridi birinci bölümünde ancak iç yollarla dolgu alanlarındaki yapılmış veya yapılacak yolları bağlayan kısa geçişler için imar yolları planlanabilir.”

⁹⁸ AKIN, Kıyıların Tabii Olduğu Hukukî Rejim, s. 135.

⁹⁹ Danıştay. 6. D., 21.3.12001, E. 2000/361, K. 20011466. ERGEN, Cafer –BÖKE, Veli; Kaçak Yapı, Seçkin, Ankara 2005, s. 364.

¹⁰⁰ Danıştay. 6.D., 7.6.2000, E. 1999/5855, K. 2000/3597; 6.D., 28.3.2002, E.2001/551, K. 2002/1941; ERGEN - BÖKE; Kaçak Yapı, s. 358.

2. Kirletme Yasağı

3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 8. maddesinde ve koruma amaçlı diğer kanunlarda kıyılarda kirletme yasağına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Kıyı Kanununun 8. maddesine göre, kirletici olabilecek atık veya atıkların kıyı alanlarına dökülmesi yasaktır. 3621 sayılı Kanunun 8. maddesinde ve Kıyı Kanununun uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin 18. maddesinde sahil şeritleri kirletme yasağı bakımından kıyılardan farklı bir ayrıma tabi tutulmuştur. İmar uygulama planı bulunmayan sahil şeritlerinde kirletme yasağından bahsedilmemektedir. Gerçekten 3621 sayılı Kanunun 8. maddesine göre, "Uygulama imar planı bulunan yerlerde duvar, çit, parmaklık, tel örgü, hendek, kazık ve benzeri engeller oluşturulamaz. Moloz, toprak, curuf, çöp gibi kirletici ve çevreyi bozucu etkisi olan atık ve artıklar dökülemez, kazı yapılamaz". Bu hükmün aksi ile kanıtından, Uygulama imar planı bulunmayan yerlerde duvar, çit, parmaklık, tel örgü, hendek, kazık ve benzeri engeller oluşturulabileceği, moloz, toprak, cüruf, çöp gibi kirletici ve çevreyi bozucu etkisi olan atık ve artıklar dökülebileceği sonucu çıkmaktadır. Bu durumda, Kanunun 8. maddesinin Anayasanın 43. v e56. maddelerine aykırı olduğu açıktır ve kanundaki bu boşluk kanun koyucu tarafından bir an önce giderilmelidir.¹⁰¹

14.4.1341 tarih ve 618 sayılı Limanlar Kanunu'nda¹⁰² da kıyıların kirletilme yasağı ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Gerçekten, adı geçen Kanunun 4. maddesine göre, "Liman reisliğinden resmi izin alınmadıkça deniz kıyılarında, iskele, rıhtım, kızak, kayıkhanesi, tamirhanesi, fabrika, gazino, depo, mağaza ve umumi deniz hamamları yapılamaz liman reisliğinin yasak ettiği yerlere pasekül, moloz, safra ve süprüntü ve emsali gibi şeyler atılamaz."

Ege ve Akdeniz kıyılarında denetimin az olduğu yerler balık çiftliklerinin işgali altındadır. Bu alanlardaki balık çiftlikleri denizi ve kıyıları kirletmektedirler. Koruma-kullanma dengesi çerçevesinde, kıyıların balıkçılık amaçları ile kullanılması ile birlikte kirletilmemesi için gerekli tedbirlerin alınması ve küçük koylarla, doğal sirkülasyonun olmadığı alanlarda bu tür balık çiftliklerine izin verilmemelidir.¹⁰³

3. Kazı Yasağı

3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 6. ve 8. ve Kıyı Kanunu ile ilgili uygulama yönetmeliğinde, kıyıların bozulmasına ve değişmesine neden olacak şekilde kazı yapılması yasaklanmıştır. Bu hükümden, kıyıların bozulmasına ve değişmesine

¹⁰¹ DOĞAN-BURAK-AKKAYA, Türkiye Kıyıları, s. 151.

¹⁰² RG: 20.4.1341, Sayı: 95.

¹⁰³ DOĞAN-BURAK-AKKAYA, Türkiye Kıyıları, s. 151.

yol açmayacak şekilde kazı yapılmasına izin verildiği anlamı çıkmaktadır. Ancak, doğal yapıyı değiştirmemenin ve kıyıların bozulmasının sınırı belli değildir. Bu nedenle, kıyılarda yapılan kazıların, bu alanların bozulmasına veya doğal yapısının değişmesine neden olup olmadığının denetimi, Kıyı Kanunu'nun "Bu Kanun kapsamında kalan alanlardaki uygulamaların kontrolü; belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediye, dışında ise valilikçe yürütülür. İlgili bakanlıkların teftiş ve kontrol yetkileri saklıdır" diyen 13. maddesine göre valiliklerce yapılacaktır.

Sahil şeritlerinde m-kazı yasağı uygulama imar planı bulunan alanlar için geçerlidir. Uygulama imar planı bulunmayan sahil şeritleri için ise kazı yapma yasağı söz konusu değildir.

Denizden doldurma suretiyle elde edilecek alanlardaki doğal yapı değişikliğinin de bu çerçevede değerlendirmek gerekir. Çünkü, doldurulan ve kurutulan yerler de kıyı niteliğini değiştirmekte olduğu için yasak bu alanlar için de devam etmesi gerekir.¹⁰⁴

E. Kültür ve Doğa Varlıkları Bulunan Alanlarda

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu'nda¹⁰⁵ kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu yerlerde, çevrelerinde yapı yapılması ya da daha önce yapılmış yapılarda değişiklik, ek ve onarımların gerçekleştirilmesi yasağı yanında, kültür ve tabiat varlıklarına belli bir uzaklıkta ve belirli bir yükseklikte yapı yapılmamasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

1. İzinsiz Müdahale Ve Kullanma Yasağı

6785 sayılı eski İmar Kanunu'nun 25'inci maddesinde, yapıların tarihî ve estetik açıdan değer taşıyan eski eserlere ve arkeolojik alanlara olan uzaklıklarının tüzük ve yönetmeliklerde düzenlenmesi öngörülmüştü. İmar Tüzüğü'nün 25'inci maddesinde de, Millî Eğitim Bakanlığı'nca (daha sonra Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulunca) tespit edilen eski eserlerin, bitişik olmayan yüzlerine 100 metreden az olmamak üzere bu eserin yüksekliğine eşit bir uzaklık içinde yapılamayacağı düzenlenmişti. Bu uzaklık en az 10 metre olarak tespit edilmişti. Fakat Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu'nun görüşü ile bu yasağın değiştirilmesi her zaman mümkündü.

1983 tarihli ve 2863 sayılı Kanun, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında yapı yapılmasını ve fiziki tecavüzde bulunulmasını yasaklamıştır. Adı geçen Kanununun 14.7.2004 tarih ve 5226 sayılı

¹⁰⁴ DOĞAN-BURAK-AKKAYA, Türkiye Kıyıları, s. 152.

¹⁰⁵ K.T.: 21.7.1983, RG: 23.7.1983, Sayı: 18113.

Kanunla (3 md.) değişik 9’uncu maddesine göre, “Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşai ve fizikî müdahalede bulunulamaz, bunlar yeniden kullanıma açılmaz veya kullanımları değiştirilemez. Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşai ve fizikî müdahale sayılır.”

2. İzinsiz Yapı Yasağı

2863 sayılı Kanunun 16’ncı maddesinde, “korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile bunların korunma alanlarında ruhsatsız olarak inşaat yapmak yasaktır“ denilmektedir. Maddeye göre, buralarda izinsiz olarak yapılacak yapılar ile koruma amaçlı imar planlarında plana, sitlerde, sit şartlarına aykırı olarak yapılan yapılar hakkında imar mevzuatına göre işlem yapılacak, diğer bir deyişle, ya idare tarafından yıkılacak veya yıktırılacaktır.

Belediye sınırları içinde veya dışında her türlü yapı faaliyeti idarenin iznine bağlı olduğuna göre, aslında, kanunun “ruhsatsız inşaatı yasaklayan” bir hüküm getirmesine veya bunlara karşı ne yapılacağını göstermesine gerek yoktu.¹⁰⁶

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu’nun 15. maddesinin (f) bendinde,¹⁰⁷ “sit alanı olması nedeni ile kesin inşaat yasağı getirilmiş korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu parseller, malikinin başvurusu üzerine bir başka arazisi ile değiştirilebilir. Üzerinde bina, tesis var ise, malikinin başvurusu üzerine rayiç bedeli 2942 sayılı Kanunun 11 inci maddesi hükümlerine göre belirlenerek ödeme yapılır. Bu hükümle ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir” denilmektedir.

Kanunda belirtilen Yönetmelik, *Kesin İnşaat Yasağı Getirilen Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Ve Tabiat Varlıklarının Bulunduğu Sit Alanlarındaki Taşınmaz Malların Hazineye Ait Taşınmaz Mallar İle Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik*¹⁰⁸ adıyla yürürlüğe konulmuştur. Yönetmelik ile gerçek kişilerce, özel hukuk tüzel kişiler ait ve içinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının bulunması nedeniyle (I. ve II. Derece arkeolojik ve I. derece tabii) sit alanı ilan edilen ve kesin inşaat yasağı getirilen taşınmaz malların malikinin başvurusu üzerine Hazineye ait taşınmaz mallar ile değiştirilmesi imkânı tanınmıştır (Yön m. 4). Önce

¹⁰⁶ KELEŞ, Kentleşme Politikası s. 206.

¹⁰⁷ 17.6.1987 tarih ve 3386 sayılı Kanun, m. 5 ile eklenmiştir.

¹⁰⁸ RG: 08.02.1990, Sayı: 20427.

trampa işleminin uygulanacağı sit alanları belirlenerek ilan edilmesi suretiyle gerekli belgelerle birlikte başvurular sağlanır. Yapılan değerlendirme sonucunda, trampaya konu edilebilecek taşınmaz mallar bir liste halinde Maliye Bakanlığına gönderilir (m. 5). Listede yer alan taşınmazların değeri takdir edilir (m. 7). Hazinece verilecek taşınmaz mallar belirlenerek değeri takdir edilerek (m. 8) trampa yoluna gidilir.

F. Özel Koruma Alanlarında

1. Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliğinde Koruma Alanları

Su kirliliği en önemli çevre sorunlarından biridir.¹⁰⁹ “20’nci yüzyılda petrol ne ise, 21’inci yüzyılda su o olacaktır” diyerek, suyun yetersizliğinin, iyi dağıtılamamasının ve kıtlığının ABD’de ve pek çok ülkede siyasi anlaşmazlıklara ve askerî sıcak çatışmalara neden olacağını belirten HANSON gelecekte, yeterli su arzının kentsel gelişmenin ve tarımsal ekonominin olmazsa olmaz (*sine qua non*) koşulu olacağını vurgulamaktadır.¹¹⁰ İnsan ve çevre sağlığının korunması açısından, 2004 tarihli Su Kirliliği¹¹¹ Kontrol Yönetmeliği,¹¹² bölgeleme ile ilgili önemli kurallar getirmektedir. Sözü edilen Yönetmelikte, İçme ve kullanma sularının rezervuarları esas alınarak belirlenen ve değişik uzaklıkları gösteren mutlak, kısa, orta ve uzun mesafeli koruma alanı olmak üzere dört kademeli koruma alanı tanımlanmaktadır.

a. Mutlak Koruma Alanı

Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği’nin¹¹³ 17. maddesine göre, içme ve kullanma suyu rezervuarının¹¹⁴ maksimum su seviyesinden itibaren 300 m genişlikteki şerit,

¹⁰⁹ HANSON, Roys, “Water Supply and Distribution: The Next 50 Years” Jesse H. Ausubel and Robert Herman (Ed.), *Cities and Their Vital Systems Infrastructure Past, Present, and Future*, National Academy Press, Washington, D.C., 1988, s. 262.

¹¹⁰ HANSON, *Water Supply and Distribution: The Next 50 Years*, s. 275.

¹¹¹ Su Kirliliğinin Kontrolü Federal Kanunu 1972 Değişikliği (33 U.S.C. §1251 et. Seq.) su kirliliğini, “ insan yapımı veya imali kimyasal, fiziksel, biyolojik radyolojik atıklar nedeniyle suyun normal şeklinin değişmesi” ekinde tanımlanmaktadır. Bkz: BERGER, Bernard B., “The urban Wastewater Infrastructure”, Jesse H. Ausubel and Robert Herman (Ed.), *Cities and Their Vital Systems Infrastructure Past, Present, and Future*, National Academy Press, Washington, D.C. 1988, s. 286.

¹¹² RG: 31.12.2004, Sayı: 25687. Yönetmelik kapsamında, kıta içi sular, göller, göletler, bataklıklar, baraj hazneleri, yeraltı suları, kıyı ve deniz sularının kalite standartları belirlenmektedir. Bunun yanı sıra, suda tehlikeli ve zararlı olarak kabul edilen maddelerin tanımları ve sınıflandırması, bu maddeleri içeren atık suların boşaltımı ve arıtılmasında uyulması gereken kriterler de bu yönetmelik kapsamında yer alırlar.

¹¹³ RG: 31.12.2004, Sayı: 25687.

¹¹⁴ Yönetmeliğe (m. 3) göre rezervuar, doğal gölleri veya suyun bir sedde yapısı arkasında biriktirilmesi ile oluşturulan su hacmini, İçme ve kullanma suyu rezervuarı ise içme ve kullanma suyu temin edilen doğal gölleri veya bu amaçla oluşturulan baraj rezervuarlarını ifade eder.

mutlak koruma alanıdır.¹¹⁵ Söz konusu alanın sınırının su toplama havzası sınırını aşması halinde, mutlak koruma alanı havza sınırında son bulur. Mutlak koruma alanında şu faaliyetler yasaktır.;

a) İçme ve kullanma suyu projesine ve mevcut yapıların kanalizasyon sistemlerine ait **zorunlu teknik tesisler hariç** olmak üzere, **bu alanda hiçbir yapı yapılamaz.** Bu alanda kalan mevcut yapılar dondurulmuştur.

Danıştay da çeşitli kararlarında mutlak koruma alanlarında yapı yasağı ile ilgili kararlar vermektedir. Örneğin Danıştay'a göre, "Düzenlemeye tabi tutulan davacıya ait parselinde içinde bulunduğu alanın, Eğirdir Gölü kıyısında bulunmakta ve göl mutlak koruma alanında kalmaktadır. Su Kirliliği Kontrol Yönetmeliğinin 17.maddesinin b bendi gereğince mutlak koruma alanlarında hiçbir yapı yapılamayacağı öngörülmektedir. Böylece hiçbir şekilde yapı yapılması mümkün olmayan bir alanın parselasyon işlemiyle konut alanına açılmayacağından düzenleme işleminin iptaline karar verilmesi sonucu itibariyle yerindedir."¹¹⁶ "Porsuk Baraj Gölünün mutlak koruma alanında kalan taşınmaza akaryakıt istasyonu, otel lokanta ve çayhane tesisleri yapılmasına izin verilmesi isteminin reddinde isabetsizlik yoktur"¹¹⁷ "Uyuşmazlık konusu taşınmazların sapanca gölünün 0-300 metrelik mutlak koruma alanında kaldığı anlaşıldığından, hiçbir yapı yapılmayacak bu alandaki inşaatların kıyı kenar çizgisi dışında kalsa dahi korunmasının mümkün bulunmamaktadır."¹¹⁸ Büyükçekmece Gölü mutlak koruma alanında bulunan taşınmaza inşaat ruhsatı verilmemesinden dolayı, kısıtlamanın kamu yararı amacıyla ve kanunla getirilmiş olduğundan tazminat isteminin reddi gerekir.¹¹⁹

b) **Çevre düzeni planına uyularak**, bu alan içinde gölden faydalanma, piknik, yüzme, balık tutma ve avlanma ihtiyaçları için **cepler** teşkil edilir. Bu cepler su alma yapısına 300 metreden daha yakın olamaz.

¹¹⁵ Mutlak koruma alanı, içme ve kullanma suyu rezervuarının maksimum su seviyesinden itibaren 100 metre genişliğindeki şerit olarak tanımlanmış iken, 3.02.2008 tarih ve 26786 sayılı Resmî Gazete yapılan değişiklikle, 100 rakamı 300'e çıkarılmıştır.

¹¹⁶ Danıştay 6.D., 14.04.1994, E. 1993/4629, K. 1994/2895, Danıştay Bilgi Bankası, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (06.05.2008).

¹¹⁷ Danıştay 6.D., 20.03.1990, E. 1988/2532, K. 1990/425, Danıştay Bilgi Bankası, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (06.05.2008).

¹¹⁸ Danıştay 6.D., 12.12.1989, E. 1989/2565, K. 1989/2508, Danıştay Bilgi Bankası, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (06.05.2008).

¹¹⁹ Danıştay 6.D., 12.12.1989, E. 1989/2565, K. 1989/2508, Danıştay Bilgi Bankası, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (06.05.2008).

b. Kısa Mesafeli Koruma Alanı

Su Kirliliği Kontrol Yönetmeliği'nin 18. maddesine göre, içme ve kullanma suyu rezervuarlarının **mutlak koruma alanı sınırından itibaren 900 m genişliğindeki şerit**, kısa mesafeli koruma alanını oluşturmaktadır. Söz konusu alan sınırının, su toplama havzası sınırını aşması halinde, kısa mesafeli koruma alanı havza sınırında son bulur.

Yönetmeliğe göre (m. 18/2), kısa mesafeli koruma alanı içindeki **yapılaşma ve faaliyet yasakları** şunlardır:

- a) Turizm, iskân ve sanayi **yerleşmeleri** yasaktır
- b) Her türlü katı atık ve artıkların **depolanması** ve **atılması** yasaktır
- c) İçme ve kullanma suyu projesine ve mevcut yapıların kanalizasyon sistemlerine ait mecburi teknik tesisler ile 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamına giren uygulamalar dışında hafriyat yapılamaz.
- d) Sıvı ve katı yakıt depolarına izin verilmez. Bu alanda kalan mevcut yapılar dondurulmuştur. Dondurulan binalarda mevcut yapı inşaat alanında değişiklik yapmamak ve kullanım maksadını değiştirmemek şartıyla gerekli tadilat ve bakım yapılabilir.¹²⁰
- e) Hayvancılık ile ilgili yapıların yapılması yasaktır (m. 18/h).
- f) Dinlenme tesisi, akaryakıt istasyonu ve benzeri tesisler yapılamaz (m. 18/i).

Kısa mesafeli koruma alanlarında **yapılmasına izin verilen yapı ve faaliyetler** şunlardır (Su Kirliliği Kontrolü Yön. m. 18):

a) Hâlihazırda bulunan mevcut yapılar dondurulmuştur. Bu yapılarda, mevcut oturma alanında, kullanım maksadında ve dış cephe mimarisinde değişiklik yapılmaması şartıyla gerekli tadilat ve bakım yapılabilir. Burada, **kazanılmış haklara saygı** ilkesinin bir uygulaması görülmektedir. Ancak, söz konusu alanlarda, daha önce yapılmış yapılara, kazanılmış haklar çerçevesinde dokunulmaması için, bu yapıların tamamlanmış, bu alanın koruma alanı olarak belirlenmesinden önceki imar mevzuatına uygun bir şekilde yapılmış olması gerekir. Aksi halde, hakkın elde edilme anında yürürlükteki imar mevzuatına ve diğer hukuk kurallarına uygun şekilde tüm sonuçlarıyla fiilen elde edilmeyen yapıların bu korumadan yararlanma imkânı

¹²⁰ 13.02.2008 tarih ve 26786 sayılı RG'de yayımlanan Yönetmelikle değişik

yoktur.¹²¹ Danıştay da hukuka uygun izinlere dayanılarak tamamlanmış yapılarda doğal olarak kazanılmış hakkın bulunduğunu tespit etmektedir.¹²²

e) Rekreasyon ve piknik amacıyla kullanılmasına dönük kamu yararlı ve günü birlik turizm ihtiyacına cevap verecek, sökülüp takılabilir elemanlardan meydana gelen, **geçici nitelikte** kır kahvesi, büfe gibi **yapılar**. Ancak bu tür yapılara, suyu kullanan idarece onanmış çevre düzeni ve uygulama planlarına ve plan kararlarına uygun olarak yapı izni verilebilir.

— Ancak, (e) bendinde belirtilen nitelikteki yapıların kapalı kısımlarının toplam alanı her parselde 100 m2 yi geçemez (m. 18/f).

— Yapıların atık suları, *Sağlık Bakanlığının Lağım Mecrası İnşası Mümkün Olmayan Yerlerde Yapılacak Çukurlara Ait Yönetmelik*¹²³ hükümlerine göre yapılacak olan sızdırmaz nitelikteki fosseptiklerde toplanır ve atık su altyapı tesisine verilir.

f) Bu alanda yapılacak ifrazlardan sonra elde edilecek her parsel 10000 m2 den küçük olamaz.

g) Suni gübre ve tarım ilaçları kullanmamak şartıyla, kontrollü otlatmaya ve diğer tarımsal faaliyetlere Tarım ve Köyişleri Bakanlığının kontrol ve denetiminde izin verilir. Ayrıca erozyonu azaltıcı metotların uygulanması esastır.

h) Zorunlu hallerde, **imar planı gereği yapılacak yolların** bu alandan geçecek olan kısımlarında sadece **ulaşım ile ilgili işlevlerine gerekli tedbirlerin alınması şartı ile izin verilebilir.**

i) Bu alanda 4.9.1988 tarihinden veya kaynağın içme ve kullanma suyu kapsamına alındığı tarihten önce mevcut olan yerleşim ve sanayi tesislerinden kaynaklanan atık suların havza dışına çıkartılması gerekir.

Kısa mesafeli koruma alanlarının korunmasına yönelik olarak Danıştay'ın da muhtelif kararları bulunmaktadır. Örneğin Danıştay'a göre, onaylı imar planında sanayi sahasında kalan ancak Küçükçekmece Gölü kısa mesafeli koruma alanında bulunan taşınmaz fabrika yapımı için ruhsat verilmemesinde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.¹²⁴

¹²¹ Anayasa Mahkemesi, 3.7.1986, E. 1986/3, K. 1986/15, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 22, s. 175, UĞURLU, Yücel; İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin, Ankara 2003, s. 96.

¹²² Danıştay, 10.D., 1.10.2002, E. 2000/2114, K. 2002/3458, Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, 2003, s. 405.

¹²³ RG: 13.3.1971, Sayı: 13783.

¹²⁴ Danıştay 6.D., 25.03.1987, E. 1986/1012, K. 1987/282, Danıştay Bilgi Bankası, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, (06.05.2008).

c. Orta Mesafeli Koruma Alanı

Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliğinin 19/1. maddesinde, orta mesafeli koruma alanı, içme ve kullanma suyu rezervuarlarının kısa mesafeli koruma alanı sınırından itibaren 1 kilometre genişliğindeki şerit olarak tanımlanmıştır. Ancak, söz konusu alan sınırının su toplama havzası sınırını aşması halinde, orta mesafeli koruma alanı havza sınırında son bulur.

Orta mesafeli koruma alanının korunması amacıyla Yönetmelikte öngörülen tedbirler şunlardır (Yön. m. 19):

1) Yasaklanan faaliyet ve yapılar şunlardır:

- a) Hiçbir sanayi kuruluşuna ve iskâna izin verilemez.
- b) Galeri yöntemi ile patlatmalar, kırma, eleme, yıkama, cevher hazırlama ve zenginleştirme işlemleri yapılamaz (m. 19/e).
- c) Bu alanda suni gübre ve tarım ilaçları kullanılamaz (m. 19/f).
- d) Bu alanda hiçbir surette katı atık ve artıkların depolanmasına ve atılmasına izin verilemez (m.19/g).
- e) Akaryakıt istasyonu yapılamaz (m. 19/h).

2) Orta mesafeli koruma alanındaki Yapılaşma esasları ise şunlardır:

- a) Yapılacak ifrazlardan sonra elde edilecek her parsel 5000 m² den küçük olamaz. Bu parsellerin tapu ve kadastro veya tapulama haritasında bulunan bir yola, yapılan ifrazdan sonra en az 25 metre cephesi bulunması zorunludur (Yön. m. 19/b).
- c) Alanda, bir ailenin oturmasına mahsus **bağ veya sayfiye evleri** yapılmasına izin verilebilir. Ancak bu evlerin
 - Alandaki parsellerde sağlık ve estetik açısından sakınca bulunmaması,
 - Parsel alanının % 5 inden fazla yer işgal etmemesi,
 - İnşaat alanları toplamının 2 katta 250 m² yi geçmemesi,
 - Saçak seviyelerinin tabii zeminden yüksekliği h = 6.50 metreyi geçmemesi,
 - Yola ve parsel sınırlarına 5 metreden fazla yaklaşmaması

Gerekir.

- d) **Kümes, ahır, ağıl, su ve yem depoları, hububat depoları, gübre ve silaj çukurları, arı haneler ve un değirmenleri** gibi konut dışı yapılara (söz konusu yapıların yapılmasına) suyu kullanan idarece izin verilebilir (Yön. m. 19/c). Ancak bu yapıların;

- Öncelikle konut dışı olması,
- Alanda yerleşik halkın ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yapılması,
- Entegre tesis niteliğinde olmaması,
- Mahreç aldığı yola 10 metreden, parsel hudutlarına 5 metreden fazla yaklaşmaması,
- İnşaat alanı kat sayısı % 40'ı ve yapı yüksekliği $h = 6.50$ metreyi geçmemesi,

Gerekir. Ancak, beton temel ve çelik seralar yaklaşma mesafelerine uyulmak şartı ile inşaat alanı katsayısına tabi değildir.

Beton temel ve çelik çatı dışındaki basit örtü niteliğindeki seralar yukarıda belirtilen çekme mesafeleri ve inşaat alanı katsayısına tabi değildir. Ancak, bu yapı ve tesisler hakkında;

- Başka bir amaçla kullanılmayacağı hususunda tesis sahiplerince Valiliğe noter tasdikli yazılı taahhütte bulunulması,
- Valiliğin uygun görüşünün alınması,
- İlgili Bakanlık ve kuruluşlarca hazırlanmış bulunan 1/50 veya 1/100 ölçekli tip projeler üzerinden yapılabilir,
- Ayrıca tüm yapıların imar mevzuatına uygun olarak yapılması (Yön. m. 19/c).

Gerekir.

Bir ailenin oturmasına mahsus bağ veya sayfiye evleri ile kümes, ahır, ağıl, su ve yem depoları, hububat depoları, gübre ve silaj çukurları, arı haneler ve un değirmenleri gibi konut dışı yapıların atık suları, ancak teknik usuller tebliğinde verilen sulama suyu kalite ölçütlerine uygun olarak arıtıldıktan sonra sulamada kullanılabilir (Yön. m. 19/c).

Orta mesafeli koruma alanındaki köylerin 1/1000 ölçekli uygulama imar planları yapılıncaya kadar köy yerleşik alan sınırları içinde yapılaşmaya izin verilmez. Ancak, 1/1000 ölçekli uygulama imar planları yapımından sonra köy yerleşik alan sınırları içinde yapılacak yapılara, taban alanı katsayısı 0.40, toplam inşaat alanı 200 metre kare, yükseklik 6.50 metreden fazla olmamak koşuluyla, ilgili idarece izin verilebilir. Bu alanlarda minimum ifraz 300 metre kare olup, ifraz suretiyle sokak ihdas edilemez ve kadastroda mevcut yol dışında yeni yol oluşturacak ifraza izin verilmez.¹²⁵

¹²⁵ Ek paragraf: 13/2/2008 tarih ve 26786 sayılı RG.

Orta mesafeli koruma alanında maden rezervleri varsa, bu madenlerin çıkarılmasına Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir (m. 19/e). Ancak bu iznin verilebilmesi bazı şartların gerçekleşmesine bağlıdır: Buna göre, söz konusu alanlarda bulunan madenlerin çıkarılabilmesi için;

- Sağlık açısından sakınca bulunmaması,
- Mevcut su miktar ve kalitesini bozmayacak ve alıcı ortama atık su deşarjı oluşturmayacak şekilde çıkartılması,
- Faaliyet sonunda arazinin doğaya geri kazandırılarak terk edileceği hususunda faaliyet sahiplerince noter tasdikli, yazılı taahhütte bulunulması,

Gerekir.

İmar planının uygulanması doğrultusunda yapılması gereken yolların yapılacak yolların orta mesafeli koruma alanından geçirilecek kısımlarında sadece ulaşım ile ilgili fonksiyonlarına izin verilir (m. 19/h)

Orta mesafeli koruma alanında 4.9.1988 tarihinden veya kaynağın içme ve kullanma suyu kapsamına alındığı tarihten önce mevcut olan yerleşim ve sanayi tesislerinden kaynaklanan atık suların havza dışına çıkartılması zorunludur (m.19/i).

d. Uzun Mesafeli Koruma Alanı

Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği'ne göre (m. 20), uzun mesafeli koruma alanı, içme ve kullanma suyu rezervuarının, mutlak, kısa ve orta mesafeli koruma alanlarının dışında kalan su toplama havzasının tümü uzun mesafeli koruma alanıdır.

Yönetmelik bu alanın korunması amacıyla da bazı tedbirler öngörmüştür. Bir defa bu alanda yapımına izin verilen yapılar ve şartları şunlardır:

- a) Bu alanın, orta mesafeli koruma alanı sınırından itibaren yatay olarak 3 kilometre genişliğindeki kısmında bazı sanayi kuruluşlarına izin verilebilir (m. 20/a). Ancak bu sanayi kuruluşlarının;
 - Tamamen kuru tipte çalışması,
 - Tehlikeli atık üretmemesi,
 - Endüstriyel atık su oluşturmaması
 - Bu tesislerden kaynaklanacak katı atık ve hava emisyonunun rezervuarın kalitesini etkilemeyecek ölçüde ve şekilde uygun bertarafının sağlanması,

Gerekir.

- b) Turizm ve iskâna, orta mesafeli koruma alanında (19 uncu maddede)

belirlendiği şekilde izin verilir.

- c) Madenlerin çıkarılmasına izin verilebilir. Ancak bu alanlarda madenlerin çıkarılabilmesi için;
- Sağlık açısından sakınca bulunmaması,
 - Mevcut su kalitesini bozmayacak şekilde çıkartılması,
 - Faaliyet sonunda arazinin doğaya geri kazandırılarak terk edileceği hususunda faaliyet sahiplerince Bakanlığa noter tasdikli yazılı taahhütte bulunulması,

Gerekir.

- d) Uzun mesafeli koruma alanının, orta mesafeli koruma alanı sınırından itibaren yatay olarak 3 kilometre genişliğindeki kısmın bittiği yerden itibaren su toplama havzasının sınırına kadar olan alandaki faaliyetlere şu şartlarda izin verilebilir (m. 20/b):

- Oluşan atık suların Yönetmelikteki Tablo 5 ten Tablo 21 e kadar olan deşarj standartlarını sağlayarak havza dışına çıkarılması veya
 - Geri dönüşümlü olarak kullanılması,
 - Ancak, bunların teknik ve ekonomik açıdan mümkün olmadığı durumlarda, atık suların ileri arıtma teknolojileri kullanılarak Sınıf II su kalitesine getirilmesi şartıyla havza içine deşarjına izin verilebilir.
- e) Çöp depolama ve bertaraf alanlarının kurulması Bakanlığın uygun görüşü alınarak yapılabilir. Ancak, 4.9.1988 tarihinden veya kaynağın içme ve kullanma suyu kaynağı kapsamına alındığı tarihten önce mevcut olan, uzun mesafeli koruma alanındaki yerleşimlerin atık sularının ileri arıtma teknolojileri kullanarak Sınıf III su kalitesine getirilmesi şartıyla havza içine deşarjına izin verilebilir.

Uzun mesafeli koruma alanlarında *izin verilmeyen (yasak) faaliyetler* ise şunlardır:

- a) Çöp depolama alanlarına ve bertaraf tesislerine izin verilmez.
- b) Galeri yöntemi patlatmalar, kimyasal ve metalürjik zenginleştirme işlemleri yapılamaz.

Ancak, eğer bu alandaki faaliyetlerden oluşan atık sular, Yönetmelikteki ilgili sektör tarafından;

- Alıcı ortama deşarj standartları sağlanarak havza dışına çıkartılırsa veya
- Geri dönüşümlü olarak kullanılması sağlanırsa,

İzin verilebilir.

— Ancak, ortama deşarj standartları sağlanarak havza dışına çıkartılması veya geri dönüşümlü olarak kullanılması, teknik ve ekonomik açıdan mümkün olmayan atık suların ileri arıtma teknolojileri kullanılıp Sınıf I su kalitesine¹²⁶ getirilmesi şartıyla havza içine deşarjına Bakanlığın uygun görüşü alınarak izin verilebilir (m. 20/a).

İçme ve kullanma suyu temin edilen su kaynaklarının su toplama alanlarının çok büyük olması veya akış yukarısında başka bir baraj bulunması gibi sebeplerden dolayı uzun mesafeli koruma alan sınırı Bakanlıkça kısıtlanabilir.

2. Özel Çevre Koruma Bölgelerinde

2872 sayılı Çevre Kanununun 9. maddesinin 3 fıkrası ile, Bakanlar Kurulu, ülke ve dünya ölçeğinde çevreyle ilgili önemi olan çevre kirlenmeleri ve bozulmalarına duyarlı alanları, tabii güzelliklerin ileriki nesillere ulaşmasını emniyet altına almak üzere gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi amacıyla, “*Özel Çevre Koruma Bölgesi*” olarak tespit ve ilan etmeye, bu alanlarda uygulanacak koruma ve kullanma esasları ile plan ve projelerin hangi Bakanlıkça hazırlanıp yürütüleceğini belirlemeye yetkili kılınmıştır.

Bakanlar Kurulu tarafından 1989 yılında alınan bir kararla, özel çevre koruma bölgelerinde uygulanacak koruma ve kullanım esaslarını belirlemek, plân ve projeleri hazırlamak ve uygulamaları gerçekleştirmek amacıyla örgüt kurmaya Başbakanlık yetkili kılınmıştır.

Bu çerçevede; Başbakanlık Müsteşarının başkanlığında, Kültür ve Turizm Bakanlığı Müsteşarı, Çevre Genel Müdürü ve Orman Genel Müdürü ile Özel Çevre Koruma Bölgesi Başkanından oluşan bir *Çevre Koruma Kurulu* kurulmuştur. Daha sonra “Başbakanlık Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Kurulmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname” yürürlüğe konulmuştur. Bu KHK ile ayrı tüzel kişilikleri haiz Özel Çevre Koruma Kurulu ve Başbakanlığa bağlı olarak Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı oluşturulmuş, özel çevre koruma bölgelerinde yapılacak her türlü yapı ve tesis anılan Kurulca belirlenecek esaslar çerçevesinde ÖÇKK Başkanlığının iznine ve denetimine bırakılmıştır. Bunlara ek olarak malî gereksinimleri karşılamaya yönelik Özel Çevre Koruma Fonu oluşturulmuştur.

444 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Başbakanlığa bağlı ÖÇKK Başkanlığı, Başbakanlıktan ayrılarak Çevre Bakanlığına bağlanmış, Kurumun

¹²⁶ Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği'nin 7. maddesinde, Kıta içi yüzeysel suların kalitelerine göre sınıflandırması yapılmıştır. Buna göre, sınıf I, yüksek kaliteli suyu, sınıf II az kirlenmiş suyu, sınıf III kirliliği, sınıf IV ise, çok kirlenmiş suyu ifade etmektedir.

oluşturulduğu dönemde faaliyette bulunan Özel Çevre Koruma Kurulu ise aynı KHK ile kaldırılmıştır.

383 sayılı Kanununun 19/1. maddesine göre, özel çevre koruma bölgelerinde yapılacak her türlü yapı ve tesis Kurulca belirlenecek esaslar çerçevesinde Başkanlığın iznine ve denetimine tabidir.

Yapılan tahsisler, verilmiş ön izinler ve ruhsatlar ile her ölçekteki projeler Başkanlığın amaç ve ilkeleri doğrultusunda yeniden değerlendirilir. Bölge içerisinde uygulanmakta olan planlar için kat ve yoğunluk sınırlaması konulabilir. Kanalizasyon atık ve artıklarının çevreyi ve denizi kirletmeyecek şekilde yapılması mecburidir. Altyapı atık ve artıkların arıtılmasını veya açık denize atılmasını sağlayacak şekilde düzenlenir (383 sayılı KHK m. 19/1-a).

383 sayılı KHK'nin 19/1-b maddesi, özel çevre koruma bölgesi sınırları içerisinde belediye ve mücavir alanlar dışında, köy yerleşik alanları içinde ve civarında ve mezralarda yapılacak konut, hayvancılık veya tarımsal amaçlı yapılar için Bayındırlık ve İskân Müdürlüğünden inşaat ve iskân ruhsatı alınmasını öngörmektedir. Ancak, bilindiği gibi, 22.2.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun¹²⁷ 6. maddesine göre, il özel idareleri, il sınırları içinde, diğer görevlerinin yanında ilin çevre düzeni plânı, bayındırlık ve iskân, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi gibi çevre ve imarla ilgili görevleri yerine getirmekle yükümlü kılınmış (m. 6/1-a); aynı maddenin (b) bendinde ise, il özel idarelerinin imar, yol, su, kanalizasyon, katı atık, çevre, acil yardım ve kurtarma, kültür, turizm, gençlik ve spor; orman köylerinin desteklenmesi, ağaçlandırma, park ve bahçe tesisine ilişkin hizmetleri ancak il sınırları içinde ve fakat belediye sınırları dışında yürütmekle görevli ve yetkili oldukları vurgulanmıştır (m. 6/1-b). Her ne kadar, 5302 sayılı Kanunun, "uygulanamayacak hükümler" başlığını taşıyan 70. maddesinde, 383 sayılı KHK'den bahsedilmemekte ise de, kanaatimizce, 5302 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, belediye ve mücavir alanlar dışında imarla ilgili her türlü görev ve yetkiler il özel idarelerine verilmiş olduğundan; 383 sayılı KHK'nin 19/1-b maddesinde geçen "Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü" deyimini, il özel idaresi olarak anlamak gerekir. Çünkü, 5302 sayılı Kanun, bu kanuna aykırı olan diğer kanun hükümlerini, yerel nitelikte olan ve belediye ve mücavir alanlar dışında bulunan her türlü görev için açıktan olması bilme zımnen ilga etmiştir. Bu görüşümüzü doğrulayan bir diğer hüküm de 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 10/1-c maddesidir. Zira bu maddede, "İl çevre düzeni plânı ile belediye sınırları dışındaki alanların imar plânlarını görüşmek ve karara

¹²⁷ RG: 04.03.2005, Sayı: 25745.

bağlamak” il özel idaresinin karar organı durumunda bulunan il genel meclisinin görevleri arasında sayılmıştır.

Çevre koruma bölgelerinde, doğayı bozmamak ve doğa ile uyum sağlamak ve kıyı mevzuatına aykırı olmamak şartıyla restoran, kafeterya, büfe, plaj, satış yeri, ofis, iskele, yat ikmal, bakım ve onarım yerleri ile bölgenin gerektirdiği diğer tesisler, günübirlik hizmet tesisleri ve müştemilatı ile yat yolcularının kısa süre içinde dinlenmesini sağlamak üzere az sayıda sınırlı yatak kapasitesine sahip yat oteller (yatel) için inşaat ve işletme izni verilebilir (383 sayılı KHK m. 19/1-c). Maddede sayılan yapılar belirli ve sınırlı sayıda değildir, örnek kabilinden sayılmıştır. doğayı bozmamak ve doğa ile uyum sağlamak ve kıyı mevzuatına aykırı olmamak şartıyla, bölgenin gerektirdiği diğer tesisler için inşaat ve işletme izninin verilebilmesi mümkündür.

383 sayılı KHK'nin 19/1-c' maddesinin aksi ile kanıtından, doğayı bozucu ve doğa ile uyumlu olmayan, kıyı mevzuatına aykırı olan restoran, kafeterya, büfe, plaj, satış yeri, ofis, iskele, yat ikmal, bakım ve onarım yerleri ile bölgenin gerektirdiği diğer tesisler, günübirlik hizmet tesisleri ve müştemilatı ile yat yolcularının kısa süre içinde dinlenmesini sağlamak üzere az sayıda sınırlı yatak kapasitesine sahip yat oteller inşa edilmesi yasak olduğu gibi, her nasılsa verilmiş olan inşaat izinlerine dayalı olarak yapılmış olan bu tür tesislere işletme izninin verilmemesi gerekir. Zaten, söz konusu edilen yapı ve tesislerle faaliyetlerin inşası veya işletilmesi, doğayı bozmasa ve doğa ile uyum sağlasa ve kıyı mevzuatına aykırı olmasa bile, söz konusu edilen yapı ve tesislerle faaliyetlerin inşasının veya işletilmesine Kurumca izin verilmeyebilir. Çünkü, 383 sayılı KHK ile Kuruma bu konuda bir takdir yetkisi verilmiştir. Ancak Kurum bu yetkisini hukuka uygun ve yerinde kullanmak zorundadır.

383 sayılı KHK, mevcut nazım ve uygulama imar planlarına ve mevzuata aykırı her türlü yapının 3194 Sayılı İmar Kanunundaki esaslar dahilinde yıktırılacağını öngörmektedir.¹²⁸ Dolayısıyla; özel çevre koruma bölgelerinde Kurumca hazırlanarak yürürlüğe sokulan nazım ve uygulama imar planlarına aykırı olarak yapı yapılamaz. Bu konuda 3194 sayılı Kanunun öngördüğü esaslar şu şekildedir. İzin ve eklerine aykırı yapılar ve bunların sonuçlarını, “Yapı Denetimi Hakkında Kanun” kapsamındaki yapılarla, bu Kanun kapsamı dışında kalan yapılar bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

4708 sayılı *Yapı Denetimi Hakkında Kanun* kapsamına girmeyen yapılar ise, yapı izin ve eklerine, aykırı olarak yapılmakta olduğu ilgili idare tarafından tespit

¹²⁸ KALABALIK, Halil, İmar Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 568-572.

edildikten sonra, mühürlenerek durdurulur. 3194 sayılı Kanununun 29'uncu maddesi uyarınca geçerliliğini yitiren bir iznin dayanağı projenin geçerliliğinden de söz edilemez.¹²⁹ Yapının görülebilecek herhangi bir yerine konulacak olan mühür, inşaatın tamamını kapsamış sayılır. Tespit edilen aykırılıklar giderilmedikçe, inşaaata devam edilemez. Ayrıca, yapının mühürlenmesinden sonra, inşaaata devam olunması, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 203. madde hükümlerine göre, mühür bozma suçunu teşkil eder.¹³⁰

Diğer taraftan, yapıda izin ve eklerine, projeye aykırı olarak yapılan değişiklikler, imar mevzuatına göre düzeltilmesi mümkün değilse, bu tür yapılar için de yıkımla ilgili hükümler uygulanır.¹³¹

3. Sulak Alanlarda

2872 sayılı Çevre Kanununda (m. 9), kentsel ve kırsal alanda arazi kullanım kararına uygun olarak tespit edilecek koruma alanları ve bu alanlarda koruma ve kullanım esaslarının yönetmelikle belirleneceği belirtilmiştir. Çevre ve Orman Bakanlığı'nca, Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşmenin (Ramsar Sözleşmesi) uygulanmasına yönelik olarak sulak alanların korunması, geliştirilmesi ve bu konuda görevli kurum ve kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyon esaslarının belirlenmesi amacıyla Sulak Alanları Koruma Yönetmeliği çıkarılmıştır.

Yönetmelikte sulak alan; "Sözleşmenin amacı bakımından, doğal veya yapay, devamlı veya geçici, suları durgun veya akıntılı, acı, tatlı veya tuzlu, denizlerin gelgit hareketlerinin çekilme devresinde altı metreyi geçmeyen derinlikleri kapsayan bütün sular, bataklık, sazlık ve turbalıklar" (m. 4/c) olarak tanımlanmıştır.

Yönetmelik, sulak alanların korunması amacıyla bazı faaliyetleri ya yasaklamış veya Çevre ve Orman Bakanlığının iznine tabi tutmuştur.

ba. Sekiz hektardan daha büyük doğal sulak alanlar doldurulamaz ve kurutulamaz. Sekiz hektardan daha küçük doğal sulak alanların kurutulması ve doldurulması Çevre ve Orman Bakanlığının iznine tabidir (m. 6).

bb. Doğal nitelikli sulak alanların ekolojik karakterini ve fonksiyonlarını olumsuz yönde etkileyecek ölçüde su alınamaz, sistemi besleyen akarsular ile diğer yüzey

¹²⁹ Danıştay, 6.D., 25.4.1994, E. 1993/4593, K. 1994/1594, DD, Y. 26, S. 90, 1996, s. 678-680.

¹³⁰ KARAHASAN, Mustafa Reşit; İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Cilt 2, Beta Yayınevi, İstanbul 1997, s. 2334.

¹³¹ KARAHASAN, İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Cilt 2, s. 2334.

Türk Hukukunda Kırsal Alanlarla İlgili Yapı Ve Faaliyet Yasakları

suların yönleri değiştirilemez veya sistemde su depolanamaz. Bu faaliyetler için planlama aşamasında Çevre ve Orman Bakanlığının uygun görüşü alınır(m. 7).

bc. Sulak alan koruma bölgelerinde; (1) Bakanlığın uygun görüşü alınmadan kum ve çakıl alınmaz. Kumulların doğal yapıları bozulamaz (m. 8). (2) Turba çıkarılması için arama ve işletme ruhsatı alınmadan önce Bakanlığın uygun görüşü alınır (m. 9). (3) Kuşların kuluçka alanlarını bozmamak kaydıyla, her yıl Ekim, Kasım ve Aralık ayları içerisinde, kara tarafından su kesimine doğru ve bütün saz alanının %30'unu geçmeyecek şekilde saz kesimi yapılabilir. Her bir sulak alan için, saz kesilecek alanlar ve kesilecek saz miktarı, yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde ilgili kuruluşların görüşleri alınarak Bakanlıkça tespit edilir. (4) saz yakılması yasaktır. (5) Mutlak koruma bölgesinde ise saz kesimi yapılamaz.

bd. Tampon bölge dışındaki sulak alan koruma bölgelerinde nadir, nesli tehlikede veya tehlikeye düşebilecek doğal bitki türleri ilgili bakanlıkların yanı sıra Bakanlığın uygun görüşü alınmadan kesilemez ve sökülemez, hayvan türleri toplanamaz. Bu Yönetmelik kapsamına giren alanlarda yabani hayvanların yumurtalarının toplanması ve yuvalarının bozulması yasaktır (m. 11).

be. Doğal sulak alanlara, hangi amaçla olursa olsun bilimsel araştırma yapılmadan ve Bakanlığın uygun görüşü alınmadan yabancı türler atılamaz, bırakılamaz. Geçmişte atılmış ve bilimsel araştırmalar sonucunda sulak alan ekosisteminde ciddi olumsuzluklar yarattığı tespit edilen yabancı türlerin alandan uzaklaştırılması; bu mümkün olmuyorsa popülasyonlarının kontrol edilmesi ilgili bakanlıklarca sağlanır (m. 12)..

bf. Sulak alan koruma bölgelerinde, kuşların barınması ve üremesi için yeni habitatlar oluşturmak amacıyla ağaçlandırmalar yapılabilir (m. 13).

bg. Sulak alanlara ve sulak alanları besleyen tüm sulara veya sisteme bağlantılı kuru derelere hiçbir surette arıtılmamış evsel ve endüstriyel atık sular verilemez. Atık su deşarjı ile ilgili olarak, 2872 sayılı Çevre Kanununa dayanılarak çıkarılan Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği; su ürünleri istihsal sahalarında ise 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununa dayanılarak çıkarılan Su Ürünleri Yönetmeliği hükümleri geçerlidir (m. 14).

bh. Sulak alan koruma bölgelerine çöp, moloz, hafriyat, dip tarama ve proses artığı çamurları dökülemez. Bakanlığın uygun görüşü alınmadan dip taraması yapılamaz ve dip çamuru çıkarılamaz (m. 15).

bi. Uluslararası öneme sahip yapay sulak alanlar, yaban hayatı varlığına özen gösterilerek yapım amacına uygun olarak kullanılır (m. 16)

G. Köy Yerleşme Alanlarında

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 27. maddesine göre, "Belediye ve mücavir alanlar dışında köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanların köy yerleşik alanları ve civarında ve mezralarda yaptıracığı konut, hayvancılık veya tarımsal amaçlı yapılar için inşaat ve iskân ruhsatı aranmaz. Ancak yapının fen ve sağlık kurallarına uygun olması ve muhtarlıktan izin alınması gerekir."

Bununla birlikte, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği ile belediye ve mücavir alanları dışında bulunan ve planı bulunmayan köy ve mezralarda uygulanmak üzere bazı ruhsat ve yapılaşma ile ilgili bazı kurallar getirilmiştir.

Gerçekten Yönetmeliğin 57. maddesine göre, "köy ve mezraların yerleşik alanlarında ve civarında sadece köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlarca yapılacak konut, tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile müstemilat binaları yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi değildir. Ancak, yapı projelerinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair valilik görüşü alınmasından sonra, muhtarlıkça izin verilmesi ve bu izne uygun olarak yapının yapılması şarttır."

Bu hükme göre, bir yapının yapı ruhsatına ve yapı kullanma iznine tabi olmaması için;

- Köy ve mezraların yerleşik alanlarında ve civarında sadece köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlarca yapılacak olması ve,
- Yapılacak yapının, konut, tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile müstemilat binaları niteliğinde bulunması gerekir.

Bu nedenle, öncelikle, yapının bulunduğu taşınmazın köy yerleşik alanı ve civarında kalıp kalmadığının, yapı sahibinin köy nüfusuna kayıtlı olup olmadığının ve köyde sürekli oturup oturmadığının¹³² ve kapasitesi, boyutları ve amacı açısından 3194 sayılı Kanununun 27. maddesi kapsamında konut, tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile müstemilat binaları niteliğinde bulunup bulunmadığının¹³³ araştırılması gerekir.

İnşa edilen yapının fen ve sağlık kurallarına uygunluğu İmar Kanununun 30 uncu ve 5302 sayılı Kanunun 6/b, 10/c ve 70 maddelerine göre il özel idarelerince belirlenir. Buna göre, yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması

¹³² Danıştay., 6.D., 18.3.2002, E. 2001/341, K. 2002-1685, ERGEN, Cafer –BÖKE, Veli; Kaçak Yapı, Seçkin, Ankara 2005, s. 224.

¹³³ Danıştay., 6.D., 09.01.1996, E. 1995/847, K. 1996/61, ERGEN–BÖKE; Kaçak Yapı, s. 225.

mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren il özel idaresi, 27 nci maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması zorunludur. İl özel idareleri, ilgililerin başvurularını en geç otuz gün içinde sonuçlandırmak zorundadırlar. Aksi halde, bu sürenin sonunda yapının tamamının veya biten kısmının kullandırılmasına izin verilmiş sayılır. Ancak, Mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir.

İl özel idareleri, talep halinde köy yerleşik alanlarında yapılacak yapılar için, yörenin geleneksel, kültürel ve mimari özelliklerine uygun olarak üretilmiş projeleri temin edebilirler.

“57 nci maddede sayılanlar dışında kalan yapılar ile köy nüfusuna kayıtlı olmayan, köyde sürekli oturmayanlar ve köy nüfusuna kayıtlı olmakla birlikte köyde sürekli oturmayanlar tarafından yapılacak tüm yapılar, yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabidir. Yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni valiliklerce düzenlenir. Bu kapsamda kalan yapılarda ruhsat, proje, fenni mesuliyet ve sürveyanlık hizmetleri hakkında 3030 sayılı Kanun Kapsamında Kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin ilgili hükümlerine uyulur. İmar mevzuatına aykırı yapılar hakkında 3194 sayılı İmar Kanunu hükümleri uygulanır.

H. Mera, Yaylak ve Kışlaklarda

25.02.1998 tarih ve 4342 sayılı Mera Kanunu'nun¹³⁴ “inşaat yasağı” başlığını taşıyan 20. maddesinde, “yaylak ve kışlaklarda, 442 sayılı Köy Kanununda öngörülen inşaatlar ile valiliklerden izin alınmak suretiyle imar mevzuatına göre yapılacak kullanma amacına uygun mandıra, suluk, sundurma ve süreklilik göstermeyen barınak ve ağıllar ile Turizm Bakanlığının talebi üzerine turizme açılması uygun görülen bölgelerde ahşap yapılar dışında ev, ahır ve benzeri inşaatlar yapılamaz ” denilmektedir.

Bu madde ile mera, yaylak ve kışlaklarda yapı yapma yasağı düzenlenmektedir. Bu maddeden anlaşıldığına göre meralarda inşaat yasağı kesindir.¹³⁵ Yaylak ve kışlaklarda ise ancak maddede öngörülen yapılara izin verilmiştir. Bunların dışındaki yapılar yasaktır.

¹³⁴ RG: 28 Şubat 1998, Sayı: 23272

¹³⁵ CİN, Halil – SURLU, Mehmet Handan; Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Türk Hukukunda Mera, Yaylak ve Kışlaklar ve Mera Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 214.

IV. KIRSAL ALANLARA İLİŞKİN İNŞAAT VE FAALİYET YASAKLARINDAN DOĞAN SORUMLULUK

Kırsal alanların kullanımında sorumluluktan beklenen amaç, bütün vatandaşların ortak varlığı olan kırsal alanların (kıyı ve sahil şeritlerinin, kültür ve doğa varlıklarının, sulak alanların, mera, yaylak ve kışlakların, özel çevre koruma bölgelerinin vb.) korunması bugünkü ve gelecek kuşakların düzeyinin güvence altına alınması gerekliliğinden hareketle herkesin kırsal alanları kirleten, bozan faaliyetlerinin durdurulmasını isteme ve bu kişi ve kurumların işlem ve eylemlerinden dolayı sorumlu olmaları ilkesine dayanmaktadır.

Kırsal alanları korumak amacıyla idari, siyasi, hukuki birtakım araçlara başvurulmuş olmakla birlikte her geçen gün bu araçların yeterli olmadığı daha da anlaşılmaktadır. Bu nedenle, kırsal alanların kullanımına ilişkin kullanıcı sorunlarının çözümünde ve kırsal alanlarının korunmasında ceza hukuku normlarına başvurulmuştur.

Uluslar arası Hukuk Komisyonunun hazırlamış olduğu taslakta, “doğaya, çevreye yaygın, uzun dönemli ve ciddi zarar verme” çevresel suç olarak edilmiştir.¹³⁶ Bu konu Uluslar arası Ceza Hukuku Derneğinin girişimiyle 12. Ceza Hukuku Kongresinde ivedilikle gündeme alınması gereken konular arasında kabul edilmiştir. AB ölçeğinde de ele alınmış olup çevresel değerlerin ve kıyının Ceza Hukuku yoluyla korunmasını düzenleyen taslak rapor kabul edilmiştir. Uluslar arası alanda konu ile ilgili olarak Uluslar arası Çevre Ceza Mahkemeleri kurulması aşamasına gelinmiştir.¹³⁷

Türk Kanun Koyucusu da, uluslararasıdaki bu gelişmelere paralel olarak, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren, 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) “Özel Hükümler”i düzenleyen İkinci Kitabının “*Topluma Karşı Suçlar*” başlığını taşıyan Üçüncü Kısımın “*Çevreye Karşı Suçlar*” başlığını taşıyan İkinci Bölümünde, “*Çevrenin Kasten Kirletilmesi*” (m. 181), “*Çevrenin Taksirle Kirletilmesi*” (m. 182), “*Gürültüye Neden Olma*” (m. 183) ve “*İmar Kirliliğine Neden Olma*” (184) suçlarına yer vermiştir.

Çevrenin kasten kirletilmesinin düzenlendiği TCK m. 181’de, ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişilerin altı aydan iki yıla kadar; atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı

¹³⁶ TURGUT, Nükhet; Çevre ve Yurttaşlık, Savaş Yayınları, Ankara 1993.

¹³⁷ DOĞAN-BURAK-AKKAYA, Türkiye Kıyıları, s. 155.

özellik göstermesi halinde, bu cezaların iki katı kadar artırılacağı öngörülmüştür. Hatta, bu fiillerin, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi halinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına ve bin güne kadar adli para cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir. Maddenin gerekçesinde, çevrenin kasten kirletilmesi fiillerinin suç tanımlanması suretiyle kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarının korunmuş olduğu vurgulanmaktadır.

Kanunun gerekçesine göre, suç atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya kasten verilmesiyle oluşur. Ancak, atık veya artıkların ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere uygun olarak doğal ortama bırakılması halinde hukuka aykırı bir davranışın varlığından ve dolayısıyla bu suçun oluştuğundan söz edilemez.¹³⁸ Çevrenin kasten kirletilmesi suçunu işleyen tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur (TCK m. 181/5).

TCK m. 182’de, çevrenin m.181’de belirtilen şekilde taksirle kirletilmesi suç olarak düzenlenmiştir.

TCK’nun 184. maddesinde “İmar Kirliliğine Neden Olma” suç olarak düzenlenmiştir. Maddede, yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişilerin ve yapı ruhsatı olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişilerin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüş ve bu madde hükümlerinin ancak belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerlerde uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, kamu davası açılmayacağı, açılmış olan kamu davasının düşeceği, mahkum olunan cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi özel imar rejimine tabi yerlerde de imar kirliliğine neden olma suçunu işleyenler cezalandırılmaktadır. Maddenin gerekçesinde, özel imar rejimine tabi yer olarak organize sanayi bölgeleri örnek olarak gösterilmiştir. “Özel imar rejimi” ibaresinin, özel çevre koruma bölgeleri, gibi, kıyıları gibi, kültür ve tabiat varlıkları bulunan alanlar gibi kendine has özel imar rejimi bulunan kırsal alanlara doğru da genişletilmesi, yargı kararlarıyla mümkün olacaktır. Çünkü, hangi bölgelerdeki imar

¹³⁸ MERAN, Necati; Gerekeçeli-Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Seçkin, Ankara 2004, s. 891.

rejiminin özel imar rejimine girdiği, ancak yargı kararlarının uygulamalarıyla ve bu konuda çalışan bilim adamlarının görüşleriyle ortaya çıkacaktır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Kıyıları ile sahil şeritleri ile aynı statüde bulunan alanlardan yararlanma Anayasal bir haktır. Bu hakkın, Anayasanın bireylere tanıdığı diğer haklarla (yaşama, mülkiyet ve çevre hakları) doğrudan ilişkisi bulunması nedeniyle kıyı kullanımı ile korunması arasındaki dengenin sağlanması gerekmektedir. Kıyılardan yararlanma bir hak olduğu için, mutlaka kanun veya kanuna eşdeğer metinlerle, genellik, eşitlik, serbestlik ve bedelsizlik ilkeleriyle uyumlu olarak düzenlenmesi gerekir.

Hassas kırsal alanların korunması için, bu alanlar üzerinde çok büyük tahrip etkisi olan turizm, sanayi ve konut yerleşimlerinin yarattığı yanlış yer seçimi, orman yangınları ve çevre kirliliği gibi faaliyetler üzerinde durmak gerekmektedir. Hassas ve ekolojik değeri yüksek alanların en çok bulunduğu kıyıları ve sulak alanları ile ormanları için yeni çözümler ve çevre hukuku teknikleri getirilmelidir.

Özel korumaya muhtaç alanlarımız kadar, ülke bütününde çevre korumacılığının yaygınlaştırılması ve idari kararlarda süreklilik sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle ülkenin doğal kaynaklar envanterinin çıkarılarak, kısa dönemli geçici çözümler yerine, uzun dönemli kalıcı çözüm üreten politikalar belirlenmeli ve buna göre, koruma-kullanma dengesi sağlanarak, kırsal alanların niteliklerine uygun kullanımlara izin verilmelidir.¹³⁹

Şüphesiz eskiyi korumak kadar günümüz ihtiyaçlarının da karşılanması gerekmektedir. Ne pahasına olursa olsun korumacılık yerine, kârlılık ve korumacılık arasındaki en iyi dengenin toplum yararına nasıl sağlanacağını belirlemek doğru bir yaklaşım olarak görülmektedir. Bu nedenle, koruma sistemlerinde, ekolojik açıdan insan kullanımlarının çok önemli olumsuz sonuçlar doğurduğu hassas bölgeler ve durumları dışında, koruma – kullanma dengesi göz önüne alınarak geliştirilmiş insan faaliyetlerine izin verilmelidir.

Kıyıları ve sahil şeritleri ile diğer sulak alanları üzerinde insan faaliyetlerinin olumsuz etkisini önleyecek çözümlerin başında deniz ve suların kirlenmesini önleyici kanalizasyon ve arıtma tesislerinin gerçekleştirilmesi gelmektedir. Turizm faaliyetlerinin ekolojinin kurallarına uygun planlanması ve yürütülmesi, turizm tesislerinin kıyıdan uzakta ve doğayla uyumlu yapılması, turizm faaliyetlerinin

¹³⁹ ÖZGÜR, Hüseyin; Türkiye'nin Özel Çevre Koruma Bölgeleri Politikası ve Foça Örneği, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1993, s. 177.

Türk Hukukunda Kırsal Alanlarla İlgili Yapı Ve Faaliyet Yasakları

yürütüldüğü alanlarda olumsuz etkileri ortadan kaldırmak için korunması gereken alanlar ile turizm alanları arasında tampon bölge oluşturulmalıdır.¹⁴⁰

Yukarıda da ifade edildiği gibi, kırsal alanları korumak amacıyla kanunlarla çeşitli faaliyet ve inşaat yasakları getirilmektedir. Bu yasaklar, kırsal alanları ve doğal zenginlikleri korumak için getirilmiş olduğundan, söz konusu yasaklara uyulup uyulmadığının iyi denetlenmesi gerekir. Ayrıca, kırsal alanları kullanmaktan yasaklamak da bir çözüm değildir. Çünkü, yasak koymak ve bu yasaklara uymayanları idari veya cezai yaptırımlara tabi tutmak bu yasaklara ilgiyi ve tepkiyi artırır. Tarih bunun örnekleriyle doludur. Örneğin, 1627 yılında XIII. Louis, Paris'in genişlemesine engel olmak için ev yapımına yıkım yaptırımı getirmiş olmasına rağmen 30 yıl içinde 1300 yeni ev yapılmıştır.¹⁴¹ Bu nedenle, imar hukukunun tüm araç ve kurumları koordineli bir şekilde uygulanarak, kırsal alanlardaki imar ve inşaa faaliyetleri bir disiplin altına alınabilir.

Kırsal alanları korumak amacıyla getirilen faaliyet ve inşaat yasaklarının etkin kılınabilmesi için bazı tedbirlerin alınması gerekir. Bu tedbirlerin başında kırsal alanların kullanım planlarının yapılması gelmektedir.

Belirli özellikleri nedeniyle korunması gereken kırsal alanların korunması amacıyla şunların yapılması önerilir:

1. Koruma altında olan alanların sınırlarının ve bu alanla ilgili yasakları gösteren duyuruların asılması,
2. İlgili kurumların, korunan alanlarda yerleşmiş bulunan halkı bilgilendirmek ve bilinçlendirmek amacıyla toplantıların yapılması,
3. Çevresel açıdan duyarlı alanları etkileyen projelere uygulanabilen, vaziyet planı veya daha sert parselleme standartlarını içeren toprak kullanım planlarının yapılması,
4. Türk Ceza Kanunu'nun 181. maddesinde, özel imar rejimine tabi yerlerde imar kirliliğine neden olma, bir suç olarak düzenlendiği için, korunmak istenen alanların özel imar rejimine tabi kılınması gerekir.

¹⁴⁰ ÖZGÜR, Türkiye'nin Özel Çevre Koruma Bölgeleri Politikası ve Foça Örneği, s. 178.

¹⁴¹ YILMAZ, Mustafa; İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma, Seçkin, Ankara 2002, s. 135.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AKIN, Ümit, İdare Hukuku Açısından Kıyıların Tabii Olduğu Hukukî Rejim, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.

AKYILMAZ, Bahtiyar; İdarî Usul İlkeleri Işığında İdarî İşlemin Yapılış Usûlü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

ARTUKMAÇ, Sadık, “Kıyıların Yağmasını ve Turizmi Geliştirici Tedbirler”, T.İ.D., Y: 47, S. 356, 1976, s. 10-25.

ARTUKMAÇ, Sadık; Türk İmar Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1979.

BERGER, Bernard B., “The urban Wastewater Infrastructure”, Jesse H. Ausubel and Robert Herman (Ed.), Cities and Their Vital Systems Infrastructure Past, Present, and Future, National Academy Press, Washington, D.C. 1988, s. 278-293.

CİN, Halil – **SURLU**, Mehmet Handan; Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Türk Hukukunda Mera, Yaylak ve Kışlaklar ve Mera Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.

DOĞAN, Ertuğrul – **BURAK**, Semlin – **AKKAYA**, M. Ali; Türkiye Kıyıları, Beta, İstanbul 2005.

DPT, 8. BYKP “Kırsal Kalkınma” ÖİK Raporu, Ankara 2000.

ERGEN, Cafer – **BÖKE**, Veli; Kaçak Yapı, Seçkin, Ankara 2005.

GERAY, Cevat; «Kıyılarına İlişkin Düzenlemelere Toplu Bakış», AİD, C: 10, S: 1, Mart 1977, s. 62-80.

GİRİTLİ, İsmet – **BİLGEN**, Pertev - **AKGÜNER**, Tayfun; İdare Hukuku II, Der Yayınları, İstanbul 1999.

BİLGEN, Pertev; İdare Hukuku Ders Notları (İdare Malları), İ.Ü., Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, İstanbul 1995.

GÜLÇUBUK, Bülent; AB ve Türkiye’de Kırsal Yapı ve Kırsal Kalkınma, http://www.wwf.org.tr/tr/docs/sunum_bulentgulcubuk.pdf, (24.02.2006).

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 1997.

HANSON, Roys, “Water Supply and Distribution: The Next 50 Years” Jesse H. Ausubel and Robert Herman (Ed.), Cities and Their Vital Systems Infrastructure Past, Present, and Future, National Academy Press, Washington, D.C., 1988, s. 258-277.

KALABALIK, Halil, İmar Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

KALABALIK, Halil; Temel Hukuk Bilgisi, 3. Baskı, Değişim Yayınları, İstanbul 2003, s. 24.

KARAHASAN, Mustafa Reşit; İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Cilt 2, Beta Yayınevi, İstanbul 1997.

KELEŞ, Ruşen; “Kıyıların Korunması ve Toplum Yararı”, AÜSBFD, C. XLIV, No: 1-2, Ocak – Haziran 1989.

KELEŞ, Ruşen; Kentbilim Terimleri Sözlüğü, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 1998.

KELEŞ, Ruşen; Kentleşme Politikası, İmge Kitabevi, Ankara, 1990.

KIRATLI, Metin; «İdarenin Bayındırlık Hizmetleri», AÜSBFD, C: XXVII, No: 4, Aralık 1972, s. 53- 81.

KUNTALP, Erden, «Kıyıların Hukuksal Düzeni», Mimarlık Dergisi, Y: 14, S. 147, 1976.

SİRMEN, Lale «Kıyı Değişiklikleri I», Yargıtay. Dergisi, C. 5, S. 4.

Milli Eğitim Bakanlığı, Örnekleriyle Türkçe Sözlük 2 (F-K), Milli eğitim Bakanlığı Yayınları:2799, Ankara 1995, s. 1668.

ONAR, S. S., İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. II, 3. Bası İstanbul, 1967

ÖRÜCÜ, Ersin; Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı - Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları No: 473, İstanbul 1976

ÖZGÜR, Hüseyin; Türkiye'nin Özel Çevre Koruma Bölgeleri Politikası ve Foça Örneği, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1993.

SAĞLAM, Fazıl; Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayını, Ankara 1982.

Prof.Dr. Halil KALABALIK

SUHER, Hande; Şehircilik, İTÜ Mimarlık Fakültesi Baskı Atölyesi, İstanbul 1996.

TURGUT, Nükhet; Çevre ve Yurttaşlık, Savaş Yayınları, Ankara 1993.

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, Ankara 2005. <http://www.tdk.gov.tr/TDKSOZLUK/sozbul.ASP?KELIME=K%FDrsal+b%F6lge&YENIARAMA=+++Ara+++&GeriDon=0&EskiSoz=>, (11.02.2006).

UĞURLU, Yücel; İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin, Ankara 2003.

YAYLA, Yıldızhan; Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği, Fakültemler Matbaası, İstanbul 1975.

YILMAZ, Mustafa; İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma, Seçkin, Ankara 2002.

MAKALENİN YABANCI DİLDE BAŞLIKLARI

İngilizce: “Prohibitions of Construction And Activities related Rural Areas In The Turkish Law”

Fransızca: “L’interdiction de la Construction et les Activités Liées les Zones Rurales de la Loi Turque”

Almanca: “Verbot von Bau und Aktivitäten im Zusammenhang mit den Ländlichen Gebieten der Türkischen Gesetz”

İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: “Fiili Yol”

Yrd. Doç. Dr. Gürsel KAPLAN¹

Özet:

Açık bir yolsuzluk ve hukuka aykırılıkla malûl bir idari işlemle mülkiyet hakkına veya başka bir temel bir hak veya özgürlüğe bir saldırının söz konusu olması ve bunun maddi ve fiili icra yani icrai ve fiili ameliyeler ile uygulanması halinde fiili yol hali söz konusu olur. Fiili yolun bu kurucu şartlarının gerçekleşmesi halinde, gerek bu halin tespiti ve gerekse buna bağlı olarak söz konusu duruma son verilmesi ve bu durumun yol açtığı zararlı sonuçların tazminine karar verme yetkisi adli yargı yerlerine geçmektedir. Başka bir deyişle, fiili yol halinin varsayıldığı hallerde İdare, İdare Hukukunun kendisine uygulanması ayrıcalığını kaybetmekte ve tıpkı bir özel hukuk kişisi gibi adli yargı yerlerince yargılanmaktadır. Ondokuzuncu yüzyılın başlarında hazırlanan bu teori, temelde, İdari yargının tarafgirliği ve yetersizliği nedeniyle, kamu gücü karşısında kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile mülkiyet hakkını adli yargı yerleri kadar etkili bir şekilde koruyamayacağı varsayımına dayanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: temel hak ve özgürlük, mülkiyet hakkı, ağır ve açıkça hukuka aykırı, fiili yol, adli yargı.

Une Institution Archaïque et Anachronique du Droit Administratif: “La Voie de Fait”

Resumé:

Il s'agit de voie de fait lorsque, dans l'accomplissement d'une activité matérielle d'exécution, l'administration commet une irrégularité grossière, portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique fondamentale. Lorsque sont réunis les éléments constitutifs de la voie de fait, la présence de celle-ci entraîne la compétence de juridiction judiciaire pour constater la voie de fait, la faire cesser ou réparer ses conséquences dommageables. Autrement dit, l'administration, dans l'hypothèse de la voie de fait, se trouve en quelque sorte déchu des règles de protection juridictionnelle du droit administratif; elle est soumise au contrôle du juge dans les mêmes conditions qu'un simple particulier. Elaborée au début de XIX. siècle, à une

¹ Yard. Doç. Dr. Gürsel KAPLAN, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir.

époque où la justice administrative semblait n'offrir qu'une protection restreinte aux administrés et à la fois pour sa partialité, la théorie de la voie de fait a pour but de confier à l'autorité judiciaire le soin de défendre les droits fondamentaux contre l'éventuel arbitraire des pouvoirs publics.

Mots Clés: liberté publique fondamentale, droit de propriété, grave et manifestement illégale, voie de fait, juridiction judiciaire.

İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (“Fiil Yol”)

Öğreti ve yargısal kararlarda “teaddî”², “İdarenin tamamıyla mesnedsiz işlem ve eylemleri”³, “İdarenin hukuk dışı fiilleri”⁴, “İdarenin usul dışı fiilleri”⁵, “İdarenin haksız fiilleri”⁶ gibi terimler ile de ifade edilen “fiili yol” kavram ve kurumu, İdare Hukukunun diğer birçok kavram ve kurum gibi, Fransız İdare Hukukundan alınmıştır.

Fransız İdare Hukuku literatüründe “*voie de fait*” olarak adlandırılan ve yargı yerleri tarafından “*düşünülmüş*” olmakla birlikte öğreti tarafından sistematize edilen⁷ bu kavram ve kurumla, İdarenin apaçık bir şekilde hukuka aykırılıkla malûl olan işlem ve eylemleriyle mülkiyet hakkını veya başka herhangi bir temel hak yahut özgürlüğü ihlâl etmesi hali anlatılmak istenmektedir.⁸

Kısaca bu şekilde tanımlanabilecek olan fiili yol, İdare ve ajanının normalde idare hukuku kurallarına göre belirlenecek olan hukuki sorumluluğunun hukuksal nitelik ve temelini değiştirmekte ve bunun sonucu olarak görevli yargı yerinin de (yargı kolunun, yargı düzeninin) değişmesi gibi çok önemli birtakım hukuksal sonuçlara yol açmaktadır.⁹

² Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1964, s. 52; Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 420; İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 744. “Teaddî” kelimesi, “tecavüz; saldırma; sataşma; başkasının hakkına el uzatma” anlamlarına gelmektedir. Bkz: Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, Yenilenmiş Dokuzuncu Baskı, Yetkin, Ankara, 2005, s. 1200.

³ Adil ÖZKOL, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1970, s. 56.

⁴ Kâzım YENİCE/Yüksel ESİN, **İdari Yargılama Usulü, Cilt-1**, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s. 371-372.

⁵ Celâl KARAVELİOĞLU, **İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt: I**, 5. Baskı (basımevi ve yeri yok), 2001, s. 805.

⁶ Taner AYANOĞLU, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal, İstanbul, 2004, s. 52.

⁷ Jean-Marie AUBY/Roland DRAGO, **Traité De Contentieux Administratif**, Tome Premier, 2. Édition, LGDJ, Paris, 1975, s. 552.

⁸ Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: I, II, III**, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1669-1670; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, **İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 192-193; Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku I**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 142-143; Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku, Cilt I**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 891, 952; Yücel OĞURLU, “İdare Hukukunda ‘Fiili Yol’ ve Yargısal Denetimi”, **KHUKA**, 1 (2003), s. 59-60 (OĞURLU’nun bu çalışmasına aynı başlık altında ve tam metin ve fakat dipnotsuz olarak, Turan YILDIRIM’ın **İdari Yargı**, Beta, İstanbul, 2008, adlı eserinin 32-51 sayfalarında da yer verilmiştir); Turgut CANDAN, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005, s. 495; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 551.

⁹ ÖZAY, a.g.e., s. 744-745.

Böyle olmakla birlikte, “*Danıştay’ın çekingenliği nedeniyle*” fiili yol kavram ve kurumunun hukukumuzda yeterince yerleşmemiş olduğu belirtilmektedir¹⁰. Bu tespit, sonucu itibariyle doğrudur. Gerçekten de, Danıştay’ın pek nadir olarak fiili yol nedeniyle görevsizlik kararı verdiği görülmektedir¹¹. Daha doğru bir deyişle, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin fiili yola ilişkin uygulamasının büyük ölçüde, “*kamulaştırmaz el atma*” şeklinde gerçekleşen mülkiyet hakkının ihlâline ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı kaldığı¹² söylenebilir¹³. Fakat bizce doğru olan da budur. Başka bir deyişle, Danıştay’ın fiili yol kavramına fazla hayat hakkı tanımamış olmasına olumlu bir gözle bakmak gerekir¹⁴. Çünkü bu teori, idari uyuşmazlıkların

¹⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 193; OĞURLU, a.g.m., s. 69.

¹¹ Bu itibarla belirtelim ki, Danıştay’ın bu kavram ve kuruma hiçbir ilgili bulunmayan bazı kararları da sanki öyleymişçesine eleştirilebilmektedir. Örneğin, OĞURLU anılan çalışmasında (s. 60), Danıştay 8. Dairesinin 01.12.1988 tarih ve E. 1996/1769, K. 1998/3986 sayılı kararı (**Danıştay Dergisi**, Sayı: 100, s. 371) ile Danıştay 5. Dairesinin 14.02.1995 tarih ve E. 1991/3198, K. 1995/695 sayılı kararını (**Danıştay Dergisi**, Sayı: 91, s. 430), koşulları bulunmadığı halde fiili yol kuramının uygulanmış olması nedeniyle eleştirmektedir. Oysa söz konusu kararlardan ilki, bakılan uyuşmazlığın 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 1. maddesinin kapsamına girip girmediği diğeri ise, bir kamu iktisadi teşebbüsüne bağlı olarak çalışan personelin kurumu zarara uğratması halinde söz konusu zararın tazmini için Devlet Memurları Kanununa göre mi yoksa 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye göre mi hareket edilmesi gerektiğine ilişkin olup, haksız fiil yahut fiili yol meselesiyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

¹² GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 195; AYANOĞLU, a.g.e., s. 60.

¹³ Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay’ın konuya ilişkin örnek kararları için bkz: CANDAN, a.g.e., s. 495-496; AYANOĞLU, a.g.e., s. 66 vd. OĞURLU, a.g.m., s. 64, vd. Mülkiyet hakkının ihlâli ile ilgili olan ve fiili yol kavramının açıkça anıldığı örnek bir karar için bkz: Danıştay 10. Dairesinin, 23.11.1993 tarih ve E. 1992/3686, K. 1993/4601 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı, 89, s. 586-588.

¹⁴ Aslında Fransız Hukukunda da fiili yol teorisinin uygulaması doğrusal bir çizgi izlememiştir. Teorinin ortaya çıkışı Krallık Rejimine (*Ancien Regime*) kadar gerilere gitmekle birlikte, “*idari rejim*”in temeli sayılan “*adli makamlar ile idari makamların ayrılığı ilkesi*”ni koyan 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun ile bağdaşır bulunmadığından eleştirilerin hedefi olmaktan kurtulamamış ve zaman zaman ortadan kalktığı izlenimini uyandıracak kadar uygulamasından vazgeçilmiş; fakat özellikle Birinci ve İkinci Dünya Savaşları döneminde ve izleyen yıllarda sıkça başvuru ve hukukumuza yabancı sayılabilecek olan “*dolayısıyla kamulaştırma*” ve “*usulsüz elkoyma*” kavram ve kurumları etrafında yapılan tartışma ve uygulanan çözümler ekseninde tekrar canlanmış (AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552-553). Çalışmamızın ilerleyen safhalarında aktaracağımız örneklerden görüleceği üzere, teorinin günümüzdeki uygulaması daha geniş bir alanı içine almakla birlikte, vergi borcu gibi sebeplerle pasaport hakkına ve dolayısıyla, seyahat özgürlüğüne yönelik ihlâl ile, izinsiz olarak ülkeye girmeye ve orada kalmaya çalışan yabancılar hakkında gerçekleştirilen çeşitli idari tedbir ve tasarruflar, bu konuların başında gelmektedir. Bu bağlamda bir fikir verebilecek örnekleri için bkz: René CHAPUS, **Droit Administratif Général, Tome 1**, 11. Édition, Montchrestien, Paris, 1997, s. 780 vd.; Charles DEBBACH/Jean-Claude RICCI, **Contentieux Administratif**, 8. Édition, Dalloz, Paris, 2001, s. 244 vd.; Gustave PEISER, **Contentieux Administratif**, 14. Édition, Dalloz, Paris, 2006, s. 87 vd.; Jean-François LACHAUME, **Droit Administratif**, 11. Édition, Puf, Paris, 1997, s. 232 vd.

idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuralına bir istisna teşkil etmektedir. Dolayısıyla, her istisnai durum gibi bunun da olabildiğince dar yorumlanması asıldır. Kaldı ki, hangi hallerde İdareden çıkan bir idari işlem veya eylemin böyle sayılması gerektiği de pek açık değildir. Çünkü her ne kadar, “açık bir yolsuzluk ve hukuka aykırılık” ile “mülkiyet hakkına veya amme hürriyetine tecavüz”ün söz konusu olması ve bunun “maddi ve fiili icra” yani “icrai ve fiili amelîyeler” ile uygulanması halinde fiili yol halinin gerçekleşeceği¹⁵ belirtilmekte ise de, bu üç koşulun hangi halde tam olarak gerçekleşmiş olduğunu söyleyebilmek pek kolay değildir.

Örneğin mülkiyet hakkı da temel hak ve özgürlüklerden biri sayıldığı halde, niçin ayrıca vurgulanmasına gerek duyulmaktadır? Oğurlu, bu durumun “Batı’da Kamu Hukukunun gelişiminde en az üç yüzyıllık tarihçesi içerisinde mülkiyet hakkına özel önem atfedilmesi ve Batı’da bu kavramın yüzlerce yıllık gelişimi ve belirli düşünce akımlarının şekillenmesinde merkez olması”¹⁶ ile açıklanabileceğini belirtmektedir. Mülkiyet hakkına ilişkin toplumsal içerikli yeni hukuksal yaklaşımlar ile bunların yansıtan anayasal ve yasal düzenlemelerin hâlâ böyle bir vurguyu haklı kılıp kılmadığı tartışmasını bir kenara bırakacak olursak, diğer “amme hürriyetleri”nden hangilerine yönelik ihlâlin –diğer koşulların da gerçekleşmesi kaydıyla- fiili yol sonucunu doğuracağı da açıklanmaya muhtaçtır.

Gerçekten de, “amme hürriyeti” kavramıyla bütün hak ve özgürlüklerin mi yoksa yalnızca “temel hak ve özgürlükler” olarak nitelendirilen belli bir kategori veya bu kategori içinde yer alan yalnızca belli bir sayıdaki hak ve özgürlüğün mü kast edildiği belli değildir. Konuyu ele alıp incelemiş olan müellifler de, bunu açıklamak yerine, genellikle birtakım somut örnekler vermekle yetinmektedirler¹⁷.

Aynı şekilde, bu konuyu ele alan müellifler, fiili yol kavram ve kurumunun “idari rejim”in yapısıyla bağdaşır bağdaşmadığı ve dahası olumsuz yön ve sonuçları üzerinde de hiç durmaksızın, yalnızca onun gerçekleşme şekli ve koşulları ile kendisine bağlanan hukuksal sonuçları sayıp sıralamakla yetinmişlerdir. Oysa Fransız

¹⁵ ÖZAY, a.g.e., s. 744; ONAR, a.g.e., s. 1668; GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 192-193; GÖZLER, a.g.e., s. 891, 952; OĞURLU, a.g.m., s. 60-61; André DE LAUBADÈRE/Yves GAUDEMET, **Traité De Droit Administratif, Tome 1**, 16. Édition, LGDJ, Paris, 2001, s. 421; Georges DUPUIS/Marié-José GUÉDON/Partice CHRÉTIEN, **Droit Administratif**, 8. Édition, Armand Colin, Paris, 2002, s. 624; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552-553.

¹⁶ OĞURLU, a.g.m., s. 59. Fransız İdare Hukukunda da benzer yönde düşünceler ifade edilmektedir. Buna göre, gayri menkul mülkiyeti zenginliğin ve ekonomik gelişmenin başlıca kaynağı görüldüğü için özel olarak korunmaya lâyık görülmüştür. Bkz: PEISER, a.g.e., s. 86.

¹⁷ ONAR, a.g.e., s. 1668-1669; YAYLA, a.g.e., s. 143; ÖZAY, a.g.e., s. 744 vd.; OĞURLU, a.g.m., s. 61-62; YENİCE/ESİN, a.g.e., s. 371-372; KARAVELİOĞLU, a.g.e., s. 805 vd.; AYANOĞLU, a.g.e., s. 58-59.

Hukukunda, başından beri bu kavram ve kurumun varlığına yönelik eleştirisel ve redçi yaklaşımlar bulunduğu¹⁸ halde, bizde bu yönde hiçbir gelişme yaşanmamış olması dikkat çekicidir. Bunun başta gelen nedeninin, meseleye temas eden müelliflerin genellikle Onar'ın konuya ilişkin olarak yaptığı mükemmel ve fakat daha çok belli bir dönemdeki anlayış ve uygulamayı yansıtan anlatımlarının dışına çıkmayarak onları tekrar etmekle yetinmiş bulunmaları¹⁹ olduğunu söylemek, kendilerine yapılmış bir haksızlık olarak görülmemelidir. Fiili yol kavram ve kurumunun Fransız Hukukuna nazaran bizde daha belirsiz ve yanlış anlamalara yol açabilen bir yapıya bürünmüş olmasında bunun da payı bulursa gerektir.

İşte bu çalışmamızla, konuya bu kavram ve kurumun muhtaç olduğu bir açıdan, eleştirel bir bakış açısından yaklaşarak onun şimdiye kadar pek gündeme getirilmemiş yani ihmal edilmiş ve dolayısıyla gölgede kalmış bulunan birtakım olumsuz yön ve sonuçlarını ortaya koymaya çalışarak sorunun bütün yönleriyle ve daha net bir şekilde görülebilmesine katkıda bulunmayı deneyeceğiz.

Fiili Yol Kavram ve Kurumunun Tanımı ve Varlık (Gerçekleşme) Koşulları

Genel kabul gören²⁰ ve aynı zamanda fiili yolun varlık yahut kurucu şartlarını da kapsayan bir **tanım** vermek gerekirse, “açık bir yolsuzluk ve hukuka aykırılık” ile “mülkiyet hakkına veya amme hürriyetine tecavüz”ün söz konusu olması ve bunun “maddi ve fiili icra” yani “icrai ve fiili amelîyeler” ile uygulanmasının fiili yol halini oluşturduğunu söyleyebiliriz.

Tanımdan hareketle, fiilin yol kavram ve kurumunun kümülatif nitelikteki varlık şartlarını, başka bir deyişle, kurucu nitelikteki şartlarını şu şekilde sıralayabiliriz.

¹⁸ CHAPUS, a.g.e., s. 780; René CHAPUS, **Droit Du Contentieux Administratif**, 13. Édition, Montchrestien, Paris, 2008, s. 1440-1441; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 418, 421, 425; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 253-254; PEISER, a.g.e., s. 89-90; LACHAUME, a.g.e., s. 232-233; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 625; Bernard PACTEAU, **Traité De Contentieux Administratif**, 1. Édition, Puf, Paris, 2008, s. 415; Jean RIVERO/Jean WALINE, **Droit Administratif**, 20. Édition, Dalloz, Paris, 2004, s. 489; Jean WALINE, **Droit Administratif**, 22. Édition, Dalloz, Paris, 2008, s. 550; Martine LOMBARD/Gilles DUMONT, **Droit Administratif**, 5. Édition, Dalloz, Paris, 2003, s. 323; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552-553.

¹⁹ Bu tespiti uygun düşmeyen çalışmalar bulunmaktadır. Örneğin Gözler'in İdare Hukuku (s. 891 vd.) adlı eseri ile Celâl ERKUT'un “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, (**İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Sayı: 1-3, Yıl: 9, 1988, Prof. Dr. Lûtfi DURAN'a Armağan Özel Sayısı**) başlıklı çalışmasını (s. 83-84) buna örnek gösterebiliriz. Fakat ne yazık ki, her iki yazar da konuya özet olarak değinmişlerdir.

²⁰ ÖZAY, a.g.e., s. 744; ONAR, a.g.e., s. 1668; GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 192-193; YAYLA, a.g.e., s. 142-143; GÖZLER, a.g.e., s. 891, 952; OĞURLU, a.g.m., s. 60-61; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 421; Marie-Christine ROUAULT, **Contentieux Administratif**, 2. Édition, Gualino Éditeur, Paris, 2003, s. 72; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 551.

I- İdareye yüklenebilecek bir işlem veya eylemin bulunması gerekir. Fiili yolun başta gelen koşulu budur. Ortada İdareye mal edilebilecek bir işlem veya eylem yoksa fiili yoldan bahsetmeye imkân olmaz. Bu halde, olsa olsa kişilerin yalnızca kendilerini ilzam eden haksız fiilinden söz edilebilir²¹. Örneğin, kamu görevlisi sıfatı bulunmayan kişilerin veya bu sıfatı bulunmakla birlikte, hizmet dışında ve hizmetle herhangi bir ilişkisi kurulamayacak olan tutum ve davranışları ancak ve yalnızca kendilerini ilzam edecek bir mahiyet taşıdıklarından, bunların fiili yol ile bir ilgisi bulunmamaktadır²². Yargı mensupları geniş anlamda kamu görevlisi sayılmakla birlikte, idarenin ajanı sayılmadıklarından, bunların idari ya da yarı yargısal nitelikteki işlemlerine de hiçbir şekilde fiili yol sonucu bağlanamaz²³. Buna karşılık, bir kamu hizmetini imtiyaz yoluyla yürüten özel hukuk kişisine atfedilebilecek işlem ve eylemlere böyle bir sonucun bağlanabileceği kabul edilmektedir²⁴.

İdareye yüklenebilecek olan böyle bir işlem veya eylemin kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilmiş olması gerekir. Çünkü İdarenin kamu gücüne dayanmadan, tıpkı bir özel hukuk kişisi gibi hareket ederek yaptığı işlem ve eylemler, başka hiçbir şart aranmadan zaten özel hukuk kurallarına tabi olacaktır. Dolayısıyla, fiili yolun bu koşulunun gerçekleşebilmesi için İdarenin kamu gücü ve kudretine dayanarak hareket etmiş olması şarttır. Bu itibarla belirtelim ki, Danıştay’ın bu konuya dikkat çeken yaklaşımı öğreti tarafından yanlış anlaşılmış ve isabetli olmayan sonuçlar çıkarılmıştır. Örneğin, Danıştay 11. Dairesinin 17.4.1980 tarih ve E. 1979/1995, K. 1980/1317 sayılı kararına²⁵ konu olan olayda böyle bir durum, yani İdarenin bir özel

²¹ Ragıp SARICA, **İdari Kaza**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayını, İstanbul, 1942, s. 27-28, 135-138; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 551.

²² Örneğin bir belediye başkanının özel bir şahsa ait olan işyerinde bulunan yiyecek maddelerini alabilecekleri konusunda belde halkına yaptığı sözlü bildirim bunlar tarafından hayata geçirilmesi üzerine ortaya çıkan uyuşmazlıkta fiili yol hali değil, olaya karışan kişilerin haksız fiil işledikleri sonucuna varılmıştır. Bkz: Cass. civ., 1.er, 25 novembre 1953, JCP, 1954. II. 8015 (AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 554).

²³ TGI (Tribunal de grande instance Nanterre), 4 juin 1982, *Jouanneaud*, JCP, 1983, II, p. 20116 (LACHAUME, a.g.e., s. 228).

²⁴ TC, 13 janvier 1992, *Affaire des Girondins de Bordeaux*, Recueil, p. 474 (LACHAUME, a.g.e., s. 228, 229); AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 553, dipnot: 31.

²⁵ Karar şöyledir: “Dava, Malatya Belediye Başkanlığına ait taşınmaz üzerinde belediyeye gelir sağlamak amacıyla yaptırılan İnönü Kapalı Çarşı İnşaatının temelindeki suyun şehir kanalizasyonuna bağlanması sonucunda davacının evinde kullanılan suyun kesilmesi sebebiyle uğradığı 100.000 lira maddi zararın tazmini isteğine ilişkin bulunmaktadır.

Danıştay’da idare aleyhine açılacak tazminat davalarının görülebilmesi için zararın bir idari hizmetin ifasından doğmuş bulunması gerekir.

Uyuşmazlığın, mülkiyeti belediyeye ait olan taşınmaz üzerinde doğrudan bir kamu hizmeti için değil, gelir sağlamak amacıyla belediye tarafından yaptırılan kapalı çarşı inşaatının temelindeki suyun

hukuk kişisi sıfatıyla hareket ettiği bir olay söz konusu olduğundan uyuşmazlığın özel hukuk kurallarına göre ve adli yargı yerlerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmış olduğu halde, bundan Danıştay'ın fiili yol teorisi uyguladığı sonucu çıkarılmıştır²⁶.

Bunun gibi, İdarenin kamu gücü ve kudretine dayanarak hareket etmesine rağmen özel bir yasal düzenleme uyarınca uyuşmazlığın çözümü adli yargı yerlerinin görevinden sayılmış ise, bu takdirde de fiili yol teorisine değil ve fakat özel hukukun haksız fiil sorumluluğu, kusursuz sorumluluk, sebepsiz zenginleşme gibi kavram ve kurumlarına başvurulacağı açıktır. Dolayısıyla, bu durumda da İdarenin içine düştüğü hukuka aykırılığın ağırlığı, yalnızca adli yargı yerlerince hükmedilecek maddi ve manevi tazminatın tutarında göz önünde bulundurulacak bir unsur oluşturabilecek, ama fiili yol teorisine başvurulmasına izin vermeyecektir. Çünkü bu durumda da hukuksal ilişkinin üzerinde kurulduğu temel ve bundan dolayı ortaya çıkan uyuşmazlıkların özel hukuk kuralları çerçevesinde ele alınıp çözümlenmesi, yasa koyucunun iradesi ile baştan belirlenmiş ve İdare de bu doğrultu ve çerçevede hareket etmiştir. Başka bir anlatımla, bu halde “*iradi*” olarak özel hukuk kurallarına tabi olma hali söz konusudur. Oysa fiili yol halinde böyle bir durum söz konusu değildir. Çünkü fiili yol halinde İdare başta idare hukuku kurallarına göre hareket ettiği ya da etmek istediği halde, esas ya da usul yönünden içine düştüğü hukuka aykırılık hali bu durumun niteliğini bozup değiştirerek (*dénaturation*), onu haksız fiil temelinde ele alınan bir özel hukuk ilişkisine dönüştürmektedir. Dolayısıyla, bu ikinci durumda “*isteyerek*” değil ve fakat “*zorunlu*” olarak özel hukuk kurallarına tabi olma durumu söz konusudur²⁷.

II- Söz konusu işlem veya eylemin mülkiyet hakkına veya başka bir temel hak veya özgürlüğe yönelik bir saldırı niteliği taşıması gerekir. İki ayrı şekilde gerçekleşmesi mümkün olan ve aynı zamanda fiili yol teorisinin hukuksal altyapısını oluşturan koşulların başında gelen²⁸ bu koşul, fiili yolun konusu ile ilgilidir.

Buna göre, her şeyden önce, menkul yahut gayrimenkul bir malın mülkiyeti üzerindeki hakkın ihlâli bu koşulu karşılamaya yetecektir. Kavram bu yönüyle,

şehir kanalizasyonuna bağlanması sonucunda davacının evinde kullandığı suyun kesilmesinden doğan zarara ilişkin bulunması, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk hükümleri uyarınca yapmış olduğu işler nedeniyle (haksız fiilleri nedeniyle) üçüncü kişilerin gördüğü zararlardan ötürü açılan tazminat davalarının görülmesinin ve çözümlenmesinin ise adli yargı yerinin görevi içinde olması sebebiyle davanın, görev yönünden reddine karar verildi.”, KARAVELİOĞLU, a.g.e., s. 820-821; GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 198.

²⁶ KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.820-821; GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s.198; OĞURLU, a.g.m., s. 69.

²⁷ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 254.

²⁸ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 553.

“elkoyma” (*emprise*)²⁹ haliyle benzerlik ve hatta kesişme oluşturmakla birlikte ondan daha geniştir; çünkü bu ikincisi yalnızca gayrimenkul mülkiyeti üzerindeki zilyedlik hakkının tecavüzü halini ifade etmektedir³⁰. Bu ayrıma dikkat edilmek kaydıyla, fiili yolun mülkiyet hakkının ihlâline ilişkin halini tespit etmek fazla güçlük göstermez.

²⁹ Bu kavramı “usulsüz elkoyma” (*l’emprise irrégulière*) anlamında kullanmış bulunuyoruz. Çünkü Fransız Hukukunda bunun bir de usulüne uygun elkoyma (*l’emprise régulière*) olarak adlandırılan ikinci bir hali bulunmaktadır ki, her ikisinin gerçekleşme koşulları ile yarattığı hukuksal sonuçlar birbirinden hayli farklıdır. Fransız Hukukunda da elkoyma denilince genellikle bunun usulsüz olanı kast edilmekle birlikte, yine de iki durumun birbirine karıştırılmaması için ayrıca bir niteleme yapılması da ihmal edilmemektedir. Örneğin bkz: AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 545; CHAPUS, Droit Administratif, s. 778; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 419; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 241; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., 409; LACHAUME, a.g.e., s. 232; PEISER, a.g.e., s. 87; WALINE, a.g.e., s. 553; Jean-Michel DE FORGES, **Droit Administratif**, 6. Édition, Puf, Paris, 2002, s. 346.

³⁰ ONAR, a.g.e., s. 1675; OĞURLU, a.g.m., s. 63; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 420; PEISER, a.g.e., s. 86, 88. Öğretide kimi yazarlar (örneğin OĞURLU, a.g.m., s. 63; AYANOĞLU, a.g.e., s. 59, 61-62), elkoyma (*emprise*) halini de fiili yolun türlerinden biri olarak göstermektedir. Oysa Onar’ın (a.g.e., s. 1675 vd.) ve Fransız İdare Hukuku öğretisinin yaklaşımına göre, bu durum, kimi yönleriyle adli yargı yerlerinin görevine giren uyuşmazlıklar doğuran kendine özgü bir kavram ve kurumdur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, fiili yol hali, menkul ve gayri menkul mülkiyeti ile bunlar üzerindeki cümle hakların açıkça hukuka aykırı bir şekilde ihlâl edilmesi durumunda uygulanabilen bir teori olmasına karşılık, elkoyma hali yalnızca özel mülkiyete tabi bulunan gayri menkuller ile bunlar üzerindeki aynı haklara ilişkin zilyedlik hakkının geçici veya daimi bir surette ihlâl edilmesi halinde uygulanabilen bir teordir. Elkoyma, daha doğrusu, usulsüz elkoyma (*l’emprise irrégulière*) halinin varsayılabilmesi için fiili yol koşullarının gerçekleşmiş olması gerekmez. Yani usulsüz elkoyma hali ile fiili yol arasında bir özdeşlik ve gerçekleşme koşulları yönünden bir eşitlik yoktur. Fakat fiili yol teşkil eden bir durum, elkoymayı da içerebilir; bu takdirde, elkoyma kurumunun değil, fiili yol teorisinin gerekleri uygulanır. Dolayısıyla, fiili yolun daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu söylenebilir (AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 543-544; CHAPUS, Droit Administratif, s. 778-779; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., 410; LACHAUME, a.g.e., s. 232-233; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 242-243, 251; RIVERO/WALINE, a.g.e., s. 490-491; WALINE, a.g.e., s. 553; DE FORGES, a.g.e., s. 347). Mülkiyet hakkı dışındaki aynı haklar üzerindeki zilyedlik hakkının ihlâlinin de söz konusu teori kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusu ise, ancak uzunca bir tereddüt ve duraksamadan sonra olumlu yönde cevaplandırılabilmiştir. Elkoyma halinin varlığı halinde de uyuşmazlığın çözümü yetkisi adli yargı yerlerine geçtiği için, her iki hukuksal kurum arasında ortak bir yön bulunmakla birlikte; fiili yol hali ile karşılaştırıldığında, adli yargı hâkiminin yetkileri çok sınırlı kalmaktadır; çünkü bu durumda, adli yargı hâkimi elkoymanın hukuka uygun olup olmadığını değerlendirme yetkisine sahip olmadığı gibi (bu yetkinin münhasıran idari yargı yerlerine ait olduğu kabul edilmektedir), elkoyma haline son verme yetkisine de sahip değildir. Adli yargı hâkiminin bu konudaki tek yetkisi, elkoyma yani zilyedlik hakkının kullanılmasına engel olunması nedeniyle meydana gelmiş bulunan zararın tazminine karar vermekten ibarettir. Bu yetkinin kullanılabilmesi de, söz konusu elkoymanın hukuka aykırı olduğu yönünde daha önce verilmiş bir idari yargı kararının varlığına bağlıdır; çünkü hukuka uygun elkoyma (*l’emprise régulière*) nedeniyle bir zarar meydana gelmiş olursa bunun tazmini dahi idari yargı yerlerine aittir (Guy BRAIBANT/Bernard STIRN, **Le Droit Administratif Français**, 7. Édition, Dalloz, Paris, 2005, s. 536; Didier TRUCHET, **Droit Administratif**, 1. Édition, Puf, Paris, 2008, s. 121; Agathe VAN LANG/Geneviève GONDOUIN/Véronique INSURGET-BRISSET, **Dictionnaire De Droit Administratif**, 2. Édition, Armand Colin, Paris, 1999, s. 123; CHAPUS, Droit Administratif, s. 779-780; LACHAUME, a.g.e., s. 233; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 244; WALINE, a.g.e., s. 553; DE FORGES, a.g.e., s. 347; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 548-549). Elkoyma halinde, adli yargı

Fakat bu koşulun başka bir gerçekleşme biçimi olan ve temel bir hak ve özgürlüğün ihlâli şeklinde ortaya çıkan hali bakımından aynı şeyi söylemek pek kolay değildir. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi, yalnızca “*temel hak ve özgürlükler*”in ihlâli halinde mi yoksa bütün hak ve özgürlüklerin (örneğin siyasi, ekonomik ve sosyal bir hak yahut özgürlüğün) ihlâli halinde de mi fiili yol teorisinin uygulanıp uygulanmayacağı açık değildir³¹. Chapus, uygulamadaki örneklerinden hareketle bu kapsamda sayılabilecek temel hak ve özgürlüklerin bir listesini ortaya koymanın mümkün olmadığını belirtmektedir³². Bunun başta gelen nedeni ise, yargı yerlerinin Anayasa ve yasalardaki “*düzenleme ve kategorizasyon*” yahut “*katalog*”la kendilerini bağlı görmeyerek kavrama “*otonom*” bir yapı ve “*fonksiyonel*” bir nitelik kazandırmış olmalarıdır³³.

Gerçekten de, yargı yerleri, kavramın içeriğini doldurmaya çalışırken genellikle hukuksal metinlerde “*temel hak ve özgürlük*” olarak nitelendirilen hak ve özgürlükleri kendilerine referans alma eğilimi içinde bulunmakla birlikte, bu kurala her zaman uymamaktadırlar³⁴. Fransız İnsan Hakları Bildirisinde de yer alan ve yasal düzenlemelerle güvence altına alınmış bulunan ve “sert çekirdek” haklar olarak nitelendirilen hak ve özgürlükler dışında yeknesak bir uygulama olmadığı ve her yargı yerinin kendi “*kamış ve sübjektif anlayışı çerçevesinde*” ve hatta neredeyse kendi “*keyfine*” göre bir belirlemede bulunduğunu kaydeden Chapus³⁵, Uyuşmazlık Mahkemesi’ni de bu konuda çok tutarlı davranmamakla eleştirmektedir³⁶. Uygulamadaki örnekler, Chapus’un eleştirilerini haklı çıkaracak

yerlerinin zararı tazmin yetkisinin, elkoyma nedeniyle ortaya çıkan doğrudan zararlarla sınırlı olduğu; söz konusu elkoymada İdareye atfı kabil bir kusurdan doğmuş bulunan yan birtakım zararların tazminine karar verme yetkisinin ise münhasıran idari yargı yerlerine ait olduğu yolundaki çetrefil ve lüzumsuz ayırım, Uyuşmazlık Mahkemesinin 30 Haziran 1949 tarihli *Nogier* kararından bu yana terk edilmiş bulunmaktadır. Hukukumuzda yabancı sayılabilecek bu kavram ve kurum, uyuşmazlıkların çözümünü konusunda ortaya çıkardığı çetrefil görev sorunları nedeniyle Fransız Hukukunda da eleştirilmekte ve kaldırılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz: PEISER, a.g.e., s. 87 vd.; WALINE, a.g.e., s. 553-554; DE FORGES, a.g.e., s. 346-347; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 543 vd.; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., 404 vd.; BRAIBANT/STIRN, a.g.e., s. 536; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 244; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 418-421.

³¹ Michel VERPEAUX, “Voie De Fait et Liberté Fondamentale”, *Actualité Juridique- Droit Administratif*, 2008, s. 885; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 564-565; CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1426; CHAPUS, *Droit Administratif*, s. 785 vd.

³² CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1426. Aynı yönde bkz: AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 564.

³³ CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1426; VERPEAUX, a.g.m., s. 885.

³⁴ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 564-565; CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1426; VERPEAUX, a.g.m., s. 885.

³⁵ CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1426.

³⁶ CHAPUS, *Droit Administratif*, s. 785-786.

niteliktedir. Örneğin, yer itibarıyla yasal yetkisi bulunmadığı halde bir gazetenin toplatılmasını emreden valinin bu kararı basın özgürlüğünün ihlâli³⁷, dini kuralara göre defnedilmeyen bir kişi için kilise çanlarının çalınmasını rahibe emreden belediye başkanının kararı din ve inanç özgürlüğünün ihlâli³⁸, posta ile gönderilen afiş örneklerinin muhatabına ulaştırılmayarak postada alıkonmasına ilişkin davranış haberleşmenin gizliliği ve güvenliğinin ihlâli³⁹, bir konutun mühürlenmesi konut özgürlüğünün ihlâli⁴⁰, iradesi hilâfına ve kanuna aykırı bir şekilde kişinin akıl hastanesine yatırılması kişi güvenliği ve özgürlüğünün ihlâli⁴¹ olarak sayıldığı halde; telefon aboneliğinin re’sen silinmesi⁴², mesleki bir faaliyetin yürütülmesinin engellenmesi⁴³, taksit işletme faaliyetinin durdurulması ve engellenmesi⁴⁴, yasaklılık süresi dolduğu halde av tezkeresi verilmemesi⁴⁵, bir yabancının valinin kararıyla sınır dışı edilmesi⁴⁶, yasadışı yollardan Fransa’ya girmek isteyen bir yabancının gemiden inmesine izin verilmeyerek orada kalmaya zorlanmasına ilişkin emniyet müdürlüğü kararı⁴⁷ gibi işlemler temel hak ve hürriyetlerle ilgili sayılmadığından fiili yol halinin gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmıştır⁴⁸.

³⁷ TC, 8 avril 1935, *Action française*, Recueil, p. 1226 (LACHAUME, a.g.e., s. 226; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 423; PEISER, a.g.e., s. 88; CHAPUS, Droit Administratif, s. 784).

³⁸ CE, 4 juin 1910, *Abbé Mignon*, Sirey, 1910, 3, p. 129 (PEISER, a.g.e., s. 88; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 423; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 557).

³⁹ TC, 10 décembre 1956, *Randon*, Recueil, p. 592 (LACHAUME, a.g.e., s. 231; LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 423; PEISER, a.g.e., s. 88).

⁴⁰ CE, 10 octobre 1969, *Muselier*, RDP, 1970, p. 774 (PEISER, a.g.e., s. 88).

⁴¹ CE, 18 octobre 1989, *Mme B...*, AJDA, 1990, p. 54 (LACHAUME, a.g.e., s. 231).

⁴² TC, 15 avril 1991, *Préfet de la Région Lorraine, Préfet de la Moselle*, Gaz. Pal., 1992, no: 187-189 (PEISER, a.g.e., s. 90-91; LACHAUME, a.g.e., s. 232).

⁴³ CE, 8 avril 1961, *Dame Klein, D.*, 1961, p. 587 (PEISER, a.g.e., s. 88); TC, 21 juillet 1949, *Wolff*, Recueil, p. 614 (LACHAUME, a.g.e., s. 232). Bununla birlikte, Yargıtay yeni tarihli bir kararında mesleki faaliyeti temel hak ve özgürlüklerden sayarak, buna dokunan saldırıya da fiili yol saymıştır. Bkz: Cass. Civ. 1. ch., 22 novembre 1983, *Reymondon*, Bull., civ., 1983, I, p. 248 (LACHAUME, a.g.e., s. 232).

⁴⁴ TC, 12 janvier 1987, *Préfet Eure-et-Loir*, AJDA, 1987, p. 426 (PEISER, a.g.e., s. 88).

⁴⁵ TC, 24 février 1992, *Préfet de la Gironde*, RFDA, 1992, p. 766 (PEISER, a.g.e., s. 91).

⁴⁶ TC, 21 juin 1994, *Préfet Rhône-Alpes c/madaci et Youbo*, AJDA, 1994, p. 496; TC, 16 janvier 1995, *Diaz Carette*, LPA, 1996, no: 61, p. 8-11 (PEISER, a.g.e., s. 91).

⁴⁷ TC, 12 mai 1997, *Préfet de Police c/Ben Salem et Taznaret*, Recueil, p. 582 (DARCY/PAILLET, a.g.e., s. 38-39; WALINE, a.g.e., s. 552). Faslı iki kaçak göçmenin Fransa’ya girme teşebbüsüyle ilgili bulunan bu kararda, oyçokluğuyla fiili yol halinin gerçekleşmediğine karar verilmiş ve bu sonuç büyük bir yankı uyandırmıştır. Bu arada karardan “rahatsızlık” duyan Uyuşmazlık Mahkemesi Raportörü bu görevinden istifa etmiştir. Bkz: DARCY/PAILLET, a.g.e., s. 39; CHAPUS, Droit Administratif, s. 775-776.

⁴⁸ Bu konuda daha fazla örnek karar için bkz: LACHAUME, a.g.e., s. 231-232; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 295-296; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 564-565.

III- Saldırının maddi ve fiili icra yani icrai ve fiili ameliyeler ile gerçekleşmesi gerekir. Fiili yoldan söz edebilmek için mülkiyet hakkına ya da diğer bir temel hak veya özgürlüğe dokunan bir kararın alınmış olması tek başına yeterli değildir, kararın hayata geçirilmiş olması da gerekmektedir⁴⁹. Ayrıca eklemek gerekir ki, söz konusu icra yahut yerine getirmenin de, bizatihi İdarenin kendisi tarafından gerçekleştirilmiş olması şarttır⁵⁰. Fakat bu kural mutlak değildir. Jürisprüdans, kesin ve yakın bir uygulama tehdidini içinde barındıran⁵¹ kararlar ile, yaratabileceği sonuçlara nazaran bazı hallerde bir talebin reddi halinde de bu şartın gerçekleşmiş sayılacağını kabul etmiş bulunmaktadır⁵².

Bu koşulun doğrudan doğruya idari eylemler (salt, yalın idari eylemler) yapılması suretiyle de gerçekleşmesi mümkündür⁵³. Bu olasılıkta, ortada herhangi bir idari karar bulunmadığı halde, varmışçasına birtakım maddi ve fiili hareketlerin gerçekleştirilmesi söz konusudur⁵⁴.

Fransız Hukukunda, fiili yol halinin doğrudan doğruya işlemin kendisiyle gerçekleşmesi hali ile bu işlemin icra edilmesine ilişkin idari eylem veya bir işleme dayanmayan salt idari eylemle gerçekleşmesi hali arasında, tabii olacakları hukuki rejim bakımından bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, fiili yolun doğrudan ve yalnızca işlemde kaynaklanması halinde, söz konusu işlemin yokluğunun tespiti davasında adli ve idari yargı yerleri birlikte görevli olabildiği halde⁵⁵, diğer durumlarda idari

⁴⁹ TC, 20 avril 1959, *Dame Peghein*, Recueil, p. 867 (Anılan karar ve başka kararlar için bkz: LACHAUME, a.g.e., s. 228); DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; WALINE, a.g.e., s. 550.

⁵⁰ TC, 29 mai 1967, *Dame veuve Barsi*, Recueil, p. 635 (LACHAUME, a.g.e., s. 228); AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 553-554. Ayrıca, Fransız Yargıtayı'nın yukarıda (22 no'lu dipnotta) yer alan kararına bakınız.

⁵¹ ONAR, a.g.e., s. 1668; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 569. TC, 18 décembre 1947, *Hilaire*, JCP, 1948, II, p. 4087 (PEISER, a.g.e., s. 88); TC, 25 mai 1950, *S.N.P.E.*, Recueil, p. 660 (DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 421); TC, 20 avril 1959, *Dame Peghein*, Recueil, p. 867 (LACHAUME, a.g.e., s. 228).

⁵² LACHAUME, a.g.e., s. 228; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; WALINE, a.g.e., s. 550-551.

⁵³ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 558; PEISER, a.g.e., s. 89; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; YAYLA, a.g.e., s. 142.

⁵⁴ CE, 22 juillet 1977, *Haffersas*, Recueil, p. 365 (PEISER, a.g.e., s. 89); AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 558.

⁵⁵ Danıştay'ın da fiili yol teşkil eden yoklukla malül işlemlerin bu halini tespit etmekte kendisini görevli saydığı ve hatta bazen bir adım daha ileri giderek bu tür işlemlerin "iptaline" dahi karar verdiği belirtilmektedir. Bkz: ONAR, a.g.e., s. 330; Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004, s. 151-152; ERKUT, a.g.m., s. 75, dipnot: 48 ve 49 ve s. 90, d.pnot: 150; Aydın H. TUNCAY, "Giriş" in *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, İkinci Baskı, Danıştay Matbaası, Ankara, 1986, s. 27; Ali Sıtkı GÖKALP, "İdari Dava Türleri" in *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, İkinci Baskı, Danıştay Matbaası, Ankara, 1986, s. 442; SARICA, İdari Kaza (1942), s. 141;

yargı yerlerinin hiçbir yetkisi bulunmamaktadır⁵⁶.

IV- Saldırımın ağır ve açık olması gerekir. Bu koşul, işlemin bizatihi kendisinin açıkça hukuka aykırı olması nedeniyle gerçekleşebileceği gibi, hukuka uygun olan bir işlemin hukuka aykırı bir şekilde icra edilmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Hatta ikisinin karması, yani açıkça hukuka aykırı bir işlemin yine tamamen usul dışı fiillerle icra edilmesi şeklinde de gerçekleşmesi mümkündür⁵⁷. Başka bir anlatımla, bu koşulun “*hukuk*” ve “*usul eksikliği*” olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilmesi mümkündür⁵⁸.

Hauriou tarafından ortaya konan ve öğretide birçok yazar tarafından da kabul gören⁵⁹ bir yaklaşıma göre, bu iki durum aynı zamanda fiili yolun türleri olarak da

GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 333 vd. Fakat idari yargı yerlerinin böyle bir yetkisinin bulunup bulunmadığı meselesi öğretide tartışmalıdır. Örneğin ONAR (a.g.e., s. 333), SARICA İdari Kaza (1942, s. 141), GÖKALP (a.g.m., s. 442), GÖZÜBÜYÜK/TAN (a.g.e., s. 335) ve GÜNDAY (a.g.e., s. 151) idari yargı yerlerinin böyle bir yetkisinin bulunduğunu kabul ederken, TUNCAY (a.g.m., s. 27) bunun mümkün ve doğru olmadığını ileri sürmektedir. GÖZLER (a.g.e., s. 900-902) ise, yoklukla malûl işlemlerin idari yargı yerleri önünde dava konusu yapılabileceğini fakat, Türk İdare Hukukunda tespit davası şeklinde bir idari dava türü bulunmadığından bunun ancak iptal davası şeklinde açılacağı görüşündedir. Konuya ilişkin çeşitli görüş ve yargısal kararlar için bkz: GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 333-337; GÖZLER, a.g.e., s. 900-914; ERKUT, a.g.m., s. 73 vd.

⁵⁶ TC, 27 juin 1966, *Guignon*, Recueil, p. 830; CE, 13 juillet 1966, *Guignon*, Recueil, p. 476 (LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 298); BRAIBANT/STIRN, a.g.e., s. 536; WALINE, a.g.e., s. 552; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 555.

⁵⁷ Fransız Hukukunda bu duruma ilişkin olarak genellikle Uyuşmazlık Mahkemesinin 8 Nisan 1935 tarihli “*Action française*” kararı ile Conseil d’État’ın 18 Kasım 1949 tarihli “*Carlier*” kararı örnek verilmektedir. Söz konusu kararların metni ve analizi için bkz: LACHAUME, a.g.e., s. 226 vd.; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 293 vd.; DURAN, İdare Hukuku Meseleleri, s. 58 vd.

⁵⁸ TRUCHET, a.g.e., s. 120; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 294-295, 297; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422; LACHAUME, a.g.e., s. 228-229.

⁵⁹ ONAR, a.g.e., s. 1671; GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 192-193; OĞURLU, a.g.m., s. 61; KARAVELİOĞLU, a.g.e., s. 805-806; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422; CHAPUS, a.g.e., s. 784; PEISER, a.g.e., s. 88; BRAIBANT/STIRN, a.g.e., s. 536; WALINE, a.g.e., s. 550-551; DEBBASH/RICCI, a.g.e., s. 245; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 294-295; VAN LANG/GONDOUIN/INSERGUET-BRISSET, a.g.e., s. 289-290. Fakat, Fransız Hukukunda gerek bu dipnotta belirtmiş ve gerekse fazla yer işgal etmemesi için belirtmemiş olduğumuz yazarların, bazen bu ayrımı açık ve net olarak yaptıklarını bazen de bizim de katıldığımız şekilde bir unsurun değişik gerçekleşme veya somutlaşma biçimleri şeklinde sorunu ortaya koyduklarını da eklemek gerekir. Buna en açık örnek olarak, Auby/Drago’nun açıklama ve anlatımlarını verebiliriz. Nitekim diğer yazarlara nazaran fiili yol konusuna daha geniş ayırmış bulunan bu yazarlar (a.g.e., s. 551-570), kesinlikle “fiili yolun türleri” şeklinde bir ayırım ve açıklama yapma yoluna gitmemiş, bunun yerine, “ağır ve açıkça hukuka aykırılık” koşulunun değişik gerçekleşme biçimleri şeklindeki bir tasnif ve anlatım yolunu benimsemiş bulunmaktadırlar.

gösterilmekte ise de, bizce bu doğru değildir. Zira “*hukuk*” veya “*usul eksikliği*”ni fiili yolun varlık yahut kurucu nitelikteki şartlarından biri olarak gördükten sonra bunları aynı zamanda fiili yolun türlerinden biri olarak da göstermek doğru olmasa gerektir. Doğru olabilmesi için, bu unsurun, fiili yolun diğer koşulları bulunmaksızın tek başına ya da onlardan farklı diğer birtakım koşulların bulunmasıyla birlikte ayrı bir fiili yol halini oluşturabilmesi gerekir. Oysa yukarıdan beri açıklaya geldiğimiz gibi, fiili yoldan söz edebilmek için dört kurucu koşulun aynı anda bir arada bulunması zorunlu olup; “*hukuk eksikliği* veya “*usul eksikliği*” şeklinde gerçekleşebilen ağır ve açıkça hukuka aykırılık da kurucu nitelikteki şartlardan bu biridir. Eğer bir koşulun değişik gerçekleşme biçimlerinden her biri başlı başına fiili yolun ayrı bir halini teşkil edebiliyorsa, o takdirde diğer koşulların da değişik şekillerde gerçekleşebileceği olgusundan hareketle, söz konusu türlere yenilerinin de eklenmesi mümkündür. Örneğin işlemlerle veya eylemlerle gerçekleşen fiili yol türleri yahut sadece işlemin tesisi veya ancak işlemin icrası ile gerçekleşebilen fiili yol türleri gibi değişik birtakım fiili yol türlerinden bahsedilebilir. Fakat bütün bunlar, fiili yolun dört temel yahut kurucu şartından birinin değişik gerçekleşme (tezahür) biçimlerinden biri olduğundan, her birini fiili yolun ayrı bir türü olarak göstermek doğru olmaz. Kısacası, bir hukuki kurumun *kümülatif* nitelikteki şartlarından o kurumun türlerini türetmenin doğru olmayacağını düşünüyoruz.

Diğer taraftan, hangi durumlarda bir işlemin bizatihi kendisinin veya icrasının ağır, açık ve bariz bir hukuka aykırılıkla malul bulunduğunu söyleyebilmek pek kolay olmadığından⁶⁰, tespiti en fazla güçlük gösteren koşul da budur⁶¹. Meseleye *esas yönünden hukuka aykırılık yani “hukuk eksikliği”* noktasından yaklaşacak olursak şu sorunlarla karşılaşmaktayız. Conseil d’État’ın “*Carlier*”⁶² ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin “*Perin*”⁶³ kararı ile ortaya konulan ve istikrar kazanmış bulunan yaklaşıma göre bu koşulun gerçekleşmiş sayılabilmesi için, sıradan ya da alelade bir hukuka aykırılık yetmemekte; bunun özellikle ağır, açık, bariz ve kesin yahut tartışmasız bir nitelik taşıması gerekir. Aksi takdirde, idari iptal davası ve hatta idari yargının varlık sebebi inkâr edilmiş olur⁶⁴. Burada ister istemez hemen şu soru akla

⁶⁰ GÖKALP, a.g.m., s. 441-442.

⁶¹ CHAPUS, Droit Administratif, s. 784; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 246.

⁶² CE, 18 novembre 1949, *Carlier*, Recueil, p. 490 (LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 297; PEISER, a.g.e., s. 88; DURAN, İdare Hukuku Meseleleri, s. 58 vd.

⁶³ TC, 11février 1947, *cons. Perin*, Recueil, p. 501 (CHAPUS, Droit Administratif, s. 784; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422).

⁶⁴ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 554; CHAPUS, Droit Administratif, s. 790; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 245-246. Fakat Uyuşmazlık Mahkemesi (9 juin 1986, *Eucat*, Recueil, p. 301, DE FORGES, a.g.e., s. 348; CHAPUS, Droit Administratif, s. 790; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s.

gelecektir: Acaba ne gibi işlemler böyle sayılabilecektir? Fransız Hukukundaki uygulamaya ve Conseil d’État’ın⁶⁵ eşanlamli olarak kullandığı ifadelerle göre, “herhangi bir yasa ya da düzenleyici işleme dayanmayan” yahut “açıkça İdarenin yeki ve görev alanı dışında kalan” (=İdarenin yetki, görev ve faaliyet alanına bağlanamayan) işlem ve eylemler bu nitelikte sayılabilecektir⁶⁶. Chapus’a göre, ilkinde nazaran daha açık anlamli ve uygulanması nispeten kolay olan bu ikinci ifade yahut kriterle⁶⁷ kast edilen, genel olarak idari fonksiyonun sınırları değil ve fakat bu sınırlar içinde olmak kaydıyla Anayasa ve kanunlarla somut olarak İdareye verilmiş ve yüklenmiş olan yetki ve görevlerin anlaşılması gerekir. Yazara göre, yoksa bununla genel anlamda idari görev ve işlev (örneğin kamu düzeninin sağlanması ve korunması, kamu hizmetlerinin yürütülmesi gibi) kast edilmiş değildir. Yazar, Uyuşmazlık Mahkemesi ile Devlet Şûrası’nın da anılan kriteri kural olarak bu şekilde anlayıp uyguladığını belirtmektedir⁶⁸.

Anılan nitelikteki işlemlerin, aynı zamanda, genellikle yok hükmünde sayıldığı bilinmektedir. Başka bir anlatımla, İdarenin Anayasa ve kanunlarla kendisine tanınan görev ve yetki alanı dışına çıkararak yahut bu alan içinde kalmakla birlikte çeşitli bakımlardan açıkça bu kurallara ters düşecek mahiyet ve surette tesis etmiş olduğu işlemler, kural olarak, “yok hükmünde” sayılmakta yani, “hukuk âleminde hiç doğmamış” sayılmak gibi bir hukuksal sonuç kendilerine bağlanmaktadır⁶⁹. Bu

422) ile Yargıtay’ın nadiren de olsa bu kuraldan uzaklaştığı belirtilmektedir. Chapus, özellikle ilk derece adli yargı yerlerinin çoğu zaman bu hususu göz ardı ederek sıradan yahut basit sayılabilecek bir hukuka aykırılıkla malûl işlemleri dahi “yok hükmünde” sayarak fiili yol koşullarının oluştuğu sonucuna vardıklarını fakat, duruma göre Yargıtay veya Uyuşmazlık Mahkemesi’nin muhalefeti ile karşılaştıklarını ve geri adım atmamak zorunda kaldıklarını belirtmektedir. Örneğin, ülkeye yasadışı bir şekilde girmeye çalışan bir yabancının hava alanında transit geçiş merkezinde tutularak ülkeye girişinin engellenmesi, Paris Asliye Hukuk Mahkemesince “hiçbir şekilde İdarenin görev ve yetki alanına girmeyen bir karar ve fiil” olarak değerlendirilerek fiili yol hali bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu karar ve aynı yönde başka kararlar ile bunların eleştirisi için bkz: CHAPUS, Droit Administratif, s. 785-787, 790; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422.

⁶⁵ CE, 18 novembre 1949, *Carlier*, Recueil, p. 490 (LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 297; PEISER, a.g.e., s. 88; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 245).

⁶⁶ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 554-55; CHAPUS, Droit Administratif, s. 784; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; DE FORGES, a.g.e., s. 348; LACHAUME, a.g.e., s. 229; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 244-245; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 421-422.

⁶⁷ CHAPUS, Droit Administratif, s. 784. Türk Uyuşmazlık Mahkemesi’nin de, “İdarenin tamamen mesnedsiz işlem ve eylemleri yahut faaliyetleri” şeklinde bir ifade kullanarak bu kriterlerden ikincisine başvurduğu belirtilmektedir. Bkz: ÖZKOL, a.g.e., s. 63. Yazar (a.g.e., s. 56 vd), Uyuşmazlık Mahkemesi’nin ağırlıkla bu kriteri uyguladığını örnekler vererek açıklamaktadır. Aynı yönde bkz: Vahap DARENDELİ, *Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar*, Yetkin, Ankara, 2004, s. 73; AYANOĞLU, a.g.e., s. 54-55.

⁶⁸ CHAPUS, Droit Administratif, s. 789-790.

⁶⁹ Celâl ERKUT, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayını, Ankara, 1990, s. 150; ERKUT, a.g.m., s. 71-72; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 554-

nedenle, yokluk ile fiili yol hali arasında bir kesişme ve örtüşme olduğu söylenebilir⁷⁰. Ancak, yanlış bir anlaşılmaya meydan vermemek için hemen belirtelim ki, bize göre, bu iki durum arasında kaçınılmaz yahut zorunlu bir örtüşme ve özdeşlik hali yoktur. Daha açık bir deyişle, yoklukla malûl bir işlemin bulunduğu her durumda fiili yol halinin de bulunduğu söylenemez⁷¹. Buna karşılık, fiili yol hali eğer doğrudan doğruya bir idari eylemden (salt, yalın idari eylem) değil de bir işlem den ileri gelmişse bu takdirde bu işlemin yoklukla malûl olduğu veya öyle sayılması gerektiğini söyleyebiliriz⁷². Dolayısıyla, ikisi arasındaki örtüşme ve özdeşlik hali, ancak mülkiyet hakkı veya başka bir temel hak veya özgürlüğe hanel getiren yok hükmündeki bir işlemin aynı zamanda icra edilmesi halinde ortaya çıkabilir. Çünkü yukarıda da açıkladığımız gibi, yoklukla malûl derecesinde dahi olsa hukuka aykırı bir işlemin varlığı tek başına mülkiyet hakkını veya başka bir temel hakkı yahut özgürlüğü ihlâl etmeye yeterli gelmeyebilir⁷³.

Kısmi ve nispi de olsa, her iki hukuksal kurum arasındaki bu örtüşme yahut neden sonuç ilişkisi, yokluk hali ile ilgili kısa bir açıklama yapmayı zorunlu kılmaktadır. Acaba bir idari işlemin hangi unsurlarına ilişkin ve ne gibi hukuka aykırılıklar onun yoklukla malûl sayılmasını gerektirecektir? Cevabı kolay olmayan bu soru karşısında öğretici ve uygulamada hiçbir zaman görüş birliği sağlanamamıştır⁷⁴. Teorinin “*sübjektif*” ve “*soyut*” bir nitelik taşıdığına ve “*hiçbir somut kriterinin bulunmadığı*”na işaret eden Erkut⁷⁵, bu nedenle nesnel ve kuşatıcı bir tanım vermenin imkânsız olduğunu belirtmektedir. Böyle olmakla birlikte, öğretici ve uygulamada genellikle işlemin yetki, şekil ve konu unsurlarında işlenen ağır ve açık hukuka aykırılıkların onun yoklukla malûl sayılmasını gerektireceği kabul edilmektedir. Örneğin yetki

555; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 625; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 251-252; DE FORGES, a.g.e., s. 261-262; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 575-576.

⁷⁰ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 554-555.

⁷¹ ERKUT, a.g.m., s. 83-84; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 554-555; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 252; DE FORGES, a.g.e., s. 348. Karşı fikir için bkz: GÖZLER, a.g.e., s. 891.

⁷² GÖZLER, a.g.e., s. 891.

⁷³ ERKUT, a.g.m., s. 83-84; OĞURLU, a.g.m., s. 68; DE FORGES, a.g.e., s. 261, 348; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 250; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 423; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 564.

⁷⁴ Örneğin işlemin bütün unsurlarında bu durumun gerçekleşebileceğini ileri sürenler bulunduğu gibi, bunun yalnızca işlemin yetki ve konu unsurunda ortaya çıkabileceğini savunanlar da bulunmaktadır. Bu konudaki tartışma ve değişik görüşler ile yargısal karar örnekleri için bkz: ONAR, a.g.e., s. 328-335; ERKUT, a.g.m., s. 71 vd; ERKUT, a.g.e., s. 149 vd.; GÜNDAY, a.g.e., s. 152-154. Fransız Hukukundaki tartışma ve değişik görüşler için bkz: DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 575-576.

⁷⁵ ERKUT, a.g.m., s. 72-73; ERKUT, a.g.e., s. 150. Aynı yönde bkz: DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 575; DE FORGES, a.g.e., s. 261.

İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (“Fiil Yol”)

unsuru yönünden “fonksiyon” veya “yetki gasbı” ile malûl idari işlemler ile “ağır ve bariz yetki tecavüzü” ile malûl işlemler bu nitelikte sayılmaktadır⁷⁶.

İşlemin yetki unsurunda ortaya çıkabilecek bu tür sakatlıkların ağır ve açık bir hukuka aykırılık teşkil ettiği açık olmakla birlikte, her ikisinin aynı kefeye konulması da pek isabetli olmasa gerektir. Çünkü fonksiyon (görev) gasbı halinde İdarenin Yasama yahut Yargı Organlarının görev ve yetkisine giren bir alan ve konuda işlem tesis etmesi söz konusu olduğundan, kuvvetler ayrılığı ilkesine açıkça ters düşen bu durumun yokluk yaptırımını ile karşılanması yerindedir⁷⁷.

Bunun gibi, İdari hiyerarşi dışında bulunan yani İdareye tamamen yabancı olan kişilerce yahut İdare adına hiçbir konuda irade açıklamasında bulunma yetkisine sahip olmayan kamu görevlilerince İdare “adına” yapılan irade açıklamaları da –“fiili memur teorisi”nin gerekleri de göz önünde bulundurulmak kaydıyla- aynı hukuki esaslara tabi tutulabilir⁷⁸.

Buna karşılık, merkezi idare makamlarının mahalli idare makamları yerine geçerek karar alması veya tersi durumun gerçekleşmesi yahut bir kamu tüzel kişiliğinin bir diğerinin yetki ve görev alanına bir konuda karar alması haline de aynı hukuksal sonuçların bağlanmasını doğru bulmuyoruz. Öğreti ve yargısal kararlarda “ağır ve bariz yetki tecavüzü” olarak da adlandırılan bu sakatlık halini, bundan öncekilerle bir aynı ve bir saymak mümkün değildir⁷⁹. Çünkü bu durumda, öncekilerden farklı olarak, genel anlamda idari görev ve yetki sahasının dışına çıkılmamış ve işlem de idari hiyerarşi içinde karar alma yetkisi ile mücehhez bir kişi, organ yahut kurul tarafından gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla, bu durumda, işlemin kurucu unsurlarının bulunmadığı söylenemeyeceğinden, kendisine yokluk yaptırımının bağlanması da doğru olmayacaktır. Kaldı ki, öyle sayılsa bile, bu durumdan, uyumsuzluğun çözümünün mutlaka adli yargı yerlerinin görevine gireceği sonucu çıkarılamaz. Çünkü sorun bütünüyle idari iptal davası ilke ve kuralları çerçevesinde çözümlenebilecek bir özellik ve niteliktedir. Dolayısıyla, böyle bir sorunun, bu soruna ve onun tabi

⁷⁶ ONAR, a.g.e., s. 331-333, 1671; SARICA, İdari Kaza (1942), s. 27-28, 136 vd; Ragıp SARICA, **İdari Kaza, Cilt I, İdari Davalar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1949, s., 56-58; GÖKALP, a.g.m., s. 441-442; GÜNDAY, a.g.e., s. 130-131; GÖZLER, a.g.e., s. 685, 692, 697, 709; CANDAN, a.g.e., s. 122 vd.; DE FORGES, a.g.e., s. 261.

⁷⁷ ONAR, a.g.e., s. 332; GÜNDAY, a.g.e., s. 130; SARICA, İdari Kaza (1949), s. 58-59; GÖZLER, a.g.e., s. 691 vd.; ERKUT, a.g.e., s. 151; ERKUT, a.g.m., s. 75-76; CANDAN, a.g.e., s. 123 vd.; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422; DE FORGES, a.g.e., s. 261, 348.

⁷⁸ ERKUT, a.g.m., s. 81-82.

⁷⁹ Karşı fikir için bkz: SARICA, İdari Kaza (1942), s. 140-141; SARICA, İdari Kaza (1949), s. 57-58; ONAR, a.g.e., s. 332; GÜNDAY, a.g.e., s. 131; GÖZLER, a.g.e., s. 709, 890.

olacağı kurallara büyük ölçüde yabancı olan bir yargıcın önüne götürülmesinde ne kişisel ve ne de kamusal bir yarar bulunmaktadır.

Konu unsurundaki kimi sakatlıkların da işlemin yoklukla malûl sayılmasını gerektirdiği söylenebilir ise de, bunların da daha çok “fonksiyon gasbı” yahut “kanunsuz idare” veya “tam kanunsuzluk hali” denilen ve “geniş anlamda yetkisizlik” halinden başka bir şey olmadığı⁸⁰ söylenebilir⁸¹.

İşlemin şekil ve usul unsuruna gelince, burada ortaya çıkan kimi ağır ve açık hukuka aykırılıklara da yokluk yaptırımını bağlanmakta ve bunun sonucu olarak bir dizi hukuki sonuçtan söz edilmekte⁸² ise de; yukarıda diğer unsurlar bakımından ifade ettiğimiz güçlük ve olumsuzluklar bu halde de baş göstermektedir. Başka bir anlatımla, bir idari işlemin şekil ve usul unsurunda ortaya çıkabilecek ne gibi hukuka aykırılıkların onun yok hükmünde sayılması gerektiğini ortaya koymak her zaman kolay olmadığı⁸³ gibi, böyle bir durumun “varsayıldığı” hallerde bunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti ile, uygun ve gerekli yaptırımların uygulanması görevinin adli yargı yerlerine bırakılmasında da yarar ve isabet yoktur⁸⁴.

Yukarıdaki bütün durumlar için genel olarak söylemek gerekirse, bizce hukuka aykırılığın derecesi ve bunun yaptırımlarından biri olan “yokluk” ya da “yok hükmünde sayılma” halinin bizatihi kendisi, otomatik bir şekilde görev (yargı yolu) konusundaki kuralların değişmesi sonucunu doğuramaz. Bugüne kadar aksi yönde bir uygulama ve kabulün ortaya çıkmış olmasının başta gelen nedeninin de, genel olarak fiili yol halinde olduğu gibi, daha ziyade idari yargı yerleriyle ilgili tarihsel sebepler ile, ağır ve açıkça hukuka aykırılıkla malûl işlemleri, “kamu düzeni”nden sayılan ve nispeten kısa tutulan idari dava açma süresinin “koruyucu” şemsiyesinden mahrum bırakarak ilgilileri daha iyi bir şekilde “korumak” olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İdari yargı yerlerinin de yoklukla malûl işlemlere karşı bir süreyle bağlı olmaksızın her zaman dava açılabilirliğini kabul ettikleri ve kendilerine dair olarak “tam bir mahkeme olmadıkları” yolundaki yaklaşımların da günümüzde bir geçerliliğinin kalmamış olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, en açık ve

⁸⁰ ONAR, a.g.e., s. 316.

⁸¹ Nitekim konuya ilişkin olarak verilen örnekler ve gösterilen yargısal kararlar da genellikle bu şekildedir. Örneğin bkz: ONAR, a.g.e., s. 311 vd.; ERKUT, a.g.m, s. 76 ve dipnot: 54; GÖZÜBÜYÜK/TAN, a.g.e., s. 560 vd.; GÜNDAY, a.g.e., s. 144 vd.; GÖZLER, a.g.e., s. 809 vd.

⁸² SARICA, İdari Kaza (1942), s. 148-149; ONAR, a.g.e., s. 331 vd.; GÖZLER, a.g.e., s. 728 vd.; CANDAN, a.g.e., s. 130. Karşı fikir için bkz: ERKUT, a.g.e., s. 151; ERKUT, a.g.m., s. 74-75.

⁸³ GÜNDAY, a.g.e., s. 135-136; WALINE, a.g.e., s. 409-410; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 575.

⁸⁴ ERKUT, a.g.e., s. 152-153; ERKUT, a.g.m., s. 89 vd.

ağır hukuka aykırılıkla malûl işlemlerin de münhasıran bu yargı yerleri önünde dava konusu yapılamaması için haklı bir neden göremiyoruz.

Dolayısıyla, biz yoklukla malûl işlemlerle ilgili uyuşmazlıkların adli yargı yerlerinin görevinde olduğu şeklindeki yaklaşımı doğru bulmuyor ve terk edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Yokluk hali ile yargı yolunun değişmesi arasında da zorunlu ve kaçınılmaz bir ilişki görmüyoruz. Aksi yönde ortaya çıkmış bulunan pratik ise, fiili yol teorisinin ortaya çıkış nedenleriyle büyük ölçüde aynı sebeplere yani, bir ihtiyacı karşılama şeklindeki birtakım sebeplere dayanmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, söz konusu nedenler ortadan kalkmış olduğuna göre, işlemin yoklukla malûl olması halinde uyuşmazlığın çözümünün adli yargı yerlerinin görevine gireceği şeklindeki düşünce ve uygulamanın olabildiğince terk edilmesi gerekir.

Nitekim bu nedenle, Conseil d’État da fiili yol teorisinin uygulama alanını olabildiğince daraltmak için normalde yoklukla malûl sayılabilecek işlemleri iptal edilebilirlikle malûl sayma eğilimi içindedir⁸⁵ ki, bizce de doğru olan budur. Çünkü normal ve doğru olan, idari nitelikteki bir uyuşmazlığın idari yargı yerlerince çözümlenmesidir.

Bu koşulun **“usul eksikliği” yönünden ağır ve açıkça hukuka aykırılık** unsurunun ya da halinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti meselesine gelince, bunu tespit etmenin diğerine nispeten daha kolay olduğu söylenebilir. Çünkü genel kabul gören bir yaklaşıma göre, İdarenin aldığı kararı re’sen icra etme yetkisine sahip bulunmadığı halde aksine hareket etmesi veya böyle bir yetkisi bulunmakla birlikte, bunu ilgili yasal düzenlemelere açıkça aykırı bir şekilde kullanılmış olması hallerinden birinin varlığı bu koşulun gerçekleşmesi için yeterli sayılmaktadır⁸⁶. Başka bir anlatımla, ister hukuka uygun isterse aykırı olsun, yasal yetkisi bulunmamasına rağmen bir kararın İdarece re’sen icra edilmesi hali tek başına bu koşulu karşılamaya yetmektedir. Dolayısıyla, bu durumda içine düşülen hukuka aykırılığın ağır ve açık olması şartı aranmamaktadır; çünkü re’sen icra yetkisi bulunmadığı halde varmış gibi hareket edilmiş olması hali tek başına bu koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterli sayılmaktadır. İdarenin böyle bir yetkisinin bulunduğu hallerde de, söz konusu yetkinin tabi bulunduğu kurallara açıkça aykırı kullanılmış olması bu koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterli görülmektedir⁸⁷.

⁸⁵ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 246.

⁸⁶ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 560-562; CHAPUS, Droit Administratif, s. 784; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422-423; ROUAULT, a.g.e., s. 72.

⁸⁷ CHAPUS, Droit Administratif, s. 784, 787; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 558 vd.; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 422-423; ROUAULT, a.g.e., s. 72; DE FORGES, a.g.e., s. 348.

Duran⁸⁸, Danıştay’ın hiçbir kayıt ve koşul koymaksızın İdarenin icrai nitelikteki her kararını re’sen icra etme yetkisine sahip olduğu yanılığısı içine düştüğünden, fiili yol olarak bilinen uygulamanın bizde zayıf kaldığını belirtmektedir. Oysa Fransız Hukukunda, fiili yol halinin daha çok bu şekilde gerçekleştiği belirtilmektedir⁸⁹.

Fakat Fransız Hukukunda, “*olağanüstü koşullar*”ın varlığı halinde, diğer birtakım koşulların bulunmasına rağmen, fiili yol halinin gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir⁹⁰. Başka bir anlatımla, fiili yol teorisi “zaruret hali” ya da “fevkalâde hal” teorisi ile yumuşatılmıştır. Buna göre, yasal bir yetkisi bulunmamakla birlikte, işin önem ve aciliyeti bir kararın derhal ve re’sen icra edilmesini zorunlu kılıyorsa İdarenin bu amaçla giriştiği ameli faaliyetler fiili yol olarak kabul edilmeyecektir. Yargı yerleri, kişi yararı ile kamu yararı arasında bir denge gözetmek amacıyla bu sonuca ulaşmış bulunmaktadırlar⁹¹.

Fiili yola ilişkin uygulamanın hayli daralması sonucunu doğuran bu yaklaşımın hukukumuzda da ifadesini bulduğuna dair bir ize rastlamak güç görünmektedir. Nitekim fiili yol konusuna temas eden müellifler, buna dair bir açıklama ve uygulamadan örneklere hiç yer vermemektedirler. Bunda, başından beri açıklamaya çalışma geldiğimiz gibi, ülkemizde fiili yol teorisinin eleştirel bir açıdan ele alınmamış olmasının payı büyük olsa gerektir.

Fiili Yol Halinin Gerçekleşmesi Halinde Uyumuzluğun Çözümü Yetkisinin Adli Yargı Yerlerine Ait Olacağı Düşüncesinin Temeli Nedir?

Fransa’da idari yargı yerlerinin henüz tam bir “*mahkeme*” yetkisini haiz olmadığı ve dolayısıyla, adli yargı yerlerine nazaran oldukça sınırlı birtakım yargılama teknik ve enstrümanlarına sahip olduğu bir dönemde yani Ondokuzuncu Yüzyıl başlarında, ahvali şahsiye halleri ile mülkiyet hakkı ve birtakım temel hak ve özgürlükler gibi, diğer alan ve konulara göre daha “*önemli*” görüldükleri için adli yargı hâkiminin koruması altına alınarak tam bir güvenceye kavuşturulmaya “*lâyük*” görülen kimi konulara

⁸⁸ DURAN, Ders Notları, s. 420.

⁸⁹ PEISER, a.g.e., s. 89; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 246; DE FORGES, a.g.e., s. 348.

⁹⁰ ONAR, a.g.e., s. 1670. CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Recueil, p. 208 (Kararın metni ve analizi için bkz: LACHAUME, a.g.e., s. 235 vd.); TC, 2 décembre 1902, *Soc. Immobilière de Saint-Just* (kararın analizi için bkz: CHAPUS, Droit Administratif, s. 1061); TC, 27 mars 1952, *Dame de la Murette*, D., 1954, p. 291 (PEISER, a.g.e., s. 89); CHAPUS, Droit Administratif, s. 787, 1060 vd.; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 423; ROUAULT, a.g.e., s. 72; WALINE, a.g.e., s. 551. Konuya ilişkin çok sayıda örnek yargısal karar için bkz: LACHAUME, a.g.e., s. 237; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 247-249; CHAPUS, Droit Administratif, s. 787-788, 1060-1063.

⁹¹ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 247-248; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 423; CHAPUS, Droit Administratif, s. 787-788; 1060 vd.

ilişkin idari uyuşmazlıkları adli yargı yerlerinin görevine dâhil eden birtakım yasal düzenlemelerin⁹² gerçekleştirilmesiyle başlayan hukuksal süreç, jürisprüdansın⁹³ söz konusu yasal düzenlemelerden kişi güvenliği ve özgürlüğü ile mülkiyet hakkına ilişkin konularda bu alanların “koruyucu”su olan adli yargı yerlerinin genel görevli olduğu şeklinde bir “genelleme”ye varmasıyla sonuçlanmıştır⁹⁴.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği konusunda adli yargı hâkimini görevli sayan 1958 Anayasasının 66. maddesi, söz konusu yaklaşım yahut “genelleme”yi “Anayasal prensip” düzeyine çıkarmış bulunmaktadır. Bu süreç, Anayasa Konseyi’nin “doğası gereği adli yargı yerlerinin görevine giren alanlar” bulunduğu şeklindeki yaklaşımıyla hukuki temelini daha da sağlamlaştırmış bulunmaktadır⁹⁵. “Doğası gereği” adli yargı yerlerinin “mahfuz” görev alanına giren söz konusu konular ise, ya ilgili yasal düzenlemelerden ya da elkoyma ve fiili yol denilen ve yargısal içtihatların ürünü olan durumlardan ileri gelmektedir⁹⁶.

Fransız Hukuku esas alınarak yapılan bu açıklamaların, Türk Hukuku bakımından da büyük ölçüde geçerli olduğu açıktır. Bu nedenle, münhasıran Fransız Hukukuna özgü olan ilgili Anayasal ve kimi yasal düzenlemeler ile elkoyma halini bir yana bırakıp yalnızca inceleme konumuzu teşkil eden fiili yol hali bakımından söyleyecek olursak, bu durumda adli yargı yerlerinin görevli sayılması düşüncesinin arkasında başlıca üç neden bulunmaktadır.

⁹² Bu konuda birçok kanun bulunmakla birlikte, bunların başında, yerini 1977 tarihli yeni yasal düzenlemelere bırakmış olan ve kamulaştırma bedeli ile ilgili uyuşmazlıklar hakkındaki 1810 tarihli bir kanun gelmektedir. Bir diğeri ise, kişi özgürlüğüne ilişkin uyuşmazlıklarda münhasıran adli yargı yerlerinin görevli olduğu ve bu halde İdare tarafından görev (yargı yolu) uyuşmazlığı çıkarılamayacağına ilişkin Ceza Muhakemesi Kanununun 136. maddesi hükmüdür. Bkz: AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 516 vd.; CHAPUS, Droit Administratif, s. 769 vd.; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 239-240; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 622-623; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 415-417; WALINE, a.g.e., s. 549-550.

⁹³ TC, 18 décembre 1947, *Hilaire*, JCP, 148, II, no: 4087 (RIVERO/WALINE, a.g.e., s. 486; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 415; CHAPUS, Droit Administratif, s. 765); AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 525.

⁹⁴ RIVERO/WALINE, a.g.e., s. 486; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 415; LACHAUME, a.g.e., s. 232- 233; DARCY/PAILLET, a.g.e., s. 39; WALINE, a.g.e., s. 549; CHAPUS, Droit Administratif, s. 765-766.

⁹⁵ CHAPUS, Droit Administratif, s. 764 vd.; RIVERO/WALINE, a.g.e., s. 486; DARCY/PAILLET, a.g.e., s. 39; LACHAUME, a.g.e., s. 232; WALINE, a.g.e., s. 549; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 239.

⁹⁶ RIVERO/WALINE, a.g.e., s. 486-487; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 415; ROUAULT, a.g.e., s. 72; LACHAUME, a.g.e., s. 233-234; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 623; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 239-240; WALINE, a.g.e., s. 549.

Bunlardan birincisi, İdarenin içine düştüğü hukuka aykırılığın niceliği ile ilgilidir. Laferrière, Hauriou, Bonnard ve özellikle Desgranges gibi önde gelen hukukçularca ileri sürülmüş⁹⁷ olan bu fikre göre, İdarenin esas ya da usul yönünden içine düştüğü hukuka aykırılık, gerçekleştirilen tasarrufu idari olmaktan çıkarıp onu alâlede bir muamele veya fiile dönüştüreceği için, İdarenin idare hukuku kurallarına göre ve idari yargıç tarafından yargılanma ayrıcalığı son bulmaktadır⁹⁸.

Fiili yol teorisinin hayli geniş bir şekilde uygulanabilmesine yol açan bu yaklaşım Duguit ve diğer bazı yazarlarca doğru bulunmadığından, söz konusu ağır ve açık hukuka aykırılığın mülkiyet veya başka bir temel hak yahut özgürlüğü ihlâl etmesi şartına tabi kılınması suretiyle uygulama alanı daraltılmak istenmiş ise de, bu sonuncuların da neyi kapsayıp neyi dışladığı tam olarak ortaya konulamadığından, uygulama yere ve zamana göre kaçınılmaz olarak değişebilmektedir⁹⁹.

Chapus'un "*düş kurma yetisi*" (*la folle du logis*)¹⁰⁰ olarak nitelendirdiği bu düşüncenin arkasında yatan asıl mantık, görüldüğü gibi, deyim yerindeyse, içine düştüğü ağır ve açık hukuka aykırılık nedeniyle İdarenin "*cezalandırılması*"dır. Çünkü böylece, İdare kendisini daha iyi "*anlayabilecek*" olan idari yargıç tarafından ve idare hukuku kurallarının uygulanması suretiyle yargılanmak "*ayrıcalığı*"ndan yoksun kalacak, adliye yargıç tarafından ve bir özel hukuk kişisinden farksız olarak özel hukuk kurallarına göre yargılanma durumuyla karşılaşacaktır¹⁰¹.

İdare Hukuku kurallarına göre başlatılan ve öyle de devam edip sonuçlanması istenen bir hukuksal sürecin, içine düşülen hukuka aykırılıklar nedeniyle, failinin iradesi ve isteği hilâfına yön ve mahiyet değiştirip bambaşka bir hukuksal ilişkiye bürünmesine yol açan ve "*bozulma teorisi*" (*théorie de dénaturation*) olarak da adlandırılan bu durum, "*idari rejim*" ve onun zorunlu unsurlarından birini oluşturan idari yargının kabul edilmiş olduğu bir sistemde kolayca kabullenilebilecek bir sonuç değildir¹⁰². Çünkü bununla, bir bakıma, nicelik nitelikten üstün tutulmuş olmaktadır. Böyle bir durumda, "*nicel değişikliğin nitel dönüşüme yol açmış olduğu*" şeklindeki

⁹⁷ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552.

⁹⁸ TC, 2 décembre 1902, *Sté immob. de Saint-Just*, Recueil, p. 713, DARCY/PAILLET, a.g.e., s. 38; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 253; WALINE, a.g.e., s. 550; LOMBARD/DUMONT, a.g.e., s. 321; ROUAULT, a.g.e., s. 72.

⁹⁹ AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552-553.

¹⁰⁰ CHAPUS, *Droit Administratif*, s. 780.

¹⁰¹ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 253; WALINE, a.g.e., s. 550; LACHAUME, a.g.e., s. 233; LOMBARD/DUMONT, a.g.e., s. 321; LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 425; DARCY/PAILLET, a.g.e., s. 38.

¹⁰² DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 253; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 552-553.

bir kabulün hukuksal değeri ise tartışmasız ve mutlak değildir; aksine izafî ve ütöpiktir. Zira böyle bir değerlendirme, kaçınılmaz olarak soyut ve sübjektif olmaya mahkûmdur. Kaldı ki, bir an için öyle olduğu kabul edilse bile, bu durumu ve bunun yol açtığı hukuksal sonuçları değerlendirip uygun ve gerekli yaptırımları uygulamak konusunda sahip oldukları hukuk formasyonu bakımından idari yargı hâkimi adli yargı hâkimine nazaran daha donanımlı değil midir? Bu yargı yerlerince yapılacak bir yargılamada, hukuka aykırılığın derecesi de göz önünde bulundurularak ona göre bir karar verilemez mi?

Bu soruların herkesçe olumlu yönde cevaplandırılacağı açık olmasına karşın, İdarenin içine düştüğü birtakım hukuka aykırılıklardan hâlâ böyle hukuksal sonuçlar çıkarmaya devam etmenin altında yatan asıl neden, sahip oldukları yargılama teknikleri ve başvurabilecekleri yaptırımlar karşılaştırıldığında adli yargı yerlerine duyulan “*haklı*” bir güven ve buna karşılık idari yargı yerlerine karşı duyulan güvensizliktir. Dolayısıyla, fiili yol veya onun daha spesifik bir nitelemesini ifade eden “*bozulma teorisi*” (*théorie de dénaturation*) aslında, idari yargı yerlerinin, İdarenin birtakım temel hak ve özgürlüklere vâki saldırıları karşısında etkisiz ve çaresiz kalmalarından dolayı, sorunu adli yargı yerleri önüne götürme şeklinde ortaya çıkmış bulunan bir ihtiyaca meşruiyet kazandırabilme çabasından başka bir şey değildir. Çünkü böylece, aksine bir yasal düzenleme bulunmadıkça idari faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari sayılacağı ve idari yargı yerlerince çözümleneceği yolundaki kurala aykırı düşen bir durum hukuken “*izah*” edilmiş sayılacaktır¹⁰³.

İkincisi ise, Ondokuzuncu Yüzyıl liberallerinin idari yargı yerlerinin (yahut bu yetkiyi kullanabilen birim ve kuruluşların) tarafsızlığından duyduğu kuşkudur¹⁰⁴. Fiili yol teorisinin ortaya çıktığı iki yüz yıl öncesi koşullarda, yani “*tutuk adalet*” usulünün geçerli olduğu ve idari yargı yerlerinin henüz tam anlamıyla birer mahkeme sayılmadığı bir dönemde meşruiyeti bulunan bu kuşkunun, idari yargı yerlerinin günümüzde ulaşılmış buldukları yetkin bir bağımsızlık ve tarafsızlık karşısında

¹⁰³ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 253-254.

¹⁰⁴ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 254. Bu durum, başka bazı yasal düzenleme ve uygulamalara da kaynaklık etmiştir. Örneğin biz de geçerli olan, kamulaştırma bedeline karşı adli yargı yerlerine başvurma şeklindeki uygulamanın kökeni Fransız Hukukunda 8 Mart 1810 tarihli bir kanuna dayanmaktadır. Chapus’un belirttiğine göre, bizatihi Napoléon’un özel ve kişisel isteği üzerine çıkarılan bu kanunla, gayri menkulleri kamulaştırılan kişilere adli yargı yerlerine yani, o zamanki algılanışıyla “hâkime” başvurma imkânı tanınmak suretiyle özel mülkiyet hakkının hâkim güvencesi altında olduğu gösterilmek istenmiştir. Ne var ki, Chapus’un deyimiyile, idari yargı yerleri de çoktan mahkeme yahut hâkim sıfat ve hüviyetini kazanmış olmalarına rağmen aynı düzenleme yeni yasal düzenlemelerde de yerini almıştır. Oysa kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda, bedel ve maddi hatalara ilişkin uyuşmazlıklarda da adli yargı yerlerini görevli saymanın artık hiçbir haklı mantığı ve gerekçesi bulunmamaktadır. Bkz: CHAPUS, Droit Administratif, s. 768.

artık bir geçerliliği bulunmasa gerektir. Başka bir deyişle, oluşum süreci göz önünde bulundurulduğunda yani, idari yargı düzeninin yeni ortaya çıktığı tarihlerde göz ardı edilemeyecek olan bu kuşkunun geçen zaman zarfında yaşanan pratikle çoktan aşılması beklenir ve gerekir¹⁰⁵.

Üçüncüsü ise, idari yargı yerlerinin gerek oldum olası yavaş çalışmaları ve gerekse ilgilileri etkin bir şekilde koruyabilecek yargılama teknik ve imkânlarından yoksun bulunmalarındır¹⁰⁶. Kanaatimizce, fiili yol teorisinin kendisini değilse bile, söz konusu teoriden söz edilebildiği hallerde adli yargı yerlerinin görevli sayılmasını meşru kılan en güçlü argüman da budur. Gerçekten de, özellikle Türk Hukuku bakımından söyleyecek olursak, çok sıkı kayıt ve koşullara bağlanmış bulunan yürütmenin durdurulması kararını verebilme imkânı bir yana bırakılırsa, idari yargıcın elindeki imkânların dava konusu işlemin iptali ile uğranılan zararın tazminine hükmetmekten ibaret kalmaktadır ki; adli yargıcın yetkileri ile karşılaştırıldığında, bunların ilgilileri etkili ve yeterli bir biçimde koruyabilme gücünden yoksun olduğu kolayca görülebilmektedir. Çünkü adli yargıcın elinde tarafları ve dava konusu edilen şeyi koruyabilecek mahiyette çeşitli ihtiyatî tedbir kararları verme imkânı bulunduğu halde, idari yargıç bunlardan hiçbirine sahip değildir. Bunlara, adli yargıcın haksız müdahalenin önlenmesi ve durdurulmasına karar verebilmesi yetkisi ile dava konusu edilen şeyin aynen iadesi veya tazminine emir ve karar verebilmesi yetkisi de eklendiğinde, her iki yargıcın sahip olduğu yetkiler bakımından ne denli önemli birtakım farklılıklar bulunduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Fransız Hukukunda, 30 Haziran 2000 tarihli kanunla ivedi yargılama usulleri denilen bir yargılama tekniği ve tek yargıçla karar verilebilen hallerin arttırılmasını öngören yasal düzenlemeler hayata geçirilerek¹⁰⁷ söz konusu olumsuzluğun önüne geçmeye ve böylece fiili yol halinin varlık nedenini ortadan kaldırmaya dönük gelişmeler kaydedilmiş ise de, aşağıda belirteceğimiz gibi, beklenen başarı henüz sağlanamamıştır¹⁰⁸.

¹⁰⁵ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 254; LACHAUME, a.g.e., s. 232-233.

¹⁰⁶ CHAPUS, Droit Administratif, s. 780; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 565 vd.; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 626; TRUCHET, a.g.e., s. 121; LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 417; DE FORGES, a.g.e., s. 349.

¹⁰⁷ Söz konusu düzenlemeler için bkz: Ali ULUSOY, "Fransız İdari Yargı Reformu", in **Danıştay Dergisi**, Yıl: 31, Sayı, 103, 2001, s. 22-29; Erdoğan BÜLBÜL, "Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu", in **Danıştay ve İdari Yargı Günü**, Sempozyum, 134. Yıl, Ankara 10-11 Mayıs 2002, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2002, s. 63-95; PEISER, a.g.e., s. 142, 147 vd.; CHAPUS, Contentieux Administratif, s. 1423 vd.; PACTEAU, a.g.e., s. 408 vd.

¹⁰⁸ CHAPUS, Droit Administratif, s. 780-781; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 566-570; LOMBARD/DUMONT, a.g.e., s. 321; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 626; WALINE, a.g.e., s. 552; LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 417; PEISER, a.g.e., s. 89;

Fiili Yol ile Yola Devam mı?

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere fiili yol teorisinin temel esprisi, açıkça hukuka aykırı davranmış bulunan İdareyi idari yargı hâkimine nazaran daha güçlü yetkilere sahip bulunan adli yargı hâkimi önüne çıkararak ve özel hukuk kurallarına tabi tutarak bir nevi kendisini “*cezalandırma*” şeklindeki bir temele dayanmaktadır. “*Cezalandırma*” yahut ağır ve açık hukuka aykırılık halini yaptırımsız bırakmama amacı, dava açma süresinin uzun tutulmuş olmasıyla da kendisini göstermektedir. Çünkü fiili yol halinin söz konusu olduğu hallerde nispeten kısa tutulmuş bulunan idari dava açma süreleri uygulanmayacağından davacının, süresiz değilse bile¹⁰⁹, daha geniş bir zaman zarfında uyuşmazlığı yargı yerleri önüne götürebilmesi olanağının bulunması da yine aynı amacı taşımaktadır¹¹⁰.

Ne var ki, dava açma süresi konusunda kendisini gösteren olumlu yön bir yana bırakılırsa, hukuka uygun davranmasını sağlamak için İdareyi idare hukuku kurallarından ve idari yargıcın yargılaması “*ayrıcılığı*”ndan yoksun bırakarak kendisini “*terbiye*” etme düşüncesi çoğu zaman amacına aykırı ve zararlı birtakım sonuçlara yol açabilmektedir. Çünkü İdareyi bu şekilde “*cezalandırarak uslandırma*” amacı, idari dava ve uyuşmazlıkların çözümünü daha karmaşık bir hale getirebileceği gibi, yol açabileceği görev (yargı yolu, yargı kolu) uyuşmazlıkları nedeniyle zaten uzun süren uyuşmazlıkların çözüm sürecinin daha da uzamasına sebep olmak suretiyle gerçekte davacının cezalandırılmasına dönüşebilmektedir¹¹¹.

Bu nedenledir ki, pratik bazı yararlarına karşılık, beraberinde getirdiği bu sorunlar nedeniyle, fiili yol kavram ve kurumu Fransız Hukukunda daima tartışma konusu olmuş ve bazı “*Hükümet Komiserleri*” ile yazarlar bu uygulamaya tamamen son verilmesi gerektiği yönünde “*düşünce*” (*conclusions*) ve görüş bildirmişlerdir¹¹².

¹⁰⁹ Fiili yol ve buna yol açabilecek nedenlerden biri olarak kabul edilen işlemin yoklukla malûl olması halinde bir süreyle bağlı olmaksızın her zaman dava açılabilmesi genel olarak kabul görmekte ise de, kanaatimizce bu durum, hangi yargı yerinde açılmış olursa olsun, yalnızca yokluğun tespiti davası için geçerli olabilir. Tazminat davasının ise, Özel Hukuk kurallarının haksız fiil davaları için öngördüğü zaman zarfında açılması şarttır. Zira bu ikincisinin dahi hiçbir süreye tabi olmayacağını söylemek, fiili yol ve kendisine bağlanan hukuksal sonuçlarla ilgili olarak yapılan açıklamalarla bağdaşmaz.

¹¹⁰ DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 575; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 625.

¹¹¹ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 254; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 425; LACHAUME, a.g.e., s. 233; PEISER, a.g.e., s. 89; LOMBARD/DUMONT, a.g.e., s. 321; CHAPUS, Droit Administratif, s. 780; WALINE, a.g.e., s. 552.

¹¹² PEISER, a.g.e., s. 90; VAN LANG/GONDOUIN/INSERGUET-BRISSET, a.g.e., s. 290; WALINE, a.g.e., s. 552-553; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 418, 425. Türk Hukukunda ise, daha önce de belirttiğimiz gibi, fiili yol kavram ve kurumu ile kendisine bağlanan hukuksal sonuçların eleştirisi ve reddi yönünde herhangi bir düşünce ileri sürülmemiştir. Fakat, diğer koşullarında bulunması kaydıyla, fiili yola yol açabilecek durumlardan biri olarak görülen işlemin yoklukla

Fiili yol kurumu ve uygulamasının Fransız Hukukunda halen işgal etmekte olduğu yere bakılırsa, söz konusu görüş ve düşünce sahiplerinin henüz galip gelemedikleri görülmektedir. Ne var ki, bizdekinden farklı olarak, Fransız Hukukunda bu yönde sürekli ve sistemli bir çabanın bulunduğu dikkatlerden kaçmamaktadır. Örneğin gerek Uyuşmazlık Mahkemesi ve gerekse Devlet Şûrası, bir yandan fiili yolun uygulama alanı olabildiğince daraltmaya çalışırken diğer yandan da, bazı hallerde idari yargı yerlerini de adli yargı yerleriyle birlikte görevli sayma eğilimi içine girmiş bulunmaktadırlar. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesinin, yoklukla malûl bir idari işlemin bu halinin idari yargı yerlerince de tespit edilebileceği¹¹³ şeklinde attığı adım, Conseil d'État'ın bu halde söz konusu işlemin yol açtığı zararların dahi aynı yargı yerlerince tazmin edilebileceği şeklindeki yaklaşımıyla¹¹⁴ tamamlanmak istenmiş ise de, bu ikincisi Uyuşmazlık Mahkemesinin¹¹⁵ muhalefeti nedeniyle hayat hakkı bulamamış ve terk edilmiştir¹¹⁶. Uyuşmazlık Mahkemesine göre, fiili yolun varlığı halinde zararın tazminine karar verme yetkisi münhasıran adli yargı yerlerine ait bulunmaktadır¹¹⁷.

Conseil d'État ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu uğurda sarf ettikleri çabaya, adli yargı yerlerinden beklenen destek gelmemiştir. Nitekim, ilgililerin daha kolay ve süratli bir şekilde sonuç alabilecekleri düşüncesiyle giderek daha fazla fiili yol halini ileri sürüp adli yargı yerlerine başvurmaları ve söz konusu yargı yerlerinin de bu tür başvurular karşısında esnek bir yaklaşım sergileyerek¹¹⁸, onları olabildiğince kabul

malûl olması halini ve buna bağlanan hukuksal sonuçları ele alan Erkut, bizim de bütünüyle katıldığımız eleştirel bir bakış sergileyerek söz konusu teori ile kendisine bağlanan hukuksal sonuçları tehlikeli ve zararlı bulmakta ve uygulanmasının da kolay olmadığını belirtmektedir. Bkz: ERKUT, a.g.m., s. 89 vd.; ERKUT, a.g.e., s. 151 vd.

¹¹³ TC, 27 juin 1966, Guignon, Recueil, p. 830 (PEISER, a.g.e., s. 90; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 251; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 625; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 298); TRUCHET, a.g.e., s. 121; WALINE, a.g.e., s. 552; CHAPUS, Contentieux Administratif, s. 217-218. Hukukumuzda da böyle bir uygulama ve bunu doğru bulan görüşler bulunduğu yukarıda (dipnot: 55) işaret etmişik

¹¹⁴ CE, 4 novembre 1966, *Ministre de l'Intérieur c/Société le Témoignage chrétien*, Recueil, p. 584 (PEISER, a.g.e., s. 90; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, a.g.e., s. 298); WALINE, a.g.e., s. 552.

¹¹⁵ TC, 30 juin 1969, *SCI des Praillons*, AJDA, 1969, p. 699 (LACHAUME, a.g.e., s. 234).

¹¹⁶ CE, 10 octobre 1969, *Consorts Muselier*, AJDA, 1969, p. 699; CE, 20 novembre 1974, *Dame Manrot Le Goarnic*, Recueil, p. 572, AJDA, 1975, p. 185 (LACHAUME, a.g.e., s. 234).

¹¹⁷ LACHAUME, a.g.e., s. 234; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 625; WALINE, a.g.e., s. 552-553; AUBY/DRAGO, a.g.e., s. 566.

¹¹⁸ Bir kamu görevlisinin görevden alınmasına, bir diğerinin ise görev yerinin değiştirilmesine ilişkin idari işlemlerin şekil ve usul kurallarındaki hukuka aykırılık gerekçesine dayanarak ortada fiili yol bulunduğunu kabul eden adli yargı yerlerinin bu tutumunu eleştiren Chapus, söz konusu yargı yerlerinin "keyfilik" derecesine varacak ölçüde fiili yol kurumuna başvurduklarını belirtmektedir. İlgili kararlar ve geniş açıklama için bkz: CHAPUS, *Droit Administratif*, s. 785; CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1441.

etme eğilimi içine girmeleri karşısında¹¹⁹, İdareyi temsilen valilerin Uyuşmazlık Mahkemesine yaptığı başvurular neticesinde verilen kararlar¹²⁰ üzerine fiili yol olarak kabul edilen hallerin uygulamasında bir daralma olmuşsa da¹²¹ sorun istendiği boyutta çözülemediğinden, Yasama Organı harekete geçmek zorunda kalmış ve 30 Haziran 2000 tarihli kanunla ivedi yargılama usullerini¹²² yürürlüğe sokarak bir bakıma bu durumun önüne geçmeye çalışmıştır. İdari Yargı Kodunun (*Code de Justice Administrative*) 521-2. maddesi olarak mevzuatta yer alan düzenlemeyle (*référé-liberté*), idari yargıç temel bir hak veya özgürlüğün¹²³ hukuka açıkça aykırı ve ağır bir biçimde ihlâl edildiği veya bu şekilde mutlak bir ihlâl tehdidi altında bulunduğu hallerde bunun önlenmesi ve durdurulması için İdareye para cezası yaptırımını ile desteklenmiş emir verme yetkisine sahip kılınmıştır. Bu yetki çerçevesinde alınan kararlar geçici nitelikte olmakla birlikte, idari yargıcın bugüne kadar sahip olmadığı ve bunun için fiili yol teorisi çerçevesinde adli yargı yerlerine başvurmayı meşru kılan birer eksiklik olarak düşünüldüğünde, önemi küçümsenmemelidir¹²⁴. Söz konusu yasal düzenlemeler idari yargıcın yetkilerini arttırdığından, bunun zımni olarak fiili yol halini ortadan kaldırdığı veya en azından bu yolun “*de facto*” bir

¹¹⁹ DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 418, 422; VAN LANG/GONDOUIN/INSERGUET-BRISSET, a.g.e., s. 290; CHAPUS, *Droit Administratif*, s. 780; CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1441.

¹²⁰ PEISER, a.g.e., s. 90-91. Örneğin telefon aboneliğinin re’sen silinmesi (TC, 15 avril 1991, *Préfet de la Région Lorraine, Préfet de la Moselle*, Gaz. Pal., 1992, no: 187-189), yasak süresi dolduğu halde av tezkeresi verilmemesi (TC, 24 février 1992, *Préfet de la Gironde*, RFDA, 1992, p. 766), bir yabancının valinin kararıyla sınır dışı edilmesi (TC, 21 juin 1994, *Préfet Rhône-Alpes c/madaci et Youbo*, AJDA, 1994, p. 496; TC, 16 janvier 1995, *Diaz Carette*, LPA, 1996, no: 61, p. 8-11) gibi işlemler temel hak ve hürriyetlerle ilgili sayılmadığından fiili yol halinin gerçekleşmediği kabul edilmiştir. Anılan örnek kararlar ve daha fazlası için bkz: PEISER, a.g.e., s. 91; LACHAUME, a.g.e., s. 231-232; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GNEVOIS, a.g.e., s. 295-296.

¹²¹ Özellikle yabancılar polisinin kaçak mültecilere karşı aldığı tedbir ve giriştiği uygulamaların fiili yol sayılamamaya başlandığı kaydedilmektedir. Bkz: DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 625 (özellikle dipnot:1); PEISER, a.g.e., s. 90-91; CHAPUS, *Droit Administratif*, s. 780.

¹²² ULUSOY, a.g.m., s. 22-29; BÜLBÜL, s. 72 vd.; PEISER, a.g.e., s. 142, 147 vd.; CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1423 vd.; PACTEAU, a.g.e., s. 408 vd.

¹²³ Fiili yol halinde olduğu gibi burada da “temel hak ve özgürlük”ten ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Verpeaux, idari yargı yerlerinin kavramı “otonom” olarak kabul ettiklerini ve Anayasa yahut yasalardaki nitelemelerle kendilerini bağlı görmediklerini ve yerleşik yargısal içtihatlarda fiili yol için kabul gören kriter yahut örnekler ile de kendilerini bağlı saymadıklarını kaydetmektedir. Bkz: VERPEAUX, a.g.m., s. 885-886. Aynı yönde kimi değerlendirmeler ve konuya ışık tutması için uygulamadan hareketle çıkarılmış bir liste için bkz: PACTEAU, a.g.e., s. 411-413; CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1428 vd.

¹²⁴ BÜLBÜL, a.g.m., s. 72; TRUCHET, a.g.e., s. 121; DE LAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 418; CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1425 vd.; PACTEAU, a.g.e., s. 408-409.

şekilde ortadan kalkacağı düşünülmüş¹²⁵ ise de, jürisprüdansiyel¹²⁶ gelişme beklentileri boşa çıkarmıştır¹²⁷. İdarenin temel bir hak yahut özgürlüğü hukuka aykırı bir şekilde açıkça ihlâl etmesi halinde ivedi yargılama usulü (*référé-liberté*) yoluyla korunması imkânının tanınmış olmasına rağmen, fiili yol uygulamasının tamamen terk edilmemiş olmasının nedeni, fiili yolun, idari faaliyetin idari nitelik ve karakterini bütünüyle kaybettiği hallere inhisar ettiği ve *référé-liberté* usulünün bunu kapsamadığı şeklindeki bir gerekçeye dayandırılmaktadır¹²⁸.

Görüldüğü üzere, henüz istenen bir noktaya gelinmemiş olmakla birlikte, Fransız Hukukunda fiili yol teorisini terk etme anlayış ve iradesi daima güncelliğini korumuştur. Çünkü kişileri İdarenin açıkça kanunsuz ve keyfi işlem ve eylemlerine karşı korumak amacıyla düşünülmüş bulunan bu teori, gerek sübjektif değerlendirmelere açık olması nedeniyle gerçekleşme koşullarının tespiti bakımından gösterdiği güçlük ve gerekse İdare Hukukunun birçok temel ilkesine ters düşen hukuki sonuçlar doğurması nedeniyle göz ardı edilemeyecek sorunlara kaynaklık teşkil etmektedir¹²⁹. Dava açma süresi yönünden ilgiler lehine doğurduğu olumlu sonuç bir yana bırakılırsa, başka açılardan sağladığı bir fayda ve katkı yoktur. Fayda ve katkı şöyle dursun, görev (yargı yolu) uyumsuzluğunun yol açabileceği sorunlar nedeniyle, dava açabilme hakkının kaybı da dâhil olmak üzere, çeşitli olumsuz sonuçları beraberinde getirmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla, kanımızca yapılması gereken, İdare Hukukunun yapısı ve prensipleriyle bağdaşmayan bu arkaik ve anakronik¹³⁰ kurumun varlığını benimseyip koruyarak İdareyi kendisine yabancı bir yargıç ve hukukla baş başa bırakmak değil; idari yargıcın yargılama sürecinde

¹²⁵ PACTEAU, a.g.e., s. 408.

¹²⁶ TC, 23 octobre 2000, *M. Boussadar c/Ministre des Affaires Étrangères*, AJDA, 2001, p. 143; TC, 23 mai 2005, *Haut-Commissaire de la République en Polynésie française*, AJDA, 2005, p. 1151 (WALINE, a.g.e., s. 550); CE, 15 novembre 2006, *Ministre Transports, Équipement*, Recueil, p. 464; CC (La Cour de cassation, Civ. 1.), 28 novembre 2006, *Cne de Saint-Maur-des-Fossés*, Bull. Civ., no: 529; TC, 19 novembre 2007, *Préfet Val-de-Marne c/Maire de Limeil-Brévannes*, Recueil, p. 366 (PACTEAU, a.g.e., s. 415-416). Aynı yönde daha fazla karar için bkz: PACTEAU, a.g.e., s. 415-416.

¹²⁷ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 254; PACTEAU, a.g.e., s. 415; WALINE, a.g.e., s. 550; TRUCHET, a.g.e., s. 121. Fakat bu usulün yürürlüğe girişiyle (1 Ocak 2001) birlikte, fiili yol teorisine daha az başvurulduğu kaydedilmektedir. Bkz: PEISER, a.g.e., s. 91.

¹²⁸ CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1440-1441; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, a.g.e., s. 624; TRUCHET, a.g.e., s. 121.

¹²⁹ CHAPUS, *Droit Administratif*, s. 780; DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 245-246.

¹³⁰ DEBBACH/RICCI, a.g.e., s. 254; CHAPUS, *Contentieux Administratif*, s. 1440; DELAUBADÈRE/GAUDEMET, a.g.e., s. 418.

İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (“Fiil Yol”)

başvurabileceği hukuksal olanaklar ile hükmedebileceği yaptırımları arttırmak ve çeşitlendirmektir¹³¹.

Bunlar gerçekleşebildiği ölçüde, İdareyi adli yargı hâkimi ve özel hukuk kuralları marifetiyle yargılama tehdidiyle “*hizaya*” getirme yahut “*terbiye*” etme veya fiili yol gibi yapay hukuksal kurumlara başvurma ihtiyacının hukuksal altyapısı da kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

¹³¹ Örneğin, Odyakmaz’ın İYUK’ta yer almasını önerdiği “idari eylemin men’i davası” da bu bağlamda düşünülebilecek çarelerden biridir. Yazar, aynen şöyle demektedir: “İdare mahkemelerinde idari işlemlerden dolayı iptal davası, idari eylem ve işlemlerden dolayı hak ihlâli halinde tam yargı davası açabilmekte, ancak idari eylemlerin men’i davası açılmamaktadır. Bireylere bu davayı açma hakkı da tanınmalıdır. Örneğin; tam idari işlem veya eylem olarak nitelendirilemeyen belediyenin vatandaşa ait yer üzerinden yol geçirmesi durumunda davacı adli yargıya başvurduğunda uyuşmazlık adli yargıya ait olduğu gerekçesiyle reddedilmektedir. İdari yargıya başvurduğunda ise, ortada bir idari işlem olmadığı için idare mahkemesi reddetmek durumunda kalmaktadır.”, bkz: Zehra ODYAKMAZ, “İdari Yargı İle İlgili Öneriler”, in **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü**, Sempozyum, Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2003, s. 147.

KAYNAKÇA

- AUBY, Jean-Marie/DRAGO, Roland, **Traité De Contentieux Administratif**, Tome Premier, 2. Édition, LGDJ, Paris, 1975.
- AYANOĞLU, Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal, İstanbul, 2004.
- BRAIBANT, Guy/STIRN, Bernard, **Le Droit Administratif Français**, 7. Édition, Dalloz, Paris, 2005.
- BÜLBÜL, Erdoğan, “Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu”, in **Danıştay ve İdari Yargı Günü**, Sempozyum, 134. Yıl, Ankara 10-11 Mayıs 2002, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2002.
- CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.
- CHAPUS, René, **Droit Administratif Général**, Tome 1, 11. Édition, Montchrestien, Paris, 1997.
- CHAPUS, René, **Droit Du Contentieux Administratif**, 13. Édition, Montchrestien, Paris, 2008.
- DARCY, Gilles/PAILLET, Michel, **Contentieux Administratif**, Armand Colin, Paris, 2000.
- DARENDELİ, Vahap, **Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar**, Yetkin, Ankara, 2004.
- DE FORGES, Jean-Michel, **Droit Administratif**, 6. Édition, Puf, Paris, 2002.
- DE LAUBADÈRE, André/GAUDEMET, Yves, **Traité De Droit Administratif**, Tome 1, 16. Édition, LGDJ, Paris, 2001.
- DEBBACH, Charles/RICCI, Jean-Claude, **Contentieux Administratif**, 8. Édition, Dalloz, Paris, 2001.
- DURAN, Lûtfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1964.
- DURAN, Lûtfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- DUPUIS, Georges/GUÉDON, Marié-José/CHRÉTIEN, Partice, **Droit Administratif**, 8. Édition, Armand Colin, Paris, 2002.
- ERKUT, Celâl, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sayı: 1-3, Yıl: 9, 1988 (Prof. Dr. Lûtfi DURAN’a Armağan Özel Sayısı).
- ERKUT, Celâl, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayını, Ankara, 1990.

İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu (“Fiil Yol”)

GÖKALP, Ali Sıtkı, “İdari Dava Türleri” in **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, İkinci Baskı, Danıştay Matbaası, Ankara, 1986.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku, Cilt I**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.

KARAVELİOĞLU, Celâl, **İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt: I**, 5. Baskı (basımevi ve yeri yok), 2001.

LACHAUME, Jean-François, **Droit Administratif**, 11. Édition, Puf, Paris, 1997.

LOMBARD, Martine/DUMONT, Gilles, **Droit Administratif**, 5. Édition, Dalloz, Paris, 2003.

LONG, Marceau/WEIL, Prosper/BRAIBANT, Guy/DELVOLVÉ, Pierre/
GENEVOIS, Bruno, **Les Grands Arrêts De La Jurisprudence Administrative**, 11. Édition, Dalloz, Paris, 1996.

ODYAKMAZ, Zehra, “İdari Yargı İle İlgili Öneriler”, in **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü**, Sempozyum, Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2003.

OĞURLU, Yücel, “İdare Hukukunda ‘Fiili Yol’ ve Yargısal Denetimi”, **KHUKA**, 1 (2003).

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: III**, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ÖZKOL, Adil, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1970.

PACTEAU, Bernard, **Traité De Contentieux Administratif**, 1. Édition, Puf, Paris, 2008.

PEISER, Gustave, **Contentieux Administratif**, 14. Édition, Dalloz, Paris, 2006.

RIVERO, Jean/WALINE, Jean, **Droit Administratif**, 20. Édition, Dalloz, Paris, 2004.

ROUAULT, Marie-Christine, **Contentieux Administratif**, 2. Édition, Gualino Éditeur, Paris, 2003.

- SARICA, Ragıp, **İdari Kaza**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayını, İstanbul, 1942.
- SARICA, Ragıp, **İdari Kaza, Cilt I, İdari Davalar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1949.
- TRUCHET, Didier, **Droit Administratif**, 1. Édition, Puf, Paris, 2008.
- TUNCAY, Aydın H., “Giriş” in **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, İkinci Baskı, Danıştay Matbaası, Ankara, 1986.
- ULUSOY, Ali, “Fransız İdari Yargı Reformu”, in **Danıştay Dergisi**, Yıl: 31, Sayı, 103, 2001.
- VAN LANG, Agathe/GONDOUIN, Geneviève/INSURGET-BRISSET, Véronique, **Dictionnaire De Droit Administratif**, 2. Édition, Armand Colin, Paris, 1999.
- WALINE, Jean, **Droit Administratif**, 22. Édition, Dalloz, Paris, 2008.
- VERPEAUX, Michel, “Voie De Fait et Liberté Fondamentale”, **Actualité Juridique-Droit Administratif**, 2008.
- YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku I**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- YENİCE, Kâzım/ESİN, Yüksel, **İdari Yargılama Usulü, Cilt-1**, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.
- YILDIRIM, Turan, **İdari Yargı**, Beta, İstanbul, 2008.
- YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yenilenmiş Dokuzuncu Baskı, Yetkin, Ankara, 2005.

Amerika Birleşik Devletleri'nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi

Müjgan KARYAĞDI*

“Hukukun asıl görevinin tarafları birleştirmek olduğunu fark ettim. Hukukçu olarak geçirdiğim 20 yılın büyük bölümünü yüzlerce davada uzlaşmaya varmaya harcadım. Bununla bir şey kaybetmedim. Para dahi kaybetmedim, ruhumu asla”.

Mahatma Gandhi
1927

ÖZET

Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları Kıta Avrupası ülkelerinde hızla uygulama alanı bulmaktadır. Aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların ortaklaşa bir çözüme ulaşmak için tarafsız ve objektif bir kişinin yardımıyla optimal çözüm önerileri üretip sunmak suretiyle uyuşmazlığın çözümüne destek vermesini öngören ve gönüllülük esasına dayanan uyuşmazlık çözüm yolları bütününe “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü” denmektedir. Bu çözüm yolları içerisinde taraflar arasındaki iletişimi en çok kuvvetlendiren arabuluculuktur.

İletişim kopukluğunun yaşandığı ve uzlaşma kültürünün gelişmediği toplumlarda bireylerin tarafsız üçüncü bir kişinin yardımıyla sorunlarını çözebilme eğiliminin oluşturulması oldukça önemlidir. Bu çalışmanın konusunu ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının idari uyuşmazlıklara yansıtılmasının önemi, uygulanabilirliği, dış ülkelerde uygulanma biçimi ve bu kurumdan beklenen faydanın sağlanabilmesi için oluşturulabilecek mekanizmaların (gizlilik, mesleki uzmanlık, bağımsızlık gibi) çeşitliliği oluşturmaktadır.

Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleri çeşitlidir. Bu yöntemler içinde arabuluculuk yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Bugün için alternatif uyuşmazlık çözümünün yaygın olarak kullanıldığı ülkelerde dahi, bu yöntemi savunanlar ve

* Danıştay Tetkik Hakimi. Bu makalenin hazırlanmasında yabancı kaynaklara ulaşmamı sağlayan, yardımlarını esirgemeyen değerli hocam, Yrd. Doç. Dr. Mustafa Özbek'e çok teşekkür ederim

uyuşmazlıkların bu yolla çözümünü eleştirenler vardır. Böyle bir tartışma olsa bile gelişmiş ülkelerde başarıyla uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ülkemizde de uygulanabilirliğinin ortaya konulması zamanı gelmiştir.

ANAHTAR KELİMLER

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, arabuluculuk, müzakere,uzlaştırma, kısa jüri duruşması, avukat arabulucular, tarafsız değerlendirme, mini duruşma

SUMMARY

In societies where communication problems occur and where mutual understanding is a concept which is not well-developed it is important to form a tendency through which disagreements can be settled via the help of a third person.

Alternative dispute resolution (ADR) is defined as a range of procedures that serve as alternatives to litigation through the courts for the resolution of disputes, generally involving the intercession and assistance of a neutral and impartial third party.

The alternative solutions of a disagreement are varied. Among these, meditation is one which is widely applied. Today even in the countries where alternative disagreement solution is applied, there exists some who support it and also some who criticize it. Even if there exists such a disagreement, it high time we put forth the applicability of alternative disagreement solutions, which are successfully applied in developed countries, in our country.

KEYWORDS

mediation, alternative dispute resolution, alternative disagreement, neutral,

GİRİŞ

I. GENEL OLARAK ARABULUCULUK KAVRAMI

Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları Kıta Avrupası ülkelerinde hızla uygulama alanı bulmaktadır. Genel çerçevede, alternatif uyuşmazlık çözümünden maksat, tarafsız ve objektif konumda bulunan üçüncü bir kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan taraftarı, ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için bir araya gererek iletişim kurmalarını ve bu suretle sorunlarının çözümünü kendilerinin bulmalarını sağlamasını yahut onlara somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak, üzerinde mutabakata varabilecekleri optimal çözüm önerileri üretip, sunmak suretiyle, uyuşmazlığın halli bağlamında destek vermesini öngören ve Devlet Mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle gönüllülük esası üzerine bina edilmiş olan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür¹.

Alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri, bu yöntemlere başvuru amacına göre üç grupta toplanabilir.

Birinci grup alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri “vakıaların tespiti” ve erken tarafsız değerlendirme yöntemleridir. Bu yöntemlerde, tarafsız üçüncü kişi yalnızca bir vakıa hakkında ya da uyuşmazlığın devlet yargısında çözümlenmesi halinde, tarafların elde edebilecekleri muhtemel sonuç hakkında görüş bildirmektedir. Bu yöntemler uyuşmazlığın çözümüne hizmet etmemekle birlikte, davayı önleyici etkiye sahiptir. Bu nedenle bu yöntemler hakem-bilirkişiliğe benzerler.

İkinci grup alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri “arabuluculuk” ve “kısa duruşma” yöntemleridir. Bu yöntemleri uygulayan tarafsız üçüncü kişi bağlayıcı olmayan çözümler önermektedir. Böyle bir çözüm taraflarca benimsenmiş ise ikrar ve sulh gibi medeni usul hukukunu ilgilendiren kavramlar karşımıza çıkmaktadır.

Üçüncü grupta yer alan arabuluculuk-tahkim karması yönteminde bağlayıcı bir çözüme ulaşılmış ise ulaşılan çözüm kesin hükmün sonuçlarını doğuracaktır.²

Bütün ADR yöntemleri içinde, taraflar arasındaki iletişimi en çok kuvvetlendiren yöntem arabuluculuktur. Taraflar arasında bilgi akışını sağlayan arabuluculuk, iletişimsizlikten kaynaklanan tehlikeleri yok eder³.

¹ Tanrıver, Süha: *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk* (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Haziran 2006, s. 191-177), s. 151.

² İldır, s.116

³ Özbek, Mustafa: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, 2004, s. 178.

Bu çalışmada arabuluculuğun başarı ile uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri'nde yasal düzenlemesinin ne şekilde yapıldığı konusu Türk Hukuk Sistemiyle kıyaslanarak anlatılmaya çalışılacaktır. Ayrıca A.B.D.'nde uygulanan diğer ADR usulleri de genel olarak tanıtılacaktır.

II. ARABULUCULUĞUN YASAL DÜZENLEMESİ

A. ARABULUCUNUN MESLEKİ GÖREVLERİ

1. Genel Olarak

Amerika Birleşik Devletlerinde, arabulucuların mesleki görevlerinin tesis edilmesine ve uygulatılmasına yönelik üç yöntem bulunmaktadır. Özel bir tarafın bir profesyonele ihmalinden, sözleşmenin ihlalden veya diğer yasal ihlallerden ötürü dava açması, birçok meslek sahibine görevlerini layıkıyla yaptırmanın önemli bir yoludur. Ancak, bir arabulucuyu görevlerini yapmaya zorlamada bu yöntem büyük oranda devre dışı kalmıştır.

Mesleki görevlerin tesis edilmesinde ve uygulanmaya zorlanmasında kullanılan ikinci yöntem idari mevzuattır; özellikle, meslek ruhsatlarıdır. Örneğin avukatlar, avukatlık yapmak üzere, eyaletten ruhsat alabilmek için belli gereklilikleri karşılamalıdır. Hatta meslek ruhsatları, belli mesleki görevlerini, özellikle Profesyonel Davranış Kuralları Modeli'nde belirtilenleri, ihlal etmeleri durumunda iptal edilmektedir. Arabulucuların ruhsat almalarına yönelik benzer bir sistem bulunmamakla beraber; ruhsat gerekliliğine benzer bir uygulama, birçok zorunlu veya mahkeme sponsorluğundaki arabuluculuk programları için mevcuttur.

Mesleki görevleri tesis etmede ve uygulatmada üçüncü yöntem, devlet tarafından yapılanlardan ziyade, uygulanan özel yaptırımlardır. Bu yaklaşım, arabuluculuk konusunda gelişmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde çoğu eyalet yasaları arabulucu olarak görev yapabilmek için bir koşul aramaz; fakat ihtilafli kişilerin büyük bir kısmı, başarılı bir sonuca ulaşma ihtimalinin daha yüksek olması ve daha çok güven duyacak olmaları sebebi ile bu konuda eğitilmiş ya da tecrübe kazanmış kişileri arabulucu olarak tercih etmektedirler. Bazı eyaletler ise, arabulucu olarak çalışan kişilerin eğitilmiş bir uzman olmasını şart koşmaktadır. Örneğin, Massachusetts eyaletinin yasaları şu hükmü içermektedir: "Arabulucu; bir uyuşmazlığa taraf olmayan, taraflara, aralarındaki uyuşmazlığı çözmeye yardımcı olmak için onlarla yazılı bir anlaşma yapan ve arabuluculukta en az otuz saatlik eğitimi tamamlamış ve dört yıllık mesleki

tecrübeye sahip olan veya bir uyuşmazlık çözüm kuruluşunda görev yapan ya da yargısal veya idari bir kuruluş tarafından arabuluculuk için atanan bir kişiyi ifade eder”.

Uyuşmazlık çözümünde Uzmanlar Topluluğu (*The Society of Professionals in Dispute Resolution*) arabuluculara gerekli nitelikleri, uzmanlığı ve tecrübeyi kazandırabilmek amacıyla eğitim vererek onlara yardımcı olan bir kuruluştur. Bu kuruluş, bir arabulucunun sahip olması gereken yetenekleri ve doğru şekilde yürütülecek bir arabuluculuk sürecinde geçilmesi gereken aşamaları belirler. Arabulucu olarak görev yapan kişiler, kusurlu davranarak görevlerini gereken uzmanlıkta yerine getiremezlerse sonuçtan tatmin olmayan taraflarca sorumlu tutulabilirler⁴.

2. Arabuluculara Karşı Yükümlülük Davaları

Doktorlar, avukatlar, psikologlar, muhasebeciler, mühendisler ve mimarlar, sundukları mesleki hizmetleri yerine getirme konusunda, iddia edilen yanlışlardan ötürü dava edilmektedirler. Buna karşın arabulucular, çok nadir dava edilmektedir. Bunun bir nedeni, yargıda gittikçe artan oranda, arabuluculara açılacak davalar karşısında dokunulmazlık verilmesidir. Bazı eyalet yasaları, çoğu zaman “kötü niyetli ve kasıtlı kusur” ve benzeri davranış istisnası koymak suretiyle, arabulucuların dokunulmazlığını güvence altına almaktadır. Mahkemeler genellikle, yasalara konmamış olsa bile, arabulucuların dokunulmazlığını tasdik etme eğilimindedir.

Arabulucunun dokunulmazlığı, adli dokunulmazlığın bir uzantısıdır. Yargıçlar, adli görevlerini yerine getirirken gösterdikleri performansları hususunda dokunulmazlığa sahiptir. Dolayısıyla, bir tarafın yargıcın kararından ötürü duyduğu hoşnutsuzluğunu gidermesinin kanuni yolu temyize gitmektir; yargıcı dava etmek değildir. Dokunulmazlık, yargıçlardan savcılar, jüri üyeleri, tanıklar ve zabıt katipleri gibi yargı sisteminin diğer birimlerine doğru genişlemektedir. Öte yandan, arabulucuların dokunulmazlığı, şu zeminde eleştirilmektedir Arabulucuların işlevi ile dokunulmazlık kazanmış diğer yargı birimlerinin işlevleri, birbiriyle karşılaştırılabilir düzeyde değildir.

ADR ile ilgili düzenlemeler yapılırken üçüncü kişilerin sorumlulukları konusu da dikkate alınmalıdır. Üçüncü kişiler ister özel bir sıfatla ister resmi bir sıfatla görev yapsınlar katıldıkları ADR sürecindeki kusurlu hareketlerinden sorumlu tutulmalıdırlar. Örneğin ADR sürecinde gizlilik yükümlülüğü ihlal edilirse veya

⁴ Özbek, Mustafa: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki İşlevi* (Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Kasım, 2006, s. 43-58), s. 51.

tarafsızlığın ihlali suretiyle taraflardan birine zarar verilirse, üçüncü kişinin sorumluluğu ortaya çıkar. Üye devletlerde ise arabulucuların veya uzlaştırıcıların sorumluluğuna ilişkin özel kurallar bulunmasa bile, üçüncü kişilerin genel olarak özel hukuktan kaynaklanan sorumlulukları mevcuttur.⁵

3. Mesleki Lisans

a. Zorunluluk Karşısında Gönüllülük

Yasalar herkesin arabuluculuk yapmasına izin vermektedir; ruhsat aranmamaktadır. Ancak bu, arabuluculuk hizmetlerinden yararlananlar (ihtilafli taraflar) ile bunları sunanlar (arabulucular) arasındaki ilişkilerin, serbest piyasa koşullarında geliştiği anlamına gelmemektedir. Arabuluculuk daha çok, devlet tarafından zorlanmakta veya desteklenmektedir. Böyle durumlarda, devlet piyasaya arabuluculuk yönünde müdahalede bulunmakta ve çoğunlukla da arabulucunun seçimi üzerinde etkili olmaktadır.

Zorunlu arabuluculukta, arabulucu kamu çalışanı olabilmektedir. Bazı yargı bölgelerindeki mahkemelerde, arabulucuyu bir mahkeme görevlisi seçmektedir. Daha yaygın uygulama, tarafların arabulucu üzerinde mutabakata varmalarıdır. Ancak mutabık kalamazlarsa, yargıç veya başka bir mahkeme görevlisi, arabulucuyu atamaktadır. Hatta tarafların arabulucuyu seçmesine izin verildiği yerlerde bile, tarafların, mahkeme veya diğer bir devlet kurumunca onaylanmış isim listesinden seçim yapmaları gerekmektedir. Bu listeye girebilmek için arabulucunun, belli niteliklere sahip olması gerekmektedir. Bu nitelikler şunlar olabilir:

- bir arabuluculuk eğitim kursu almış olması,
- danışman veya psikoterapist olarak deneyimi olması,
- psikoloji, sosyal yardım uzmanlığı, danışmanlık veya başka bir dalda mastır yapmış olması,
- arabulucunun vasıfları, eğitimi ve öğretimi konusunda, ilgili taraflara ifşada bulunma zorunluluğu yönündeki gerekliliğe uymak.

Özetle devlet, belirli davalarda arabuluculuk yapmak için, belirli nitelikler aramak suretiyle arabuluculuk piyasasına müdahale etmektedir.

Devlet ayrıca bazı arabulucuları ve arabuluculuk programlarını sübvansedeerek, bu piyasaya müdahalede bulunmaktadır. Bu en çok arabulucuların kamu görevlisi

⁵ Özbek, Mustafa: *Avrupa Birliği'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (TBB Dergisi, Sayı:68, 2007, s.265-320), s.310

olduğu yerlerde görülmektedir. Birçok federal arabuluculuk programları ile bazı eyalet ve bazı yerel programlar, doğrudan yasal ödeneklere ve yargı bütçesinden ayrılan paylara dayanmaktadır. Diğer mahkemeler, dava ücretlerini davacılara yükleyerek, bu parayı arabuluculuk programlarını fonlamak amacıyla kullanmaktadır. Her türlü şekilde, bu paranın bir kısmını kullanmak suretiyle devlet, kimin arabulucu olacağı, kimin olmayacağı konusunda etkide bulunmaktadır.

Buna karşıt olarak, zorunlu arabuluculuk veya mahkeme sponsorluğundaki diğer arabuluculuk uygulamaları çerçevesinin dışında, serbest bir arabuluculuk piyasası mevcuttur, Kimin arabuluculuk yapacağına dair, kamusal düzenlemeler veya yeterlilik ve etik ile ilgili standartlar bulunmamaktadır. Ancak çoğu zaman, etik standartlar biçiminde veya bir sözleşme ile belirlenmiş görevler şeklinde, özel düzenlemeler görülmektedir.

Türkiye’de uyuşmazlıkları önleyici nitelikteki işlevlerine ek olarak hukukî işlemlerin yapılmasından sonra uygulanması aşamasında taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde de etkili olması gereken noterlik şeklinde yeni bir rol üstlenmelidirler. Noterlerin, belgelenme sürecine katıldıkları hukukî işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne büyük katkıda bulunacağı kesindir. Zira, bu süreçte tarafların gerçek iradeleri, hukukî işlemin ayrıntılı bilgi sahibi olan noterler, sonradan çıkacak uyuşmazlıkların kolayca çözülmesini de sağlayabilirler. Noterlerin, önceden katılmadıkları hukukî işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de arabulucu (uzlaştırıcı) veya hakem olarak faydalı olmaları mümkündür. Noterlerin bağımsız ve tarafsız konumları, arabulucu olarak atanmaları halinde, tarafların güvenini kazanmalarını sağlayacak; böylece uyuşmazlık çözüm müzakereleri daha ılımlı ve verimli bir ortamda geçecektir. Resmi daire sayılan noterlik dairesi arabuluculuk müzakerelerinin güvenle gerçekleştirilmesi için elverişli bir mekan oluşturacaktır. Ayrıca noterler, sır saklama yükümlülüğü dolayısıyla mesleğin icrası sebebiyle öğrendikleri sırları açıklayamaz, mevcut evrak ve belgeleri ilgililer dışında kimseye veremezler. Bu durum sayesinde noterler, ADR’nin temel özelliklerinden olan “uyuşmazlık çözüm müzakerelerinin gizliliğini” koruyarak, müzakerelerinin özgür bir ortamda yapılmasını güvence altına alacaklardır. Nihayet, bir ADR usulü sonunda taraflar arasında yapılan anlaşmanın noterlerce belgelenmesi, bu anlaşmanın icra edilmesinde de kolaylıklar sağlayacak ve ADR usulleri hakkında bu noktada yapılan tartışmaları ortadan kaldıracaktır. Görüldüğü gibi, sahip oldukları hakları ve yükümlülükleriyle arabulucu olarak görev yapmaya çok uygun olan noterler, ADR için gerekli olan temel özelliklerin birçoğunu bünyelerinde barındırmaktadırlar. Bu nedenle, arabuluculuk ve hakemlik gibi görevlerin noterlerin tabii görevi olduğu; noterlerin diğer görevlerinin içinde yer aldığı söylenebilir.

Ayrıca Noterlik Kanununun, “noterlik görevi ile birleşmeyen ve noterlerin yapmaktan yasakları oldukları işleri” gösteren 50’inci maddesi incelendiğinde, noterlerin, ADR usullerinde tarafsız üçüncü kişi olarak (uzlaştırıcı noter sıfatıyla) görev almalarına izin verildiği açıkça görülmektedir.

Uygulamada yapılan sözleşmelere ADR şartları koyulması noterlerce özendirilmeli ve ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde tarafsız üçüncü kişi sıfatıyla uzlaştırıcı noterlerin (arabulucu noterlerin) atanması teşvik edilmelidir⁶.

Arabulucular farklı uzmanlık alanlarına mensup olabilirler. Zira arabuluculuk sadece hukukçulara özgü bir alan değildir. Birleşik Devletler’de bazı eyaletlerde mahkeme katımlı arabuluculuk için sertifikalı olmak aranırken bazı eyaletlerde özel arabuluculuk için herhangi bir lisans veya eğitim amaçlı diğer bir ön şart aranmamaktadır. Bununla birlikte arabulucu arayan bir kişi yalnızca belli bir arabulucu veya arabuluculuk hizmeti sunan kurumun kullandığı arabuluculuk usulünü öğrenmekle yetinmemeli, buna ek olarak arabulucunun niteliklerini de araştırmalıdır.

Uygun durumlarda mahkeme arabulucunun atanmasında belirli bir uyuşmazlık çözüm usulündeki hukukî ya da diğer mesleki eğitim ve deneyimi esas alırsa, yetkisi dahilinde bu kanunî arabulucu eğitim yükümlülüğünden feragat edebilir.⁷

b. Avukat Arabulucular

Arabuluculuk için ruhsat gerekmemekle birlikte, avukat olmak için ruhsat gereklidir. Bir avukat, örneğin bulunduğu eyaletteki Profesyonel Davranış Kuralları gibi, meslek ruhsatı ile bağlantılı şartları ihlal ederse, barodan atılır veya görevinden geçici olarak men edilir. Eyaletlerin birçoğunda kısmen veya tümüyle, Amerika Barolar Birliği’nin Profesyonel Davranış Kuralları Modeli kabul edilmiş olmakla beraber, birkaç eyalette halen eski Mesleki Sorumluluk Kaideleri Modeli kullanılmaktadır. Kurallar Modeli ile Kaideler Modeli çoğunlukla, etik kurallar olarak değerlendirilmektedir ve öyledir. Aynı zamanda da kanuni kurallardır; çünkü devlet tarafından yasallaştırılmışlardır. Eyaletlerdeki baro heyetleri ile bu kuralları uygulayan mahkemeler, kimin yasal olarak avukatlık yapması gerektiğini belirlemek üzere, meslek ruhsatlarının düzenlenmesini yöneten kamu kurumlarıdır.

Arabuluculuk yapan avukatların, Kurallar Modeli’ni hangi durumda ihlal ettiğine dair bir belirsizlik vardır. Kurallar Modeli avukatların, birbiri ile çelişen menfaatlere

⁶ Özbek, *Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki İşlevi*, s. 57

⁷ Özbek, Mustafa : *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, 2004, s.286,287

sahip, birden fazla müvekkili savunmalarını yasaklamaktadır. Hatta çıkarları temelde birbiri ile çelişen müvekkillerin rızası olsa bile, bu yasak aşılamamaktadır.

Örneğin; bir avukat, *çıkartları temelde birbiri ile çelişen, birden fazla tarafı bir müzakerede temsil edemez*; ancak, çıkarları genel olarak birbiri ile uyumlu olan birden fazla müvekkilin, bu çıkarlar arasında farklar olsa bile, toplu şekilde temsil edilmesine izin verilir.

Özetle, müvekkillerin çıkarları, temelde birbiri ile çeliştiği durumlarda bir avukat, eğer bu şekilde onları “temsil etmiş” olursa, söz konusu anlaşmazlıkta arabuluculuk yapamaz. Burada sorun, avukat-arabulucunun tarafların temsilcisi mi yoksa avukat-müvekkil ilişkisinin, avukat-arabulucu ve taraflar arasında mı şekillenmekte olduğudur.

Kurallar Modeli, bunu “temsil etme olarak” tanımlamıştır ve eyalet baro heyetlerinin bu konuda vardığı sonuçlar farklıdır. Bununla beraber arabulucu olan avukatın, davaya dahil olan tek avukat olması durumuna göre, taraflar kendi avukatlarına sahipse, arabulucu avukatın daha az “temsil etme” durumunda kaldığı yönünde bir uzlaşma oluşmuştur. Diğer bir deyişle, tarafların kendi avukatlarının olmadığı duruma kıyasla, kendi avukatlarına sahip olması durumunda, arabulucu ile taraflar arasında bir avukat-müvekkil ilişkisinin gelişmemesi, daha fazla güvence altında olmaktadır.

Arabulucunun tek avukat olduğu durum ile tarafların kendi avukatlarının olduğu üç avukatlı bir arabuluculuk durumu arasında kıyaslama yapılabilir. Üç avukatlı arabuluculuk daha çok tazminat davalarında, tek avukatlı arabuluculuk ise aile davalarında görülmektedir. Dolayısıyla arabulucu-avukatlara ilişkin olarak, Kurallar Modeli’nin uygulanmasına dair sorunlarla çoğunlukla aile davaları çerçevesinde karşılaşılması sürpriz olmamalıdır.

Kısaca belirtmek gerekirse, arabulucu-avukat Kurallar Modeli’ni ihlal etmekten kaçınmak için, taraflarla avukat-müvekkil ilişkisi içerisine girmekten kaçınmalıdır. Bu eyaletten eyalete farklılık gösterse de, bir arabulucu-avukatın taraflarla, avukat-müvekkil ilişkisinden kaçınmak için neler yapması gerektiği, büyük oranda belirsizdir.

Bunun için, arabulucu-avukatın taraflara, onların kendisinin müvekkili olmadığını açıklaması, iyi bir başlangıçtır. Avukat olmakla beraber, onlar için arabuluculuk hizmeti verdiğini, bunun yasal bir hizmet olmadığını anlatmalıdır. Arabuluculuk sonucunda, açıkça yapılan anlaşmaların çoğunluğu, taraflar ile

arabulucu arasında avukat-müvekkil ilişkisi oluşmadığını göstermektedir. Dahası arabulucu-avukatın taraflara, gelecekte konuya ilişkin olarak, onlardan herhangi birini temsil etmeyeceğini açıklaması gerekir. Ayrıca arabulucu-avukatın, tarafları ilgili konuda temsil edemeyeceğine dair, önergede de bulunması gerekir. Bazı eyaletlerde, avukat-müvekkil ilişkisinden kaçınmak isteyen arabulucu-avukatın, taraflara yasal tavsiye vermektan kaçınması gerekmektedir. Örneğin; kendi avukatı olmayan taraflar, arabulucu-avukata, aralarındaki anlaşmazlığın, mahkemede ne şekilde çözüleceğini sorabilirler. Böyle bir soruyu cevaplamaya çalışmaktan ziyade, eğer yasal tavsiye istiyorlarsa, her iki tarafın da kendi avukatını tutma hakkına sahip olduğunu belirtmesi gerekir. Buna karşın diğer bazı eyaletlerde, tüm tarafların huzurunda yapılması kaydıyla, arabulucu-avukatın yasal tavsiyede bulunmasına izin verilir. Bunların arasında olan bir durum söz konusuysa, arabulucu-avukata yasal bilgi vermesi için izin verilir; ancak yasal tavsiyede bulunamaz. Bu eyaletler arasında benzer bir uyuşmazlıktır, taraflarla avukat-müvekkil ilişkisinden kaçınarak, bir uzlaşma sözleşmesi taslağı hazırlanmasına katılan arabulucu-avukatlar için de söz konusudur.

Hangi arabuluculuk modeli izlenirse izlensin ve bir değerlendirme yapılsın ya da yapılsın, bir arabulucu taraflara bilgi verebilmesine rağmen bireysel olarak ya da toplu halde tavsiye vermektan kaçınmalıdır. Burada arabulucunun tavsiye vermemesiyle kastedilen, arabulucunun bir hukuk müşaviri ya da avukat gibi taraflara hukukî bilgi vermesinin önlenmesidir. Buna karşılık arabulucunun taraflara aydınlatıcı nitelikte bilgi vermesine bir engel bulunmamaktadır. Arabuluculukta taraflar kendi verdikleri kararlardan sorumludurlar ve uygun olan hallerde hukukî, teknik ya da diğer konularda bağımsız tavsiye almaya ihtiyaç duyabilirler, fakat bu tavsiye arabulucudan alınmamalıdır.⁸

Yukarıda belirtildiği gibi, Kurallar Modeli çerçevesinde sorun, bir arabulucu-avukatın taraflara yasal tavsiyede bulunması veya anlaşma taslağı hazırlaması, ne dereceye kadar tarafların “temsili”, ne dereceye kadar avukat-müvekkil ilişkisidir. Şüphesiz, yasal tavsiyede bulunmak veya anlaşma taslağı hazırlamak, bir avukatın müvekkili ile olan ilişkisinin özünde olan etkinliklerdir. Ancak bunların, tarafsız bir arabulucu tarafından yapılması ile taraflardan birinin çıkarlarının, diğer tarafın çıkarlarına üstüngelmesini amaçlayan bir müdafaa avukatı tarafından gerçekleştirilmesi arasında önemli bir fark vardır. Buna uygun olarak önemli arabuluculuk uzmanları, Kurallar Modeli çerçevesinde avukatlıkla ilgili düzenlemelerin, tarafların temsilcisi olan müdafaa avukatlığı bazında mı, yoksa avukatların arabuluculuk rolleri bazında

⁸ Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.222

mı yapılması gerektiği üzerinde durmaktadırlar. Aynı anlayışla bazı eyaletlerde “mevcut etik hükümlerin arabuluculuğa uyarlamak üzere yorumlanması veya özellikle arabuluculuk için değiştirilmeleri yönündeki çabalar terk edilmiştir.”

ADR’nin avukatların dava sürecindeki geleneksel hukukî görevlerinin yerine ikame olacağı yönündeki görüş yanlıştır. Avukat bir hukuçu olarak uyuşmazlığın konusu olan maddi vakalar, meseleler, hukukî dayanaklar ve sonuç hakkında çok iyi hazırlanmalıdır. Bu durum, avukatın arabuluculuğa dahil olması halinde değişmez.

Avukatlar, müvekillerini arabuluculuğa her yönüyle hazırlamakta özen göstermelidirler. Arabuluculuktan önce avukatlarla müvekillerinin hukukî konular ile müvekillerin ve hasım tarafın menfaatleri hakkında fikir alışverişinde bulunmaları uygun olur. Avukat hem kendisinin hem de müvekillinin arabuluculuk sürecine katılımlarının ne düzeyde olacağını müvekkili ile yeniden gözden geçirmeli, arabuluculuk başlamadan önce gizlilik konusunu ve diğer teknik konuları incelemelidir.⁹

Amerikan mahkeme sisteminde davaları hem mahkeme hem de taraflar yararına daha hızlı ve ekonomik olarak çözebilmek için önemli bir gelişme daha vardır. Bir kaç yıldır medeni hukuk kuralları yargıçlara hem dava öncesi hazırlık için hem de dava sürecinde çeşitli konularda kendilerine yardımcı olmaları için avukat atamalarına imkan tanımaktadır. Bu durum, yargıcın işboğulmasına engel olmakta ve uyuşmazlıkların çözümünü önemli ölçüde hızlandırmaktadır. Örneğin bu avukatlar mahkemelerin taraflara verdiği arabuluculuk ve tahkim hizmetlerinde arabulucu veya tahkim hakemi olarak çalışabilirler.¹⁰

c. Avukat Olmayan Arabulucular

Avukatlık yapmak için, eyalet ruhsatı gereklidir. Ancak bu ruhsatı alabilen kişi avukat olabilir ve yasal tavsiyelerde bulunmak, yasal belge taslakları hazırlamak ve avukatlık mesleği ile ilişkili benzeri etkinliklerde bulunmak üzere yetkili kılınır. Avukat olmayan arabulucular, tıpkı diğer avukat olmayan kişiler gibi bu etkinliklerde bulunmaları halinde cezalandırılır, Ancak şu da bilinmelidir ki, hukukun yetkisiz bir şekilde uygulanmaya çalışılması, nadir görülen bir durumdur.

Mahkemelerin, avukatlık eğitimi olmayan arabulucuların neler yapabileceği ve

⁹ Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.290, 292

¹⁰ Simpson, David B.: *Amerikan Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri ve Bunun Türk Hukuk Sistemi ile Uyumluğu*, (e akademi, Ocak 2004, Sayı:23)

neler yapamayacağı konusuna değindiği sadece birkaç örnek vardır. Bir Virginia mahkemesi, avukat olmayan arabulucuları “yasal tavsiye vermekten, tarafların belirli soruları, sorunları veya isteklerine dair tavsiyede bulunmaktan” alıkoymaktadır. Diğer türlü sorun, tümüyle, avukat olmayan arabulucuların yasal tavsiye vermesini onaylamayan, baro birliklerinin kararına bırakılmış olur. Kısaca, yasal tavsiyede bulunan veya anlaşma taslakları hazırlayan ve mesleği avukatlık olmayan arabulucuları korumayan bu yasaların, daha da geliştirilmesi gerektiği söylenebilir

Diğer taraftan, önemli arabuluculuk uzmanları avukat olmayan arabulucular, tarafların avukatları ile öneri taslaklarına ilişkin yasal tavsiyeler hakkında diyalog kurduğunda, ruhsatsız uygulamalara yönelik yasaklamalardan kaçınılması gerektiğini belirtmektedir. . Bunlara ilave olarak barolar ve mahkemeler, yetkisiz uygulamalara dair kısıtlamaları, kar amacı gütmeyen arabuluculuk programlarına, kar amaçlı arabuluculara uyguladığından daha az şiddette uygulamaktadır. Böylece, avukat olmayan arabuluculardan oluşan üç büyük kategori (temsil edilen taraflara arabuluculuk edenler, mahkeme için çalışanlar ve kâr amacı gütmeyen programlar) bir şekilde korunmuş olmaktadır. Daha ciddi riskler, bir avukat tarafından temsil edilmeyen taraflara arabuluculuk eden, kar amaçlı arabuluculara hasredilmektedir.

4. Özel Görevler

Avukatlar, buldukları eyalette düzenlenmiş, mesleki davranış kurallarına riayet etmekle yükümlüdürler. Bunlar genellikle, etik kurallar olarak değerlendirilirler ve öyledir. Aynı zamanda da kanuni kurallardır. Bunlar, devlet tarafından yasallaştırılmıştır ve ihlal edilmeleri durumunda, devlet tarafından ruhsatın iptal edilmesi gibi yaptırımlar uygulanır. Avukatlara yönelik Mesleki Davranış Kuralları, bu nedenle devlet yaptırımına sahip, etik zorunluluklardan ayrılmalıdır. Arabulucuların tabi olabileceği etik kurallar sadece, devlet yaptırımı olmayan etik kurallardır.

Birçok kurum, arabulucular için etik standartlar yürürlüğe koymuştur. Belki de en etkili Amerikan Tahkim Birliği, Amerika Barolar Birliği-Anlaşmazlıkların Çözümlemesi ve Hukuk Davaları Bölümleri ile Anlaşmazlıkların Çözümünde Görev Alan Profesyoneller Birliği tarafından onaylanan Arabulucular için Davranış Standartlarıdır. Standartlarda, bunların yasal olmadıklarına dair, açık bir ifade yer almaktadır: “bazı durumlarda, bu standartların uygulanması yasalardan veya akdi anlaşmalardan etkilenebilir.” Bu standartlar şunlardır:

I. Tarafsızlık: Bir arabulucu, arabuluculuk görevini tarafsız bir şekilde yürütür.

Arabulucunun bazı durumlarda arabuluculuğu durdurması veya bitirmesi her

zaman mümkündür. Bunlar şöyle sıralanabilir: 1- Usul, taraflardan birine veya her ikisine veya çevre uyumsuzluklarında olduğu gibi üçüncü şahıslara zarar verdiğinde, 2- Taraflar arasında giderilemeyen bir güç dengesizliği varsa, 3- Sonuç yasadışı ise.

Arabulucu, tarafsız bir kolaylaştırıcı olarak doğru yolda ilerler. Arabulucu tarafsızlığını kullanılacak yöntemlerin seçiminde ve çözüm seçeneklerinin sorgulanması ve şekillendirilmesinde de sürdürmelidir. Arabulucu, beyanlarını en az hüküm verici nitelikte yapmaya çalışmalı ileri sürülen bütün görüşleri kontrol etmelidir.

Tarafsız arabulucu ne bir hakim ne de belli bir tarafın menfaatlerinin temsilcisidir. Arabulucu uygunsuz her türlü görünümünden uzak durmalı uyumsuzluğun konusundan etkilenebilecek hiçbir şahsi menfaate sahip olmamalı, arabulucuktan önce kişisel peşin hükümlerinden kurtulmalı ve her iki tarafın da önceden rızasını almadan taraflardan biri ile diğer tarafın yokluğunda görüşmekten kaçınmalıdır.¹¹

- II. Çıkarların Çatışması: Bir arabulucu, kendisi ile ilgili bilinen tam makul mevcut veya potansiyel çıkar çatışmalarından tarafları haberdar edecektir. Bunun sonrasında, tarafların söz konusu arabulucu ile devam etmek istediği haller dışında, arabuluculuktan çekilecektir. Çatışan çıkarlardan korunma ihtiyacı aynı zamanda, arabuluculuk yapılması sırasındaki ve sonrasında davranışları da kapsar.
- III. Yeterlilik: Bir arabulucu sadece, tarafların makul beklentilerini karşılayacak vasıflara sahip olması durumunda, arabuluculuk yapabilir.
- IV. Gizlilik: Bir arabulucu, tarafların gizlilik ile ilişkili makul beklentilerini sağlamalıdır.
- V. Arabuluculuğun Kalitesi: Bir arabulucu arabuluculuğu adil ve özenli bir şekilde yerine getirmelidir.
- VI. Reklam, Davet ve Ücret: Bir arabulucu, arabuluculuğa dair yaptığı reklam ve davetlerde dürüst olmalıdır.
- VII. Arabulucu arabuluculuk sürecinin tümünden sorumludur.

Arabulucular müzakereler için uygun ortam oluşturmalarıdır. Arabulucuların müzakereleri kolaylaştırmak için kullandığı en basit fakat en etkili yollardan

¹¹ Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.209, 210

birisi tarafların biraraya gelmeleri ve uyuşmazlık hakkında görüşmeleri için hem bir imkan ham de tarafsız ve güvenli bir ortam oluşturmaktır. Tarafların görüşleri arasındaki derin ayrılıklar, arabulucuğun genel olarak düşmanca hislerin yoğun olduğu bir ortamda başlamsına yol açar. Böyle bir durumda arabulucunun, çeşitli tahriklerle karşılaşabile yatıştırıcı bir rol oynaması ve müzakereler temelden zarar verebilecek olan düşmanca hisleri dağıtması çok önemlidir. Bundan başka arabulucu, müzakereleri, uyuşmazlığı hakettiği noktaya yöneltebilir ve tarafları davadaki güçlü ve zayıf konulmalarına asli menfaatlerine ve kanuna uygun objektif ölçütlere odaklanmaları için zorlayabilir.

Arabulucunun en önemli görevlerinden biri güvenli ve kontrollü bir şekilde bilgi, fikir ve öneri değişimi için bir vasıta olarak hizmet etmektir.

Arabulucu taraflar için fikirler, öneriler, hukukî standartlar ve uygulayabildiği takdirde ihtilafı mesele hakkında uzmanlık üretmesi açısından önemli bir kaynaktır. Tarafların durumlarının ve önerilen çözümlerin muhtemel sonuçlarını tarafsız olarak değerlendirilmesine ek olarak ekonomik, mali ve vergi yönleriyle de ilgili olmak üzere taraflara analitik yöntemler ve karar verici araçlar sunabilir.

Arabulucu gerçekçi düşüncenin temsilcisiidir. Böylece arabulucu abartılı beklentilerin önüne geçip gerekli olan gerçekçi bakış açısını çözüm sürecine kazandırabilir. Gerçeklik testi arabulucunun en güçlü yöntemlerinden birisidir. Zira bu test, taraf tutan bir anlayıştan ve anlaşma olmaması halinde karşılaşılacak seçenekler hakkındaki fazla iyimser tahminlerden kaynaklanan anlaşma engellerinin ortadan kaldırılmasını sağlar.

Arabulucu harekete geçmeye, ödün vermeye ve öneri sunmaya gelindiğinde tarafların sorumluluğunun tayin eder ve onların kusurlarını açığa vurmaz.

Sonuçta arabulucu anlaşmaya varıldığında tarfsız ve dengeli bir terminoloji içerisinde tarafların rızalarını açıklamalarında yardımcı olur.¹²

Bu standartlara ek olarak, arabulucuların mesleki görevlerini tesis eden ve uygulanmasını sağlayan başka özel araçlar da mevcuttur. Örneğin; arabulucular çoğunlukla, taraflarca doğrudan tutulmazlar, arabuluculuğu destekleyen kurumlar tarafından tutulurlar, Amerika Tahkim Birliği, JAMS/Endispute ve Anlaşmazlıkların Çözümü için CPR Enstitüsü gibi kurumlar, arabuluculara ait isim listeleri tutmaktadır. Bu listelerde yer alabilmek için arabulucunun geçmişi, ehliyetleri, eğitimi ve deneyimine dair, belirli vasıfları olmalıdır. Ayrıca, arabuluculuk özel meslek birlikleri

¹² Özbeğ, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.262-265

de bulunmaktadır. Örneğin Aile Davaları Arabuluculuk Akademisi’nin, kapsamlı üyelik gereksinimleri vardır. Nihayet, taraflar kendi aralarındaki bir akit ile özel gereksinimlerini karşılayan birinin arabuluculuğuna karar verebilir.

Arabuluculara ilişkin Avrupa Etik Kuralları, bireysel arabulucuların, kendi sorumlulukları altında, uymayı gönüllü olarak taahhüt edebilecekleri bazı ilkeler koymaktadır. Etik kurallar, medeni hukuk ve ticaret hukuku uyumsuzluklarında başvurulmuş her çeşit arabuluculuğa uygulanmayı amaçlamıştır. Etik kurallara uyulması ulusal mevzuatın bireysel uygulamacılar hakkında düzenleme yapmasını engellemektedir. Örneğin arabulucu bağımsızlığını veya taraflarla arasındaki menfaat çatışmasını etkileyebilecek ya da bu izlenimi verebilecek durumları açıklamadan görev yapmamalı veya göreve başlamışsa devam etmemelidir. Açıklama ödevi süreç boyunca devam eden bir yükümlülüktür.

Arabulucu daha önce kararlaştırılmamışsa başvurmak istediği ücret şekli hakkında taraflara her zaman tam bilgi vermelidir. Arabulucunun ücrete ilişkin ilkeleri taraflarca kabul edilmeden arabulucu, arabuluculuğu kabul etmemelidir.¹³

B. GİZLİLİK

1. Genel Olarak

Sözleşmeli arabuluculuk, tıpkı müzakere sözleşmeleri gibi, hukuk davalarında bir buluştur. Tarafların avukatları, her şeyi arabuluculuk ile halletme konusunda isteksizdir. Bunun nedeni, bunun başarısız olması durumunda, devam eden davada bunun onlara tuzak olma olasılığıdır. Avukatlar, özellikle karşı tarafa ifşada bulunma konusunda isteksiz olmakla beraber; aynı isteksizlikleri arabulucuya yapacakları ifşalar için de geçerlidir. Buna karşın arabulucular, çoğu zaman, tarafların hassas bilgilerine daha fazla ulaştıklarında, daha fazla yardımcı olabilmektedirler. Eğer taraflar, çıkarları ve öncelikleri hususunda açık davranıyorlarsa, arabulucu artısı olan fırsatları görebilmekte ve bunlardan faydalanmak suretiyle, daha fazla yardımcı olabilmektedir. Özet olarak, taraflar ve avukatları arabulucuya ifşada bulunma yönünde daha istekli oldukları sürece, arabuluculuk daha iyi işlemektedir. Ancak, bu istekliliği kısıtlayan bazı etkenler mevcuttur.

En önemli iki faktör, gizlilik konusundaki endişeler ve arabulucunun değerlendirmede kullanma olasılığıdır..

Arabulucular genellikle, güvenilir ve giz saklayan kişiler olarak değerlendirilir.

¹³ Özbek, *Avrupa Birliği’nde Alternatif...*, s.317-320

Arabulucular, taraflara ve avukatlara genel olarak, kendisine söylenenlerin, kendisine taraflardan bu yönde bir izin verilmedikçe, gizli kalacağını belirtir. Arabuluculuktan, müzakereye oranla daha iyi sonuç alınması, belki de arabulucunun bu bilgileri özel toplantılarda gizlilik içinde alması ve sonra bunları birleştirmesinden ötürüdür. Dolayısı ile arabuluculuk, kullandığı, gizliliği koruyan araçların faydasını görmektedir. Bazı durumlarda da taraflar, birbirilerine ifşa etmekten çekinmedikleri bilgileri üçüncü partilere ifşa etmek istememektedir; rakipler veya gazeteciler gibi. Böylelikle arabuluculuk, tarafların (ve avukatlarının) gizliliklerinin korunacağına dair güvenlerini arttıran araçları kullanmasının faydasını görmektedir.

Arabuluculara ilişkin Avrupa Etik Kurallarına göre arabulucu, kanunen veya kamu düzeni gerekçesiyle zorunlu olmadıkça arabuluculuktan veya arabuluculukla ilgili ortaya çıkan bütün bilgileri gizli tutacaktır. Taraflardan birince arabuluculara verilen gizli bilgiler, bilgiyi veren taraftan izin alınmadıkça veya kanunen zorunlu olmadıkça diğer tarafa açıklanmayacaktır.¹⁴

Gizlilik arabuluculuk için gerekli olan güven ortamını beslemektedir. Bunula birlikte, günümüzün pozitif hukukunda hala arabuluculuktan tatmin olmayan bir tarafın mahkemeye başvurarak bir arabuluculuk oturumu hakkında tanıklık arayışına girmesi halinde arabulucunun arabuluculuk süreci esnasında söylenen her şeyin gizli kalacağı yönündeki vaadini geri alıp alamayacağı açıklık kazanmamıştır. Arabuluculukta gizliliğin durumundaki karmaşıklık giderek daha da ciddileşmiş ve bu konuda hem davalar açılmasına hem de yasal düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur.

Arabulucunun bütün çözüm olasılıklarını değerlendirebilmesi arabulucunun tarafların gerçek durumları ve menfaatleri hakkında tam bir bilgi sahibi olmasını gerektirir. Arabuluculuğun vakıa tespiti ile ilgili olan bu özelliğinin istenen sonucu verebilmesi arabulucunun kendisine yapılan beyanların gizliliğini sağlamadaki yeteneğine bağlıdır. Arabuluculuk, tarafların arabulucuya olduğu kadar birbirlerine yapacakları beyanlarının da serbest olmasını gerektirir. Arabuluculuğa tanıklık yapmama imtiyazının tanınmasıyla, tarafların arabuluculuğa güvenmesi ve arabuluculukta dürüst davranması sağlanabilir.¹⁵

Arabulucu, görev dolayısıyla elde ettiği gizli bilgileri herhangi bir amaçla veya bir yasal prosedür için bile olsa ya da kâr veya şahsi menfaat temini için direkt veya indirekt bir şekilde kullanamaz ve başkalarına da açıklayamaz. Sadece kendisinin bilmesi için uyuşmazlığın kotarılması esnasında gizli olarak arabulucuya verilmiş

¹⁴ Özbek: *Avrupa Birliği'nde Alternatif...*, s.320

¹⁵ Özbek: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.214, 215

olan toplu pazarlık durumları, teklifleri ve telkinleri de bu bilgiyi verenlerin rızası olmaksızın karşı tarafa açıklanamaz. Aksi hareket, arabuluculuk yönteminin ihlali ve arabulucunun bu yöntemin bilincinde olmadığı anlamını taşır.¹⁶

2. Gizlilik Anlaşmaları

Arabuluculuk esnasında bilgilerin odada kalacağına dair bir diğer güvence de, sözleşme yapmaktır. Sürecin başlangıcında, katılımcılar arabuluculuk esnasında ifşa edilen bilgilerin gizli kalacağına mutabakat yapmalıdır. Bu anlaşmalar, genellikle yazılıdır ve arabulucunun mahkemeye tanık olarak çağrılmayacağına dair verilen sözleri içerir. Amerika Tahkim Birliği gibi bir kurumun kurallarına uygun olarak arabuluculuk yapılacağına ilişkin bir anlaşma, gizlilik anlaşması olarak değerlendirilebilir. Çünkü sözleşmeye referansla birlikte konan kurallar, gizlilik gerektirmektedir.

3. İspat ve Keşif Kuralları

Arabuluculukta anlaşma sağlanmadığını ve tarafların duruşmaya gittiğini düşünürsek taraflardan birisi, arabuluculuk esnasında söylenenleri mahkemeye kanıt olarak sunmak isteyebilir. Bu bilgi arabulucuya özel olarak veya diğer tarafın huzurunda söylenmiş olabilir. Her türlü, bu ifadeler kanıt olarak kabul edilmez.

İspatla ilgili Federal Delil Yasasının 408. maddesi şunu der: “Hakem huzurunda yapılan müzakerelerdeki fiil ve ifadeler, tazmin talebinin veya miktarının güvenilirliği veya geçersizliğine ilişkin kanıt olarak kabul edilemez.” Kural 408’deki ifade tam olarak, arabuluculuk veya müzakere esnasında gerçekleştirilen ifadeyi belirtmemektedir. Mahkemeler konuya daha yeni atıfta bulunsalar da Kural 408’in ardındaki prensip, bunun anlaşmazlıkların çözümünde yapılan arabuluculuk ve müzakerelere de uygulanmasını gerektirmektedir.

Şu da akılda tutulmalıdır ki, Kural 408 arabuluculuğa uygulansa bile arabuluculuk esnasındaki ifadelerin tümü sürekli şekilde kanıt olmaktan muaf tutulamaz. İfadeler hukuk davasının çözümüne yönelik olmalıdır; bir ceza davası veya henüz dava aşamasına gelmemiş bir anlaşmazlığa dair olmamalıdır.

Kural 408’de benzeri eyalet kanunları gibi, arabuluculuk esnasında verilen ifadeleri, duruşma öncesinde yapılan dava keşfinden korumamaktadır. Kabul edilebilirlik, keşfedilebilirlikten çok daha dar kapsamlıdır.

¹⁶ Kocaoğlu, Mehmet: *Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu*, Ankara, 1999, s.255

408. madde uyarınca bir uzlaşma teklifi, teklife konu olan iddianın veya miktarın geçerliliği veya hükümsüzlüğünü kanıtlamak için kullanılamaz. Uzlaşma müzakereleri sırasında ileri sürülen ve beyan edilen deliller de aynı şekilde kabul edilemez. Federal Delil Yasasının 408. maddesi ilgililik teorisinin ortak hukuktaki tanımlamasını kesinlikle reddetmiş ve hem uzlaşma müzakereleri esnasında yapılan beyanlarla ilgili delilleri hem de uzlaşma teklifini hariç tutmuştur. Böylece bu kural uyuşmazlıkların özel çözüm müzakerelerine ortak hukuktan daha kapsamlı bir koruma öngörmüştür. Bundan başka bu kuralın amacı çözüm önerilerinin özgür ve serbest olarak görüşülmesini teşvik etmektir ki bu aynı zamanda arabuluculuğun da amaçlarından biridir.

Bununla birlikte, Federal Delil Yasasının 408. maddesinin bahsettiği kapsamlı koruma çok önemli bir sınırlama içermektedir. Bu maddeye göre müzakere esnasında kullanılan delillerin sadece davacının talebinin geçerliliği veya talebin konusu olan belli bir miktarın varlığının kanıtlanması için sunulması halinde hariç tutulması mümkündür. Bu madde örneğin, müzakereler esnasında yapılan fiili bir anlaşmanın varlığını kanıtlamak ya da bu anlaşmayı reddetmek için ileri sürülen delilleri hariç tutmaz; yani anlaşmanın varlığı kanıtlanamazsa anlaşma uygulanamaz ve arabuluculuğun kendisi tesirsiz kalır. Bundan başka bu kural, müzakerede hileli bir davranışta bulunarak ya da diğer bir katılımcıya karşı borçlu olduğu bir mükellefiyeti ihlal ederek müzakere sürecini kötüye kullanan katılımcıları korumaz. Buna ek olarak 408. maddeye göre başka türlü öğrenilen bilgiler sırf müzakerede sunulması nedeniyle muaf tutulamaz. Müzakere ve arabuluculuk delillerin keşfi için bir araç olabilir; fakat bir engel olamaz.

Herşeye rağmen yargısal usullerde delillerin kullanılmasını sınırlayan akitlerin geçerliliği bazı tereddütlere konu olmaktadır. Bu gibi akitlere uyulması kabul edilmesine karşın bu akitlerin kamu düzenine aykırı oldukları için hükümsüz sayılma tehlikeleri bulunmaktadır. Gizliliği koruyan bu akitlerdeki diğer bir tehlike de bu akitlerin arabuluculuğa katılan kişilerin bilgilerini her yönden koruyamayabilmesidir. Akitlerin nispiyeti ilkesinin bir gereği olarak sadece akdin taraflarını bağlayan akitler savcılık makamı ya da diğer üçüncü kişiler gibi akde taraf olmayan kişilerin bu bilgileri delil olarak kullanmalarını engelleyemez. Bu sorun özellikle arabuluculuk programı bir mahkeme veya savcılık bürosunun keşif amacıyla programın kullanılmasını teşvik etmesi için kendi katılımıyla gerçekleştirildiği zaman vahim bir hal alır.¹⁷

Türk ceza hukukunda da müzakerelerin gizliliği kuralı ve delil yasağı kabul edilmiştir (CMK Md. 253). Uzlaştırma teklifi üzerine artık failin suçu kabul etmesi

¹⁷ Özbek: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.216, 217

şart olmamakla birlikte fail ikrarda da bulunabilir. Cumhuriyet Savcısının uzlaştırma teklifi üzerine failin suçu kabul etmesi gizlilik ve aleyhe delil teşkil etmeme kuralı kapsamındadır. Fakat, uzlaşma teklifinde bulunulmadan önce failin kolluk veya savcı önünde ifade verirken yapmış olduğu ikrarların gizlilik kapsamında düşünülmesi mümkün değildir. Bu tür ikrarlar faili aleyhine kullanılabilir. Buna karşın failin kolluk veya savcı huzurunda ifade verdiği sırada ve kendisine uzlaşma talif edilmeden önce kendisi uzlaşma teklifinde bulunmuş olursa failin bu teklifine bağlı olarak yaptığı ikrar beyanının da gizlilik kuralı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle uzlaşma teklifini kabul eden veya kendisi uzlaşmayı teklif eden failin, fiili ikrar etmiş olması gizlilik kuralına tabi bulunduğundan uzlaşma gerçekleşmediği için soruşturma sürdürüldüğünde bu ikrar dışında yeterli delil bulunmadığı kanısı oluşmuşsa kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmelidir. Aynı şekilde mahkeme de yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle beraat kararı verebilir. Savcı veya Hakim delil yetersiz olduğu halde failin salt uzlaşma maksadıyla yaptığı ikrarı esas alarak hüküm kurması yasaya aykırı olacaktır.¹⁸

4. Arabuluculuk İmtiyazı

Önceki bölümlerde gizlilik sözleşmeleri ile ispat ve keşif kurullarının, arabuluculuğun gizliliğini güvence altına almada bir araç olarak kısıtlamaları üzerine tartışılmıştır. Bu kısıtlamalar birçok insanı, arabuluculuk imtiyazının geliştirilmesini savunmaya yöneltmiştir. Bu kişiler, tıpkı avukat ile müvekkili veya koca ile karısının arasındaki ilişkilerin imtiyazlı olması gibi, taraf/avukat ile arabulucu arasında gerçekleşen karşılıklı görüşmelerin de imtiyazlı olmasını ileri sürmektedir. Federal Delil Yasası Md. 408 ve benzeri eyalet kuralları çerçevesinde izin verilen amaçlarla kanıt olarak önerilmiş olsalar bile; imtiyaz yoluyla, ne arabulucu ne de taraflar, arabuluculuk esnasında ne konuşulduğu hakkında, tanıklık etmeye zorlanamayacaktır. Arabuluculuk imtiyazı arabuluculuk esnasındaki ifadeleri, duruşma öncesindeki dava hazırlık sürecinden ve idari oturumlar, gazeteciler veya rakipler gibi mahkeme harici ortamlara veya kişilere ifşa edilmesinden de korunmalıdır. Bunların yanı sıra, bu imtiyaz arabuluculuktaki ifadelerin korunmasının ötesine geçerek, arabulucuya veya arabulucu programına ait yazılı kayıtlarının, arabuluculuk sözleşmelerinin, arabuluculuk esnasında oluşturulan anlaşma sözleşmelerinin ve buna benzer şeylerin korunmasını kapsamalıdır.

Çoğu eyalet, yasalar veya içtihat hukuku yoluyla, arabuluculuk imtiyazı oluşturmuştur. Ancak genellikle bu imtiyazlar, tüm arabuluculuk görüşmelerine uygulanmamaktadır. Yasaların çoğunluğunda arabuluculuk imtiyazı ile sadece

¹⁸ Kaymaz, Gökcan: *Uzlaşma*, s.186, 187

vesayet ve velayeti alamamış tarafın hakları aile mahkemeleri veya eyalet çalışma bakanlığı ile ilgili arabuluculuklar gibi, kamuya açık yönetilen belirli bir program korunmaktadır. Diğer imtiyazlar, tüm arabulucuların veya arabuluculuk programlarının belirli gerekliliklerini karşılayacak şekilde, ayrıntılı bir şekilde yazılmaktadır. Başka diğer eyaletlerde imtiyaz, tarafların sarih imtiyaz kontratlarını da içerebilmektedir.

İmtiyaz sahibi kişi, imtiyazından feragat edebilmektedir. Eyaletler arasında, imtiyazın ilgili görüşmeleri yapan tarafta mı, tüm taraflarda mı veya arabulucuda mı bulunduğuna ilişkin olarak farklar mevcuttur. Birçok arabuluculuk imtiyaz yasası, imtiyaz sahibini belirlemede yetersiz kalmaktadır.

Her türlü imtiyazın olumsuz tarafı, açığa çıktığı takdirde, duruşmaların veya diğer yasal takibatların sonucunu değiştirebilecek olan, sakladıkları bilgidir. Arabuluculuk imtiyazları ile saklanan bilgi, kriminal bir eyleme veya diğer haksız eylemlere kalkan olabilir. Çocuk velayeti konusundaki arabulucuya, çocuklarına fiziksel süistimalde bulunduğunu kabul eden ve bir daha yapıp yapmayacağı konusunda emin olmadığını söyleyen bir ebeveyn karşısında kapsamlı bir arabuluculuk imtiyazı, arabulucuyu bu bilgiyi mahkemede ifşa etmekten alıkoymak ve bu bilgiden yoksun olan mahkeme, süistimalde bulunan ebeveyne velayeti verebilecektir. Yine kapsamlı bir imtiyaz, arabulucuyu bu bilgiyi, eyalet sosyal yardımlaşma kurumuna vermekten de alıkoymaktadır. Normalde bu bilgiye sahip olan kurum, ebeveyni izlemeye alır ve danışmanlık yapar. Buna paralel olarak, arabuluculuk imtiyazı yaratan yasalar, bu tarz bilgilerin ifşa edilmesini imtiyazdan muaf tutmaktadırlar. Bazı başka imtiyaz yasaları da, bu muafiyetin kapsamını, cürüm iddiasının bulunduğu durumlara kadar genişletmektedir. Halen diğer imtiyazlar, eğer mahkeme belirli bir davada ispata duyulan ihtiyacın, imtiyaz ile sağlanan faydanın üzerinde olduğuna karar verirse kaldırılmaktadır.

İmtiyaz yasalarında görülen diğer bir muafiyet, arabuluculuk esnasında fiilen bir uzlaşma tutanağına dair tanıklık gerektiği durumlardır. Davacı ve Davalının, arabuluculuk neticesinde, yazılı bir uzlaşma tutanağı imzalandığını düşünürsek sözleşmenin hiç yapılmadığını ve arabuluculuk imtiyazının, tersine bir kanıtın kabulünü engellediğini ileri sürebilir. Davalının iddiasına göre imtiyaz, Davacı veya arabulucuyu böyle bir anlaşmanın olduğuna dair tanıklık etmekten veya imzalı belgeyi kanıt olarak sunmaktan alıkoymaktadır. Eğer arabuluculukla tesis edilen anlaşmaların yaptırım gücü olacaksa, bu söylem ret edilmelidir. Diğer taraftan mahkemeler, arabuluculuk esnasında oluşmuş sözlü sözleşmelerin ispatı durumunda, imtiyazı korumaya almaktadır. Belki de arabuluculuk imtiyazının pratikteki etkisi,

ABD’nde Uygulanmakta olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi

arabuluculukla yapılmış uzlaşma sözleşmeleri açısından Statue of Frauds (bazı sözleşmelerin yazılı yapılmasını zorunlu kılan yasa) eşdeğerinde olmasıdır. Böyle sözleşmeler, yazılı yapılmaları veya farklı yöntemlerle kaydedilmeleri durumunda geçerlidir.

Bu bölümün başında arabuluculuğun, arabulucuların ve dahil olan tarafların, gizli bilgilerin ifşa edilmeyeceğine dair güveni arttıran araçların kullanılmasından istifade ettiği belirtilmişti. Ancak birçok imtiyaz yasası, arabulucularla ilgili iletişime uygulanmaktadır, arabuluculuğa dahil olan diğer tarafların iletişimlerine uygulanmamaktadır. Bu imtiyazlar tarafları, arabulucuya açık olma hususunda cesaretlendirirken, birbirlerine açık olma yönünde etkide bulunmamaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri’nde temyiz mahkemesi bir kararında arabulucunun tanıklığını reddederken iki temel ilke arasında önemli bir seçim yapmıştır. Buna göre bir davada herkesin mevcut delillerin tümünün kullanılmasını isteme hakkı vardır. Bu ilkenin karşısında yer alan ilkede mevcut delilin kullanılmasının kamu menfaatine zarar vermesinin önlenmesidir. Arabulucuların tanık olarak kullanılması onların tarafsızlığını zedeleyecek dolayısıyla arabuluculuğun başarısız olmasına yol açarak kamu menfaatine zarar verecektir. İşte bu noktada temyiz mahkemesi arabuluculuğun gizliliğindeki kamu menfaatini, arabulucunun tanıklığının delil olarak kullanılmasındaki menfaate üstün tutmuş ve bu delile başvurulamayacağını kabul etmiştir.¹⁹

Türk hukukunda arabuluculuk müzakerelerinde gizliliği düzenleyen normlara örnek olarak Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinin 16. maddesinin 6. fıkrasını ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 236. maddesinin 3. fıkrasını örnek gösterebiliriz.

Avrupa Komisyonunun 4 Nisan 2001 tarihli tavsiye kararının “dürüstlük” başlıklı bölümünde şu hükme yer verilmiştir: Üçüncü kişi herhangi bir aşamada uyuşmazlığın çözümü için olası çözüm şekillerini önerirse taraflardan her biri diğer tarafça ileri sürülen iddia bilgi veya deliller hakkında kendi fikrini bildirme fırsatına sahip olmalıdır.

ADR sürecinin başarısızlıkla sonuçlanması halinde üçüncü kişi kural olarak uyuşmazlık hakkında tanıklık yapmamalı veya hakem olarak uyuşmazlığa müdahale etmemelidir. Zira üçüncü kişi ADR sürecinde bir hakemin normalde bilmemesi gereken bilgileri öğrenmiş olabilir. Bununla beraber tarafların, gizli olan bu bilgilerin açıklanmasına izin vermesi veya mesleği gereği gizliliğe riayet etmesi gereken 3.

¹⁹ Özbek: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.220, 221

kişinin bir kanun hükmü nedeniyle bu bilgileri açıklamak zorunda kalması halinde gizlilik ilkesine istisna getirilebilir.²⁰

Arabuluculuk sırasında arabulucu not alabilir fakat bu notları gizlilik teminatı sebebiyle imha etmek zorundadır.²¹

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararı Ekinde öngörülen ilkelerin 30. maddesinde “Gizlilik ilkesinin varlığına rağmen arabulucu, arabuluculuğun işleyişi esnasında yakın bir zamanda işlenme ihtimali olan ağır bir suç hakkında edindiği herhangi bir bilgiyi yetkili mercilere ya da ilgili kişilere iletmelidir.” kuralı yer almıştır.²²

5. Sözleşme Tutanaklarında Gizlilik Bentleri

Arabuluculuk neticesinde bir anlaşmaya varıldığında taraflar, anlaşmanın koşullarının gizli tutulmasını isteyeceklerdir. Birçok sözleşmede bu tarz gizlilik bentleri bulunur. Buna karşın, mahkemeye bu anlaşmanın bir yargı hükmü olarak kaydedilmesi yönünde istekte bulunurlar. Bu da anlaşmayı bir mahkeme kaydı yapar ve varsayımsal olarak da, kamuya açık hale getirir. Taraflar rutin olarak, anlaşmalarının kamu erişiminden korunması için talepte bulunurlar ve mahkeme kararı alırlar. Ancak bazen, başka bir mahkemede tanıklık amacıyla bu koruma (şerh) kalkar.

C. ARABULUCUK ÜZERİNE MUTABAKAT

Anlaşmazlık içinde olan taraflar, söz konusu anlaşmazlıkla ilgili arabuluculuk görüşmeleri üzerinde mutabakat yapabilirler. Bu tip anlaşmazlık-sonrası arabuluculuk mutabakatları, dava süreci başlamadan önce veya sonra oluşturulabilir. Çoğu arabuluculuk görüşmeleri, yazılı veya yazılı olmaksızın yapılan bu mutabakatların sonucudur. Daha önceki bölümlerde, anlaşmazlık-sonrası arabuluculuğa dair bir örnek verilmiştir.

Daha ilginç olanı belki de, anlaşmazlık-öncesi arabuluculuk mutabakatlarıdır. Herhangi bir sözleşme, aralarında oluşabilecek ihtilaflar durumunda, tarafları arabuluculuğa zorlayan bir bent içerebilir. Ancak, bu konuda çok az dava olduğundan, bu bentlerin yaptırma sahip olup olmadığı sonuca bağlanmamış bir sorundur.

²⁰ Özbeke: *Avrupa Birliği'nde Alternatif...*, s.304

²¹ Wasley, Ken: *Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri Eğitim Programı*, 2002, www.fmcs.gov

²² Özbeke, Mustafa: *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, s.127-166), s.134

Eğer, anlaşmazlık-öncesi arabuluculuk mutabakatı yapmış bir taraf, arabuluculuk görüşmelerine katılmayı ret ederse mahkeme sözleşmeye uyması için ne yapacaktır? Olasılıklardan bir tanesi: hiçbir şey. Diğer bir olasılık, ihlalde bulunmayan taraf lehine maddi tazminat kararı almaktır. Üçüncü olasılık ise, ihlalde bulunan tarafın arabuluculuk görüşmelerine katılmaya davet edilmesidir; bunun refüze edilmesi ise mahkemeye itaatsizlik olacaktır.

Anlaşmazlık-öncesi arabuluculuk mutabakatını zorlamak yönünde bir şey yapılmaması, hukukun sözleşmelerin uygulanmasını zorlama yönündeki alışılmış uygulaması ile çelişecektir. Sözleşmelere uyulmasını kanun yoluyla zorlamanın alışılmış yöntemi, maddi tazminatlardır. Fakat ihlal, arabuluculuk görüşmelerine katılmayı ret etmek şeklinde yapılmışsa bu zarar nasıl hesaplanacaktır? İhlalde bulunmayan tarafı, kontratı gerçekleştirmiş olarak varsaymak suretiyle mahkeme, hem arabuluculuk hem de dava sürecinin olası sonuçları konusunda tahminde bulunacak ve her ikisinin arasındaki farkı maddi tazminat (ihlalde bulunmayan parti lehine olan değer) olarak verecektir. Böyle bir yaklaşımın spekülatifliği yıldırııcıdır. Hakeme gitme mutabakatlarına ilişkin benzer yaklaşımın spekülatifliğinden ötürü, tahkim yarası maddi tazminatı kaldırarak yerine belirli bir performansı, mesela ihlalde bulunan tarafın hakeme gitmesinin emredilmesini, koymuştur. Arabuluculuk hususunda da aynı spekülatifliğin bulunması nedeniyle belki mahkemeleri maddi tazminat yerine, ihlalde bulunan tarafa, arabuluculuk sürecine dahil olmayı emretmeye sevk edecektir. Aslında bunlar, konuyla ilgili çok az dava olmasından ötürüdür.

Taraflar ileride ortaya çıkabilecek olan uyuşmazlıklarını arabuluculuğa götürme konusunda gönüllü olarak anlaştıktan sonra arabuluculuk şartlarının bağlayıcı kılınarak zorla yerine getirilebilmesi mümkün olmalıdır. Bu konuda yapılacak bir yasal düzenlemeyle, sözleşmelere konulan arabuluculuk şartlarının tüketilmeden dava yoluna geçilemeyeceği yönünde açık hüküm getirilmelidir.²³

Devlet yargısına başvurmadan önce, alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerine başvurmak zorunlu kılınmışsa bu durumda alternatif uyuşmazlık çözümüne bir önem adım denebilir. Türk hukuku bakımında tüketici sorunları hakem heyetine başvurunun bir dava şartı teşkil etmesinde olduğu gibi böyle bir durumda öngörülen, alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin tüketilmesi gerekir. Bu yol tüketilmeden devlet yargısına başvurulmuş olması, davanın, dava şartı yokluğundan reddedilmesini gerektirir.²⁴

²³ Özbek: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.344

²⁴ Ildır, Gülgün: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, 2003, s.65, 66

ADR süreci sonunda taraflarca yapılan anlaşma ADR sürecinin en önemli aşamasıdır. Bu nedenle taraflarca yapılan anlaşmanın geçerli olması şarttır. Sonuçta yapılan anlaşmada tarafların başlangıçta taleplerinin ne ölçüde feragat ettikleri belli olmalı, kabul etmek istedikleri fiili uzlaşma koşulları yer almalı ve anlaşmada tarafların gerçek arzuları yansıtılmalıdır. Bu gerçekleşmezse anlaşmanın geçerliliği üzerinde uyuşmazlık doğabilir veya taraflardan birinin menfaatlerini koruyarak haksız bir anlaşma düzenlenmiş olduğu gerekçesiyle uzlaştırıcının sorumluluğu doğabilir. Benzer şekilde, anlaşmanın icra edilebilirlik vasfını kazanmasından önce geçerli hale gelmesini sağlayacak bir onay aşamasının öngörülmesi de düşünülmelidir. Bu aşamada anlaşmanın icra edilebilmesi için bir hakimin veya noterin onayına sunulması ya da belirli uyuşmazlıklarda ticaret odaları gibi kuruluşlara yetki verilmesi mümkündür.²⁵

Konuyu Avukatlık Kanununun 35/A maddesi yönünden değerlendirirsek arabuluculuk sonunda avukat tarafından düzenlenen ve tarafların da imzalarını havi tutanak ilam hükmünde sayılmak suretiyle bu sakınca önemli ölçüde giderilmiştir. Böylece uzlaşma tutanağının kabul edilen çözüm şeklini reddetmekte olan ifa ile yükümlü taraf aleyhine doğrudan ilamlı icra yoluna gidilebilecektir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının daha etkili olmasını sağlamak ve uyuşmazlıkları bitirebilmek amacıyla kabul edilen bu düzenleme son derece isabetlidir.²⁶

D. ZORUNLU ARABULUCULUK

1. Genel Olarak

Mahkemeler ve diğer devlet kurumları çoğunlukla, ihtilafı taraflar için arabuluculuğu teşvik eder; hatta zorunlu kılar. Bazı yasalarda bazı özel davalar için arabuluculuk şartı aranır; çoğu eyalet ve federal mahkemelerde yargıçlar, hukuk davalarının çoğu türünde, arabuluculuk talebinde bulunma yetkisine sahiptir. Aile içi anlaşmazlıklarda, özellikle çocuk velayeti konusunda sıklıkla arabuluculuk istenir; bununla beraber, çeşitli eyalet ve yerel mahkeme kuralları ile farklı tür davalarda da arabuluculuk istenmektedir.

Bazı durumlarda arabuluculuk şartı aranmaz ancak teşvik edilir. Örneğin; Florida'daki bir kanuna göre; karavan sahiplerinin, arabuluculuk için ilk talepte bulunan olmadıkları ve bunun için ödeme yapmadıkları müddetçe, toprak sahiplerine

²⁵ Özbeke: *Avrupa Birliği'nde Alternatif...*, s.305

²⁶ Özbeke, Mustafa: *Avukatlık Kanununun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk*, (Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s.113,136), s.130

karşı fiillerde yasal avukatlık ücretlerini geri alma hakkı yoktur. Arabuluculuk, bazen bir yargıcın belli bir davayı “arbuluculuk için uygun” bulması durumunda; avukatlara tavsiyede bulunarak, hem onların hem de müvekkillerinin katılıp katılmayacağını sorması ile teşvik edilir. Yargıç arabuluculuk konusunda ince davransa da, mesajı avukatlar tarafından yüksek ve açık bir sesle algılanmıştır: Arabuluculuğu ret eden taraf yargıcı kızdıracaktır. Her iki avukat da müvekkiline arabuluculuğu kabul etmesini tavsiye eder; anlaşma sağlanmadığı durumda davayı yönetecek olan yargıcın hiç değilse sempatisi kazanılmış olacaktır.

Avrupa hukukunda üye devletlerin bazılarının mevzuatında, mahkemede dava açmadan önce ADR’ye başvurulmasının zorunlu tutan hükümlere yer verilmektedir. Üye devletlerin mevzuatı çoğunlukla ADR ile ilgili düzenlemelerde gönüllülük ilkesini benimsemekte ve ADR’ye başvurulmasını ya hakimin önerisini tarafların kabul etmesine bağlayarak ya da taraflardan birinin ADR sürecini başlatmasını diğer tarafın kabulüne bağlı tutarak düzenlemektedir.

Bununla beraber ADR’ye başvurulmasını öngören sözleşme şartları mahkemelere erişim hakkının kullanılmasını geciktirebileceğinden veya engelleyebileceğinden hak arama hürriyetini kısıtlayabilir. ADR’ye başvurulması İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Anlaşmasının 47. maddesinde belirtilen adalete erişim hakkının kullanılmasını engellememelidir.

ADR’ye genellikle tarafların karşılıklı anlaşmasıyla başvurulur. ADR’nin uygulanmasının her aşamasında irade özgürlüğü ilkesi hakimdir. Taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hususlarda bir ADR anlaşmasından kaynaklanan yükümlülükleri ihlal ederlerse çözüm, tarafların iradelerinin yorumlanması ve sözleşme hukukunun genel hükümlerine başvurulması yoluyla bulunabilir. Bir sözleşmede yer alan ADR şartının ihlal edilerek ADR sürecine katılmanın reddedilmesi ve dava açılması halinde, bu davranış sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmesi hükmündedir. Benzer şekilde ADR’ye katılmanın reddedilmesi, iyiniyet yükümlülüğünün ihlali olarak da değerlendirilebilir.²⁷

2. Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Mahkemelerin ve diğer devlet kurumlarının çoğu durumda ihtilafli taraflar için arabuluculuğu teşvik etmelerinin hatta zorunlu kılmalarının birçok nedeni vardır. Çoğu kişi, bu şekilde anlaşmaya varılan dava sayısı yüzdesinin arttığına inanmaktadır. Anlaşmaya varılan dava sayısı arttıkça duruşma sayısı azalacaktır. Bu da, yargı sisteminin kaldırabileceğinden daha fazla sayıda dava ile boğulmuş

²⁷ Özbek: *Avrupa Birliği’nde Alternatif...*, s.298, 299

olduğuna inanan yargıçlara ve diğer kişilere cazip görünmektedir. Anlaşmayla biten dava sayısının artması yargıçlara, geriye kalan davalara daha fazla dikkatle eğilme olanağı sağlayacaktır.

Arabuluculuğun anlaşmayı kolaylaştırdığına inanmayı gerektirecek nedenler mevcuttur. Arabulucu tarafından yapılan değerlendirme olasılıkla, tarafların davanın sonuçlarına dair beklentilerinde bir yakınlaşma sağlamaktadır. Tarafların beklentileri birbirlerine yaklaştığı oranda anlaşma zemininin genişlemesi kuvvetle muhtemeldir. Ayrıca arabuluculuk, iletişimi kolaylaştırması ve *pozitif sonuçlu* fırsatlardan faydalanması eğiliminden ötürü, müzakereye oranla anlaşmaya varılmasını daha fazla teşvik edebilir.

Diğer taraftan bazı çalışmalar, arabuluculuğun anlaşmayı çok az teşvik ettiğini belirtmektedir. Bu çalışmalarda belirtildiğine göre, arabuluculuk ile varılan anlaşmaların oranı, arabuluculuk olmaksızın varılan anlaşmalardan çok az bir fark göstermektedir; hatta aynıdır. Diğer bir deyişle, arabuluculukla varılan anlaşmalar duruşmalar yerine, müzakere yoluyla varılan anlaşmaların yerini almaktadır. Arabuluculuk ile varılan anlaşmalar, arabuluculuk olmaksızın varılacak anlaşmalar olabilir. Eğer amaç tikanan duruşma listelerini temizlemekse veya yargı sisteminde maliyetlerin azaltılmasıysa, arabuluculuğun teşvik edilmesi veya zorunlu kılınması bu amaca çok az hizmet etmektedir.

Arabuluculuğun teşvik edilmesi veya zorunlu kılınmasına dair diğer bir mantıksal açıklama; daha fazla sayıda anlaşma sağlanmasından ziyade, daha iyi anlaşmalarının sağlanmasıdır. Arabuluculuk yoluyla yapılan anlaşmaların duruşma arifesinden ziyade, davanın erken safhalarında olmasına ilişkin bir eğilimi gösteren ampirik veriler mevcuttur. Erken safhada varılan anlaşmalar ise daha iyi anlaşmalardır; çünkü tarafların zaman ve paradan tasarruf etmelerinin yanında cezanın ağırlaşmasını engellemektedir. İkinci olarak, arabuluculukla varılan anlaşmalar pozitif sonuçlu olmaya daha yatkın olduklarından müzakere yoluyla varılan anlaşmalardan daha iyidir. Bu yüzden, mahkemelerin arabuluculuğu teşvik etmesi veya zorunlu kılması için önemli nedenler mevcuttur. Bu şekilde, az bir oranda varılan anlaşma yüzdesi yükselmekte ve anlaşma, diğer türlü varılabilecek anlaşmalardan daha hızlı ve daha olumlu şekilde gerçekleşmektedir.

Arabuluculuğun teşvik edilmesi, özellikle zorunlu kılınmasına karşı olan iddiaları, bazı grupları, tarafların bağımsızlığı ve maliyetle ilgili endişeleri yansıtmaktadır. İlk grup iddialarda; arabuluculuğun mahkemede çözüm bulmaya kıyasla, azınlıklara mensup iddia sahiplerine, kadınlara ve fakirlere karşı taraflı muamele riskini arttırdığını ileri sürülmektedir. Arabuluculuğa karşı özerklikle ilgili ilk tartışma,

tarafkların arabulucuyu daima gönüllü olarak seçmek zorunda olmalarıdır. Taraflar, kendi özel anlaşmazlıklarının arabuluculuğa uygun olup olmadığını, bir yargıçtan veya başka yargı çalışanlarından daha iyi bilmektedirler; bu nedenle, eğer gönüllü olarak bunu seçmiyorlarsa arabuluculuğa zorlanmamalıdır. Bu iddia belki de zorlamaya karşı gelişen genel hoşnutsuzluktan ötürüdür veya bilhassa arabuluculuğun cebir ile bağdaşmamasından ötürüdür.

Birçok yasada davalar, aile içi şiddeti de içermesinden dolayı aile içi anlaşmazlıklarda zorunlu arabuluculuktan muaf tutulmaktadır; bunun mantığı kötü muamele kurbanının, suiistimali gerçekleştiren kişi ile arabulucuya gitmeye zorlanmasının yanlış olarak değerlendirilmesidir. Tarafların bağımsızlığı prensibi bir Oregon yasasında, tarafların basit birer itiraz dilekçesi vermek suretiyle zorunlu arabuluculuktan muaf tutulmasını sağlayarak kendini göstermektedir. Ancak bunlar, zorunlu arabuluculuk yönünde gittikçe artan eğilim karşısında sadece istisnalardır. Yasa koyucular genellikle, arabuluculuğa sadece katılımında bulunmanın oldukça hafif bir yük olduğuna ve buna mecbur kalınmasının, arabuluculuğun muhtemel kazanımlarına değecek bir bedel olduğuna inanmaktadır. Ancak, tarafların zorunlu arabuluculukla ilgili aşağıda verilen masrafların tümü veya bir kısmından ötürü yükleneceği sıkıntı da göz önüne alınmalıdır:

- tarafların zamanı,
- avukata harcayacağı zamandan ötürü yapılacak ödeme,
- arabulucuya yapılacak ödeme,
- arabulucuya gitmek için yapılan seyahat masrafları,
- duruşma öncesi halledilmesi gereken engellerin çözümünün gecikmesi

Avrupa Komisyonu Bakanlar Komitesinin ceza hukukunda ve aile hukukunda arabuluculuğu tavsiye eden kararlarına ek olarak Yasal İşbirliği Hakkında Avrupa Komitesince 2001 yılında hazırlanan İdari Merciler ve Özel Kişiler Arasındaki Davalara Alternatifler Hakkındaki Düzeltilmiş Taslak Tavsiye Kararı İdari Uyuşmazlıkların ADR’yi düzenlemekte ve bu konuda yapılacak yasal düzenlemelere ilişkin hükümler içermektedir. 9 sayılı Tavsiye Kararının 8. maddesi “İdari uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yolların başlıca faydalarının davaya bağlı olarak, daha basit ve daha esnek usuller, daha hızlı ve daha az masraflı çözümlere izin verme, dostane çözüm, uzman kişiler eliyle uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlıkların hakkaniyet ilkelerine göre sadece şekli yasa kurallarıyla bağlı kalmadan ve daha geniş takdir yetkisi kullanılarak çözümü olabileceğini dikkate alarak” şeklindedir.

Yargısal usullerin öne çıkan özelliklerinden birisi, onların resmi ve şekli yapısıdır. Yargısal usullerin resmiliği yargı yolunun doğasında var olan bir güvence olmakla beraber, usuli esnekliği engellemektedir. Bu nedenle, mahkemeye başvurmak özellikle başvuru sahibinin idare tarafından yapılan bir işleme itiraz ettiği idari yargıda, hukukî bir savaşa benzemektedir. Bu savaş, idare mahkeme önünde davalı konumda bulunduğu, idarenin hem mahkeme hem de vatandaşlar nezdinde haksız ve hatalı olarak görünmeyi istememesi nedeniyle daha sert bir şekle bürünebilir. İdare hatalı olduğunu kabul etse bile tarafların anlaşmaları usuli etkenler ve daha da önemlisi yargı oranının bizzat kendisi yüzünden mümkün olamamaktadır. Yargılama sürecinin herhangi bir aşamasında tarafların birbirlerine gerekli belgeleri ve dilekçeleri vermesi tarafları bir anlaşmaya ikna etmeyi amaçlamamakta, fakat; tafaflardan her birinin, diğer tarafın dava ile ilgili olarak mahkemeye yaptığı beyanları öğrenmesini sağlamaktadır. Bu da tarafları birbirlerine yaklaştırmak yerine birbirlerinden daha da uzaklaştırmaktadır.²⁸

Bir de ceza adalaeti sisteminde arabulucunun önemine bakacak olursak: Mağdurla ilgili endişeler ile faillerin tekrar topluma uyumlu bir birey haline getirilmesini amaçlayan görüşlerin, suçtan doğan zararın tazmin ve telafisi düşüncesiyle biraraya getirilmesi sonucunda ceza adaleti alanında bir arabuluculuk türü geliştirilmiştir. Belirli suçların mağdurları ile failleri için öngörülen arabuluculuk ve tazminat programları Kuzey Amerika, Birleşik Krallık ve Avrupa'nın pek çok yerinde oluşturulmuştur. Benzer şekilde Avrupa Konseyi de son 10 yıldır ceza politikasında arabuluculuğun gelişmesine kayıtsız kalmamıştır. Bu kapsamda yapılan çalışmalar neticesinde, 15 Eylül 1999 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk başlıklı R (99) 19 sayılı Tavsiye Kararı kabul edilmiştir. Bu tavsiye kararında geleneksel ceza yargılamasının tamamlayıcı bir yöntem olarak arabuluculuğun uygulanmasında dikkate alınacak ilkeler ayrıntılı bir şekilde açıklanmış ve üye ülkelerin hükümetlerine arabuluculuğu geliştirmeleri önerilmiştir.

Mağdur-fail arabuluculuk programı, bir suç işleyen kişi ile mağdur olan kişi ya da kişileri yüzyüze gerçekleşen bir toplantıda biraraya getirir. Taraflar arasında yapılan müzakerenin amacı, mağdur açısından herhangi bir tazmin şekli üzerinde arabuluculuk yapmak ve mağduru, faili ve hukuk sisteminin temsilcilerini tatmin edecek bir uzlaşmayı oluşturabilmektir. Zararın tazmin ve telafisi mali yönden olabileceği gibi, mağdur için ya da toplum için bir hizmette bulunmak yoluyla da olabilir.

²⁸ Özbek, Mustafa: *İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)*, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:57, 2005, s.82-134), s.82, 91

ABD’nde Uygulanmakta olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi

Mağdur-fail arabuluculuğunda, uyuşmazlığın konusu açıktır. Bu arabuluculukta ortada bir mağdur ve suçunu ikrar etmiş bir fail vardır. Burada amaç suçun mahkeme kararına geçirilmesi olmayıp, kısa süreli olan sorun çözücü yaklaşımla yürütülen arabuluculuk süreci boyunca mağdur ve failin bizzat bilgi paylaşımında bulunmalarını ve tazmin şekillerini müzakere etmelerini sağlayarak daha onarıcı bir adalet anlayışını hakim kılmaktır.²⁹

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 19 sayılı tavsiye kararının ekinde öngörülen ilkelerden 17. maddesinde “arabuluculuk anlaşmasına dayanan yükümlülükler, yargısal kararlar ya da hükümlerle aynı etkiye sahip olmalı ve aynı vakıalar hakkında soruşturma açılmasını önlemelidir.” kuralı yer almıştır. 31. maddede anlaşmaların taraflarca gönüllü olarak yapılması, anlaşmaların sadece makul ve orantılı yükümlülükler içermesi gerektiği belirtilmiştir.³⁰

Türk ceza hukuku açısından konuyu irdelersek Ceza Muhakemesi Kanununun 253/1. maddesinde hangi suçların uzlaşmaya tabi olduğu açıklanmıştır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar; hangi kanunda düzenlendiğine bakılmaksızın uzlaşmaya tabidir. Ancak, şikayete tabi olsa dahi cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile etkin pişmalık hükümlerine yer verilen suçlar uzlaşmaya tabi değildir. Ceza kanunununda yer alan ve şikayete bağlı suçlar ceza miktarı veya suçun niteliğine bakılmaksızın uzlaşmaya bağlı kılınmıştır. Ayrıca CMK’nın 253/1-b maddesinde TCK’da yer aşan bazı suçların kovuşturulması şikayete tabi olmadığı halde bu suçlar uzlaşma kapsamına alınmıştır. CMK’nın 253/1 maddesindeki istisnalar dışında, şikayete bağlı olmayan suçlar uzlaşma ile sonuçlandırılmaz.

Kanun koyucu uzlaşmayı kural olarak şikayete tabi suçlar için kabul etmekle birlikte re’sen soruşturma ve kovuşturmaya tabi bazı suçların da uzlaşma hükümlerine tabi olacağını benimsemiştir. Örneğin TCK’da yer alan konut dokunulmazlığının ihlali suçu gibi.³¹

TCK’nın yürürlükten kaldırılan 73/8. maddesinde yer alan “mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet Savcısı veya Hakim tarafından saptandığında” ifadeleri ile uzlaşmanın yargı merciince saptanması gerektiği belirtilmişti. Bu konu 5560 sayılı Kanunla değişik CMK’nın 253. maddesinin 17.

²⁹ Özbek, Mustafa: *Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması*, (Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, İstanbul 2005, s.85-157), s.95

³⁰ Özbek, Mustafa: *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, s.127-166), s.134

³¹ Kaymaz, Gökcan: *Uzlaşma*, s.99-101

fıkrasında yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre de “Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu ve belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.

Diğer taraftan kanunla, uzlaşma teklifinde bulunurken uzlaşmanın hüküm ve sonuçları hakkında Cumhuriyet Savcısı, kolluk görevlisi veya Hakim tarafından uzlaşmanın hüküm ve sonuçları konusunda taraflara bilgi verilmesi zorunludur.

Uzlaşma ile fail ve mağdurun zararının giderilmesi üzerinde yapılan anlaşma gereği zararın kararlaştırılan miktarda tazmini durumunda ceza davası açılmamakta veya açılan dava düşürülmektedir. CMK'nın 253/19. maddesinde her ne kadar tazminat davasının açılmayacağı belirtilmişse de bu ifadenin geniş yorumlanması gerekir. Kanun koyucu “tazminat davası” ifadesi ile aslında suçtan doğan zararların giderilmesi, eski halin iadesi gibi bütün şahsi hak alacakları ile ilgili davaları kastedmiştir.³²

Yargıtay İkinci Ceza Dairesi bir kararında uzlaşmanın öncelikle uygulanması gereken bir yargılama işlemi olduğunu, kesinleşmiş hükümler bakımından da uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Kararda sanığın müessir fiil suçundan almış olduğu ağır para cezasının infazı sırasında 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ve suçun şikayete bağlı bulunması nedeniyle öncelikle uzlaştırma işlemlerine girişilmesi gerektiği belirtilmiştir.³³

Yargıtay 2. Ceza Dairesi 27.6.2007 günlü K:2007/9439 (YK) sayılı kararında ise uzlaştırma işleminin soruşturma evresinde olumsuz sonuçlanması halinde mahkemede tekrar uzlaşma girişiminde bulunulamayacağını belirtmiştir.

Bunlara ilave olarak yukarıda belirtildiği gibi özel kanunlarda düzenlenen uzlaşmaya bağlı suçlarında olduğunu görüyoruz. Örneğin Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 74. maddesi, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun 16. maddesi gibi.

3. Arabuluculuk Görüşmelerine Katılacak Taraflar

Zorunlu arabuluculuğun taraflara yüklediği maliyetlerden biri de zaman harcamalarıdır. Eğer bir taraf, avukat yollamak sureti ile katılımda bulunmaktan kaçınıbiliyorsa zorunlu arabuluculuğun söz konusu tarafa zamanla ilgili getirdiği

³² Kaymaz, Gökcan: *Uzlaşma*, s.208

³³ Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 27.6.2007, K:2007/9607, YK

yük nispeten azalmaktadır. Çoğu zaman taraflar, arabuluculuk görüşmelerine avukatlarının katılmasını tercih etmektedirler; tıpkı müzakere görüşmelerine avukatlarının katılmasını tercih ettikleri gibi. Bazı mahkemeler, zorunlu arabuluculuk görüşmelerine avukatları kadar tarafların da katılmasını emretmektedir. Bazıları daha da ileri giderek, avukatları yerine tarafların katılmasını şart koşmaktadır.

Bazı müvekkiller, temsilcileri olmaksızın arabuluculuk görüşmelerine katılamazlar. Örnek olarak şirketler verilebilir; bunlar kendilerini temsil eden bir insan olmaksızın katılımda bulunamazlar. Bir şirketin arabuluculuk görüşmelerine katılması gerektiğinde; düşük seviyeli bir çalışanını mı gönderecektir, İcra Kurulu Başkanı’nı mı yoksa karar yeter sayısını oluşturan Yönetim Kurulu Üyelerini mi? Bir şirketin üst düzey yetkilileri ile yöneticilerinin zamanları oldukça değerlidir; arabuluculuk görüşmelerinde harcanacak uzun zamanlar oldukça yüksek yükler getirmektedir. Diğer taraftan, tam anlaşma yetkisine sahip olmayan bir temsilci gönderilmesi de, tek taraflı koşullar olmadıkça anlaşmaya varılmasını önlemenin eski bir yöntemidir.

Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesine göre avukatlar kendilerine intikal eden iş ve davalarda, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Avukatın müvekkili ile birlikte karşı tarafa uzlaşma davetinde bulunması durumunda, uzlaşma girişimi başarılı olursa karşı tarafın uzlaşma tutanağını tek başına imzalaması yeterli değildir. Karşı taraf avukatıyla birlikte uzlaşma tutanağını imzalamalıdır. Bu koşullar altında, hukukumuzda uzlaşma tutanağının düzenlenmesi bakımından uyumsuzluğun her iki tarafı için de avukatla temsil zorunluluğunun getirildiğini kabul etmek gerekecektir.³⁴

4. İyi Niyet

Arabuluculuk görüşmesine tam zamanında gelmiş bir taraf ve avukatın konuşmayı reddederek veya arabulucunun ve diğer tarafın ne söylediğini duymamak isterse söz konusu taraf, arabuluculuk görüşmelerindeki görevlerini yerine getirmemiş olur. Bu durumda, zorunlu arabuluculuk faydasızdır. Konuşmayı ve dinlemeyi reddeden, sadece varlık olarak katılımda bulunan bir taraf ne anlaşmayı ne de hızlı veya iyi bir anlaşmayı teşvik eder. Bu nedenle, bazı zorunlu arabuluculuk gerekliliklerine “iyi niyet” ile görüşmelere katılma görevi getirmektedir. Eğer mahkeme taraflardan

³⁴ Ulukapı, Ömer: *Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 sayılı Kanunla Getirilen “İlam Niteliğindeki Belge” Üzerine İnceleme*, (Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s.447-460), s. 455 vd.

birinin, bu görevi yerine getirmede iyi niyetli davranmadığını tespit ederse; ilgili tarafı para cezasına çarptırabileceği gibi aleyhine hükümde de bulunabilir.

İyi niyet standardı ile ilgili pratik zorluklardan bir tanesi tabii ki belirsizliğidir. İyi niyet kişiye göre değişir; İçtihat hukuku rehberlik sağlayabileceği gibi sağlayamayabilir de. Örneğin; Beşinci Daire'ye ait bir davada iyi niyet, dürüst bir anlaşma teklifini gerektirmemektedir. Ancak, sadece bir yıl sonra başka bir Beşinci Daire davasında, (6 milyon dolarlık bir jüri kararı ile biten bir davada) “davanın çözümüne niyetli olmadığına dair gerçek durumunu gizlemesinden” ötürü sadece 100.000 USD ödemeyi teklif eden bir davalıya kanuna itaatsizlik cezası vermiştir.

İyi niyet standardının uygulanmasında karşılaşılan diğer bir sorun, bir tarafın katılımının iyi niyetli olup olmadığının belirlenmesindeki zorluktur. Mahkemeler, arabuluculuğun güvenilirliğini zedeleyen eylemleri öğrenmek durumundadır. Bazı yargı yerleri zorunlu arabuluculuğa ilişkin zorlukların üstesinden gelebilmek için iyi niyet hükmünü koymayı reddetmektedirler. Bu durumda ise, arabuluculuk görüşmelerinde her şeyi duymazdan gelen tarafların üstesinden nasıl gelinecektir?

5. Anlaşma Sağlanması için Ek Tedbirler

Daha önceki bölümlerde belirtildiği üzere, arabuluculuk yönündeki zorlama, anlaşma ihtimalini arttırmaktadır. Anlaşma ihtimalinin artırılmasına yönelik olarak, zorunlu arabuluculukta, arabulucunun *değerlendirmesi* istenebilir. Arabulucunun değerlendirmesi, tarafların davanın sonucuna ilişkin beklentileri arasındaki farkları azaltacaktır ve tarafları anlaşmaya yaklaştıracaktır. En zorlayıcı arabuluculuk örnekleri, anlaşmada arabulucunun değerlendirmesinden faydalanılmasıdır. Bunun yöntemlerinden biri değerlendirmenin yargıca bildirilmesidir. Bu da, yapılan değerlendirmenin sadece davanın nasıl gerçekleşeceğine dair bir tahminden ibaret olmayıp dava kararı üzerinde etkili olması demektir. Değerlendirme istenen zorunlu arabuluculuk, özellikle yargıca rapor edildiğinde, bu bölümün sonunda tartışılan *bağlayıcı olmayan hakem kararı ye tarafsız değerlendirme* süreçlerine benzerlik göstermektedir.

6. Yargıç Huzurunda Arabuluculuk

Yargıç huzurunda veya sulh hakimi huzurunda yapılan tipik bir anlaşma toplantısı “zorunlu arabuluculuk olarak adlandırılmasa da, tam da budur. Arabulucu yargıçtır. Yargıcın sadece varlığı bile avukatların yapıcı ve olumlu olmasını sağlayarak, müzakereyi teşvik eder. Yargıç, tarafların avukatları ile birlikte anlaşma toplantısında bulunmasını isteyebilir. Yargıç, ilgili konular üzerinde odaklanılmasına yardımcı olmak, hatta davanın esaslarını değerlendirmek üzere tartışmalara dahil olabilir.

En değerlendirmeci yargıçlar ise anlaşmanın koşullarını önerebilirler. Nadiren de olsa yargıçlar “mekik diplomasisi” yürütecek kadar ileri gidebilirler. Her bir taraf kendi odasında bulunur ve yargıç bir odadan diğerine gidip gelir: Yargıç, Davacıya davasının ne kadar zayıf olduğunu söylerken, bir dakika sonra Davalıya büyük bir karar beklediğini söyleyebilir.

Bu taktikler anlaşma olasılığını yükseltmek içindir. Tarafsız değerlendirme, tarafların dava sonucuyla ilgili beklentileri arasındaki farkı azaltırken, anlaşmayı teşvik etmektedir. Bu durum özellikle tarafsız kişi, davayı yönetecek olan yargıçsa doğrudur. Yargıcın değerlendirmesi, dava kararının ne şekilde olacağını mükemmel bir göstergesidir; çünkü yargıç davayı bu şekilde sonuçlanması yönünde etkileyebilir.

Yargıç tarafından yapılan değerlendirme yerine çoğunlukla sulh hakimi veya hakim yardımcısı ile arabuluculuk yürütülür. Aslında zenci-beyaz okulları ve hapisane reformu ile ilgili devam eden davalarda çoğunlukla sulh hakimi veya hakim yardımcısı ile arabuluculuk yürütülmektedir.

Mahkeme önünde hazır bulunan tarafların uzlaşabilmelerini kolaylaştırma konusunda mahkemenin rol oynaması büyük ölçüde benimsenmektedir. Mahkeme katılımlı ADR usulü gönüllü olmalı, tarafların ADR’ye yönelmesi için onlara baskı yapılmamalıdır. Nitekim bu yönde bir baskı mahkemenin davayı inceleme zorunluluğuna aykırı olur. Hakim, açılmış bir davayı görmek zorundadır. Aksi halde hakime karşı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 533/6 ve 574. maddesi uyarınca tazminat davası açılabilir.³⁵

Mahkeme katılımlı ADR usulünde hakimlerin, davanın ADR’ye uygun olduğunu tespit edip ihtilafı arabulucuğa yönlendirme dışında ADR sürecinde görev almaması gerektiği ileri sürülmektedir. Aksi halde arabuluculuk sürecinin başarısız olması ve duruşmaya geçilmesi halinde, taraflar hakimin tarafsızlığından şüphe duyabilir. Hukuk sistemimiz açısından değerlendirildiğinde, hakimin davayı ADR’ye yönlendirmesi, ADR süreci esnasında avukatları çözüm müzakerelerine teşvik etmesi, duruşma öncesi müzakere usulünde müzakerelere başkanlık etmesi, yargılamanın olası sonucu hakkında görüşlerini açıklaması nedenleriyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 29. maddesine dayanarak hakimin reddi talebinde bulunulamaz. Zira Kanunun 29/2 maddesine göre hakimin reddedilmesi için “davada iki taraftan biri veya üçüncü şahıs muvacehesinde kanunen icap etmeden reyini beyan

³⁵ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz Ejder: *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2001, s.362

etmiş olması” gerekir. Oysa mahkeme katımlı arabuluculuk anılan kanuna yapılacak bir ekleme ile kanun hükmüne dayanacağından bu koşul gerçekleşmemiş olacaktır.

Benzer şekilde ADR usulünde hakimlerin başka davalarda arabulucu olarak seçilmeleri de mümkündür. Ancak Anayasamıza göre Hakimler ve Savcılar kanunda belirtilenlerden başka resmi ve özel hiçbir görev alamazlar. Özel bir kanun hükmü ile hakimlerin arabulucu olarak görev alabileceği kabul edilirse bu durum anılan madde ile çelişmez.³⁶

İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesinde “İş mahkemelerinde şifahi yargılama usulü uygulanır. İlk oturumda mahkeme tarafları sulha teşvik eder. Uzlaşmadıkları ve taraflar veya vekillerinden birisi gelmediği takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilir.

İş Kanununun 79 uncu maddesinde yazılı uzlaşma teşebbüsünün yapılmamış olması davanın kabulüne ve görülmesine mani teşkil etmez.” hükmü yer almıştır. Ancak bu hüküm ile arzulanan amacın gerçekleşmesi için mahkeme katımlı arabuluculuk usulü geliştirilmelidir. Bunun için de hakime özel görevler verilebilmelidir.

III. MÜZAKEREYİ DESTEKLEYEN DİĞER SÜREÇLER

A. BAĞLAYICI OLMAYAN HÜKÜM

Bu bölümdeki diğer kısımlarda; müzakerenin desteklenmesinde en önemli süreç olan arabuluculuk tartışılmıştır. Bu kısımda ise, müzakereyi destekleyen diğer dört süreç tartışılmaktadır: Bağlayıcı Olmayan Hakem Kararı, Kısa Jüri Duruşması, Tarafsız Değerlendirme, Mini Duruşma. Bu süreçlerin (arabuluculuk dahil) ortak yönleri anlaşmazlıkları tek başlarına çözmemeleridir. Daha çok, taraflara anlaşmazlığın çözümü için müzakere etmelerinde yardımcı olmaktır. Buna uygun olarak “müzakereyi destekleyen süreçler” olarak adlandırılırlar.

Bu süreçlerin çoğu mahkemelerce teşvik edilmekte hatta şart koşulmaktadır. Sonuç olarak, bu süreçler hukuk davaları ile iç içe geçmişlerdir.

Bu kısımda tartışılan süreçler, bağlayıcı olmayan hükümler veya değerlendirmeler sağlayarak taraflara, anlaşmazlıklarının çözümü için yürüttükleri müzakerede yardımcı olmaktadır.

Bağlayıcı olmayan hüküm, hem davanın bağlayıcı hükmü ile hakem kararı hem de müzakere ve arabuluculuk olmadan sağlanan hüküm ile karşılaştırılmalıdır

³⁶ Özbe: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.360, 361

Hüküm verme birisi (hakem) tarafından anlaşmazlığın sonuçlandırılması için kararın verildiği bir süreçtir. Anlaşmazlığın sonucu üzerinde ihtilafı tarafların anlaşığı müzakere ve arabuluculuğun aksine; hakem taraflara sonucu bildirir. Davalarda yargıçlar ve jüri üyeleri hakemdir; mahkeme gibi resmi bir oturumda hüküm verilir. Özel yani resmi olmayan oturumda verilen hüküm ise hakem kararıdır.

Dava ve tahkimde verilen kararı bağlayıcı kılan unsur, bu süreçlerde hakemin kararının devlet gücüne dayanıp dayanmadığıdır. Hakemlerin dava ve tahkimlerdeki kararları kamu yaptırımları ile mecburi kılınır. Hakem kararlarına uymayanlar, kendilerini hapisanede veya malları zorla ellerinden alınmış olarak bulurlar. Buna karşıt olarak bağlayıcı olmayan hükümler zorlayıcı değildirler. Bir hakemden bağlayıcı olmayan hüküm alan taraflar ondan bir fikir almış olurlar, ancak bu karara uymayan taraf yaptırım ile karşı karşıya kalmaz. Taraflar, bağlayıcı olmayan hükmü değerlendirmeye almayarak, bağlayıcı hükmün alınacağı süreci takip edebilir.

Değerlendirme, hüküm vermeye göre daha az kesindir. Daha çok davanın esaslarının incelenmesidir; belirgin ve net bir sonuca varılmaz. Örneğin; hakem taraflara “Dayalı Davacıya 250.000 USD ödemekle yükümlüdür” der. Buna karşılık, değerlendirme yapan şöyle bir ifade kullanabilir: “Davacı, Davalının sözleşmeyi ihlal ettiğine ve altı haneli bir zarara uğradığına dair güçlü bir kanıtı sahiptir” veya “Benzer davalarda iki ila üçyüzbin dolarlık jüri kararları alındığını gördüm.”

Tarafların uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için nasıl bir yol izlenmesi gerektiği husunda karar almak amacıyla daha işin başında uyuşmazlığın oluşumu, gelişimi ve bundan sonra kaydedeceği seyir hakkında objektif, bağımsız ve deneyimli üçüncü bir kişi aracılığıyla bilgilendirilmesini öngören alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine ön değerlendirme denir. Sözü edilen yöntemde üçüncü kişi, uyuşmazlığın nasıl ortaya çıktığı nerede ve nasıl geliştiği ve gelecekte de ne yönde bir seyir kaydedeceği konularında sistematik bir bütünlük içerisinde ve bağlayıcılık arzetmeyecek bir biçimde bir takım değerlendirmelerde bulunmakta; bu suretle, tarafların, uyuşmazlıkla ilgili olarak tam bir fikir edinebilmelerine ve yeni bir bakış açısı kazanmalarına katkı sağlayarak onların, uyuşmazlık çözümünde nasıl bir “strateji izlemeleri ve hangi uyuşmazlık çözüm yöntemini seçmeleri gerektiği hususunda, karar almasını kolaylaştırmaktadır.³⁷

Hakem kararı, özel yani resmi olmayan bir oturumda verilen hükümdür. İki tip hakem kararı vardır, bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan Bağlayıcı hakem kararı daha

³⁷ Tanrıver, Süha: *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:64, 2006, s.151-177), s.161

yaygındır ve Bölüm 2’de işlenmiştir. Bağlayıcı olmayan hakem kararı bu bölümün konusudur ve bağlayıcı olmayan hükmün bir türüdür.

Taraflar bağlayıcı olmayan hakem kararı isteyebilirler, ancak bu çoğu zaman mahkeme tarafından zorunlu olarak istenmektedir. Yirminin üzerindeki eyalette ve bazı federal bölgelerde mahkemelerin (belirli tip davalarda) tarafları bağlayıcı olmayan hakem kararına yönlendirme yetkisi vardır. Bu bağlayıcı değildir, çünkü hakem kararında kaybeden taraf davayı sürdürmeye karar verebilir ve davayı yeniden ele alan mahkeme hakem kararına riayet etmeyebilir. Ancak, mahkeme tarafından emredilen hakem kuralları kaybeden tarafın davayı takip etmesini engellemek üzere bir miktar caydırıcıdır. Genellikle, kaybeden taraf: Mahkemeye hakem ücretlerine eşit miktarda bir depozit yatırmalıdır. Depozit ancak, yeniden ele alınan duruşmanın sonucu hakem kararına göre, temyiz eden kişinin lehinde olması durumunda iade edilmektedir.

Bazı eyalet yasaları, özellikle tıbbi yanlış tedavi ihmali veya hatası ile ilgili iddialarda bağlayıcı olmayan hakem kararı istemektedir. Bu tipik olarak, en az birisi tıp doktoru olan üç kişilik bir kuruldur. Her ne kadar hakem kararı bağlayıcı olmasa da daha sonraki duruşmalarda muteberdir. Bu da, bağlayıcı olmayan hakem kararı tarafından öngörülen anlaşmaya uyulmasını daha fazla dayatmaktadır. Hakem heyeti kararı sadece dava ile ilgili bir tahmin olmayıp; dava kararı üzerinde etkilidir.

Avrupa Adalet Divanının yerini Brüksel 1 Tüzüğüne bırakan 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi hakkında verdiği bir kararda yasal bir uzlaşma Sözleşmenin 25. maddesi anlamında karar teşkil etmezler. Zira mahkemede yapılan anlaşmalar, koşulları öncelikle tarafların iradesine bağlı olan sözleşmelerdir. Avrupa Adalet Divanı verdiği bir kararında belgeye resmi bir makam tarafından resmiyet kazandırılmamışsa resmi belge olamayacağını belirtmiştir.³⁸

B. KISA JÜRİ DURUŞMASI

Kısa Jüri Duruşması (KJD) bir tür bağlayıcı olmayan hükümdür. Bağlayıcı olmayan jüri duruşması normalde, esasa ilişkin inceleme tamamlandıktan ve kısa yargılamaya ilişkin taleplere dair düzenlemeler sonrasında yapılır.

KJD’nin hızlanması (genelde bir gün veya daha kısa sürer), jüri seçimi sırasındaki soruların kısa kesilmesi, kanıtı dayalı itirazların sınırlanması, marjinal kanıtların atlanması ve jüri talimatlarının azaltılması gibi çeşitli prosedürlerin kısaltılması

³⁸ Özbek: *Avrupa Birliği’nde Alternatif...*, s.307

sayesindedir. En kritik öge, canlı tanıklık yerine avukatların şahitlere yönelik yaptıkları özetlerinin kullanılmasıdır. KJD özel ve basına kapalı olabilir.

Federal mahkemelerin, taraflardan birinin itirazına rağmen KJD isteme yetkisine sahip olmasına ve KJD’nin zorunlu olabilmesine dair bir otorite boşluğu vardır.

KJD ilk olarak 1980 yılının başında Ohio Federal Bölge Mahkemesi hakimi Thomas Lambros tarafından federal mahkeme sisteminde kullanılması için geliştirilmiş bir usul olup Kuzey Ohio bölgesinde hakimlerce kullanılmaktadır. KJD duruşmanın bağlayıcı olduğunu bilmeyen altı jüri üyesinin seçilmesiyle başlar. Taraflardan her birine iddiasını özetlemesi için kısa bir süre verilir. Mahkemede yapılan sunumlar, genellikle duruşmada kabul edilebilecek olan delillerle sınırlıdır ve yeminli olarak alınan yazılı ifadelere, tahkikatta sunulacak belgelere, bilirkişi raporlarına ve tahkikatta kullanılacak diğer malzemelere dayanır. Tanıkların katılmadığı bu usulde, yapılan sunumlar sonucunda hakim, jüriye durum hakkında kısa bir bilgi verir ve ardından jüri kendi kararını oluşturur. Bu işlemlerden sonra bir mahkeme görevlisi taraflarla görüşmek ve onları çözüme teşvik etmek amacıyla biraraya gelir.

Taraflardan biri veya her ikisi çoğunlukla bir gün sürecek olan kısa jüri yargılaması sonucunda tatmin olmazsa dava yoluna devam edebilir ve bu durumda mahkemece herhangi bir müeyyide uygulanmaz. Kısa jüri yargılaması sırasında öğrenilen hiçbir bilgi dava aşamasında delil olarak kullanılamaz. Duruşma aşamasına geçilen davalarda verilen kararlar kısa jüri yargılaması sonunda verilen kararlarla çoğunlukla aynı olmaktadır.³⁹

C. TARAFSIZ DEĞERLENDİRME

Tarafsız Değerlendirme, taraflarca istenebileceği gibi mahkeme tarafından da istenebilir. Mahkemeler bu süreci farklı şekillerde adlandırabilmektedir; Erken Tarafsız Değerlendirme (ETD) gibi. Genellikle, mahkeme tarafından seçilen bir dava avukatında değerlendirme yapması istenir. Avukat taraflarla ve avukatları ile birkaç saat toplantı yapar. Bu toplantı genellikle, davanın erken safhalarında esasa ilişkin incelemeden önce yapılır. Tipik olarak tarafsız kişinin müvekkillerinden davayı anlatmalarının istemesiyle başlar. Daha sonra “konuları, iddiaları ve kanıtları netleştirmek, ispatlara ilişkin boşlukları doldurmak ve güçlü ve zayıf yanları ortaya koymak için taraflara sorular sorar.” “Değerlendirmeci, ortak zemini belirleyebilmek ve bunu kabul veya yasal olan anlaşmalara çevirmek için taraflara yardımcı olmaya

³⁹ Özbek, *Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki İşlevi*, s. 54, 55

çalışır. Süreçte davanın esasına ilişkin anlaşmazlıkların tecrit edilmesi yönünde çaba harcanır.”

Değerlendirmeci davanın esaslarına ilişkin bir değerlendirme yazar. Değerlendirme, üzerinde anlaşmazlık olan her hususun mahkeme tarafından nasıl düzenleneceğine ve masraflara dair öngörülerini de içerecek şekilde kapsamlı olabilir. Değerlendirme hakkında taraflarla görüşmeden önce onları, anlaşmayı tartışmaları için teşvik eder. Eğer taraflar anlaşmaya gitmezlerse, değerlendirmeyi onlara açıklar ve yeniden anlaşma müzakereleri için teşvik eder. Eğer taraflar yine anlaşmaya gitmezlerse; “dava gelişim planını anlaşmazlığın ana öğelerini belirlemek suretiyle özetler ve davanın ele alınış yöntemleri ile esasa ilişkin araştırmanın en etkin şekilde yürütülmesi hakkında tavsiyelerde bulunur.” ETD sadece anlaşmayı teşvik etmek için değil aynı zamanda, anlaşmaya varılmadığı durumlarda duruşmaların akışını belirlemek üzere tasarlanır.

Tarafsız üçüncü kişi eğer uyuşmazlığın temelinde yasal konular varsa hukuk profesörleri, emekli yargıçlar, alternatif uyuşmazlık çözümü uygulayıcıları veya uyuşmazlık konusunda çalışan avukatlar arasında veya yasal konular dışındaki konularda, uyuşmazlık alanının gerektirdiği herhangi bir uzmanlık alanından bir uzman seçilerek aranabilir. Taraflar tek bir değerlendirici seçmek gibi bir sınırlama içerisinde de değildirler.

Tarafsız öndeğerlendirme yönetminde izlenmesi gereken zorunlu bir şekil yoktur. Değerlendirmeyi yapan tarafsız üçüncü kişi, taraflarla ve varsa tarafların avukatlarıyla bir toplantı düzenler. Ege taraflar katılmıyorsa karar alma yetkisiyle temsilcileri ile de görüşülebilir. Değerlendirme oturumundan en az yedi gün öncesinden taraflardan her biri, tarafsız üçüncü kişiye ve karşı tarafa yazılı bir değerlendirme tutanağı ulaştırmalıdır. Bu tutanak uyuşmazlıktaki vakıaların bir listesini, ilgili her türlü evrakı, tarafların uyuşmazlıklarının daha iyi anlaşılması için yararlı olabilecek her türlü bilgiyi içermelidir.

Taraflar tarafsız ön değerlendirme yöntemini, arabuluculuk yönteminin izlenmesini isteyebilirler; hatta, tarafsız ön değerlendiricinin uyuşmazlığın çözümünü gerçekleştirecek, tarafsız üçüncü kişi olarak görevine devam etmesini isteyebilirler. Böyle durumlarda, tarafsız öndeğerlendiriciler arabuluculuk çalışmalarına başlamadan önce değerlendirme sonuçlarını açıklamamayı tercih etmektedir. Özellikle değerlendirme sonucu bir taraf lehine sonuçlanmışsa, taraflar tarafsız öndeğerlendiricinin tarafsız davranamayacağını düşünebilirler.

ABD’nde Uygulanmakta olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi

Tarafsız öndeğerlendirme tazminat taleplerinde ve kamu kuruluşları arasındaki uyuşmazlıklarda başarı ile uygulanmış bir yöntemdir.⁴⁰

Devlet yargısı dışında, özellikle uyuşmazlığı çözümlmek gibi bir görevi olmaksızın yalnızca vakiaları tespit eden tarafsız üçüncü kişinin faaliyeti; çözümü teknik bilgiyi gerektiren bir uyuşmazlıkta teknik arabuluculardan bir tanesinin görüşü, bir hakem-bilirkişiye⁴¹ benzemektedir. Hukukumuzda bilirkişi raporlarının davayı önleyici etkisi üzerinde durulmalı ve bu konu geliştirilmelidir.

Tarafsız öndeğerlendirme sistemine benzeyen Amerika Birleşik Devletlerinde dava öncesi konferanslar önelerine gelecek olan davaların hazırlığının gözlenmesinde ve yönetilmesinde yargıçların kullandığı en önemli araçtır. Yargıç bir, hatta bir seri konferanslar toplayıp davalı tarafları temsil eden tüm avukatları, müvekillerini bu koneranslara çağırabilir. Dava için vakianın hazırlanmasıyla ilgili çeşitli konular burada tartışılıp ve bazan burada çözülebilir. Bazan dava öncesi konferansta yeterli ölçüdeki konu üzerinde anlaşılırsa tüm uyuşmazlık giderilebilir ve davaya gitmeye gerek kalmaz.⁴²

D. MİNİ DURUŞMA

İş yaşamına dair anlaşmazlıkların çoğunluğunda, şirket müdürleri konuyu avukatlarına bırakmadıkları için davalar duruşmaya kalmakta ve anlaşmaya varılamamaktadır. Mini duruşmalar özellikle problemin yeniden şirket müdürlerine teslimi için düşünülmüştür.” Mini duruşma aslında bir duruşma bile değildir; ne yargıç ne de jüri vardır. Tarafsız bir danışman tarafından yönetilir. Taraflar meselelerini kısa bir şekilde sunarlar. Sunumlar tarafsız danışmandan ziyade anlaşma yetkisine sahip şirket müdürlerine yapılır. Belki de bu sunumlar sayesinde, her bir taraftaki müdür karşı tarafın iddiaları ve delilleri ile ilk defa karşı karşıya gelmektedir. Sunumlar sonrasında müdürler anlaşma müzakerelerine katılırlar; tarafsız danışmandan, arabulucu veya değerlendirmeci olarak davranmak suretiyle, müzakereleri çabuklaştırmasını isteyebilirler.

Kısa yargılama, ismine rağmen bir yargılama olmayıp müzakere arabulculuk ve tahkimin birleştirilmesinden oluşan planlı bir uyuşmazlık çözüm sürecidir.

⁴⁰ İldır, s.84, 86

⁴¹ Yıldırım, N. Deren: *Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukukî Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1991-1994, S:1-4, s.321-330), s.321

⁴² Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri Eğitim Programı 2002 Konuşmacılarından Özel Notlar, www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?pFileNum=8

Kısa yargılamanın tarafları, onun işleyiş şeklini belirleyebilirler. Bu nedenle kısa yargılamanın usulü davadan davaya farklılık gösterir. Taraflar her zaman gizlilik konusunda bir anlaşma yaparlar. Taraflar ayrıca her bir tarafın duruşmalarda ne kadar bilgi ve belge sunacağını belirleyerek tahkikatın kapsamı üzerinde anlaşmaya varmalıdırlar. Kısa yargılamada her zaman bütün uyuşmazlık çözüm süreci boyunca taraflara yardımcı olması için tarafsız bir danışman seçilir.

Kısa yargılamada her iki tarafın, uyuşmazlığı çözmeye yetkili olan üst düzey yöneticilerin huzurunda avukatların davayı özetlediği bir duruşma yapılıır. Bu duruşma bilgi değişimi olarak adlandırılır. Duruşmada delil kuralları uygulanmamakla birlikte taraflar iddialarını özetledikleri için mücadelecı bir konumda bulunurlar. Yöneticiler duruşmada verilen bilgilerle ve avukatların anlatımlarıyla uyuşmazlığı daha iyi anlarlar. Kısa yargılamadan sonra dava açılması halinde bile, önceden tartışılan delillerin ve meselelerin yeniden incelenmemesi ve ileri sürülmemesi nedeniyle, kısa yargılama sonucunda dava aşaması kısaldır.⁴³

E. BU SÜREÇLERİN ZORUNLU KILINMASI LEHİNE VE ALEYHİNE TARTIŞMALAR

1. Zorunlu Bağlayıcı Olmayan Hakem Kararı ve Değerlendirmelerinin Olumlu Yönleri

Mahkemeler, genellikle yukarıda tartışılan üç sürecin kullanılmasını istemektedir: Bağlayıcı Olmayan Hakem Kararı, Kısa Jüri Duruşması ve Tarafsız Değerlendirme. Bunların talep edilmesindeki mantık, anlaşmanın teşvik edilmesi ve duruşma listelerinin temizlenmesidir. Bu süreçlerin ve diğer tür bağlayıcı olmayan hüküm ve değerlendirmelerin anlaşmayı teşvik ettiklerine inanmak için nedenler vardır.

Bir anlaşma zemini olmadıkça bir dava çözümlenemez. Birkaç istisna dışında, bir anlaşma zemini olmayan davalar sadece Davacının davanın sonunda Davalıya göre kendi lehine karar beklediği davalardır. Örneğin; Davacı 250.000 Dolarlık bir jüri kararı beklerken Dayalı 200.000 USD'lık bir karar bekliyorsa bir anlaşma zemini bulunamayacaktır. Bu tip davalar aşırı iyimser olarak adlandırılabilir. Davacının 250.000 Dolarlık bir jüri kararı beklediği ve Davalının da 200.000 USD'lık bir karar beklediği bir duruşmada, taraflardan en az birisi duruşmadaki başarısı hususunda aşırı iyimserdir. Anlaşma zemininin olmadığı davalar, taraflardan en azından birisinin duruşmadan umutsuz olduğu davalardır.

⁴³ Özbek, *Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki İşlevi*, s. 53, 54

Tarafların aşırı iyimserliği duruşmada anlaşma zeminlerini engelleyeceğinden; anlaşma avukatları söz konusu tarafın aşırı iyimserliğini azaltarak tarafların dava hükmü ile ilgili beklentilerini yakınlaştırma yollarını ararlar. Bağlayıcı olmayan hüküm ve değerlendirmedeki eğilim bunun gerçekleştirilmesidir. Tarafların beklentileri arasındaki farkı, bilgi vermek suretiyle azaltırlar. Bu, tarafların dava kararına ilişkin beklentilerinin davanın tarafsız hükmü ve değerlendirmesi çevresinde toplanmasına yol açar.

Örneğin; Davacının 800.000 Dolarlık, Davalının ise 100.000 USD’lık bir jüri kararı beklediği bir durumda, tarafsız değerlendirmecinin (veya hakemin) 300.000 Dolarlık bir karar öngördüğünü düşünün. Eğer bunun sonucunda davacı 800.000 USD altında, dayalı da 100.000 USD üzerinde bir karar bekliyorsa, değerlendirme başarılı olmuştur. Aradaki 700.000 Dolarlık fark azaldıkça değerlendirmenin başarısı o oranda artar.

Başarılı bağlayıcı olmayan hüküm ve değerlendirmeler, tarafların dava süreciyle ilgili iyi bir tahminde bulunacağına dair yargısına saygı duydukları tarafsız kişilerden gelmektedir. Yaralanma ile sonuçlanan bir araba kazası hakkındaki davada eğer tarafsız kişi, benzeri yüzlerce dava duruşması yönetmiş yerel bir yargıçsa, taraflar ve avukatları bu kişinin dava sonucuna ilişkin yerinde bir karar verebileceği hususunda güven duyacaklardır. Davanın sonucuna ilişkin tahminde bulunan kişinin seçimi daha yerinde oldukça, bağlayıcı olmayan hüküm ve değerlendirmede daha yerinde olacaktır. Bu da tarafların beklentileri arasındaki farkı azaltacaktır.

2. Zorunlu Bağlayıcı Olmayan Hakem Kararı ve Değerlendirmelerin Olumsuz Yönleri

Bağlayıcı olmayan hakem kararı ve değerlendirmelerin anlaşmayı teşvik ettiği düşünülse bile, hala mahkemelerin bu süreçleri zorunlu kılması gerekli midir, diye sorulabilir. Nihayet taraflar bu süreçleri gönüllü seçebilirler. Taraflar, kendi özel anlaşmazlıklarının bu süreçlere uygun olup olmadığını, bir yargıçtan veya başka yargı çalışanlarından daha iyi bildiklerini; bu nedenle, eğer gönüllü olarak bunu seçmiyorlarsa arabuluculuğa zorlanmamaları gerektiğini iddia edebilirler. Dahası, bu süreçlerin zorunlu kılınması özellikle fakir davacılar açısından zararlı olabilir; çünkü bu süreçler daha duruşma öncesi davacının harcadığı zaman ve parayı arttırmaktadır. Artan bu yüklerin anayasal hakları çiğnediğine dair iddialar, jüri duruşması hakkı dahil reddedilmiştir.

Ayrıca, zorunlu bağlayıcı olmayan hakem kararı ve değerlendirmelerin anlaşmayı teşvik etmesi hususunda da ihtilaf vardır. Bağlayıcı olmayan hakem

kararını, kısa jüri duruşmasını ve tarafsız değerlendirmeyi zorunlu kılan mahkeme programları üzerine çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmaların tümü baz alındığında; bu süreçlerin kullanılmasının anlaşma oranını, kullanmadıkları davalara kıyasla belirgin oranda artırmadıkları görülmektedir. Hatta belki de bu süreçler kullanılmasa da anlaşmayla sonuçlanabilecek davalardır bunlar. Diğer taraftan bu süreçlerin zorunlu olması anlaşmanın duruşma arifesi yerine, davanın erken safhalarında gelmesini sağlayabilir.

Tabi ki, bağlayıcı olmayan hakem kararı ve değerlendirmenin dava sürecinin daha erken safhasında kullanılması, yapılan tahminin daha tutarsız olmasına yol açacaktır. Eğer esasa ilişkin inceleme henüz yapılmamışsa, bağlayıcı olmayan hükmü verecek kişi veya değerlendirmeciden materyaller, veriler gizlenebilir. Diğer taraftan, bu süreç duruşmaların başlayacağı zamana kadar ertelenirse; anlaşmanın sağlanmasından ötürü getireceği fayda zaman, para ve ceza veya tazminat yaptırımı bakımından kısıtlı olacaktır.

F. SONUÇ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde uyuşmazlığı yaratan taraflar, yine kendi kendilerine uyuşmazlığı sonlandırabilmekte ve çözüme katkı sağlayabilmektedirler.

Şüphesiz yargının işyükünün oldukça fazla olduğu ülkemiz bakımından da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesi yerinde olacaktır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının idari uyuşmazlıklara da yansıtılmasının önemi tartışmasızdır.

İletişim kopukluğunun yaşandığı ve uzlaşma kültürünün gelişmediği toplumlarda bireylerin tarafsız üçüncü bir kişinin yardımıyla sorunlarını çözebilme eğiliminin oluşturulması oldukça önemlidir. Şüphesiz bu bilinç kısa vadede gerçekleşmeyebilir. Ancak arabuluculuk gibi yeni kurumların halka tanıtılması bu kuruma güven duyulmasının sağlanması bunun için de yargı kuruluşlarından destek alınması gerekmektedir. Bu kurumdan beklenen faydanın sağlanabilmesi için de bağımsızlık, gizlilik mesleki uzmanlık, mesleki standartlar, güvenceler gibi mekanizmalar oluşturulmalıdır.

Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak için yürütülen çalışmalar kapsamında ülkemizde de ADR ile ilgili yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Sadece özel hukuk alanında değil idare hukuku alanında da bu usüllere başvurulması özendirilmelidir.

ABD’nde Uygulanmakta olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi

ADR’nin başarı ile uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri’nde Gelir İdaresi (IRS) iki yıl süre ile pilot çalışması yapılacak iki yeni program açıklamıştır: Mahkeme Öncesi Arabuluculuk ve Tahkim Prosedürü Uzlaşma Talebi ve Vakıflarda Düzeltme Cezası. 1 Aralık 2008 tarihinde başlayan bu süreç içinde mahkemeler yargı süreci başlamadan mükelleflere bu iki alanda tahkim ve arabuluculuk teklifi sunacaklardır. Mahkeme yetkilileri mükelleflere bu haklarının olduğunu hatırlatacak, başvuru süresini belirtecek böylece yargıya gidilmeksizin uyuşmazlıkların belirtilen konularda azaltılması sağlanacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri Eğitim Programı 2002 Konuşmacılarından Özel Notlar, www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?pFileNum=8
Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003
Kaymaz, Seydi, Gökcan, Hasan Tahsin : Uzlaşma ve Ön Ödeme, Ankara 2007 (Kaymaz, Gökcan-Uzlaşma)
Kocaoğlu, Mehmet: Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu, Ankara 1999
Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001
Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki İşlevi (Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Kasım, 2006, s. 43-58) (Özbek-Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki İşlevi)
Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004
Özbek, Mustafa: Avrupa Birliği'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:68, 2007, s.265-320) (Özbek-Avrupa Birliğinde Alternatif)
Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, s.127-166)
Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, s.127-166)
Özbek, Mustafa: Avukatlık Kanununun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk, (Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s.113,136)
Özbek, Mustafa: Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması, (Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, İstanbul 2005, s.85-157)
Özbek, Mustafa: İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II), (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:57, 2005, s.82-134)
Öztürk, İlhami: Arabuluculuk Süreci, www.arabulucu.com
Simpson, David B.: Amerikan Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri ve Bunun Türk Hukuk Sistemi ile Uygunluğu, (e akademi, Ocak 2004, Sayı:23)

Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Haziran 2006, s. 191-177), (Tanrıver- Alternatif Uyuşmazlık)
Ulukapı, Ömer: Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 sayılı Kanunla Getirilen “İlam Niteliğindeki Belge” Üzerine İnceleme, (Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s.447-460)
Ware, Stephen J.: Alternative Dispute Resolution, St. Paul 2001.
Wasley, Ken: Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri Eğitim Programı, 2002, www.fmcs.gov
Yıldırım, N. Deren: Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukukî Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1991-1994, S:1-4, s.321-330)

Kısaltmalar Cetveli

ABA	: American Bar Association
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ADR	: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av. K	: Avukatlık Kanunu
C	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İz. BD	: İzmir Barosu Dergisi
K	: Karar
M	: Madde
NK	: Noterlik Kanunu
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S	: Sayı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
USA	: United States of America
USD	: ABD Doları
YK	: Yayımlanmamış Karar

THE PUBLIC SERVICE ETHOS AND REASONS FOR THE NEED TO INTRODUCE AND STRENGTHEN THE ETHICAL FRAMEWORKS

Cemil KAYA*

ÖZET

Hükümetler kamu hizmetlerinin yapısı ve teşkilatında reform yapma amacıyla zaman ve çaba harcarlar. Çünkü demokratik sistemlerde hükümetler sadece yurttaşlar tarafından seçilmekle kalmaz aynı zamanda onlara hesap vermekle de yükümlüdür. Hükümetler bu reform çabalarını başarmak amacıyla kamu görevlilerine yükümlülükler, sorumluluklar ve haklar getirir. Bu bağlamda kamu görevlilerinin temel yükümlülüklerinden biri etik düzenlemelerini takip etmektir. Kamu görevlileri etik düzenlemeleri tarafından öngörülen tarzda davranmak zorundadır. Çünkü etik düzenlemeleri kamu hizmetlerinin düzgün bir şekilde işlemesi için gereklidir. Aynı zamanda etik düzenlemeleri resmi davranışın değer ve standartlarını açıklaması bakımından faydalı bir belgedir. Çeşitli sebeplerle bütün hükümetler etik düzenlemeleri getirme ve varolanları güçlendirme ihtiyacı içindedir.

Anahtar sözcükler: Etik, Kamu hizmeti etiği, Etik düzenlemeleri, Kamu görevlileri, Kamu hizmeti

ABSTRACT

Governments invest much time and effort in reforming the structure and organisation of the public services. In democratic political systems governments are not only elected by the citizens they are also accountable to them. For achieving this reform effort, governments set obligations, responsibilities and rights for public officials. Within this context, one of their main specific obligation is to follow ethical frameworks. Public officials must behave in the manner prescribed by the ethical framework, because ethical frameworks are necessary for the proper functioning of public service. Also they are useful instrument that clarify the values and standards of official behaviour. All Governments have seen the need to introduce and strengthen the ethical frameworks for a number of reasons.

Key words: Ethic, Public service ethos, Ethical frameworks, Public officials, Public service

* Associated Professor Doctor. Selcuk University Law Faculty. The author would like to thank Dr. Sylvia Horton for her valuable comments.

Introduction

Public officials who are responsible for delivery of public services have specific duties and obligations to the public. These are imposed on public officials by the government in the exercise of their public powers. In general, they include, *inter alia*, respect for the law, equal treatment, neutrality, impartiality, honesty, accountability, hierarchical subordination and respect for the public who are being served. As well as these requirements, they should take into account ethical standards which are expected to maintain at work. Because, like other workers, they are not exempt from ethical standards while in office. Today, in many countries public services have a legal basis, which specifies public officials' rights and responsibilities, status and terms and conditions of public service and also contain the public service ethos (PSE), which provides standards expected from public officials. Ethical issues are becoming more important today due to the changing nature of the public sector. The PSE is a distinguishing feature of public sector organizations that differentiates public sector organizations from private ones¹. According to Carr the PSE is a "glue" that holds the public sector together². Any issue may be more important than ethics, according to Thompson's famous paradox, but ethics is more important than any issue³.

The PSE constitutes a value system of the public officials and public services. It is inevitably linked to the values and reflects the standards or beliefs of society. Hence there are strong links between the PSE and the values of society. It is seen as a "genetic code" which is passed on from generation to generation⁴. Actually every country has its own distinctive PSE that reflects essential values about that country. But to some extent they vary as a result of different history, culture, religion and type of political and legal systems. However, there are many common features. The PSE is supposed to give some reason to believe that public officials are making decisions based on the merits. If citizens have this assurance, they are less likely to raise questions about the motives of officials, and are themselves more likely to concentrate on the merits of decisions and on the substantive qualifications of public officials who are making the decisions⁵. This article is concerned with the impact of

¹ Farnham, David – Horton, Sylvia, Continuity and Change in the Public Services. In D. Farnham & S. Horton (Eds.), *Managing People in the Public Services*, Macmillan Press Ltd, London 1996, p. 19.

² Carr, Frank, *The Public Service Ethos: Decline and Renewal?*, *Public Policy and Administration*, vol. 14, Winter 1999, no. 4, p. 8.

³ Thompson, Dennis F, *Paradoxes of Government Ethics*, *Public Administration Review*, vol. 52, May/June 1992, no. 3, p. 256.

⁴ Woodhouse, Diana, *In Pursuit of Good Administration: Ministers, Civil Servants, and Judges*, Clarendon Press, Oxford 1997, p. 33.

⁵ Thompson, *Government Ethics*, pp. 255-256.

the wider reform process on the fundamental values that characterize the PSE and it undertakes this analysis in two stages. First, it provides a definition of the PSE. Second, it presents some reasons for the need to introduce and strengthen the ethical frameworks.

Definition of the PSE

The PSE basically involves the application of moral standards to the conduct of public officials⁶ and refers to moral standards in public services⁷. However, as *Pratchett* and *Wingfield* argue there is no universal consensus on what the PSE is⁸, and it is like all values, to some extent intangible⁹, also meant different things to different people depending upon time, location, relationships and context¹⁰. In other words, the PSE has not been universally accepted and it may be subject to different interpretations. So it cannot be easily defined. The literature on the PSE reveals a number of different perspectives. While there is some degree of consensus about the key values, there are important differences in interpretation of those values¹¹. Definitions of the PSE reflect both the vagueness and the ambiguity of the concept¹². Furthermore, the terms “public sector ethos” and “public service ethos” are used interchangeably in the literature¹³. For instance, Poole et al. (1995) use the term public sector ethos; Pratchett and Wingfield (1994) use public service ethos when clearly describing the same concept.

The traditional PSE in the UK is characterized by *O’Toole* setting forth 3 features “first, and most important, it is about the setting aside of personal interests ... working altruistically for the public good. Secondly, ... it is about working with others, collegially and anonymously, to promote that public good. Thirdly, it is about integrity in dealing with the many and diverse problems which need solving if the

⁶ **Thompson**, Dennis F, The Possibility of Administrative Ethics, *Public Administration Review*, vol. 45, September/October 1985, no. 5, p. 555.

⁷ **Chapman**, Richard A, Introduction. In Chapman, Richard A. (Ed.), *Ethics in Public Service*, Edinburgh University Press, Edinburgh 1993, p. 1; **Chapman**, Richard A, Problems of Ethics in Public Sector Management, *Public Money & Management*, vol. 18, 1998, no. 1, p. 8; **Chapman**, Richard A, Ethics for the New Millennium, *Public Money & Management*, vol. 21, 2001, no. 1, p. 6.

⁸ **Pratchett**, Lawrence – **Wingfield**, Melvin, *The Public Service Ethos in Local Government: A Research Report*, CLD Ltd, London 1994, p. 32.

⁹ **Woodhouse**, p. 33.

¹⁰ **Lawton**, Alan, *Ethical Management for the Public Services*, Open University Press, Buckingham 1998, p. 15; **Pratchett – Wingfield**, p. 14.

¹¹ **Brereton**, Michael – **Temple**, Michael, *The New Public Service Ethos: An Ethical Environment for Governance*, *Public Administration*, vol. 77, 1999, no. 3, p. 457.

¹² **Brereton – Temple**, p. 456.

¹³ **Brereton – Temple**, p. 456.

public good is to be promoted”¹⁴. This definition, also includes vague and ambiguous statements, such as personal interests and integrity. According to *Kernaghan* the term PSE refers to “... principles and standards of right conduct in the administrative sphere of government ... not only with distinguishing right from wrong and good from bad but also with the commitment to do what is right or what is good”¹⁵. According to *Horton* the PSE is an ethical framework within which public officials are expected to operate and it includes “behavioural traits such as honesty, integrity, impartiality, and objectivity; loyalty to the organisation and its goals; a commitment to public service; and accountability through and to political authorities”¹⁶. And “it is ‘a portmanteau phrase’ that connotes not only a sense of pride in serving the public and the public interest, i.e. public service motivation but also a range of personal behaviours and institutional features. These constitute a culture and an ethical and political framework within which civil servants are expected to operate”¹⁷. *Lawton* explains the concept as, “a set of principles, often in turn defined as a code or system that acts as a guide to conduct”¹⁸. *Woodhouse* describes the PSE very shortly as “an amalgam of beliefs and norms or conventions of behaviour”¹⁹. *Pratchett* gives a further definition “a core set of principles which describe the minimum standards and guide the behaviour of all those involved in public life”²⁰. The OECD defines it as that “the sum of ideals which define an overall culture in the public service”²¹. In the UK, an ethos is defined by the Public Administration Select Committee (PASC) as “a principled framework for action, something that describes the general character of an organisation, but which, and more importantly, should also motivate those who belong to it”²².

¹⁴ **O’Toole**, Barry J, The Loss of Purity: The Corruption of Public Service in Britain, *Public Policy and Administration*, vol. 8, June 1993, no. 2, p. 3.

¹⁵ **Kernaghan**, Kenneth, Promoting Public Service Ethics: The Codification Option. In Chapman, Richard A. (Ed.), *Ethics in Public Service*, Edinburgh University Press, Edinburgh 1993, p. 16.

¹⁶ **Horton**, Sylvia, The Public Service Ethos in the British Civil Service: An Historical Institutional Analysis, *Public Policy and Administration*, vol. 21, Spring 2006, no. 1, pp. 32-33.

¹⁷ **Horton**, Sylvia, New Public Management: Its Impact on Public Servant’s Identity, *International Journal of Public Sector Management*, vol. 19, 2006, no. 6, p. 536.

¹⁸ **Lawton**, p. 35.

¹⁹ **Woodhouse**, p. 33.

²⁰ **Pratchett**, Lawrence, The Inherently Unethical Nature of Public Service Ethics. In Chapman, Richard A. (Ed.), *Ethics in Public Service for the New Millennium*, Ashgate Publishing Ltd., Aldershot 2000, p. 111.

²¹ **OECD**, *Ethics in the Public Service: Current Issues and Practice*, OECD, Paris 1996, p. 14.

²² **House of Commons Public Administration Select Committee**, *The Public Service Ethos*, Seventh Report of Session 2001-02, vol. I, HC 263-1, p. 7.

These efforts to define the PSE have generated overlapping lists of attributes. These are generally normative principles guiding the behaviour of public officials²³. In the UK, the Nolan Committee recommended seven principles “selflessness, integrity, objectivity, accountability, openness, honesty and leadership”²⁴. The UK Civil Service Code prefers “integrity, honesty, objectivity, impartiality, political impartiality”²⁵. *Farnham* and *Horton* prefer “political neutrality, loyalty, probity, honesty, trustworthiness, fairness, incorruptibility and serving the public”²⁶. *Horton* prefers as the behavioural characteristics “honesty, integrity, probity, dispassionateness, freedom from corruption and above all service to the public interest” and as the institutional practices “open, competitive, merit-based recruitment and promotion, expertise and accountability to the public through politicians, regulatory bodies and the law”²⁷. In Australia the Commonwealths Government’s Management Advisory Board in its 1993 report entitled “*Building A Better Public Service*” identifies “impartiality, probity, integrity and accountability”²⁸. *Sherman* lists the more common core ethical values as “honesty and integrity, impartiality, respect for the law, respect for persons, diligence, economy and efficiency, responsiveness and accountability” and adds that “the listing is intended to be illustrative, not exhaustive”²⁹. It is essential to bear in mind that these several lists of values illustrate an important point that although some values are common, they do vary from country to country and will vary to whom they are intended to apply whether members of the Parliament or public officials³⁰.

Reasons for the Need to Introduce and Strengthen the Ethical Frameworks

Although the PSE is not new³¹, in democracies there is increased concern about it³². As the OECD points out “despite the differences amongst countries – both cultural and in terms of political and administrative systems – there appears to be a

²³ **Farnham – Horton**, p. 19.

²⁴ **Nolan**, Lord, First Report of the Committee on Standards in Public Life. Cm. 2850-I, HMSO, London 1995, p. 14.

²⁵ **The Civil Service Code**, 06 June 2006, pp. 1-2.

²⁶ **Farnham – Horton**, p. 20.

²⁷ **Horton**, *New Public Management*, p. 536.

²⁸ As cited in **Lawton**, p. 51.

²⁹ **Sherman**, Tom, *Public Sector Ethics: Prospects and Challenges*. In Sampford, Charles – Preston, Noel (Eds.), *Public Sector Ethics: Finding and Implementing Values*, Routledge, London 1998, p. 15.

³⁰ **Sherman**, p. 16.

³¹ **Chapman**, Introduction, p. 5; **Bowman**, James B. – **Williams**, Russell L, *Ethics in Government: From a Winter of Despair to a Spring of Hope*, *Public Administration Review*, vol. 57, November/December 1997, no. 6, p. 517.

³² **Bowman – Williams**, p. 524.

growing convergence in what is seen as ‘good and proper’ behaviour³³. It is for this reason that governments have introduced ethical frameworks which have basically been developed as a result of government policies. Some countries have developed new ethical frameworks at both national and local level. While some countries have adopted the PSE in the form of ethical codes or guidelines, others have incorporated those standards in the form of legislation. There is increasing attention to the adoption of the PSE within ethical codes, especially in the Common law countries. According to *Kernaghan* “a *code of public service ethics* is a statement of principles and standards about the right conduct of public servant. It normally contains only a portion of a government’s rules on public service ethics and is, therefore, a more narrow term than *ethical rules*, which includes statutes, regulations and guidelines”³⁴. “A code of conduct is a statement of principles and standards about the right conduct expected of a group of employees or members of a profession or public servants”³⁵.

Ethical frameworks are systematic efforts to define acceptable and appropriate conduct in performing public duties and they are “not an optional appendage to public office; it is an essential part of its exercise”³⁶. Public officials must behave in the manner prescribed by the ethical frameworks, which define what public officials should do and not do. In other words they provide a set of values that describe the meaning of public service as well as impose duties and obligations upon public officials’ actions. In short, they are a means of providing guidance to public officials on what is deemed good and bad³⁷. As guidelines they show how public officials should behave when certain situations arise in their duties³⁸ and contain statements of values which should be followed.

All Governments have seen the need to introduce and strengthen the ethical frameworks for a number of reasons. The first reason is that inevitably and naturally the PSE is evolving and changing after some period of time³⁹. So governments must follow the developments in this field. Following the 1990 Ethics in Public Service Conference, held in Durham, *Chapman* wrote that “what is acceptable in one place

³³ **OECD**, 1996, p. 14.

³⁴ **Kernaghan**, p. 18.

³⁵ **Carr**, p. 10

³⁶ **Sherman**, p. 19.

³⁷ **Plant**, Jeremy F, Codes of Ethics. In Cooper, Terry L. (Ed.), Handbook of Administrative Ethics, Marcel Dekker Incorporated, New York 1994, p. 221.

³⁸ **McCullough**, Harriet, Ethics Legislation. In Cooper, Terry L. (Ed.), Handbook of Administrative Ethics, Marcel Dekker Incorporated, New York 1994, p. 255.

³⁹ **Chapman**, Introduction, p. 5.

or at one time may differ from what is acceptable in another place or a different time”⁴⁰. As *Lawton* points out “any discussion of ethics takes place upon shifting sands. What is to count as ethical behaviour will also change over time and between places”⁴¹. For instance for the UK, what were ethical values in Victorian times, are not always appropriate today⁴². It is therefore clear that the PSE is still evolving and will continue to evolve. It will change according to the social and political environments in which public service exists.

At this point the impact of the new public management (NPM) reforms may be given as a good example in this context. In many countries the traditional (Weberian) public service values have been fundamentally challenged and changed by the application of NPM principles which have enabled a new spirit to enter public services⁴³. The new principles has given new functions and responsibilities to governments as a result of “devolution and greater managerial discretion; increased commercialisation of the public sector; a changing public/private sector interface; and changing accountability arrangements”⁴⁴. In this environment, these new principles by reshaping and restructuring public sector organizations have had a significant impact on the ethical frameworks. They have led to a renewal of the public sector and brought a new PSE. The NPM movement has challenged the long standing merit system model and introduced private sector management methods and techniques into public services, and new organizational values, such as emphasizing quality, competitiveness and public entrepreneurialism. So, as *Horton* points out “today the public not only expect civil servants to have integrity and to be honest and trustworthy but also to be efficient, ensure value for money, deliver high standards of public service and demonstrate managerial skills and strategic leadership”⁴⁵. To sum up, the PSE is being replaced by new public management logic. These changes are impacting on public officials as their roles and the work they do, also impose upon both public officials and public services new identities and values. Therefore, governments must pursue these developments and adapt their requirements into ethical frameworks.

⁴⁰ **Chapman**, Introduction, p. 1; **Chapman**, Public Sector Management, p. 9.

⁴¹ **Lawton**, p. 15.

⁴² **Chapman**, New Millennium, p. 6.

⁴³ **Chapman**, Richard A, Ethics in Public Service for the New Millennium. In *Chapman, Richard A. (Ed.), Ethics in Public Service for the New Millennium*, Ashgate Publishing Ltd., Aldershot 2000, p. 220.

⁴⁴ **OECD**, 1996, p. 7.

⁴⁵ **Horton**, The Public Service Ethos, p. 45.

Secondly, a prerequisite for the well functioning of democracy is that the citizens have knowledge about the activities of government. It is generally believed that in a democracy everything should be done as openly and transparently as possible. In many countries there have been growing demands for more openness, transparency and accountability in public sector⁴⁶. In the 21st century public officials operate in a changing environment. They are subject to greater public scrutiny and increased demand from citizens. The public are playing a more effective role of watchdog over public officials and public services⁴⁷. Because in democracies, governments are accountable and answerable to the demands of voters who have the power to change governments, so governments have the obligations to account to voters for public services performed in their name. Therefore governments are expected to ensure that their activities are as transparent as possible⁴⁸. By lifting the veil on government activities through transparency and allowing public scrutiny over public officials require governments to regulate and strength the PSE⁴⁹. Also citizens are more likely to have more opportunities through complaints mechanisms such as Ombudsman to challenge the decisions of public officials on grounds of equity, fairness and impartiality⁵⁰. Even more significantly the nameless, faceless, and anonymous public official is no longer exists as a result of openness and transparency in public services.

The greater openness and transparency in public services, including through access to information, media and well-organised interest groups means that public officials are more and more open to direct scrutiny⁵¹. Openness and transparency result in more accountability. "It should tell public servants what to do and how to do it. And it should inform the public what public service should be doing so that it can hold public servants to account"⁵². Accountability mechanisms encourage public officials to behave ethically by making unethical activities hard to commit and easy to detect and shows to whom and for what public officials are accountable⁵³. In sum, through increasing openness and transparency and public scrutiny, today's public

⁴⁶ **Sherman**, p. 15.

⁴⁷ **OECD**, 1996, pp. 6-7 and 25-26; **OECD**, Trust in Government: Ethics Measures OECD Countries, OECD, Paris 2000, p. 25.

⁴⁸ **OECD**, 1996, p. 29.

⁴⁹ **OECD**, 1996, p. 32.

⁵⁰ **OECD**, 1996, p. 25 and 32.

⁵¹ **OECD**, 1996, p. 25.

⁵² **OECD**, 1996, p. 33.

⁵³ **OECD**, 1996, pp. 33-34.

The Public Service Ethos

is well informed about public sector activities, so public officials are increasingly in the public's eye. OECD called this situation as "work in a virtual fishbowl"⁵⁴. So the logic is simple that when the actions of public officials are more visible, so are their mistakes and misconducts. In other words, what was before hidden in public services is now open to public scrutiny⁵⁵. Governments, therefore, must strengthen their ethical frameworks.

Thirdly, it can be argued that in recent years increasing attention has been paid to the PSE on a global scale. There are of course some international developments affecting the need to strengthen ethical frameworks, such as the 1991 Harare Declaration on Good Governance which referred, *inter alia*, to the importance of just and honest government. Also the 1995 Millbrook Commonwealth Action Programme that included, *inter alia*, the development of integrity in public office code. These initiatives are important because they reflect transnational standards, and it is obvious that in the context of the global village, they will influence developments in each country⁵⁶. What is obvious is that governments are also facing pressures from the international environment. For instance, governments are sending their public officials in foreign countries and international organisations, so it creates increased contacts between public officials in different administrations with different ethical frameworks. As a result of interaction between countries, they are increasingly watching overseas developments and sharing experiences across the world, including the PSE⁵⁷. Also, international organisations are approving some regulations aimed at encouraging governments to develop and regulate ethical frameworks and to fight non ethical behaviours⁵⁸. There are different legal systems throughout the world, including Roman, Civil and Common law. So it is probable that changes in one law system are likely to lead to changes in the other.

Fourthly, over the last years in almost every country, scandals, corruption, and ethical failures have taken on greater significance. It is a major reason why governments want to introduce or strength their ethical standards in public sector. Ethical frameworks have developed on an ad hoc basis often in response. Scandals and corruption destroy the confidence of people in their government and undermine

⁵⁴ OECD, 1996, p. 25.

⁵⁵ OECD, 1996, p. 25.

⁵⁶ Sherman, p. 18.

⁵⁷ OECD, 1996, p. 26.

⁵⁸ OECD, 1996, p. 26.

the legitimacy of institutions⁵⁹. Among of others, one preventive method is to stop scandals and corruptions from occurring in the first place are to introduce or strengthen the ethical frameworks⁶⁰, because there are strong links between maladministration or malpractice and poor ethical standards. It can be observed that some of the governments need to regulate or strengthen their ethical frameworks after a well-publicised scandal, for instance the Nolan Committee on Standards in Public Life in the United Kingdom was set up in the wake of the “cash for parliamentary questions” scandal in the early 1990s⁶¹. Similarly, in the United States the majority of ethics legislation became law in the mid-1970s generally in response to the Watergate scandal⁶², and there was two other important scandals so called, in turn, the Gingrich and Wright affairs in the United States⁶³. Also, the repeated prime ministerial corruption scandal in Japan is worth noting⁶⁴. Furthermore, such scandals and corruptions apart from destroying the confidence in government, also have adverse electoral affects for the governments perceived as responsible⁶⁵.

Corruption and scandals in the public sector undermines confidence in public institutions and governments. The executive summary of the OECD report on “*Ethics in Public Service*” has drawn attention to the fact that “OECD countries are concerned about declining confidence in government. This so-called ‘confidence deficit’ has been fuelled by well publicised ‘scandals’, ranging from inappropriate actions on the part of public officials, to full-scale corruption”⁶⁶. It is clear that citizens are losing trust in the legitimacy of their public institutions and governments⁶⁷. But the PSE seems a proper remedy as it is an important factor in creating and maintaining confidence in government and its institutions⁶⁸. Public confidence, which is necessary for governments to be healthy and flourish, will depend on the PSE and it is a key factor in recreating legitimacy in government as perceived by the public.

In Australia, another concern which increased awareness of the need for

⁵⁹ **Potts**, Stephen D. *Ethics in Public Service: An Idea Whose Time Has Come*. In Sampford, Charles – Preston, Noel (Eds.), *Public Sector Ethics: Finding and Implementing Values*, Routledge, London 1998, p. 86.

⁶⁰ **Potts**, p. 86.

⁶¹ **OECD**, 1996, p. 45.

⁶² **McCullough**, p. 243; **Potts**, p. 87.

⁶³ **Sherman**, p. 14.

⁶⁴ **Sherman**, p. 14.

⁶⁵ **Sherman**, p. 14.

⁶⁶ **OECD**, 1996, p. 7.

⁶⁷ **OECD**, 1996, p. 11.

⁶⁸ **OECD**, 1996, p. 15.

strengthening ethical frameworks is in the wake of the creating of a number of bodies such as the Independent Commission Against Corruption, the Criminal Justice Commission, the Electoral and Administrative Review Commission in Queensland and the Commission on Government in Western Australia which have examined allegations of improper conduct. These have led to the establishment of ethical frameworks to encourage more ethical conduct⁶⁹.

Fifthly, well designed and developed ethical frameworks are a good tool to control the exercise of public power. Such power sometimes includes discretionary power which affects the rights of individuals in a number of ways, such as in managing of public resources, the relationship with citizens, and in the policy making process⁷⁰. Indeed, exercise of discretionary power has ethical implications⁷¹. According to *Gerald Caiden*, “whenever public laws use such terms as ‘adequate’, ‘advisable’, ‘appropriate’, ‘beneficial’, ‘convenient’, ‘equitable’, ‘fair’, ‘fit’, ‘necessary’, ‘practicable’, ‘proper’, ‘reasonable’, ‘safe’ or ‘sufficient’, or their opposites, they oblige public servants to exercise discretion and make ethical judgements”⁷². Therefore, an ethical framework is seen as a most important check and balance against the arbitrary use of that power⁷³.

Finally, International and National Conferences and the literature have also contributed to strengthening the ethical frameworks⁷⁴.

Conclusion

In conclusion, although it is difficult to define the PSE, it provides an ethical frameworks and relevant guidance to public officials on how to proceed if they were asked to undertake tasks. Basically, it is being formalised into ethical frameworks to guide and regulate the behaviour of public officials. For many reasons, countries have adopted and strengthened their ethical frameworks to mandate acceptable conduct by public officials as they perform public services. Before anything else, to develop and strengthen the ethical frameworks with common important ethical principles such as integrity, honesty, impartiality, transparency, objectivity, equality, and efficiency

⁶⁹ **Sherman**, pp. 14-15.

⁷⁰ **OECD**, 1996, p. 15.

⁷¹ **Chapman**, *Public Sector Management*, p. 10.

⁷² As cited in **Chapman**, Richard A, *Ethics in Public Service*. In **Chapman**, Richard A. (Ed.), *Ethics in Public Service* Edinburgh University Press, Edinburgh 1993, pp. 156-157; **Chapman**, *Public Sector Management*, p. 10.

⁷³ **OECD**, 1996, p. 15.

⁷⁴ **Sherman**, p. 15.

is fundamental for good administration and an effectively working democracy, because such values are generally regarded as good by society. The aim is clear to make public officials better equipped in relationships with society. The important point is that ethical frameworks have to be acceptable by the society because they ultimately reflect the values of society. As *Chapman* explains citizens usually expect governments to follow the values of society like citizens follow them⁷⁵. However, as *Lawton* properly points out ethical frameworks are necessary but alone are not sufficient in regulating ethical behaviours⁷⁶. Governments must carry out ethics education programmes for public officials because ethics education should improve public officials' ability to recognize and analyze the nature of the PSE.

⁷⁵ **Chapman**, Public Sector Management, p. 9.

⁷⁶ **Lawton**, p. 15.

Bibliography

- Bowman**, James B. – **Williams**, Russell L, Ethics in Government: From a Winter of Despair to a Spring of Hope, *Public Administration Review*, vol. 57, November/December 1997, no. 6, pp. 517-526.
- Brereton**, Michael – **Temple**, Michael, The New Public Service Ethos: An Ethical Environment for Governance, *Public Administration*, vol. 77, 1999, no. 3, pp. 455-474.
- Carr**, Frank, The Public Service Ethos: Decline and Renewal?, *Public Policy and Administration*, vol. 14, Winter 1999, no. 4, pp. 1-16.
- Chapman**, Richard A, Ethics in Public Service. In Chapman, Richard A. (Ed.), *Ethics in Public Service* Edinburgh University Press, Edinburgh 1993, pp. 155-171.
- Chapman**, Richard A, Introduction. In Chapman, Richard A. (Ed.), *Ethics in Public Service*, Edinburgh University Press, Edinburgh 1993, pp. 1-6. (Introduction)
- Chapman**, Richard A, Problems of Ethics in Public Sector Management, *Public Money & Management*, vol. 18, 1998, no. 1, pp. 9-13. (Public Sector Management)
- Chapman**, Richard A, Ethics in Public Service for the New Millennium. In Chapman, Richard A. (Ed.), *Ethics in Public Service for the New Millennium*, Ashgate Publishing Ltd., Aldershot 2000, pp. 217-231.
- Chapman**, Richard A, Ethics for the New Millennium, *Public Money & Management*, vol. 21, 2001, no. 1, pp. 6-7. (New Millennium)
- Farnham**, David – **Horton**, Sylvia, Continuity and Change in the Public Services. In D. Farnham & S. Horton (Eds.), *Managing People in the Public Services*, Macmillan Press Ltd, London 1996, pp. 3-42.
- Horton**, Sylvia, New Public Management: Its Impact on Public Servant's Identity, *International Journal of Public Sector Management*, vol. 19, 2006, no. 6, pp. 533-542. (New Public Management)
- Horton**, Sylvia, The Public Service Ethos in the British Civil Service: An Historical Institutional Analysis, *Public Policy and Administration*, vol. 21, Spring 2006, no. 1, pp. 32-48. (The Public Service Ethos)
- House of Commons Public Administration Select Committee**, *The Public Service*

Ethos, Seventh Report of Session 2001-02, vol. I, HC 263-1.

Kernaghan, Kenneth, Promoting Public Service Ethics: The Codification Option. In Chapman, Richard A. (Ed.), Ethics in Public Service, Edinburgh University Press, Edinburgh 1993, pp. 15-29.

Lawton, Alan, Ethical Management for the Public Services, Open University Press, Buckingham 1998.

McCullough, Harriet, Ethics Legislation. In Cooper, Terry L. (Ed.), Handbook of Administrative Ethics, Marcel Dekker Incorporated, New York 1994, pp. 243-265.

Nolan, Lord, First Report of the Committee on Standards in Public Life. Cm. 2850-I, HMSO, London 1995.

O'Toole, Barry J, The Loss of Purity: The Corruption of Public Service in Britain, Public Policy and Administration, vol. 8, June 1993, no. 2, pp. 1-6.

OECD, Ethics in the Public Service: Current Issues and Practice, OECD, Paris 1996. (1996)

OECD, Trust in Government: Ethics Measures OECD Countries, OECD, Paris 2000. (2000)

Plant, Jeremy F, Codes of Ethics. In Cooper, Terry L. (Ed.), Handbook of Administrative Ethics, Marcel Dekker Incorporated, New York 1994, pp. 221-241.

Potts, Stephen D. Ethics in Public Service: An Idea Whose Time Has Come. In Sampford, Charles – Preston, Noel (Eds.), Public Sector Ethics: Finding and Implementing Values, Routledge, London 1998, pp. 85-90.

Pratchett, Lawrence, The Inherently Unethical Nature of Public Service Ethics. In Chapman, Richard A. (Ed.), Ethics in Public Service for the New Millennium, Ashgate Publishing Ltd., Aldershot 2000, pp. 111-125.

Pratchett, Lawrence – **Wingfield**, Melvin, The Public Service Ethos in Local Government: A Research Report, CLD Ltd, London 1994.

Sherman, Tom, Public Sector Ethics: Prospects and Challenges. In Sampford, Charles – Preston, Noel (Eds.), Public Sector Ethics: Finding and Implementing Values, Routledge, London 1998, pp. 13-25

The Public Service Ethos

The Civil Service Code, 06 June 2006.

Thompson, Dennis F, The Possibility of Administrative Ethics, Public Administration Review, vol. 45, September/October 1985, no. 5, pp. 555-561.

Thompson, Dennis F, Paradoxes of Government Ethics, Public Administration Review, vol. 52, May/June 1992, no. 3, pp. 254-259. (Government Ethics)

Woodhouse, Diana, In Pursuit of Good Administration: Ministers, Civil Servants, and Judges, Clarendon Press, Oxford 1997.

BOŞ

TÜRK VE ALMAN SAYIŞTAYLARI (RECHNUNGSHOFE İN DER TÜRKEİ UND İN DEUTSCHLAND)

Yrd.Doç.Dr. Bülent KENT*

ÖZET

Sayıştayların güçler ayrılığı ilkesinin uygulandığı ülkelerde hangi güce, bir başka ifade ile yasama, yürütme ve yargı organlarından hangisine bağlı olduğu bir çok ülkede hala önemli bir tartışma konusudur. Bu çalışmada Sayıştayların hukuki statüleri, görevleri ve üyelerinin atanmaları konuları karşılaştırılmalı şekilde değerlendirilmiştir. Öncelikle Türk ve Alman Sayıştaylarının tarihsel gelişimi ve örgütlenişi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Türkiye ve Almanya'da Sayıştaylar, Sayıştayların hukuki statüleri, Sayıştay üyelerinin seçilmesi.

ZUSAMMENFASSUNG

İn einigen Ländern bestehenseit vielen Jahrzehnten unterschiedliche Auffassungen über die Zuordnung der Rechnungshöfe im Rahmen der Gewaltenteilung. In der vorliegenden Arbeit wurde die verfassungsrechtliche Stellung, Aufgaben und Aufbau der Rechnungshöfe, die Ernennung der Mitglieder der Rechnungshöfe im deutsch –türkischen Vergleich untersucht.

Schlüsselwörter

Rechnungshöfe in der Türkei und in Deutschland, Aufgaben und verfassungsrechtliche Stellung Rechnungshöfe, Mitglieder der Rechnungshöfe.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Kökleri Çin ve Hindistan'a dayanan "kamu mali idaresinin" amacı düzenli ve sorumlu "mali denetimini" sağlamak olarak görülmektedir¹. Kamu maliyesinin daha çok halktan toplanan vergi ve diğer gelirler ile oluşturulduğu, aslında bu varlıkların devletin kendisinin olmadığı bunların "yabancılık" unsuru taşıyan kavramlar olduğu bu nedenle de en iyi şekilde değerlendirilebilmesi için hesap verme ya da hesap verilebilme anlayışının kamu mali sistemde yerleştirilmesi gerektiği daha Roma İmparatorluğu döneminde kabul edilmekteydi².

Mutlak yönetimlerde yürütme içi mali denetim, yürütmenin kendi kendisini bir başka ifade ile "öz denetimi" (Selbstkontrolle) ile gerçekleşmekteydi. Ancak hükümdarlar bu denetimin yetersiz olduğunu düşünerek denetim yapacak ayrı kurumlar oluşturmuşlardır³. Bu kurumlar zaman içerisinde farklı isimlerle anılmışlardır. Örneğin Almanya'da Rechenkammer (Hesap dairesi) ya da Rechnungshöfen (Sayıştay) gibi.

Parlamente sistemine geçildikten sonra uzun tartışmaların ardından bütçeyi kararlaştıran kurumun yani parlamentonun, bütçenin uygulanması konusunda da denetim hakkına sahip olduğu anlayışı kabul edilmiştir⁴. Yine bu dönemde dağıntık durumda olan mali denetim organlarının birleştirilmesi yoluna gidilmiş ve bu mali denetim organları arasında da Sayıştaylar ön plana çıkmaya başlamıştır⁵. Zamanla da bugünkü geçerli olan sistem yani, kamu yönetimi mali denetiminin, parlamento ile Sayıştayların ortak çalışması ile yerine getirildiği sistem meydana gelmiştir⁶.

Bugün için kamu yönetiminde geniş kapsamlı mali denetim sisteminin kurulabilmesi için önemli unsurların olması gerektiği kabul edilmektedir⁷. Bunlar;

Yürütmenin kendi iç mali denetimi (Finanzkontrolle innerhalb der Exekutive),

Bağımsız Sayıştaylar aracılığıyla mali denetim ve (Finanzkontrolle durch einen-unabhängigen- Rechnungshof),

¹ Hans Reger, Bemerkungen zur Finanzkontrolle, Theorie, allgemeine Sach- und Rechtsfragen, Reform, VerwArch, Bd. 66 (1975), s. 195.

² Markus Heinzen, in: Ingo von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Band, 3, München 2003, Art.114, s. 1066; Reger, s. 198.

³ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München 1980, s. 451.

⁴ Carsten Brodersen, Rechnungsprüfung für das Parlament in der konstitutionellen Monarchie, 1977, s. 26; Ender Etem Atay, İdare Hukuku, Ankara 2006, s. 190.

⁵ Brodersen, s. 27.

⁶ Brodersen, s. 27 v.d.

⁷ Stern, s. 451.

Parlamentolar aracılığıyla mali denetim faaliyetlerinden oluşmaktadır (Finanzkontrolle durch die gesetzgebenden Körperschaften).

I. Türk ve Alman Sayıştayları

A. Tarihsel Gelişim

Tarihsel gelişim içinde devlet yönetim şekli ne olursa olsun yani, gerek mutlak yönetimlerde, gerekse parlamenter sistemlerin tamamında mali denetimi yapacak bağımsız bir kurumun varlığına hep ihtiyaç duyulmuştur. Farklı ülkelerde zaman içinde kurulan Sayıştayların diğer Devlet kurumlarına oranla birbirleriyle çok daha fazla benzerlikleri olduğu göze çarpmaktadır⁸.

Türkiye’de Sayıştay 19. yüzyılda başlayan yenileşme hareketleri çerçevesinde dönemin padişahı tarafından 29 Mayıs 1862 tarihli “İrade-i Seniyye” ile kurulmuştur. İlk kuruluş statüsü bir nizamname olan Sayıştay 1876 Anayasasında anayasal bir kuruluşa dönüştürülmüştür⁹. 1920-1923 arasında daha önce Sayıştay’ca yürütülen kimi görevler TBMM üyeleri arasından seçilen bütçe denetimi ile görevli geçici bir komisyon aracılığıyla yerine getirilmiştir.

Cumhuriyetin ilanı ile birlikte 24 Aralık 1923 tarih ve 374 sayılı “Divan-ı Muhasebatın Sureti İntibahına Dair Kanun” çıkarılarak cumhuriyet döneminde Sayıştay yeniden kurulmuş ve 1924 Anayasasınının 100. maddesinde yer almış böylece de 1876 Anayasasında olduğu gibi tekrar anayasal bir kuruluş haline getirilmiştir¹⁰. 374 sayılı kanunda Sayıştay’ın görev ve yetkilerine yer verilmemiş eski mevzuatın uygulanması ile yetinilmiştir¹¹. 1924 Anayasası, Sayıştay’a idare teşkilâtı ve hiyerarşisi içinde bir mevki vermemiş, onu icra ve idare uzvundan tamamen müstakil ve TBMM’ne doğrudan doğruya bağlı ve onun namına idare üzerinde murakabe yetkisini haiz bir anayasa müessesesi saymıştır¹².

01 Haziran 1934 tarihinde Sayıştay’ın kuruluş ve işleyişini yeniden düzenleyen 2514 sayılı “Divan-ı Muhasebat Kanunu” yürürlüğe girmiştir. 1961 Anayasasına gelindiğinde ise Sayıştay, Anayasasının 127. maddesinde ve “Yürütme” bölümünde

⁸ Peter, Benin/ Zdenko, Konvicka, Finanzkontrolle International Gesehen, Wien 1967.

⁹ A. Şeref, Gözübüyük, Sayıştay, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, No: 3-4, s. 303.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cumhuriyetin 50. yılında Sayıştay, Ankara 1973; Atay, s. 190; Atilla İnan, Bütün Yönleriyle Türk Sayıştay’ı, Ankara 1992, s. XIV; Abdullah Uz, Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay’ın Yargısal Kimliği, AÜHFYD Yıl 2005, s. 361-374.

¹¹ Gözübüyük, s. 304.

¹² Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: 2, İstanbul 1966, s. 790.

düzenlenmiştir. Böylece Sayıştay Yürütme uzvu içinde yer almıştır. Ancak bunun yanında 1924 Anayasasında idare içinde yer alan idari ve askeri kaza teşkilatı da 1961 Anayasası ile yargı düzeni içinde düzenlenmiştir¹³. Sayıştay'ın bahsedilen gelişmelere ve 1961 Anayasa hükmüne uyumunu sağlamak üzere de 21 Şubat 1967 tarihinde 832 sayılı Sayıştay Kanunu çıkarılmıştır.

1982 Anayasasının 160. maddesine göre, Sayıştay, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını TBMM adına denetleyen ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlayan ve kanunlarla kendisine verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapan ve yine 2005 yılında yapılan bir değişiklik ile mahalli idarelerin hesap ve işlemlerinin kesin hükme bağlanması görevlerini de yerine getiren bir kuruluş olarak karşımıza çıkmaktadır.

Almanya'ya baktığımızda ise mali denetimin kökenleri 14. yüzyıllara kadar gitmektedir. Almanya topraklarında kurulan, Alman devletlerinin yönetim şekillerine göre mali denetimi yapan kurumlar da değişiklik göstermektedir. Sayıştay benzeri ilk yüksek mali denetim organı Almanya'da 1707 yılında Sachsen Devletinde daha sonra 1714 yılında da Prusya'da kurulmuştur. Sachsen ve Prusya'da kurulan bu yüksek mali denetim organlarının görevleri ve idari yapıları, statüleri birbirlerinden oldukça farklılık göstermektedir. Ancak bu idari farklılıklardan öte o dönemde tartışılmaya başlanan ve hala tartışılan önemli bir konu vardır: Yüksek mali denetim organlarının kral ve kralın hükümeti ile ilişkisi nasıl olmalıdır. Bir başka ifade ile mali denetimi yapacak bu kurumlar bağımsız mı olmalı ya da merkezi yönetim içinde mi örgütlenmelidir. 1824 yılında yapılan bir düzenleme¹⁴ ile yüksek mali denetim organının¹⁵ devletin tüm gelir ve giderlerini denetlemekle görevli “bağımsız” bir kurum olduğu vurgulanmıştır¹⁶.

Mali denetim konusunda Almanya'da ilk anayasal düzenleme 11 Ağustos 1919 tarihli Weimar Cumhuriyeti Anayasasının 86. maddesinde yer bulmaktadır. İlgili madde de hem yüksek mali denetim organının görevleri belirtildiği gibi hem de “hükümete karşı bağımsız olduğu” ve ancak “hukuki düzenlemelerle” bağlı olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Bugün geçerli olan 1949 tarihli Federal Almanya Anayasasının 114. maddesi

¹³ Onar, s. 792.

¹⁴ Instruction für die Oberrechnungskammer vom 18.12.1824.

¹⁵ Bu dönemde yüksek mali denetim organı “Oberrechnungskammer” olarak adlandırılmıştır.

¹⁶ Stern, s. 411.

mali denetim ile ilgili kuralları içermektedir. İlgili maddenin 2. fıkrasına göre üyeleri yargıç bağımsızlığına sahip olan Federal Sayıştay (Bundesrechnungshof) Federal Hükümetin (Bundesregierung) hesap ve bütçe uygulamalarının bütçe kanunu ve ilgili mevzuata uygunluğunu denetler. Federal Hükümet ile Federal Meclis (Bundestag) ve Federal Konsey'e (Bundesrat) her yıl rapor verir. Federal Sayıştay'ın diğer yetkileri 1950 tarihli "Sayıştay'ın kurulması ve görevlerine ilişkin Kanun" da (Gesetz über Errichtung und Aufgaben des Bundesrechnungshofes) düzenlenmiştir¹⁷. Ancak bu Kanun 1985 tarihli "Federal Sayıştay Kanunu" (Bundesrechnungshofgesetz¹⁸- BRHG) ile ortadan kaldırılmıştır. Bugün Almanya'da geçerli olan Kanun 1985 tarihli Federal Sayıştay Kanunudur.

B. Türk ve Alman Anayasalarında Sayıştay

Türk Sayıştay'ı 1982 Anayasasında öngörülmüş bir organ olduğu için Anayasal statüde bir kuruluş olduğu kabul edilmektedir¹⁹. Bu nedenle kanun koyucu Sayıştay'ı ortadan kaldırmayacağı gibi Anayasada belirtilen görevlerine aykırı düzenlemeler de yapamaz²⁰. Alman Anayasasında da Federal Sayıştay öngörülmüştür. Ancak doktrinde Anayasal bir organ (Verfassungsorgan) olarak kabul edilmemektedir²¹. Hükümete karşı bağımsızlığının vurgulanması için "Federal Organ" (Bundesorgan) olarak nitelendirilmektedir²².

1. 1982 Anayasasında Sayıştay

Merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetleyen Sayıştay 1982 Anayasasının üçüncü kısmın üçüncü bölümünde "Yargı" başlığı altında 160. maddede düzenlenmiş bulunmaktadır. İlgili maddeden anlaşılacağı gibi Anayasa koyucu yargı işlevine ağırlık tanıyarak, Sayıştay'ı "yargı" bölümünde düzenlenmeyi uygun görmüştür. Ancak yüksek mahkemeler arasında sayılmamıştır²³.

¹⁷ BGBl. I. S. 765.

¹⁸ BGBl, Is. 1445.

¹⁹ Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, 7. Basım, Bursa 2008, s. 143; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, 2. Bası, Ankara 2006, s. 99.

²⁰ Gözler, (İdare), s. 143.

²¹ Heintzen, s. 1073; Maunz, Theodor/ Dürig, Günter/Herzog, Roman, Grundgesetz-Kommentar, München, 1997, Art. 114, Rn. 25.

²² Heintzen, s. 1073.

²³ Atay, s. 191; Gözler, (İdare), s. 144; Metin Günday, İdare Hukuku, 6. Basım, Ankara 2002, s. 373; İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, İstanbul 2006, s. 219.

2. Alman Federal Anayasasında Sayıştay

Alman Federal Sayıştay'ı, Federal Anayasanın onuncu bölümünde “Mali Rejim” başlığı altında 114. madde de düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında Federal Maliye Bakanının, Federal Hükümetin ibrası için Federal Meclise (Bundestag) ve Federal Konseye (Bundesrat) bütün gelirler ve giderler, hazinenin malları ve borçları konusunda arkadan gelen mali yıl için hesap vermek zorunda olduğu düzenlenmiştir.

Maddenin 2. fıkrasına göre ise, üyeleri yargıç bağımsızlığına sahip olan Federal Sayıştay, hesapların ve bütçenin iktisadiliğini (Wirtschaftlichkeit) ve usulüne uygunluğunu (Ordnungsmassigkeit) denetlemektedir. Düzenlemede hangi kurumların mali denetiminin Federal Sayıştay tarafından yapılacağı belirtilmemiştir. Federal Bütçe Yönetmeliğinin (Bundeshaushaltsordnung) 92 ile 104. maddelerinde Federal Sayıştay'ın denetimi altında bulunan kurumlar belirtilmiştir. Buna göre Federal devletin yıllık gelir ve giderleri yanında, Sosyal Sigortalar Kurumu, Federal idare dışında yer alan ve özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan kamu kurumları, yine bütün yargı organları, savunma, kara yolları, demir yolları, Posta ve Telekom ile ilgili kurumlar Federal Sayıştay'ın mali denetimi altında bulunan kurumlara örnek gösterilebilir. Federal Yüksek İdare Mahkemesinin bir kararına göre Federal bütçeden yardım alan özel hukuk kişileri de Federal Sayıştay'ın mali denetimi altında bulunan kurumlar arasında sayılmaktadır²⁴. Federal Sayıştay yaptığı denetimler ile ilgili de Federal Hükümet, Federal Meclis ve Federal Konseye her yıl rapor vermektedir. Ayrıca Federal Sayıştay'ın diğer yetkilerinin federal bir yasa ile düzenleneceği öngörülmüştür.

Federal Anayasanın 114. maddesi mali kontrol ile ilgili Anayasadaki tek düzenlemedir. Bu nedenle Federal Devletin mali kontrol sistemini kuran önemli bir özelliğe sahiptir²⁵. Anayasasının 109. maddesinin 1. fıkrasına göre Federasyon ve eyaletler, bütçe rejimlerinde özerk olup birbirlerine bağlı değildir. Bu nedenle eyaletler Federal Anayasanın 114. maddesi ile bağlı olmayıp kendi yaptıkları kanunlar ile mali denetimlerini yerine getirmektedirler. Eyaletlerde de yüksek kamu kurumu (als oberste Landesbehörde) olarak “Eyalet Sayıştayları (Landesrechnungshöfe) görev yapmaktadır²⁶.

Yerel Yönetimler için de ayrı bir mali denetim sistemi oluşturulmuştur. Buna göre yerel yönetimlerin mali denetimi “yerel yönetim mali denetim görevlileri”

²⁴ BVerwG, Urteil vom 28.02.1986; BVerwGE 74, 58 (61).

²⁵ Heintzen, s. 1066; Stern, s. 420.

²⁶ Heintzen, s. 1080.

(örtliche Rechnungsprüfungsämter) ve “eyalet kontrol kurumları” (überörtliche Prüfungsinstitutionen) tarafından gerçekleştirilmektedir. Yerel yönetim mali denetim görevlileri belediye meclislerine bağlı olarak görevlerini yerine getirirken, eyalet kontrol kurumları, eyalet idari teşkilatı içinde yer almayıp bağımsız olarak, ayrı bir statüyle denetim görevlerini yerine getirmektedirler²⁷. Ancak Bremen, Rhenland-Pfalz ve Schleswig-Holstein eyaletlerinde ayrıca eyalet kontrol kurumları oluşturulmamış bu kurumun görevleri eyalet Sayıştaylarına devredilmiştir.

II. Sayıştay Yüksek Bir Mahkeme midir?

Sayıştay’ın yüksek bir mahkeme olup olmadığı ya da yargılama görevi yapıp yapmadığı hem Türkiye’de hem de bir çok ülkede tartışmalı konulardan birisidir. Avrupa birliği ülkelerinde de bu konuda farklı düzenlemeler bulunmaktadır.

Türkiye’de Sayıştay’ın mahkeme olup olmadığı ile ilgili tartışmalar 1924 Anayasasının hazırlık çalışmalarına kadar uzanmaktadır. 1924 Anayasası Sayıştay’ı “Mali İşleri” bölümünde 100 ve 101. maddelerde düzenlemekteydi. 1961 Anayasasında ise Sayıştay “ İktisadi ve Mali Hükümler” bölümünde 127. maddede düzenlenmiştir²⁸.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasının yürürlük döneminde Sayıştay’ı yüksek bir yargı yeri niteliğinde görmüş ve 832 sayılı Sayıştay Kanununun 45. maddesinin son fıkrasında yer alan “Sayıştay’ca verilmiş ilamlar aleyhine Danıştay’a başvurulamaz” kuralını Anayasaya uygun bulmuştur²⁹. Yüksek Mahkeme ancak daha sonra, yine 1961 tarihli Anayasanın yürürlük döneminde, Sayıştay’ca verilen ilamlar aleyhine Danıştay’a başvurulamayacağını belirten 832 sayılı Sayıştay Kanununun 45. maddesinin son fıkrasını, Anayasaya aykırılık nedeniyle iptal etmiştir³⁰. Danıştay, Sayıştay Kanununun 45. maddesinde düzenlenen kuralın iptali için beş kez Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, dört kararında “Sayıştay’ca verilen ilamlar aleyhine Danıştay’a başvurulamaz kuralının Anayasaya aykırı olmadığına³¹; beşinci kararında ise Anayasaya aykırılığına ve iptaline karar vermiştir³².

²⁷ Stern, s. 420.

²⁸ Uz, s. 362.

²⁹ Anayasa Mahkemesi’nin E. 67/13, K. 69/5 ve 14-16.1.1969 tarihli kararı. R.G. 14.4.1970-13471.

³⁰ Anayasa Mahkemesi’nin E.72/56, K.73/11 ve 6.3.1973 tarihli kararı. R.G. 9.11.1973-14707.

³¹ Anayasa Mahkemesi’nin E. 67/13, K. 69/5 ve 14.1.1969 tarihli kararı. R.G. 14.4.1970-13471.

Anayasa Mahkemesi’nin E. 67/19, K. 69/6 ve 16.1. 1969 tarihli kararı. R.G. 17.4.1970-13474.

Anayasa Mahkemesi’nin E. 71/24, K.71/55 ve 10.6.1971 tarihli kararı. R.G. 27. 4.1972-14171.

Anayasa Mahkemesi’nin E. 72/20, K. 72/55, 17.10.1972 tarihli kararı. R.G. 30.4.1973-14522.

³² Anayasa Mahkemesi’nin E. 72/56, K. 73/11, 6.3.1973 tarihli kararı. R.G. 9.11.1973-14707.

Anayasa Mahkemesi, Sayıştay'ı yüksek mahkeme kabul ettiği ilk kararında sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevinin Türkiye Büyük Millet Meclisi adına yapılmadığını, Sayıştay'ın bu işlevini doğrudan doğruya bağımsız bir yargı yeri olarak yerine getirdiğini, Anayasanın Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemleri hakkındaki hükümlerini kesin saydığına göre, Sayıştay ilamlarının hangi yolla olursa olsun Danıştay'da incelenmesinin söz konusu olmadığını belirtmiştir³³.

Yüksek Mahkeme, Sayıştay'ı yüksek mahkeme olarak görmediği kararında ise, Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemlerini bağımsız yargı yeri olarak değil, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına hükme bağladığını ifade ederek, yargı yetkisinin Anayasanın 7. maddesine göre Türk ulusu adına ancak bağımsız mahkemelerce kullanılabileceğini ve böylece Türkiye Büyük Millet Meclisi adına görev yapan bir kuruluşun yargı yeri sayılamayacağını vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme ayrıca adli, idari ve askeri yargı dışında bir yargı düzeninin Anayasada öngörülmediğini böylece, Sayıştay'ı kendine özgü (sui generis) bir hesap mahkemesi olarak öngörmek, bir merciin yargı yetkisiyle donatılabilmesi için Anayasada açık kural bulunması gerektiği yolundaki ilkeye aykırı olacağını da ifade etmiştir³⁴.

Anayasa Mahkemesinin, Sayıştay ile ilgili yukarıda değinilen ve birbiriyle çelişen kararlarındaki yaklaşımı doktrinde haklı olarak eleştiri konusu yapılmıştır³⁵. Onar'da bu konuda; Sayıştay'ın yürütme organı içinde müstakil bir müessese olduğunu, Sayıştay'ın bir yargı organı olmadığını, ancak sorumluların hesap ve işlemlerini inceleyip karara bağlarken kazai usullerle, yargılama yolu ile hareket ettiğini, bunların maddi bakımdan kazai olmasının Sayıştay'ı müstakil bir yargı organı yapmayacağını ve bu nedenle Danıştay'ın kazai murakabesine tâbi olması gerektiğini belirtmiştir³⁶.

1982 Anayasasında ise Anayasa koyucunun Sayıştay'ı Anayasanın "yargı" bölümünde düzenlemesine rağmen, Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın "yargı" bölümünde düzenlenmiş olması Sayıştay'ın yüksek yargı yeri olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Anayasada yüksek yargı organları ve yargı düzenleri tek tek sayılmıştır. Sayıştay, yüksek yargı organları ve herhangi bir yargı düzeni arasında gösterilmemiştir³⁷. Gerçektende Sayıştay, Anayasanın yargı bölümünün genel

³³ Selim, Kaneti, "Sayıştay'ın Anayasal Konumu", in I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 3. Kitap, Ankara 1990, s. 1008 vd.

³⁴ Anayasa Mahkemesi'nin E. 72/56, K. 73711, 6.3.1973 tarihli kararı. R.G. 9.11.1973-14707.

³⁵ Gözübüyük/Tan, s. 107 vd.

³⁶ Onar, s. 794.

³⁷ Anayasa Mahkemesi'nin E. 1990/39, K. 1991/21 ve 11.07.1991 tarihli kararı. R.G. 23.5.1992-21236.

hükümleri ile hakim ve savcılar ve yüksek mahkemeleri düzenleyen ayırımında değil, idari bir kuruluş olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'ndan sonra gelen diğer bir ayırımında yer almaktadır. Bu nedenle Sayıştay, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu gibi yargı bölümünde yer almasına karşın Anayasada düzenlenen yargı organlarından değildir³⁸.

Bu görüşün aksine öğretilerde Sayıştay'ın mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiğini savunanlarda bulunmaktadır³⁹. Örneğin Gözler'e göre; "...Sayıştay'ın genel ve katma bütçeli dairelerin gelir ve gider, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyetini bir yargı faaliyeti olarak kabul ettiğimize göre bu faaliyeti dolayısıyla Sayıştay'ı da bir mahkeme olarak kabul etmek gerekir. Dolayısıyla Sayıştay da def'i yoluna başvurabilir"⁴⁰.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında ise bazı ülkelerde Sayıştaylara yargı yetkisi verilirken, diğer ülkelerde bu tür bir yetkinin söz konusu olmadığı gözlenmektedir. Nitekim Almanya, İngiltere, Hollanda ve Luxemburg Sayıştay'larının yargı yetkisi olmadığı halde, Fransa, Belçika, İtalya, İspanya, Portekiz ve Yunanistan gibi bazı Kıta Avrupası ülkelerinde Sayıştay'ların yargı yetkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda; İtalya, İspanya, Portekiz Sayıştay'larında üyeler yargıç unvan ve statüsüne sahiptir. Yunanistan Sayıştay'ının ise 116 üyesinden 24'ü yüksek yargıç statüsündedir⁴¹.

İtalyan Anayasasında Sayıştay, Anayasanın dördüncü kısmın birinci bölümünde "Yargı" başlığı altında 103. maddede düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında kamu idaresine karşı yargılama görevini Danıştay'ın ve idari yargı alanında görev yapan diğer mahkemelerin yerine getireceği düzenlendikten sonra, ikinci fıkrada açıkça Sayıştay'ın kamu maliyesi konusundaki uyuşmazlıklarda "yargılama görevini" ve bunun yanında ilgili yasanın belirttiği diğer görevleri de yerine getireceği belirtilmiştir. Düzenlemeden de anlaşılacağı gibi Sayıştay da Danıştay gibi yargılama görevini yerine getiren bir idari mahkeme olarak kabul edilmektedir. Yine Anayasanın 111. maddesinde Danıştay'ın ve Sayıştay'ın yargılamaya ilişkin kararlarına karşı temiz mahkemesine (Kassationshof) gidilebileceği de yer almaktadır.

Yunanistan Anayasasında Sayıştay, Anayasanın dördüncü kısmın ikinci bölümünde "Yargı" başlığı altında 98. maddede düzenlenmiştir. Anayasanın 93. maddesinin birinci fıkrasına göre, mahkemeler adli, idare ve caza mahkemeleri

³⁸ Gözübüyük/Tan, s. 111; Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 219.

³⁹ Kaneti, s. 1009.

⁴⁰ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Bursa 2008, s. 437.

⁴¹ Uz, s. 361.

olmak üzere üç bölümden oluşmaktadır. Areopag (Yargıtay) adli ve ceza mahkemeler alanında temyiz mahkemesi olarak görev yaparken, Danıştay da idare mahkemelerinin verdiği kararlara karşı temyiz mahkemesi işlevini yerine getirmektedir. Yargılama konusunda Anayasanın 98. maddesinde düzenlenen ve Danıştay ile beraber idari yargı alanında görev yapan bir yargı organı olan Sayıştay özel bir konuma sahiptir⁴². Sayıştay, kadro ve ödenek dağıtım işleri ya da politik, askeri ve yerel yönetim birimleri yöneticilerinin her türlü kasti ya da ihmali faaliyetleri sonucunda, devlete, yerel yönetime ya da başka herhangi bir kamu hukuku tüzel kişisine verdikleri zararlar konusundaki uyuşmazlıkları karara bağlamaktadır⁴³. Yani Yunan Sayıştay'ının bazı kamu görevlilerinin mali sorumluluklarının tespiti işlemi bir yargı işlemi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle de Anayasanın 98. maddesinin son fıkrasına göre Sayıştay'ın bu madde de belirtilen görevleri yerine getirirken verdiği kararlar aleyhine Danıştay'a dava açılmayacağı belirtilmiştir. Bu durum Türkiye'deki 1961 Anayasasının Sayıştay ile ilgili düzenlemesine benzemektedir. 1961 Anayasası Sayıştay'a bazı kamu görevlilerinin sorumluluklarının saptanması görevini vermiş, böylece Sayıştay yargı görevleri de olan bir kuruluş olarak kabul edilmiştir⁴⁴.

Yunanistan Anayasasının 98. maddesinde Sayıştay'ın görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Sayıştay, 2001 yılına kadar sadece Devlet başta olmak üzere yerel yönetimlerin ve diğer kamu tüzel kişilerinin harcamalarını denetlerken, 2001 yılında ilgili madde de yapılan değişiklik ile taraflardan birisinin Devlet ya da kamu tüzel kişisi olduğu ve "yüksek mali değere" sahip sözleşmelerin denetiminde de yetkili kılınmıştır. Yine hesap vermekle yükümlü olan kamu görevlilerinin, yerel yönetim ve diğer kamu kurumu yöneticilerin hesaplarını denetlemek (die Prüfung der Rechnungslegung der rechnungspflichtigen Beamten und der Selbstverwaltungskörperschaften oder sonstiger juristischer Personen) gibi görevleri de yer almaktadır. Sayıştay'ın görevleri arasında iki konu hakkında rapor sunmasına da yer verilmiştir. Bunlardan birincisi emeklilik süresi ya da emeklilik ücreti ile ilgili yasa tasarıları hakkında ya da kendisine başvurulmuş diğer ilgili yasa tasarıları hakkında Anayasanın 73. maddesinin 2. fıkrası gereğince rapor sunmaktır. Diğeri de devletin mali yıl hesapları hakkında rapor hazırlamak ve meclise sunmak olarak düzenlenmiştir.

Alman Federal Anayasasının 114. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen "Federal Sayıştay" (Bundesrechnungshof) kavramı ile "hesap denetim kurumu"

⁴² Julia İliopoulos-Strangas, "Grundrechtsschutz in Griechenland", in: Peter Haberle (Hrsg), Jahresbuch des öffentlichen Rechts, Band 32, Tübingen 1983, s. 433.

⁴³ İliopoulos-Strangas, s. 433.

⁴⁴ Gözübüyük/Tan, s. 105.

(Rechnungsprüfungsbehörde) anlaşılmaktadır⁴⁵. Prusya Krallığı döneminde de o zamanki adıyla “Oberrechnungskammer” olarak anılan Sayıştay, devletin gelir ve giderlerini denetleyen bir “hesap denetim kurumu” olarak görülmekteydi⁴⁶. Bugün Federal Sayıştay herhangi bir bakanlığın ya da kamu kurumunun hiyerarşisine dahil olmadan, Anayasa ve Sayıştay Kanununda kendisine verilen görevlerini yerine getiren “en yüksek kamu kurumlarından” birisi (oberste Verwaltungsbehörde) olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Federal Sayıştay, hükümete karşı bağımsız ve sadece yasalara bağlı olarak görev yapan ve bakanların yetki alanları dışında yer alan -ki buna Alman hukukunda “kamu kurumlarının bakanların yetki alanı dışında kalma ilkesi” (das Prinzip der Verwaltungsbehörde im ministerialfreien Raum) denilmektedir- üst Federal Makam (oberste Bundesbehörde) olarak görev yapmaktadır⁴⁸. Federal Anayasa Mahkemesine göre, Federal Sayıştay en yüksek idari makamlardan birisi olarak “anayasal bir organ”dır⁴⁹. Yüksek Mahkemeye göre “anayasal organ”, özel fonksiyona ya da niteliğe sahip ve devletin görevlerini yerine getirmesini doğrudan etkilen ve devletin ayrılmaz parçası sayılan kurumlar anayasal organ sayılmaktadır⁵⁰.

Federal Sayıştay Kanununun 1. maddesi de Federal Sayıştay’ın mali denetim yapan bağımsız ve sadece yasalara bağlı görev yapan yüksek idari makamlardan birisi olduğunu belirtmiştir. Ayrıca 1. madde de Sayıştay’ın Federal Hükümetin, Federal Meclis ve Konseyin görevlerini yerine getirirken, Sayıştay’ın kendilerine ilgili konularda yardımcı olması yani danışmanlık yapması gerektiğini de düzenlenmiştir. Yani Federal Sayıştay’ın Türkiye’de olduğu gibi mahkeme olmadığı ve merkezi yönetime yardımcı kuruluş olarak görev yaptığı da bu madde de açıkça ifade edilmiştir.

III. Sayıştay ve Kuvvetler Ayrılığı İlkesi

Sayıştay ile ilgili önemli tartışma konularından birisi de Sayıştay’ın kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince hangi organa bağlı olduğu ile ilgilidir. Ya da Sayıştay yasama, yargı ve yürütme dışında ayrı bir organ mıdır⁵¹?

⁴⁵ Stern, s. 410.

⁴⁶ Bruno Schmidt- Bleibtreu/ Franz Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Auflage, Berlin, 1995, s. 1469; Heintzen, s. 1072; Stern, s. 411.

⁴⁷ Schmidt- Bleibtreu/ Klein, s. 1469.

⁴⁸ Maunz/ Dürig/Herzog, Art. 114, Rn. 24.

⁴⁹ Maunz/ Dürig/Herzog, Art. 114, Rn. 12. Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararı doktrin tarafından eleştirilmektedir. Örneğin Schmidt-Bleibtreu’ya göre Federal Sayıştay’ın yüksek idare makamı olması onun anayasal organ olmasını gerektirmemektedir. Schmidt- Bleibtreu/ Klein, s. 1469.

⁵⁰ Schmidt- Bleibtreu/ Klein, s. 1469.

⁵¹ Thomas Gross, Exekutive Befugnisse der Rechnungshöfe, Verwaltungsarchiv 2004, s. 200.

Türk Anayasa Mahkemesine göre Sayıştay, Anayasanın 160. maddesi gereğince, temelde TBMM adına mali denetim görevini yapan ve özel olarak da bu denetim çerçevesinde aleyhine hiçbir yargı organına başvurma olanağı bulunmayan kimi kesin kararlar alan kendine özgü bir anayasal kurumdur⁵². Buna göre Türk Sayıştay'ı Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bağlı olarak, Anayasa ve yasalarda belirtilen devlet organlarının bütün gelir ve giderlerini denetlemekle görevlendirilmiştir.

Almanya'da Federal Anayasada Sayıştay'ın hangi organa bağlı olduğu konusunda düzenleme yapılmamıştır. Günümüzde bu konu hala netliğe kavuşturulmamış ve tartışılmaya devam edilmektedir. Eski görüşe göre, Sayıştay yargı organları arasında görülmekteydi. Örneğin Maunz, Sayıştay'ın organik olarak değerlendirildiğinde yargı organı olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunurken, üyelerinin yargıç bağımsızlığına sahip olmasından dolayı ve yaptığı yargılama faaliyetleri gereğince yargı organı olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmuştur⁵³. Ancak ileriki yıllarda bu görüşünden dönmüştür. Bugün doktrindeki ağırlıklı görüşe göre Sayıştay yargı organı olmadığı gibi yargılama görevi de yerine getirmemektedir⁵⁴. Sayıştay yerine getirdiği görev itibarıyla yargılama yapmamakta, mevcut mevzuata göre mali kontrol ya da denetim yaparak, mahkemelerin yargılama faaliyetlerinde yardımcı ve tamamlayıcı bir fonksiyon yerine getirmektedir⁵⁵. Bugün Sayıştay'ın bir yargı organı olduğu görüşünü savunanlar, Sayıştay'ın yasama ve yürütmeye bağlı olduğu görüşünü savunanlara göre en azınlıkta olanlardır⁵⁶.

Diğer bir görüş ise, Sayıştay'ın yasama organına bağlı olduğunu savunan görüştür. Bu görüşü savunanlara göre, Federal Anayasanın 114. maddesi gereğince Federal Meclis, Federal Hükümetin yıllık mali denetimini yaparken Sayıştay'ın bu konuda hazırladığı ayrıntılı raporlarından ya da diğer yıllık raporlarından da yararlanmaktadır. Bu nedenle Sayıştay'ı, Meclis ile beraber mali denetimi yerine getirdiği için meclisin doğrudan bir organı olarak (funktionelles Organ der Legislative) görenler⁵⁷ olduğu gibi, meclise bağlı yardımcı kuruluş (Hilfsorgan des Parlaments) olarak değerlendirenlerde bulunmaktadır⁵⁸.

⁵² Anayasa Mahkemesi'nin E. 1990/39, K. 1991/21 ve 11.07.1991 tarihli kararı. R.G. 23.5.1992-21236.

⁵³ Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht, München 1963, s. 234.

⁵⁴ Gross, s. 202.

⁵⁵ Gross, s. 202.

⁵⁶ Stern, s. 444.

⁵⁷ Ebert Menzel, Eine Art Hilfsorgan der Parlamente, DVBl, 1969, s. 75.

⁵⁸ Hansjürgen Manzig, Die Staatsrechtliche Stellung des Bundesrechnungshofes, Köln 1954, s. 76.

Türk Ve Alman Sayıştayları

Doktrinde, Federal Sayıştay Kanununun 1. maddesinde, Sayıştay'ın yüksek kurum olarak nitelendirilmesini dayanak yaparak, Sayıştay'ın yürütmeye bağlı bir organ olduğunu savunanlarda vardır⁵⁹. Ancak bu görüşe karşı; mali denetimin, devletin asli görevlerinden biri olduğu, Anayasa gereğince de bağımsız kurumlarca bu faaliyetin yerine getirilmesi gerektiğinin düzenlendiği bu nedenle de bu faaliyeti yerine getirecek kurumu, politik bir kurum olan hükümete bağlamanın bu faaliyetin yerine getirilmesini engelleyeceği düşüncesi ileri sürülmüştür⁶⁰.

Schmidt- Bleibtreu/ Klein' a göre, Federal Hükümetin ibrası için Federal Meclise bütün gelir ve giderler konusunda hesap verilmektedir. Bu gelir ve giderler ile ilgili birçok dosya ya da raporun incelenmesi gerekmektedir. Meclisin bunları yalnız başına incelemesi mümkün görülmemektedir. Bu nedenle Sayıştay'ın yardımına ihtiyaç duyulmaktadır⁶¹. Sayıştay'ın böylece alt idari kurumların mali denetiminin yapılabilmesi bakımından yürütmeye, yürütmenin mali denetiminin yapılabilmesi içinde meclise yardımcı kuruluş olarak nitelendirilmesi gerekmektedir⁶².

Almanya'da bu konudaki ağırlıklı görüş, Federal Sayıştay'ın, Federal Anayasanın 20. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yasama, yürütme ve yargı organlarından hiçbirisine bağlı olmayıp “kendine özgü bir organ” yani “sui generis” olduğu yönündedir⁶³. Ancak sui generis özelliğinden dolayı Sayıştay'ın yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri dışında, dördüncü bir kuvvet olarak görülmemesi gerektiği de vurgulanmaktadır⁶⁴.

Federal Anayasa Mahkemesi, Sayıştay'ın kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince hangi organa bağlı olduğu konusuna kararlarında hiç değinmemiştir. Eyalet Anayasa Mahkemelerinden de sadece Bayern Eyalet Anayasa Mahkemesi Sayıştay'ı “resmi daire” (Behörde) olarak nitelendirmiştir.

⁵⁹ Herrmann von Mangoldt, /Friedrich,Klein,./Starck Christian, Kommentar zum Grundgesetz, 2005, Art.114, Rdn. 4.

⁶⁰ Gross, s. 203.

⁶¹ Schmidt- Bleibtreu/ Klein, s. 1470.

⁶² Schmidt- Bleibtreu/ Klein, s. 1470.

⁶³ Stern, s. 448.

⁶⁴ Schmidt- Bleibtreu/ Klein, s. 1470. Alman doktrininde özellikle 2. Dünya savaşından sonra Sayıştay'ın yasama, yürütme ve yargı dışında dördüncü bir güç olabileceği görüşünü savunanlarda vardı. Ancak Federal Anayasanın 20. maddesinin kuvvetler ayrılığı ilkesi ile yasama, yürütme ve yargı anlaşılması gerektiği konusundaki açık düzenlemesi karşısında artık bu görüş savunulmamaktadır. Stern, s. 446.

IV. Türk ve Alman Sayıştaylarının Yapısı

Türk Sayıştay'ının yargı ve karar organlarının kuruluş, işleyiş, görev ve yetkileri Sayıştay Kanununun 3. Bölümünde düzenlenmiştir. Sayıştay, görevlerini kurul olarak yerine getirir. Buna göre Sayıştay'da, daireler, daireler kurulu, temyiz kurulu, genel kurul görev yapmaktadır.

Sayıştay Kanununun 14. maddesinde Sayıştay'da görevli daireler konusu düzenlenmiştir. Bir başkan ile altı üyeden kurulu daireler birer hesap mahkemesi olarak görev icra ederler ve bir başkan ve dört üye ile toplanır, hüküm ve kararları da oy çokluğuyla verirler. Daireler, sorumluların hesap ve işlemlerini yargılayarak hükme bağlar, gerektiğinde, genel uygunluk bildirimleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulacak diğer raporlar hakkında görüş bildirir ve birinci başkan tarafından görüşülmesi istenilen konular hakkında karar verirler. Sayıştay da daireler hem idari görevleri, hem de yargı görevlerini yerine getirmektedirler⁶⁵.

Sayıştay Kanununun 15. maddesinde düzenlenen daireler kurulu, temyiz kuruluna seçilen Başkan ve üyelerin dışında kalan Başkan ve üyelerden oluşmaktadır. Daireler kurulu 105. madde gereğince verilecek Sayıştay mütalaasını tespit eder. Daireler kurulu bu kanunla kendisine verilmiş olan diğer görevleri yapar ve birinci başkan tarafından incelenmesi istenen konularla işlemleri görüşerek karara bağlar.

Dairelerin verdikleri kararların, temyiz yolu ile incelenmesini sağlamak üzere Sayıştay Kanununun 16. maddesinde bir de temyiz kurulu oluşturulmuştur. Temyiz Kurulu 4 yıl için Sayıştay genel kurulunca daire başkanları arasından seçilecek 4 daire başkanı ile her daireden seçilecek 2 üyeden oluşmaktadır. Her yıl kurul üyelerinin dörtte biri yenilenir. Üyeliği sona erenlerin yeniden seçilmeleri caizdir.

Bir diğer organ olan genel kurulda, Sayıştay Kanununun 17. maddesine göre, birinci başkanının başkanlığı altında daire başkanlarıyla üyeler görev yapmaktadır. Genel kurul bu kanunla kendisine verilmiş olan görevleri yapar ve birinci başkan tarafından incelenmesi istenilen diğer konu ve işlemleri görüşerek karara bağlar.

Hesaplar üzerinde ön inceleme denetçiler tarafından yapılır. Denetçiler, incelenmek üzere birinci başkanlıkça veya onun adına grup şeflerince kendilerine verilen idare hesaplarıyla kesin hesapları ve işlemleri, kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelerdeki esas ve usuller dairesinde inceleyerek sonucunu birer raporla birinci başkanlığa bildirmek ve bu kanunla verilen diğer Sayıştay hizmetlerini yapmakla

⁶⁵ Atay, s. 196; Gözler, (İdare), s. 143; Günday, s. 373.

Türk Ve Alman Sayıştayları

görevlidirler. Denetim sırasında ortaya çıkan yasaya aykırı durumlardan dolayı saymanlar, daireler tarafından tazmine mahkum edilirler.

Alman Federal Sayıştay'a bakacak; olursak, kurumun yapısını, üyelerini ve üyelerinin seçimini belirlemek üzere 11.07.1985 Federal Sayıştay Kanunu (Gesetz über den Bundesrechnungshof) yapılmıştır⁶⁶. Kanunun 2. maddesi, Sayıştay'da yasaların kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere "daireler" (Prüfungsabteilungen) ve bu dairelere bağlı görev yapan "birimlerin" (Prüfungsgebieten) olması gerektiğini düzenlenmiştir. Bugün Federal Sayıştay'da 9 daire ve bu dairelere bağlı 49 birim görev yapmaktadır. Bununla beraber aynı madde de kendisine yardımcı olmak üzere Sayıştay'ın dış şube kurulması de öngörülmüştür. 1.12.1998 tarihinden itibaren Potsdam şehrinde Federal Sayıştay'a bağlı görev yapmak üzere bir dış şube (Außenstelle) kurulmuştur. Yine Kanunun 2. maddesinin son fıkrasına göre Sayıştay'ın idari görevleri, "başkanlık dairesi" (Die Präsidialabteilung) olarak adlandırılan kurul tarafından yerine getirilmektedir.

Federal Sayıştay Kanununun 20a maddesinde, Federal Sayıştay'ın kendisine görevlerinde yardımcı olması üzere, "Federal Kontrol Daireleri" (Prüfungsamter des Bundes) kurabileceği öngörülmüştür. Buna dayanarak da 22.12.1997 tarihinde "Federal Devlet ve Eyaletlerde Bütçe Hukukunun Geliştirilmesi İçin Kanun"⁶⁷ (Das Gesetz zur Fortentwicklung des Haushaltsrechts von Bund und Ländern (Haushaltsrechts-Fortentwicklungsgesetz – HRFG) yapılarak belli şehirlerde Federal Kontrol Daireleri kurulmuştur⁶⁸. 1.1.1998 yılından itibaren Sayıştay'a bağlı olarak görev yapmaya başlayan bu daireler, Federal Sayıştay'ın emir ve talimatları doğrultusunda faaliyetlerde bulunmaktadır⁶⁹. Bu dairelerde çalışacak görevliler doğrudan Sayıştay başkanı tarafından atanmaktadır. Yine adı geçen Kanunun 20a/2 maddesine göre bu dairelerdeki görevlilerde, denetleme ve inceleme konusunda Federal Sayıştay'ın sahip olduğu bütün hak ve yetkilere sahiptirler.

Federal Almanya Sayıştay'ı da görevlerini kurul olarak yerine getirmektedir. Her daire de, daire başkanı ve yeterli sayıda birim başkanından oluşan bir kurul (Senat) bulunmaktadır. Buna ikili kurul (Zweierkollegium) adı verilmektedir. Sayıştay başkanı ya da yardımcısı önemli mali iş ve işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde

⁶⁶ 11.07.1985 (BGBl. I S. 1445).

⁶⁷ BGBl. I S. 3251

⁶⁸ Berlin, Frankfurt, Hamburg, Hannover, Koblenz, Köln, Magdeburg, München ve Stuttgart şehirlerinde kurulan bu daireler, Federal Sayıştay adına mali denetim yapmaktadır.

⁶⁹ Federal alanda mali denetimi yapan yaklaşık 1300 görevli bulunmaktadır. Bunlardan yarısı Federal Sayıştay'da görev yaparken, diğer yarısı da mali kontrol dairelerinde görev yapmaktadır.

bir dairenin kurulunda bulunabilir, bu durumda kendisi kurul başkanı olarak görev yapmaktadır. Bu da üçlü kurul olarak adlandırılmaktadır (Dreierkollegium)⁷⁰.

Kurulların görevleri Sayıştay Kanununun 12. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, kurul, büyük kurulun (Grosser Senat) kendisine verdiği görevleri yerine getirdiği gibi, mali iş ve işlemler konusundaki uyuşmazlıkları da karara bağlar. Ayrıca kendisini aşan büyüklükte görülen, mali iş ve işlemler konusundaki uyuşmazlıkların çözümü için büyük kurula başvuru yapar. Yine herhangi bir uyuşmazlığın çözümü için büyük kurulun ya da diğer bir kurulun kararlarından farklı karar verilecekse, bu uyuşmazlığın kesin çözümü için büyük kurula başvuruda bulunur. Kurullar ve büyük kurul kararlarını Kanununun 15. maddesi gereğince oy çokluğu ile almaktadır.

Federal Sayıştay'da kurullar dışında görev yapan bir de büyük kurul (Grosser Senat) bulunmaktadır⁷¹. Büyük kurul Sayıştay başkan ve yardımcısından, daire başkanlarından ve birim başkanlarından oluşmaktadır. Büyük kurulun görevleri Sayıştay Kanununun 14. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre büyük kurul, kurullar tarafından kendisine yapılan başvuruları karara bağladığı gibi Federal Yargıtay'da, Federal hakimleri yargılamak üzere oluşturulan Hizmet Mahkemesinde (Dienstgericht) görevlendirilmek için, kendi üyelerinden oluşan bir aday listesini Yargıtay'a göndermektedir. Kısaca büyük kurul; normal kurulları aşan daha büyük mali iş ve işlemler konusundaki uyuşmazlıklar hakkında kararlar verebildiği gibi, Sayıştay'ın çalışma planı ve kurum içinde görev alanlarının belirlenmesi konularını da karara bağlar ve ayrıca Sayıştay başkanının kendisine yüklediği diğer görevleri de yerine getirir.

V. Sayıştay Üyeleri

A. Sayıştay Üyelerinin Seçilmesi

Türk Sayıştay'ındaki görevliler iki grupta toplanmıştır. Bunlardan birinci grubu Sayıştay birinci başkanı, daire başkanları ve üyeler oluştururken, ikinci grupta ise raporörler, uzman denetçi, baş denetçi ve denetçi yardımcıları, savcı ve savcı yardımcıları bulunmaktadır⁷². Birinci grupta yer alanlar için gereken nitelikler, Sayıştay Kanununun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Sayıştay birinci başkanı, bu maddede yazılı niteliklere sahip isteklilerden Sayıştay Başkan ve Üyeleri Ön Seçim Geçici Komisyonunca belirlenecek iki aday arasından Türkiye Büyük Millet Meclisi

⁷⁰ Heintzen, s. 1073.

⁷¹ Büyük kurul oluşumu itibarıyla Türk Sayıştay'ındaki genel kurula ve yerine getirdiği görev itibarıyla da temyiz kurulu ve içtihadı birleştirme kuruluna benzemektedir.

⁷² Gözübüyük/Tan, s. 100.

Genel Kurulunca gizli oyla seçilir. Sayıştay üyelerinin seçimle ilgili düzenlemesi de Sayıştay Kanununun 6. maddesinde yer bulmaktadır. Buna göre, Sayıştay üyeleri de TBMM tarafından seçilmektedir. Anayasa Mahkemesi, Sayıştay Başkanı ve Üyelerinin Meclis Plan ve Bütçe Komisyonunca seçilmesini düzenleyen Sayıştay Kanununun 5. maddesi ile 6. maddesinin 2.3. ve 4. fıkralarını Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. İptal gerekçesini de “Sayıştay ile ilgili seçimler TBMM’nin istisnai olarak kullandığı ve maddi anlamda, idari nitelikte bir yetkidir. TBMM’ne ait bir yetki Bütçe Komisyonu dahil hiçbir meclis komisyonunca kullanılamaz” olarak açıklamıştır⁷³.

TBMM’nin Sayıştay’a üye seçmesi doktrinde eleştirilmiştir. Sabuncu, Meclisin görevlerinin düzenlendiği Anayasasının 87. maddesinde ve diğer maddelerinde Sayıştay üyelerinin seçimi hakkında bir görev verilmediği bu nedenle, TBMM’nin kendisine Anayasayla verilen bir görevi ve yetkisi olmaksızın Sayıştay’a üye seçme işlemi yapmasının ve böyle işleme izin veren Sayıştay Kanunundaki ilgili hükmün Anayasaya aykırı olduğunu belirtmiştir⁷⁴. Bu konuda Türkiye’dekine benzer bir düzenlemede Almanya’da göze çarpmaktadır. Alman Federal Anayasasında, Federal Meclisin atama ile ilgili görev ve yetkilerinin düzenlendiği 94/1 ve 95/2 maddelerinde Federal Sayıştay’a üye ataması yapabileceğine ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Bu konudaki düzenlemeye Alman Federal Sayıştay Kanununda rastlanmaktadır. Bu Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasına göre Federal hükümetin teklifi ile Federal Meclis ve Konsey tarafından görüşme yapılmaksızın, Federal Sayıştay başkan ve yardımcısı seçilmektedir. Yine Kanununun 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, diğer üyeler Sayıştay başkanının teklifi ile Federal Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Diğer görevliler ise eğer Sayıştay başkanına bu konuda doğrudan atama yetkisi verilmemiş ise yine Sayıştay başkanının teklifi üzerine Federal Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Sayıştay başkanı üye atanması için Federal Cumhurbaşkanı’na üye teklifinde bulunmadan önce büyük dairenin görüşünü almak zorundadır.

B. Sayıştay Üyelerinin Yargıç Bağımsızlıkları

Hukuk devletinde kişi hak ve özgürlüklerin en büyük güvencelerinden birisi mahkemelerin bağımsız olmasıdır. Mahkemelerin bağımsızlığı, “hakimlerin gerek yürütme gerek yasama organına bağlı olmadıkları, onlardan müstakil oldukları, bu iki organın hakimlere emir ve talimat veremeyeceği ve tavsiyelerde bulunamayacağı anlamına gelir. Hakimlik teminatı ise, hakimlerin bağımsızlığını korumaya hizmet

⁷³ Anayasa Mahkemesi’nin E. 1990/39, K. 1991/21 ve 11.07.1991 tarihli kararı. R.G. 23.5.1992-21236.

⁷⁴ Yavuz Sabuncu, Sayıştay Üyelerinin Seçimi ve 1982 Anayasası, Bahri Savcı’ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay., No: 7, Ankara 1988, s. 403.

eden müesseselerden sadece biri ve fakat önemlidir⁷⁵. Hakimlerin bağımsızlığını tam olarak sağlayabilmek için, hakimlere kişisel teminatlar tanınmalıdır. Fakat bu teminat, hakimlere tanınan bir ayrıcalık değil, halk için kabul edilmiş olup, hakimlerin görevlerini tam bir güven ve tarafsızlık içinde yapabilmelerini sağlayan kurumdur. Bu nedenle burada söz konusu olan hakimin kişisel yararı değil, kamu yararadır⁷⁶.

1982 Anayasasının 139 ve 140. maddelerinde hakimlerin güvencelerine ilişkin kurallar bulunmaktadır. Anayasa da tanınan bu güvencelere; hakimlerin azlolunamayacağı, kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye sevk olunamayacakları, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık ve ödeneklerden ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacakları kuralları örnek olarak verilebilir. Meslekte ilerleme, görevlerinin veya görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, disiplin veya ceza kovuşturması yöntemleriyle, meslek içi eğitimlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği, bunun dışında başka bir kuralla düzenlenemeyeceği de güvence altına alınmıştır. Buradan da anlaşıldığı gibi, bazı güvenceler doğrudan Anayasa ile düzenlenmiş, diğer bazılarının ise ana ilkeler belirtilerek sadece yasa düzeyinde kararlarla düzenleneceği esası getirilmiştir.

Sayıştay başkan ve üyelerine gelirsek, bunlar Anayasa ve kanun nazarında hakim statüsünde değildirler. Nitekim Anayasa Mahkemesi Sayıştay Kanununun 45. maddesinin son fıkrasını iptal eden kararın gerekçesinde Anayasa ile Sayıştay başkan ve üyelerine yargıçlık güvencesinin tanınmadığını ve Anayasa'daki güvencenin bir tür memurluk güvencesi olduğunu belirtmiştir⁷⁷. Sayıştay başkan ve üyelerine bir takım güvenceler tanınmış olmakla beraber, bunlar Anayasal güvenceler olmayıp, Yasa koyucunun kendi takdiri ile sağlandığı ve kolaylıkla bir başka şekil verebileceği güvencelerdir.

Anayasanın 161. maddesinin 3. fıkrasında Sayıştay başkan ve üyelerinin teminatı ile ilgili hüküm yer almaktadır. Ancak bu açık ve ayrıntılı düzenleme değil, sadece başkan ve üyelerinin teminatının kanunla düzenleneceği öngören, basit bir düzenlemedir. Anayasa hükmü gereğince, Sayıştay Kanununun 7. maddesi bu konuda ayrıntılı hüküm getirmiştir. Bu madde hükmüne göre Sayıştay başkan ve üyeleri azlolunamaz. Kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye ayrılamaz. (95 inci madde hükmü saklıdır.) Ancak Sayıştay birinci başkanı ve üyeleri, Türkiye Büyük

⁷⁵ Baki Kuru, Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966, s. 6.

⁷⁶ Baki Kuru/Ramazan Aslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2005, s. 100

⁷⁷ Gözübüyük/Tan, s. 108.

Türk Ve Alman Sayıştayları

Millet Meclisi Başkanının önerisi üzerine Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyu ile görevden alınabilir. Memuriyetten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı kesin hüküm giymiş olanların görevleri kendiliğinden, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği tam teşkilatlı resmi sağlık kurulu raporuyla kesin olarak anlaşılanların da Sayıştay Genel Kurul kararıyla görevleri sona erer.

Alman Federal Anayasasının 114. maddesinin 2. fıkrasında Federal Sayıştay üyelerinin yargıç bağımsızlığına sahip oldukları açıkça vurgulanmıştır. Ancak güvence sadece üyeler için söz konusudur. Sayıştay'da görev yapan diğer çalışanlar için yargıç güvencesi söz konusu değildir. Federal Anayasa, Sayıştay üyelerinin böyle bir güvenceye sahip olmaları gerektiğini öngörmesine rağmen, Sayıştay üyelerinin kimler olduğunu göstermemiştir. Federal Sayıştay Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasına göre Sayıştay üyeleri; Sayıştay başkanı ve yardımcısı, daire ve birim başkanlarıdır. Ancak üyelerin yargıç güvencesinin olması, onların yargıç olmasını gerektirmediği doktrinde kabul edilen bir görüştür⁷⁸. “Kim yargılama görevi yapacaksa, bağımsız olması gerekir” (Nur wer Rechtsprechungsaufgaben erfüllt, muss unabhängig sein) kuralı gereğince de Sayıştay üyelerinin yargıç güvencesine sahip olmaları gerektiği savunulmaktadır. Mali konulara ilişkin uyuşmazlıklarda Sayıştay üyeleri yargılama görevini yerine getirdikleri için, onların bütün etkilerden uzak tutulması istenmiş ve kendilerine de bu güvenceler verilmiştir⁷⁹.

Hakimlerin gerek yürütme gerekse yasama organına bağlı olmadıkları ve bu organlardan bağımsız oldukları anlamına gelen “hakimlerin bağımsızlığı” kavramı Sayıştay üyeleri içinde geçerli olmak üzere Federal Anayasanın 97. maddesinin 1. fıkrasında “yargıçlar bağımsız olup ancak yasaya bağlıdırlar” şeklinde ifade edilmiştir⁸⁰. Federal Sayıştay ayrıca idari teşkilat olarak da diğer Anayasal organlardan bağımsızdır. Yani Türkiye’de olduğu gibi Meclis’e bağlı olarak değil, bütün Anayasal organlardan bağımsız olarak görevlerini yerine getirmektedir⁸¹. Federal Meclis’inde, Federal Sayıştay’dan bir kurumun mali denetimini yapması için emir ve talimat vermediği, sadece “ricada” (bieten) bulunduğu kabul edilmektedir. Sayıştay’ın, hangi kurumların mali iş ve işlemlerini denetleyeceği yasalarda açıkça düzenlendiği için başka bir yerden emir ve talimat almasına gerek olmadan bu görevleri yerine

⁷⁸ Stern, s. 422.

⁷⁹ Stern, s. 423.

⁸⁰ Stern, s. 423.

⁸¹ Schmdt- Bleibtreu/ Klein, s. 1468.

getirebileceği savunulmaktadır⁸². Denetimin sınırı ve zamanı da yine Sayıştay tarafından belirlenmektedir⁸³.

Sayıştay üyeleri içinde bir ikinci güvence olan “hakimlik teminatı”, Federal Sayıştay’ın 97. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, kesin ve asıl görevli olarak kadroya atanan Sayıştay üyeleri, görev süreleri sona ermeden ve arzularına aykırı olarak ancak mahkeme kararıyla ve yasaların öngördüğü neden ve şekillerle azledilebilir veya sürekli veya geçici olarak işten el çektirilebilir, başka bir yere atanabilir veya emekliye ayrılabilirler. Yasa, ömür boyu atanmış üyelerin emekliye ayrılacakları yaş sınırını tespit eder. Sayıştay Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrasına göre, Sayıştay başkan ve yardımcısı 12 yıl için bu göreve atanmaktadır. Fakat önceden emeklilik yaşına ulaşırlarsa 12 yıllık hizmet süresine bakılmaksızın emekliye ayrılırlar. Federal Sayıştay üyelerinin, disiplin ve ceza sorumlulukları konusu Federal Sayıştay Kanununun 18. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenleme bu konuda Meslek Mahkemesinin (Dienstgericht) yetkili olduğunu belirtmiştir. Meslek Mahkemesi, bütün hakimlerin disiplin ve ceza sorumlulukları ile hukuka aykırı atanmaları, görevden alınmaları gibi konularda kesin kararlar almaktadır. Meslek Mahkemesinin kuruluşu ve görevleri Alman Hakimler Kanununun 61. maddesinde düzenlenmiştir. Alman Yargıtay’ında bir özel daire olarak kurulan (ein besonderer Senat des Bundesgerichtshofs) Meslek Mahkemesi bir başkan, iki devamlı ve iki tanede geçici üyeden oluşmaktadır. Başkan ve sürekli üyeler Yargıtay üyeleri arasından, geçici üyeler ise diğer yargı organlarından seçilmektedir. Yargıtay Başkanlığı, Meslek Mahkemesinin başkan ve sürekli üyelerini 5 yıl için doğrudan seçerken, geçici üyeleri diğer yargı organlarının kendisine sundukları aday listesinden belirlemektedir. Alman Hakimler Kanununun son maddesi Meslek Mahkemesinin bir “hukuk dairesi” (Zivilsenat) olduğunu düzenlemiştir. Sayıştay üyelerinin yargılanması için Mahkemeye başvuru Sayıştay başkan ve başkan yardımcısı ile Federal Meclis ve Konsey başkanları tarafından yapılmaktadır.

VI. Sayıştay Kararlarının Hukuki Niteliği

Sayıştayların anayasal statüleri ile bağlantılı olarak bir diğer tartışmada “Sayıştay kararlarının hukuki niteliği” konusunda yaşanmaktadır. 1982 Anayasasınının 160. maddesine göre Sayıştay’ın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren on beş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz.

⁸² Heintzen, s. 1075.

⁸³ Heintzen, s. 1076.

Ancak Sayıştay'ın “denetim” ve “görüş bildirme” görevleri “yargısal” değil “idari” nitelikte birer idari işlem olarak kabul edilmektedir⁸⁴.

Almanya'da Federal Sayıştay, Anayasa ve Sayıştay Kanununda kendisine verilen görevlerini yerine getiren “en yüksek kamu kurumlarından” birisi olarak kabul edildiği için kararlarının yargı kararı olmadığı konusunda görüş birliği vardır. Ancak Federal Sayıştay'ın kararları Türkiye'de olduğu gibi bir “idari işlem” (Verwaltungsakt) olarak kabul edilmemektedir. Federal Bütçe Kanununda Sayıştay'a gerek açıkça gerekse yorum yoluyla da olsa idari işlem yapabilme yetkisinin verilmediği kabul edilmektedir⁸⁵. Bundan dolayı Sayıştay'ın kararlarının “maddi fiil” (Realakt) niteliğe sahip olduğu savunulmaktadır⁸⁶. Bununla beraber Hessen Eyalet İdare Mahkemesi 2000 yılında verdiği bir kararında⁸⁷; Federal Sayıştay Kanununun 94. maddesine göre, Sayıştay'ın kamu idareleri dışındaki kurumların mali iş ve işlemlerinin denetimine ilişkin kararlarının idari işlem olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Buna karşın, Schleswig-Holstein İdare Mahkemesi 2003 yılında Sayıştay'ın, kamu idareleri dışındaki kurumlarda olsa bunların mali iş ve işlemlerinin denetimine ilişkin kararlarının idari işlem olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir⁸⁸.

Maddi fiilde, idare fonksiyonunun yerine getirilmesi için yapılan kamu hukuku işlemlerinden birisidir. Ancak idari işlemlerde olduğu gibi hukuku sonuç doğurmaya yönelik değil, eylemsel (fili) bir sonuca yönelik yapılmaktadır⁸⁹. Fakat bunlarında hukuk kurallarına uygun olması gerekmektedir. Hukuk kurallarına aykırı olarak yapılan maddi fiiller bir zarara sebep olduklarında zarara uğrayan kişi bunu tazmin ettirebilmektedir⁹⁰. Maddi fiillere karşı da idari yargıda iptal davası ve tam yargı davası açılabilir. İdarenin bir işlemine karşı idari yargıda dava açıldığında işleminin idari işlem mi yoksa maddi fiil mi olduğunun tespiti gerekmektedir. Çünkü idari işleme karşı iptal ve tam yargı davalarının açılabilmesi daha özel şartlara bağlanmıştır⁹¹.

⁸⁴ Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, Bursa 2003, s. 255.

⁸⁵ Norbert Hauser, Rechtsqualität von Prüfungsankündigungen des Bundesrechnungshofs, DÖV, September 2004, Heft 18, s. 790.

⁸⁶ Hauser, s. 786.

⁸⁷ HessVGH, Beschl. v. 21.11.2000. Az. 10 TG 2627/99, s. 4.

⁸⁸ VG. Schlesw.-Hols., Urt. v. 17.6.2003. Az. 14 A 148/01.

⁸⁹ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, München, 2006, s. 292.

⁹⁰ Maurer, 393.

⁹¹ Maurer, 394.

SONUÇ

Görüldüğü gibi Sayıştay'ın anayasal konumu ve işlevi konusunda gerek Türkiye'de gerekse Almanya'da tartışmalar devam etmektedir.

Sayıştay'a 1982 Anayasasında anayasa koyucu tarafından verilen görev; merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve gider sorumlularının hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamaktır. Ayrıca mahalli idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi ve kesin hükme bağlanması da Sayıştay tarafından yapılmaktadır. Sayıştay'ın bu kesin hükme bağlama görevinin yargısal nitelikte bir görev olduğu kanımızca şüphe götürmemektedir. Denetleme ve inceleme görevlerini TMBB adına yerine getiren Sayıştay, yargı işlevi bakımından bağımsızdır⁹². Bu nedenle Sayıştay'ı kendine "özgü bir idari yargı yeri" saymak yerinde bir görüş olacaktır⁹³. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1969 tarihli bir kararında, 1961 Anayasasının Sayıştay'ı "idare" bölümünde düzenlemesine rağmen Sayıştay'ı bir yüksek mahkeme olarak görmüş ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevinin TBMM adına yapılmadığını, Sayıştay'ın bu işlevi doğrudan doğruya bağımsız bir yargı yeri olarak yerine getirdiğini belirtmiştir⁹⁴. Kaldı ki, 1982 anayasasının 161. maddesinde açıkça, "bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz" demektedir. Bu nedenle Sayıştay'ın karar düzeltmesi isteminden sonra verdiği kararlar gerçekten kesin hüküm oluşturmaktadır⁹⁵. Bu kararlara karşı başka yargı yolu yoktur.

Kamu kurumlarının hesap ve işlemlerinin kesin hükme bağlanması yani Sayıştay yargılaması Sayıştay dairelerinde çalışan üyelerce yerine getirilmektedir. Yargılama sonucunda Sayıştay'ın, kamu görevlilerini sorumlu tuttuğu göz önüne alınırsa üyelerinin bağımsız ve tarafsız olmaları gerekmektedir. Bunun için 1982 Anayasasında yargıçlar için sağlanan güvenceler Sayıştay üyeleri içinde geçerli olmalıdır. Bu ayrıca "kim yargılama görevi yapacaksa, bağımsız olması gerekir" kuralının da gereğidir.

Sayıştay tarafından yapılan denetimin amacı, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin hesap verme sorumluluğu çerçevesinde, yönetimin malî faaliyet, karar ve işlemlerinin; kanunlara, kurumsal amaç, hedef ve planlara uygunluk yönünden incelenmesi ve sonuçlarının TBMM raporlanmasıdır. Fakat Sayıştay, örneğin 2006 yılında; Merkezde (80), Mahallinde (86), olmak üzere toplam (168) belediyenin

⁹² Uz, s. 370.

⁹³ Sayıştay'ın bir hesap mahkemesi olarak kabulüne ilişkin görüşler için bkzn. Uz. s. 370 v.d.

⁹⁴ R.G. 14.4.1970.

⁹⁵ Gözler, (İdare), s. 144.

Türk Ve Alman Sayıştayları

dış mali denetimini gerçekleştirebilmiştir. Yani Sayıştay belediyelerin % 05 'ini denetleyebilmiştir. İl özel idarelerinde de %80 civarındadır. Bağlı idarelerde % 0'dır. Bu sonuçlar göstermektedir ki, Sayıştay kamu idarelerinin mali faaliyet, karar ve işlemlerinin denetlenmesi konusunda yetersiz kalmaktadır. Türkiye'de Sayıştay'ın yerine getirdiği denetleme ve inceleme görevlerinin sürekli ve verimli bir şekilde yapılabilmesinin sağlanması için; Almanya'da olduğu gibi belli şehirlerde Federal kontrol dairelerine benzer dairelerin kurulması bir zorunluluk teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

- Abdullah Uz, Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay'ın Yargısal Kimliği, AÜHFD Yıl 2005, s. 361-374.
- Atilla İnan, Bütün Yönleriyle Türk Sayıştay'ı, Ankara 1992.
- A. Şeref, Gözübüyük, Sayıştay, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, No: 3-4, s. 303-318.
- A.Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt 2,İdari Yargılama Hukuku, 2. Bası, Ankara 2006.
- Baki Kuru, Hakim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966.
- Baki Kuru/Ramazan Aslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2005.
- Bruno Schmdt- Bleibtreu/ Franz Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Auflage, Berlin, 1995.
- Carsten Brodersen,Rechnungsprüfung für das Parlament in der konstitutionellen Monarchie, 1977.
- Cumhuriyetin 50. yılında Sayıştay, Ankara 1973.
- Ebert Menzel, Eine Art Hilfsorgan der Parlamente, DVBl, 1969.
- Ender Etem Atay, İdare Hukuku, Ankara 2006.
- Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, München, 2006.
- Hansjürgen Manzig, Die Staatsrechtliche Stellung des Bundesrechnungshofes, Köln 1954.
- Hans Reger, Bemerkungen zur Finanzkontrolle, Theorie, allgemeine Sach- und Rechtsfragen, Reform, VerwArch, Bd. 66, 1975.
- Herrmann von Mangoldt, /Friedrich,Klein,/Starck Christian, Kommentar zum Grundgesetz, 2005.
- İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, İstanbul 2006.
- Julia İliopoulos-Strangas, “Grundrechtsschutz in Griechenland”, in: Peter Haberle (Hrsg), Jahresbuch des öffentlichen Rechts, Band 32, Tübingen 1983.
- Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Bursa 2008, (Gözler , İdare).
- Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Bursa 2008.

Türk Ve Alman Sayıştayları

Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, Bursa 2003.

Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München 1980.

Markus Heinzen, in: İngo von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Band, 3, München 2003.

Maunz, Theodor/ Dürig, Günter/Herzog, Roman, Grundgesetz-Kommentar, München, 1997.

Metin Günday, İdare Hukuku, 6. Basım, Ankara 2002.

Norbert Hauser, Rechtsqualität von Prüfungsankündigungen des Bundesrechnungshofs, DÖV, Sebtember 2004, Heft 18, s. 786-790.

Peter, Benin/ Zdenko, Konvicka, Finanzkontrolle International Gesehen. Wien 1967.

Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: 2, İstanbul 1966.

Selim, Kaneti, Sayıştay'ın Anayasal Konumu, in I. Ulusal İdare Hukuku kongresi, 3. Kitap , Ankara 1990.

Thomas Gross, Exekutive Befugnisse der Rechnungshöfe, Verwaltungsarchiv 2004.

Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht, München 1963.

Yavuz Sabuncu, Sayıştay Üyelerinin Seçimi ve 1982 Anayasası, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay., No: 7, Ankara 1988.

BOŞ

MUKAYESELİ HUKUK VE HUKUK TARİHİ
AÇISINDAN YAPTIRIM TÜRÜ OLARAK TEŞHİR

Ahmet KILINÇ¹

PILLORY AS A SANCTION IN TERMS OF
COMPARATIVE LAW AND HISTORY OF LAW

ÖZET

Bu makalenin konusunu mukayeseli hukuk ve hukuk tarihi bilimleri ışığında ceza hukuku yaptırımı şeklinde uygulanan teşhir oluşturmaktadır. Biz teşhiri geniş yorumlayarak, teşhir edilen olgunun çeşitli yöntemlerle diğer kişiler tarafından bilinmesi en azından ondan haberdar olunması olarak algılıyoruz. Çağdaş ceza hukukunun ortaya koyduğu iyi bir cezada olması gereken şahsilik, insan onuruyla bağdaşma ve düzeltilebilirlik prensipleri dikkate alındığında teşhiri teknik anlamda ceza olarak kabul etmemek gerekir. Fakat hukuk tarihinde çeşitli devletlerde teşhir, hem bir ceza olarak uygulanmış hem de hükmün alenen infazı şeklinde karşımıza çıkmıştır. Çok yakın tarihe kadar ise teşhir ülkemizde hükmün ilanı şeklinde kendisini göstermiştir. Bugün ise Amerika Birleşik Devletleri'nde teşhir, güvenlik tedbiri şeklinde uygulanmaktadır. Faili teşhir etmek ile onun doğrudan manevi varlığına bir müdahale söz konusu olmaktadır. Bu nedenle bu müessese kullanılırken çok dikkatli olmak gerekir.

Anahtar Kelimeler: Teşhir, Hükmün İlanı, Hükmün Alenen İnfazı

ABSTRACT

This essay examines pillory that is a penal sanction in the light of comparative law and history of law disciplines. We put a wide interpretation on pillory and we think if the people knew about the pilloried subject in any wise, we could easily say there is a pillory. Taking on board the principles of contemporary penal law, pillory is not a penalty. But in the history of law at the various countries pillory is used as a penalty and you can find pillory as public execution of sentence. In Turkey pillory was used as proclaim of sentence. Today in United States of America pillory is used as safety measure. Pillorying the offender interferes in human rights. So executer must be very careful while using pillory.

Key Words: Pillory, Proclaim of Sentence, Public Execution of the Sentence

¹ Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Bir kamu hukuku dalı olan ceza hukukunun konusunun genel bir anlatımla suçlar ve cezalar olduğu herkesçe bilinen bir gerçektir. Anılan suçlar ve cezaların neler olduğu; bunların nasıl belirleneceği, kısacası ceza hukukunun temel ilkeleri belli bir tarihi gelişim neticesinde ortaya çıkmıştır. Bu gelişim evresinde insanoğlu çeşitli suç türleri ve bunlara uygulanacak yaptırım türleri oluşturmuştur.

Bu çalışmamızla zamanında hem milli hukukumuzda hem de mukayeseli hukukta bazen ceza bazen cezanın infazı şeklinde uygulanan bir müesseseyi, teşhiri irdelemeye çalışacağız. Hemen ifade edelim ki, biz teşhir kavramını bu araştırmamızda sadece yaptırım aracı olarak irdeleyeceğiz. Teşhircilik örneğinde olduğu gibi kavramının kendisinin suç teşkil etmesi veya müessesenin –disiplin cezası olarak teşhire başvurulması gibi- idare hukuku boyutu araştırma kapsamımızın dışında yer alacaktır.

Teşhir denilince akla ilk gelen husus, kişinin bizzat kendisinin toplum önünde ifşa edilmesidir. Acaba teşhir sadece bundan mı ibarettir? Günümüzde çağın konjonktürüne uygun olarak teşhir uygulanmakta mıdır? Bu sorulara cevap verebilmemiz için teşhir kavramından ne anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi lazımdır. Kavramın muhtevasının tespit edilmesinin ardından, onun hangi ceza hukuku müesseseleriyle ilişkili olduğu; hatta teşhirin doğrudan bir ceza hukuku müessesesi olup olmadığını da araştırmak gerekmektedir.

Keza zamanında sadece ibret ve genel önleyici amaca hizmet eden teşhir müessesesi günümüzde farklı amaçlara hizmet etmekte midir? Bu soruya verilecek cevabın ceza hukukuna yansımaları nasıl olacaktır?

Araştırmamızı sadece Türk hukuk sistemi içerisinde değil, diğer milletlerin hukuk sistemlerinde de sürdürmeye çalışacağız. Bunu yaparken diğer ülkelerde uygulanan veya uygulanmış olan teşhiri veya benzer uygulamaları, o ülkelere has ayrı başlıklar altında değil, konunun içerisinde değerlendireceğiz.

Gerek umumi hukuk tarihinde gerekse milli hukuk tarihimizde teşhirin, hangi ihtiyacı gidermek amacıyla uygulandığını, ne gibi bir değişikliğe maruz kaldığını ve ortadan kalkmasının gerekçelerini belirlemek suretiyle söz konusu kavramla ilgili hukuk kültürü oluşturulacaktır. Bu şekilde yapılacak olan bir irdeleme ile teşhir müessesesinin hukuk tarihinde uygulanış şekli ile günümüzdeki uygulanış biçimi arasında bir benzerlik olup olmadığı da ortaya konacaktır. Hem hukuk tarihinin bize kazandırmış olduğu birikimden hem de mukayeseli hukuktan yararlanarak pozitif ceza hukukuna bir katkıda bulunmaya çalışmak, araştırmamızın naçizane hedeflerindedir.

A.TEŞHİRİN KAPSAMI (TEŞHİRDEN NE ANLAŞILMASI GEREKTİĞİ)

Arapça ş-h-r kökünden türemiş olan “Teşhir” kelimesi, Türk Dil Kurumu sözlüğünde birkaç anlamda ifade edilmektedir:² 1) Gösterme, 2) Sergileme 3) Herkese duyurma, dile düşürme ve 4) Bir hükümlüyü ceza olarak halka gösterme. Ferit DEVELLİOĞLU da kelimeyi benzer bir şekilde açıklamıştır:³ 1)Şöhretlendirme, şöhretlendirilme, 2) Gösterme, 3) Sergiye koyup herkese gösterme, 4) (bir mahkûmu) hakarete uğratmak için halka gösterme, 5) Dillere düşürme, ortalığa duyurma, 6) çekme, çekilme (teşhir-i silah: silah çekme).

Kelimenin yukarda verilen tanımlarından ve kökeni olan şöhretten de anlaşılacağı üzere kavramsal açıdan “teşhir” ile ifade edilmek istenen husus, diğer insanların teşhir edilecek olan olguyu bilmeleri, o olgudan haberdar olmalarıdır. Ayrıca kelimeyi etimolojik olarak irdelediğimizde, insan zihninde olumsuz bir intiba bırakmaktadır. Teşhir kelimesinin kullanıldığı cümlelerde; başkalarının teşhir edilen olgudan haberdar olmaları, o olgunun olumlu özelliklerini değil; kötü izlenimlerini çağrıştırmaktadır.

Biz teşhiri, dar ve geniş anlamda yorumlamak gerektiğini düşünüyoruz. Teşhiri geniş olarak yorumladığımızda, spesifik olarak kavramı ifade eden hususların tamamında ortak olan noktayı vurgulamak gerekir. Teşhir etmek veya edilmek ile ifade edilen ortak husus teşhir edilenin diğer kişiler tarafından her ne şekilde olursa olsun bilinmesi ya da o olgudan bir şekilde haberdar olmalarıdır. Teşhir edilenin bir şekilde diğer kişiler tarafından bilinmesi özellikle günümüzde çok çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. Örneğin internet, basın ve yayın bu amaca rahatlıkla hizmet etmektedir.

Geniş anlamda teşhir denildiği vakit, bizzat o olgunun kendisinin bilinmesi değil, öyle bir olgunun var olduğunun bilinmesi de anlaşılmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, örneğin bir mahkûm hakkında verilen cezayı topluma duyururken mutlaka o mahkûmun da orda olması gerekmektedir; sadece verilen kararın topluma duyurulması da o kişinin teşhir edilmesi anlamına gelmektedir.

Teşhiri dar anlamda yorumlarsak, bizzat o olgunun tüm toplum önüne çıkarılarak

² <http://www.tdk.org.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=te%c5%9fhir> e.t.: 25.02.2009.

³ Ferit DEVELLİOĞLU, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın Kitabevi, Ankara, 2007, s. 1096.

haberdar edilmesi, sergilenmesi ya da gösterilmesi olarak algılayabiliriz⁴. Bizce, buradaki en önemli fark teşhir edilecek hususun bizzat topluma doğrudan doğruya ifşa edilmesidir. Konuya ceza hukuku açısından bakacak olursak, bizzat suçlunun toplum önünde ifşa edilmesi akla gelebilir.

Anlatılmaya çalışıldığı üzere teşhirden anlaşılması gereken husus bakış açısına göre değişebilmektedir. Tüm bu açılara göre de kavramın ceza hukukuyla olan bağlantısı değişebilmektedir.

B.TEŞHİRİN CEZA HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

Teşhirin ceza hukuku ile olan bağlantısı çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir. Bu şekiller, teşhire verilen anlamlara göre değişmektedir. Bu çeşitli şekildeki anlamlandırmalar doğrultusunda, burada araştırmaya çalıştığımız husus, teşhirin ceza hukukunda başlı başına bir müessese olup olmadığı noktasında başlamaktadır. Eğer teşhir tek başına bir ceza hukuku kavramı değil ise anılan bilim dalının hangi müesseselerle ilişkilendirilebilir? Bizce teşhirin ceza hukukuyla kesiştiği veya üzerinde durulması gereken noktalar şunlardır: 1)Teşhirin hukuki niteliği yani bir yaptırım türü olup olmadığı 2) Hükmün ilanı ve teşhir 3) Hükmün alenen infazı ve teşhir.

1.Teşhirin Hukuki Niteliği

Yukarıda arz edildiği üzere sözlükler kelimeyi, özellikle bizim araştırma alanımız açısından da tanımlamışlardır. Her üç sözlük⁵ de teşhirin bir *ceza* olduğunu açıkça ifade etmiştir. Bu bağlamda ceza hatta daha üst bir kavram olan *yaptırım* müessesesi hakkında bilgi vermek gerekir. Çağdaş toplumlarda yaptırım, insanın yükümlülüklerine aykırı davranmasının gerekli kıldığı hukuki sonuç olarak tanımlanmıştır⁶. Teknik olarak yaptırım ise ceza ve güvenlik tedbiri olarak uygulanabilmektedir. Bu bağlamda teşhirin bir ceza ve güvenlik tedbiri olup olmadığını ayrı ayrı irdelemek gerektiği kanısındayız.

a.Teşhir Bir Ceza Mıdır?

Öncelikle “ceza” müessesesiyle anlaşılmasını gerekeni ortaya koymak lazımdır. Bu şekilde teşhirin bir ceza olabilirliliğini tartışacağız.

⁴ Kâmûs-ı Türkî’de de kavram bu şekilde ifade edilmektedir: “Bir cürüm ve cinayet sahibini, ibret amaçlı umuma açık bir yere çıkarıp gösterme” Bk. Şemsettin SAMİ, *Kâmûs-ı Türkî*, Osmanlıca-Osmanlıca Sözlük, Çağrı Yayınları, İstanbul 2006, s. 414.

⁵ Türk Dil Kurumu, Ferit DEVELLİOĞLU ve Şemsettin SAMİ’nin sözlükleri.

⁶ İzzet ÖZGENÇ, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, 2’nci baskı, Ankara, 2005, s. 588.

Yaptırım Türü Olarak Teşhir

Ceza, öğretide şu şekilde tanımlanmıştır: Sadece kanunla konulabilen; amacı, suç işlediği mahkeme kararıyla sabit olan kimseyi yine mahkeme kararıyla kusurunun karşılığı olarak bazı yoksunluklara tabi kılarak, ıslah etmek ve genel önlemeyi temin etmek için korkutucu yaptırımdır⁷. Bu bağlamda *ceza* olarak ifade edilecek olgunun kendine has bazı niteliklere sahip olması gerekir. Bu nitelikleri şu şekilde sıralayabiliriz: 1) Ceza acı çektirir ve ızdırap verir 2) Korkutucudur 3) Sadece kanunla konulabilir 4) Kusurun karşılığı olarak faile verilir 5) Mahkeme kararıyla hükmedilir.

Cezanın bu tanımı belli bir tarihi gelişim neticesinde ortaya çıkmış ve günümüz ceza hukuku tarafından kabul görmüştür. Kelime anlamı olarak ceza “Uygunsuz davranışlarda bulunanlara uygulanan üzüntü, sıkıntı, acı verici işlem veya yaptırım” olarak ifade edilmiştir⁸. Tarihi süreçte de ceza bozulan kamu düzeni neticesinde acı, ızdırap, sıkıntı veren bir işlem olarak uygulanmıştır. Bu nokta teşhir kavramı açısından önem arz etmektedir. Zira geçmişte bazı dönemlerde teşhir bir ceza hukuku müessesesi olarak uygulanmıştır. O halde teşhirin ceza olup olmadığını tarihteki uygulamalar ve günümüz bakış açısından ayrı ayrı irdelemek gerekir.

i.Çağdaş Ceza Hukuku Açısından

Çağdaş ceza hukukunda cezanın sahip olması gereken niteliklerden ilki onun, *insan onuruyla bağdaşır* olmasıdır⁹. Bu husus gerek ulusal alanda, Anayasalarda gerekse uluslararası belgelerde sıklıkla vurgulanmıştır¹⁰. Cezanın suçun ağırlığıyla *orantılı* olması da çağdaş ceza hukukunun kabul ettiği bir diğer ilkedir. Öte yandan ceza *kişisel* olmalı, başkalarını etkilememelidir. Bu etki, hem araştırdığımız kavram açısından hem de diğer ceza türleri için mühimdir. Zira ceza dolaylı da olsa suçlunun yakınlarını etkilemektedir. Yakınlar, maddi destekten yoksun kalarak doğrudan etkilenebilecekleri gibi toplumda saygınlıklarının azalması gibi dolaylı da etkilenebilmektedir. Günümüz ceza hukuku açısından bu noktada hâkime mühim bir görev düşmektedir. Hâkim, cezayı belirlerken cezanın ortaya çıkaracağı bu yan etkileri en aza indirmeye çalışmalıdır¹¹. Aynı zamanda ceza *düzeltilbilir*

⁷ Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 9’ncü baskı, Ankara, 2006, s. 279.

⁸ <http://www.tdk.org.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFA66AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=ceza> e.t.: 25.02.2009.

⁹ Nur CENTEL, Hamide ZAFER, Özlem ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 4’ncü baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 551.

¹⁰ Örneğin Türk Anayasasının 17/3’e göre kimse onuruyla bağdaşmayan bir cezaya veya işleme tabi tutulamaz. Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3’ncü maddesine göre “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz”.

¹¹ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 551.

olmalıdır. Soruşturmayı yürüten ve karar verenin insan olması ve insanların da hata yapabilecekleri gerçeğinden yola çıkarak, verilecek olan cezanın düzeltilebilir olması gerektiği rahatlıkla söylenebilir. Başka bir ifadeyle adli hata yapılması durumunda ceza *telafi edilebilmeli*, *tamir edilebilmeli* veya cezanın *geri alınması mümkün olmalıdır*¹². Son olarak çağdaş ceza hukuku hapis cezasının son çare olarak uygulanması eğilimindedir.

Cezalar ele alınış tarzlarına göre çeşitli sınıflara ayrılabilir¹³. Hukuki nitelikleri açısından cezalar, asli ceza ve ek ceza olarak ikiye ayrılabilir. Asli ceza, yasada doğrudan doğruya suçun karşılığı olarak öngörülmüş bulunan ceza iken; ek ceza, hâkimin takdirine göre ya da yasal olarak eklenen cezadır. Yöneldikleri değerler açısından ise cezalar; *özgürlüğe yönelik cezalar* ki bunlar hapis cezalarıdır, *yaşama yönelik cezalar* ki bu ölüm cezasıdır, *malvarlığına yönelik cezalar* (para cezaları), *şerefe yönelik cezalar* (mahkûmiyet hükmünün yayınlanması gibi) olarak dörde ayrılırlar.

Yukarda arz edilen ceza tanımından yola çıkarak, ilk bakışta teşhirin bir çeşit ceza olabileceği sonucuna varılabilmektedir. Zira kanun ile düzenlemesi şartıyla teşhir kişiye özellikle manevi açıdan acı çektirmektedir, korkutmaktadır ve sadece fail hakkında uygulanabilmektedir. Ayrıca bunun şerefe yönelik bir ceza olduğu kanısına varılabilmektedir.

Fakat teşhire, çağdaş bir cezada olması gereken ilkeler açısından bakacak olursak, böyle bir uygulamanın bir ceza olarak nitelendirilemeyeceğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Bu kaniya varmamızın ilk sebebi böyle bir cezanın *insan onuru veya haysiyetiyle* bağdaşmamasıdır. Temel hak teorisi açısından insan onuru kişinin sahip olduğu manevi varlığını, bütünlüğünü ifade etmektedir. Kişinin manevi bütünlüğü ise sert çekirdekli temel haklardan olduğu için hiçbir şekilde olağanüstü hallerde dâhil olmak üzere kullanılması veya yararlanılması durdurulamaz¹⁴. Kişin toplum içerisinde suçlu olarak ifşa edilmesi onun haysiyetiyle doğrudan alakalıdır. Böyle bir ceza verilmesi durumunda kişinin haysiyetinin ve onurunun zedeleneceği aşikârdır. Ayrıca bu şekilde ceza ile elde edilmesi amaçlanan mahkûmun ıslahının da bu şekilde önüne geçilmiş olacaktır.

Teşhirin bir ceza olarak uygulanması cezanın telafi edilebilirliği ya da

¹² ÖZTÜRK, ERDEM, s. 279.

¹³ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 556-557.

¹⁴ Zafer GÖREN, **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 4'ncü baskı, İzmir, 2000, s. 33; Ali Rıza ÇOBAN; "İnsan Hakları Hukukunda 'Dokunulmaz Haklar' (Sert Çekirdekli Temel Haklar)", **Argumentum Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 7 Sayı: 52, Nisan-Mayıs-Haziran 1997.

düzeltilbilirliği açısından da sakıncalıdır. Zira hukuka aykırı bir karar ile teşhir edilerek cezalandırılan kişi, toplum nezdinde suçlu olarak bilinmiş ve kabul edilmiş olunacaktır. Fakat verilen kararın hukuka uygun olmamasından dolayı o kişinin toplumdaki eski saygınlığına ulaşması zordur. Bir kere bunu pratik olarak uygulamak çok zordur. Kişinin suçlu olmadığına teşhir edilmesi ne derece uygulanabilecektir veya suçlu olmadığına teşhiri o kişiyi suçlu olarak gören veya bilen tüm kişilere ulaşabilecek midir? Bu sorulara doğaldır ki menfi cevap vermek gerekir. Dolayısıyla telafisi neredeyse mümkün olmayan bir alternatifin ceza olarak algılanması, çağdaş ceza hukuku prensipleriyle bağdaşmayacağı yönünde bir fikre sebep olmaktadır.

Cezaların şahsiliği prensibi de teşhirin ceza olarak uygulanamayacağı sonucunu çıkarma düşüncesini destekleyen bir diğer ilkedir. Teşhirin bir ceza olarak kabul edildiği varsayımından hareketle, teşhir edilen kadar onun en yakınları da bundan özellikle manevi açıdan zarar göreceklerdir. Teşhir edilecek olan kişinin eşi, çocukları annesi babası gibi akrabaları veya arkadaşları dostları gibi yakın çevresi de benzer şekilde manevi ızdırap görecekler ve yine o kişi gibi toplum nezdinde saygınlıklarında azalma gerçekleşecektir. Cezanın damgalama özelliği, teşhir dışındaki diğer cezalar için de geçerlidir. Fakat öğretilerde, kanun koyucuların bu cezaları dahi koyarken cezanın “etkilerini doğal niteliklerinin dışına taşırmayacak” bazı tedbirler alması gerektiği vurgulanmıştır¹⁵.

Teşhirin ceza olup olmadığı *Türk Anayasa Mahkemesinin* bir kararında da dolaylı olarak tartışılmıştır. Mahkemenin konumuzla ilgili olarak verdiği kararın özü esas itibarıyla şudur¹⁶: 213 sayılı VUK’nun 5. maddesinin sonuna eklenen fıkra ile VUK’nun bazı hükümlerine uymayan mükelleflerin Maliye ve Gümrük Bakanlığınca belirlenecek usul ve esaslara göre basın ve TRT yoluyla açıklanmasının vergi mahremiyeti ilkesinin ihlali sayılmayacağı hükmü getirilmiştir. Dava dilekçesinde “... Basın ve TRT yoluyla açıklama, teşhir etme, vergi mükellefinin veya sorumlusunun cezalandırılmasıdır” görüşü öne sürülerek, eklenen fıkranın; Anayasa’nın “Ceza ve ceza yerine seçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” diyen 38. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı olduğu iddia edilmiştir.

AYM söz konusu maddenin dilekçede öne sürüldüğü gibi Anayasa’nın; “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” diyen 38. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı olup olmadığını incelemek için, öncelikle “basın ve TRT

¹⁵ Sulhi DÖNMEZER, *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 280.

¹⁶ Anayasa Mahkemesinin 1986/5 esas, 1987/7 karar ve 19.3.1987 günlü kararı için bk. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1987/K1987-07.htm> e.t.: 25.02.2009.

yolu ile açıklama”nın bir *ceza* olup olmadığının aydınlığa kavuşturması gerektiğini hissetmiştir. Mahkeme şu şekilde bir yorum yapmıştır: “Bu konuda yapılacak ilk tespit, söz konusu fıkranın VUK’nun “ceza hükümleri” ile ilgili dördüncü kitabında değil “vergilendirme” adını taşıyan birinci kitabında yer almış olmasıdır. Yasanın bu düzenleme şekli, kanun koyucunun basın ve TRT yoluyla açıklama yapılmasını bir ceza niteliğinde görmediğini ortaya koyar. Bu sonucu doğrulayan ikinci tespit, söz konusu fıkra gerekçesinde “...yeni getirilmekte olan bu uygulamanın mükellefler ve vergi sorumluları üzerinde psikolojik etki yapacağı, dolayısıyla vergi kaçığının önlenmesi için etkin bir araç olacağından” söz edilmesidir. Bu iki hususun açıklıkla ortaya koyduğu; basın ve TRT yoluyla açıklamanın, Kanun koyucu tarafından bir “ceza” niteliğinde ele alınmadığıdır. Kanun koyucu, böyle bir açıklamanın ilgililerde ve kamuoyunda yaratacağı psikolojik etki nedeniyle vergi kaçığının önlenmesi, hiç değilse azaltılması gibi, son derece önemli bir kamu yararının korunmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle söz konusu fıkranın dilekçede iddia edildiği şekilde, Anayasa’nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı bir yanı yoktur.”

AYM kararın ilerleyen kısmında söz konusu fıkra ile getirilen düzenlemenin kişiler üzerinde yapacağı etki nedeniyle bir “ceza” niteliğinde olabileceğini kabul etmiş; fakat bu durumda da anılan fıkranın Anayasa’nın 38. maddesinin üçüncü fıkrası ile 7. ve 8. maddelerine aykırı bir yönü olmayacağına hükmetmiştir. Çünkü Mahkemeye göre öngörülen cezaya tabi tutulacak eylemlerden biri VUK’nun 153-257. maddeleri tarafından ayrıntılı biçimde belirlenen belge düzenine uymamak; diğeri de Vergi Kanunları hükümlerine aykırı hareket etmektedir. VUK’nun 331-376. maddelerinde vergi kaybına neden olan fiillerde vergi cezaları açıkça belirlenmiş bulunduğunu belirten mahkeme, böyle bir düzenlemenin de hem suçun ve hem de cezanın kanuniliği ilkesi gerçekleşmiş bulunduğunu savunmuştur. Netice itibarıyla mahkeme bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir¹⁷.

Bizce AYM kendi içinde çelişen bir karar vermiştir. Öncelikle teşhirin bir ceza olmadığına karar vermiştir. Bunu yaparken de madde metnin içeriğine bakmadan, metnin konduğu maddenin yasanın hangi bölümünde yer aldığını temel alarak karar vermiştir. Daha sonra da teşhirin bir ceza olarak nitelendirildiğini kabul etmiş, ama teşhiri ayrı bir ceza olarak algılamamış; diğer cezaları dikkate almıştır. Yani kişi teşhirine sebep olacak suçları işlediye bu kişinin teşhir edilip edilmemesi arasında fark görmemiştir. Daha net bir ifadeyle teşhiri yine bir ceza veya güvenlik tedbiri olarak görmemiştir.

¹⁷ 29.07.1998 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 4369 sayılı kanun ile Anayasaya aykırı bulunmayan işbu fıkra yürürlükten kaldırılmıştır.

ii. Teşhirin Ceza Olarak Uygulandığı Dönemler

Teşhir kavramını açıklamaya çalışırken atıfta bulunduğumuz sözlüklerde bu kavram aynı zamanda bir ceza olarak da ifade edilmiştir. Bunun sebebi kavramın tarihi gelişimi ile ilgilidir. Zaten kelimenin anlamlarını bir bütün olarak ele aldığımızda insan zihninde olumsuz bir kanı uyandırması da bundan kaynaklanmaktadır.

Teşhirin ceza olarak uygulandığı dönem cezanın ilahi ve kamusal ölç dönemine tekabül etmektedir. Bu dönemde cezalar, toplumsal ölç ve ibret temeline dayanmakta, cezanın amacının korkutarak toplumu savunma olduğu düşünülmekteydi¹⁸. Dikkat edilirse bu dönemin ceza sisteminin üzerinde durduğu husus ölç alma prensibi, ibret verme ilkesi ve korkutma düşüncesidir ki bunlar teşhir ile rahatlıkla sağlanabilecektir. Bu bağlamda bu dönemde teşhir doğrudan bir ceza olarak uygulanmıştır.

Düşüncemizi somut örnekle ifade etmek gerekirse, Almanya’da *pranger* denilen sistemle Ek 1’deki resimde de görüldüğü üzere mahkûm toplum tarafından rahatlıkla görülebilmesi için şehrin merkezine dikilmiş olan bir direğe bağlanırdı¹⁹. Burada üzerinde durulmasını gereken nokta bu direğin bir işkence aleti olarak kullanılmamış olmasıdır; buradaki amaç mahkûmu toplum önünde küçük düşürme, utanç verme veya rezil etmedir. *Public humiliation* olarak da ifade edilen bu sistem, o dönemde küçük veya önemsiz olarak nitelendirilen suçlara uygulanmıştır²⁰. Bu ve benzeri uygulamalar gerek koloni Amerikasında gerekse Uzak Doğuda da uygulanmıştır.

Teşhiri Türk Ceza hukuku tarihi açısından da irdelemek isteriz. Malum olduğu üzere Osmanlı hukuk sistemi şer’i hukuk ve örfi hukuk olmak üzere ikili bir yapıya sahiptir. Bu nedenle öncelikle İslam hukukunda teşhirin varlığını tartışmak gerekir. İslam hukukunda teşhirin bir ceza olarak kabul edildiği görüşü mevcuttur. Buna göre tazir²¹ cezalarından sayılan teşhir, suçlunun işlediği suçun insanlara duyurularak ondan sakıncaları hususunda uyarılmaları ve yaptığı rezilliklerin herkese duyurulması olarak algılanmış ve hukuki kaynak olarak da şu ayete dayanılmıştır:²²

¹⁸ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 8.

¹⁹ <http://en.wikipedia.org/wiki/Pranger> e.t: 25.02.2009.

²⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/Public_humiliation e.t.: 25.02.2009.

²¹ Tazir suç ve cezası çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Halil CİN, Gül AKYILMAZ’a göre tazir, had ve kısas suç ve cezaları dışında kalan, miktar ve keyfiyeti Kur’an ve Sünnet tarafından tespit edilmemiş olan, bu nedenle düzenlenmesi devlet başkanına veya onun vereceği yetkiyle hâkime bırakılmış bulunan suç ve cezalardır. Halil CİN, Gül AKYILMAZ, **Türk Hukuk Tarihi**, Sayram Yayınları, Konya 2003, s. 238. Bir başka tanımda şu şekildedir: İslam hukuku kaynaklarında gerek suç, gerek karşılığında cezası gösterilmiş olmamakla beraber, kişilere veya kamuya zarar verdikleri için ulümler tarafından cezalandırılan fiiller olarak geçmektedir. Metin HÜLAGU, **İslam Hukukunda Hapis Cezası**, Rey Yayıncılık, Kayseri, 1996, s. 37.

²² Abdurrahman MALİKİ, “Tazir Cezalarının Çeşitleri”, **İslam Hukukunda Ceza**, http://www.hilafet.com/kitaplar/Islam_Hukukunda_Ceza/26.htm e.t.: 25.02.2009.

“Mü’minlerden bir topluluk da onların cezalandırılmasına şahit olsun.”²³ İslam ceza hukuku uygulamasında tazir suçlarında hâkime çok büyük bir takdir yetkisi verilmektedir. Bu bağlamda Osmanlı Ceza hukukunda da hâkim mahkûmun yüzünü karalayarak veya sakalını kestirerek teşhirine de karar verebilmiştir²⁴.

Osmanlı uygulamasında teşhir, tespit ettiğimiz kadarıyla Fatih Kanunnamesinde, Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesinde ve Bosna Kanunnamesinde yer almaktadır. Bu kaynaklarda teşhir genellikle zina suçunda verilen bir ceza olarak karşımıza çıkmaktadır. Ek 2’deki resimde de görüldüğü gibi mahkûm bir eşek üstüne ters bindirilmiş ve başına işkembe sarılmış halde sokaklarda dolaştırılarak cezalandırılabilmiştir. Bu husus o dönemde yazılan yabancı kitaplarda da yer almaktadır²⁵. Osmanlının son dönemlerinde ise teşhire başvurulmakla birlikte diğer suçlarda olduğu gibi salt bir ceza olarak uygulanmamış, asli cezaya ek olarak uygulanmıştır. “Ahiçelebi kazasında Kırsuyu mevkiinde fesad gayesiyle, Bulgar askerlerinin silahlı olarak hudud-ı hakaniye tecavüz ve asker üzerine silah atmalarına sebep vermesinden dolayı, Dere karyesinden Yovan oğlu ÇOBAN Gorgi’nin **teşhir edilerek**, irade-i seniye gereği üç sene kürek cezasına çarptırıldığı”²⁶ veya “Saçıklaralı Aşireti’nden Mustafa’nın kızı Emine’nin ırzına geçen Mustafa Ali’nin mahallinde **teşhir olunup** tazminat alındıktan sonra kürek cezası verilmesi ve bu konuda kendisine yardımcı olan arkadaşlarının da hapsedilmesi” bu konuda verilmiş mahkeme kararlarına örnektir²⁷. Benzer bir şekilde, bir satıcı eksik tartı veya eksik ölçü kullanırsa, başı ağır bir tahtaya geçirilir, tahtadan ufak çanlar sarkar ya da boynuna ağır, büyük boyda bir çan takılarak teşhir edilirdi²⁸. Osmanlının teşhiri bu şekilde uygulamasının bir ceza vermek amacıyla mı yoksa güvenlik tedbiri olarak mı uyguladığı tartışılabilir. Biz burada amacın bir ceza olduğunu düşünüyoruz. Zira mahkûmlar teşhir edildikten sonra serbest bırakılmayıp diğer cezaları çekmeleri

²³ Nur Suresi 2’nci ayet, son cümle. Bk. http://www.diyaret.gov.tr/kuran/ayet.asp?Kuran_id=24&Ayete_No=2&I3.x=10&I3.y=4 e.t.: 23.02.2009.

²⁴ İlhan AKBULUT, “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, **AÜHFİD**, cilt 52, sayı 1, Ankara, 2003, s. 179; Çoşkun ÜÇÖK, Ahmet MUMCU, Gülnihal BOZKURT, **Türk Hukuk Tarihi**, Savaş Yayınevi, 9’ncü baskı, Ankara, 1999, s. 82; Mehmet Akif AYDIN, **Türk Hukuk Tarihi**, Beta Yayınları, 3’ncü baskı, İstanbul, 1999, s. 212.

²⁵ Teodora SPANDUGINO, **La Genealogie du Grand Turc**, <http://blog.milliyet.com.tr/Blog.aspx?BlogNo=33111> e.t.: 25.02.2009.

²⁶ Hicri 27.R.1325, [http://www.devletarsivleri.gov.tr/katalog/Dahiliye Nezareti, Mektubi Kalemi](http://www.devletarsivleri.gov.tr/katalog/Dahiliye%20Nezareti,%20Mektubi%20Kalemi), e.t.: 23.02.2009.

²⁷ Hicri 07.C.1277, [http://www.devletarsivleri.gov.tr/katalog/Sadaret Mektubi Kalemi](http://www.devletarsivleri.gov.tr/katalog/Sadaret%20Mektubi%20Kalemi), Meclis-i Vâlâ Evrakı, e.t.: 23.02.2009.

²⁸ Mehmet AKMAN, **Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması**, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 78.

Yaptırım Türü Olarak Teşhir

sağlanmışır. Bunun sadece bir güvenlik tedbiri olduğunun düşünölebilmesi için bizce o kişinin serbest bırakılmış olması gerekirdi.

1858 tarihli ceza kanunundaki *maatteşhir kürek* cezası, bazı mahkûmların teşhirini gerektiriyordu. Anılan kanunun 19'ncu maddesine göre kastedilen teşhir, mahkûmun bir alanda veya insanların yoğun olarak gelip geçtiğı bir yerde, mahkeme kararının kalın harflerle yazılı olduğü metnin göğsüne konularak iki saat bekletilmesidir²⁹. Madde metnine göre teşhirden muaf tutulacak iki tür grup vardır: On sekiz yaşından küçükler ve yetmiş yaşından büyükler. Uygulama sırasında, farklı dinlere mensup din adamlarının da teşhir edilmesi şikâyetlere neden olmuş; bunun üzerine din adamlarının cezaları, kanunun 47'nci maddesine göre padişah iradesiyle bir alt cezaya, sürgün cezasına çevrilmiştir³⁰. Böylece teşhir mecburiyeti aşılmaya çalışılmışır. Fakat bu şekilde uygulama da kâfi görülmemiştir. Böylece maddeye bir fıkra eklenerek, "*ehl-i İslamdan ulema ve meşayih ve hutaba ve eimme ile milel-i saireden sıfat-ı ruhaniyesi olanların teşhir kaidesinden muaf ve müstesna*" tutulmaları hükmü getirilmiştir³¹.

Göröldüğü üzere hem milli hukuk tarihimizde hem de diğör hukuk sistemlerinin tarihi gelişiminde teşhir bir ceza olarak uygulanmıştır.

b. Teşhir Bir Güvenlik Tedbiri Midir?

i. Güvenlik Tedbirleri Hakkında Genel Bilgi

Güvenlik tedbiri, işlediğı suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımını olarak tanımlanmıştır³². Hemen ifade etmekte yarar vardır ki; güvenlik tedbirleri de bir çeşit yaptırım oldukları için muhakkak bir suç işlenmesi halinde başvurulması gereken bir kurumdur.

Güvenlik tedbirleri birden çok amaca hizmet etmektedir. Bazen suç işleyen kişinin korunması, iyileştirilmesi, eğitilmesi ve ıslahı hedefi güdülmekte; bazen de suç işleyen kişinin çevresine ve hatta ailesine karşı korunması amaçlanmaktadır. Bizi asıl ilgilendiren husus ise güvenlik tedbiriyle bazı hallerde suç işleyen kişiden toplumun korunmasının amaçlandığı hallerdir. Tabii ki güvenlik tedbirinden güdülen gayeye göre uygulanacak yaptırım çeşitlenebilmektedir.

²⁹ Mustafa ŞENTOP, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku**, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 2004, s. 40; bu madde hakkında ayrıca bk. ÇAĞLAYAN, s. 369.

³⁰ ŞENTOP, s. 40.

³¹ ŞENTOP, s. 40.

³² ÖZGENÇ, s. 632.

Arz ettiğimiz gibi güvenlik tedbirlerinin hedeflerinden biri olan toplumu koruma düşüncesi, suçlunun teşhiri ile sağlanabilmektedir. Bu nedenle öncelikle bu gayeye hizmet eden Türk Hukuk sistemindeki güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu kabaca ortaya koymak gerekir: 1) Akıl hastalarına karşı alınan güvenlik tedbirleri 2) Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (md. 53) 3) Mükerrerlere özgü güvenlik tedbirleri (md. 58) 4) Yabancı suçluların sınır dışı edilmesi (md. 59) 4) Kısa süreli hapis cezası yerine kişinin *belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanması* (md. 50, f. 1, bent d) ya da belli bir *ehliyet ve ruhsat belgesinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma* (md. 50, f. 1, bent e). Tüm bu tedbirlerde mahkûmun içinde bulunduğu durum toplum açısından tehlike arz etmektedir.

Güvenlik tedbirlerinin belki de en önemli özelliği, bu yaptırımın işlenen suçun ağırlığıyla orantılı olarak değil, *tehlikelilik durumu* göz önünde bulundurularak uygulanan bir ceza hukuku yaptırımı olmasıdır³³. Bu husus uygulanması düşünülen güvenlik tedbirlerinden hangisinin tercih edileceği hususunda hâkime yön vermektedir. Güvenlik tedbirinin bir diğer özelliği, buna karar verebilmek için mutlaka mahkeme tarafından verilmiş bir hükme gerek olmamasıdır³⁴.

ii. Cinsel Suç Faillerinin Teşhiri

Bir mahkûmun teşhiri ile o kişinin toplumda var ettiği tehlikelilik statüsü ortadan kaldırılabılır mi? Soruyu şu şekilde de sorabiliriz: Mahkûmu eğer herhangi bir vasıta ile topluma ifşa ederseniz, toplumu koruma altına almış olabilir misiniz?

ABD’de 1994 yılından sonra yürürlüğe giren federal bir yasa çerçevesinde federe devletler, çıkardıkları yasalarla cinsel suçluları internet vasıtasıyla teşhir etmektedirler. Anılan devlette belli bir takım cinsel suçları işlemiş olan mahkûmlar toplum için ciddi bir potansiyel tehdit olarak algılanmış ve toplum için bu tehlikeyi gidermek amacıyla mahkûmları tescil ve teşhir etmenin gerekli olduğu yasal olarak belirtilmiştir. Daha net bir şekilde ifade etmek gerekirse; ABD’de bazı cinsel suçları işlemiş olan mahkûmlar, toplumdaki tehlikeliliklerini gidermek gayesiyle teşhir edilmektedir.

Michigan eyaletinde yürürlükte olan *Cinsel Suçluları Kayıt Kanununun (Sex Offenders Registration Act) Meclis Deklarasyonu, Tanımlama ve Amaç* başlıklı 28.721a maddesine göre eyalet meclisi, anılan kanunda belirtilen cinsel suçlardan birini ika etmekten mahkûm olmuş birinin, başta eyalette yer alan çocuklar olmak

³³ ÖZGENÇ, s. 634.

³⁴ Örneğin TCK md. 223’e göre “yüklenen suçun işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmi-yet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükümlenilir.

üzere halkın sağlığı, güvenliği, ferahı ve ahlâkı için ciddi bir tehlike ve tehdit olduğunu belirlemiştir³⁵. Madde metninde de çok açık bir şekilde görüldüğü üzere belli bazı cinsel suçları işlemiş olan kişiler toplum için bir tehdit ve tehlike olarak algılanmıştır. Yerel kanun koyucu bu tehlikeli durum hakkında bir takım önlemler almak istemiştir. Almış olduğu en önemli önlem, bu kişilerin internet vasıtasıyla teşhir edilmesidir. Adı geçen kanunun 28.728 maddesinde kanunda belirtilen cinsel suçları işlemiş olan mahkûmun, resmi, fiziki özellikleri, doğum tarihi, hangi suçta işlemiş olduğu ve adresi internet vasıtasıyla ilan edilmelidir.

ABD’de hemen hemen tüm eyaletlerde benzeri kanunlar çıkmıştır. Kaliforniya Eyaletinde de *Megan Law* adı altında cinsel suçluların tescil ve teşhirine ilişkin kanun çıkarılmıştır. Buna göre Kaliforniya Adalet Bakanlığına bağlı olarak cinsel suçluları izleme programı kurulmuştur. Bu program kaydedilmiş cinsel suçluların veri tabanlarını temin etmek ve bu verileri www.meganslaw.ca.gov internet sitesinde sergilemekle görevlendirilmiştir³⁶.

1996 yılında kanunlaşan Kaliforniya Megan Kanunu da yerel hukuk uygulayıcılarına (polis şeflerine) kayıtlı cinsel suç faillerini, kamuya karşı bir risk oluşturdukları hakkında kamuyu bilgilendirmeye müsaade etmiştir³⁷. Fakat bunun için kanun öncelikle bu kişilerin tescil, başka bir ifadeyle kayıt altına alınmasını gerekli görmüştür. Anılan kanunun 290 (a)(1)(A) maddesine göre belirli cinsel suçları işlemiş kişiler, Kaliforniya’da ikamet ettikleri veya çalıştıkları ya da okula gittikleri süre zarfında hayatlarının geri kalanı için ikamet ettikleri yerin polis şefi tarafından, eğer ikamet ettikleri yerde polis karakolu yoksa eyalet şerifi tarafından, eğer Kaliforniya Üniversitesi, Kaliforniya Devlet Üniversitesi, kamu okulu veya herhangi bir fakültesinin üzerinde ikamet ediyorsa bu okullardaki polis şefleri tarafından kaydedilmeleri gerekir. Bu kişiler ayrıca il, eyalet ve yerleşke civarına taşınırlarsa veya geçici olarak yerleşirlerse ikamet ettikleri tarihten itibaren 5 iş günü

³⁵ Yasa için bk. [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(vsui0u45qwc1o245ukjl4xqi\)\)/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-28-721a](http://www.legislature.mi.gov/(S(vsui0u45qwc1o245ukjl4xqi))/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-28-721a) e.t.: 23.02.2009. Anılan madde metninin orijinali şu şekildedir: "...The legislature has determined that a person who has been convicted of committing an offense covered by this act poses a potential serious menace and danger to the health, safety, morals, and welfare of the people, and particularly the children, of this state..."

³⁶ <http://www.meganslaw.ca.gov/sexreg.aspx?lang=ENGLISH> e.t.: 23.02.2009. ABD’de diğer eyaletlerde de benzer uygulama mevcuttur: <http://sexoffender.chicagopolice.org/> ve <http://www.mipsor.state.mi.us> e.t.: 25.02.2009

³⁷ Kanununa Megan Kanunu denilmesinin nedeni, yedi yaşındaki *Megan Kanka* adında New Jersey’li kıza bilinen bir çocuk tecavüzcüsünün tecavüz etmesidir. Tecavüzcü suçu işledikten sonra kızın ailesinin gözleri önünde taşınıp gitmiştir. Trajedinin ardından Kanka ailesi, etraftaki cinsel suçlular konusunda yerel yetkilileri uyarmışlardır. <http://www.meganslaw.ca.gov/sexreg.aspx?lang=ENGLISH> e.t.: 23.02.2009.

içerisinde belirtilen polis şefleri tarafından kanuna uygun olarak kaydedilmelidirler³⁸. Ne tür cinsel suçların kayıt edilmesi gerektiği noktasında yaptığımız araştırmalar bize toplam 170 adet cinsel suçun kayıt altına alınmasını gerektiği sonucuna ulaştırdı³⁹.

Anılan kanunun 290.46. (a) (1) maddesine göre bu şekilde tescil edilmiş kişilerin bilgileri, internet vasıtasıyla kamunun erişimine açılmıştır. İşbu madde uyarınca bu kişilerin fotoğrafları, en son bilinen adresleri, doğum tarihleri, boyu, kilosu, göz saç ve ten rengi, işlemiş olduğu suç, vücudunda yara veya benzeri herhangi bir izin olup olmadığı, vücudunun herhangi bir yerinde dövme olup olmadığı ve bilinen lakapları internet vasıtasıyla teşhir edilmektedir. Anılan sitede ayrıca bu suçluların oturdukları yerleri harita üzerinde gösteren bir uygulama da vardır. Kanun nelerin internet sitesinde yayınlanmaması gerektiğine de hükmetmiştir. Buna göre, isim, doğum tarihi, adres veya kaydedilen kişi ile olan ilişkisi gibi mağduru tanımlayan tüm bilgiler; kaydedilmesi gereken kişinin patronunun ismi ve adresi, bu kişinin suç geçmişi internet ortamına aktarılmamalıdır.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da internet ortamında yapılan teşhirin diğer yaptırımlara ek olarak uygulanabilmesidir. Zira anılan kanuna göre bu suçlular hapis hanesinden, tutukevinden, akıl hastanesinden salıverilmeden önce veya şartlı tahliye döneminde, yazılı olarak kayıtla ilgili yapmaları gerekli görevleri⁴⁰ konusunda bilgilendirilir ve bilgilendirme formunun örneği Adalet Bakanlığına gönderilir. Bir cinsel suçlu topluma salıverildiğinde, kurum kayıt bilgilerini Adalet Bakanlığına gönderir.

Bütün kayıtlı cinsel suçlular internet üzerinden görüntülenmeyecektir. Kanun gereği, kayıtlı cinsel suçluların yaklaşık olarak %25'i kamuya ifşa edilmeden hariç tutulmuştur⁴¹. Hangi faillerin kamuya ifşa edileceği işlemiş oldukları suç tipine göre değişmektedir. Yukarda bahsettiğimiz cinsel suçluları izleme programı, tescil edilen

³⁸ California Penal Code, West Group, Kaliforniya, 2002, s. 121; Kanun için ayrıca bk. <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=pen&codebody=&hits=20> e.t: 23.02.2009.

³⁹ Kaydedilmesi gereken cinsel suçlar için bk. <http://meganslaw.ca.gov/registration/offenses.aspx?lang=ENGLISH> e.t.: 23.02.2009.

⁴⁰ Mahkûmlar serbest bırakıldıktan sonra bir takım sorumluluklar yüklenirler: Kaydedilmiş cinsel suçluların, her yıl doğum günlerinden itibaren 5 gün içerisinde kendi bilgilerini güncellemeleri gerekmektedir. Bazı suçlular daha sık zaman aralıklarında güncelleme işini yapmak zorundadır: evsiz kimseler (transients) her 30 günde; cinsel şiddetli yarıtcılar (sexually violent predators) ise her 90 günde bilgilerini güncellemek zorundadırlar. Cinsel suçluları izleme programı, yapılması gereken güncelleme işlemini takip etmektedir ve eğer kayıtlı cinsel suçlu güncelleme işlemini ihlal etmişse, İnternet web sitesi kayıtlı kişinin ihlal durumunda olduğunu gösterir. Kayıtlı kişi, ikametini değiştirirse ya da evsiz hale gelirse; 5 gün içerisinde kayıt bilgilerini bir yerel kurumda güncellerler. Bu kurumda durumu hemen Kaliforniya Adalet Bakanlığına iletir. Kaliforniya Adalet Bakanlığı da yerel kurumlardan kendisine ulaşan bilgileri günlük olarak günceller.

⁴¹ <http://meganslaw.ca.gov/sexreg.aspx?lang=ENGLISH> e.t.: 23.02.2009.

kişinin internet üzerinden ifşa edilmesinden hariç tutulması yönündeki müracaatı konusunda karar vermede yetkili kurumdur. Buna göre sadece aşağıda arz edilen cinsel suçları işlemiş olan tescilli kişiler hariç tutulmaları yönünde müracaatta bulunabilirler: (1) sınırlı cinsel müessir fiil (sexual battery by restraint) (Ceza Kanunu 243.4, fıkra “a”); (2) çocukları taciz cürümü (Ceza Kanunu 647.6 veya önceki bölümde 647a). Şartlı tahliyesini başarılı bir şekilde tamamlamak kaydıyla, fail, ağız veya cinsel organlar yoluyla ilişki (oral or penetration) içermeyen bir suç işlemiş ve bu suçta mağdur failin, çocuğu, üvey çocuğu, torunu veya kardeşi ise bu fail de internet vasıtasıyla teşhir edilmemeyi talep edebilir.

Kanaatimizce, ABD’de teşhir bizim anladığımız manada güvenlik tedbiri olarak uygulanmaktadır. Ülke sadece belli bir tip suçu işlemiş olan kişilerin kamuya ifşa edilmesine müsaade etmiştir. Aynı zamanda bu kişilerin mutlaka bu suçtan dolayı hüküm giymiş olmaları da gerekmektedir. İnternet vasıtasıyla teşhir, verilen diğer cezalara ek olarak uygulanabilmektedir. Bundan maksadımız, cinsel suçu işlemiş olan kişiye yaptırım olarak sadece teşhir uygulanmamaktadır. Konunun güvenlik tedbiri ile olan rabatası ise o kişilerin toplum için bir tehlike arz etmesidir. Sistem kanunda belirttiği üzere bu kişileri toplum için bir risk veya tehdit olarak görmekte, bu tehlikenin giderilmesi için bunların önce kayıt altına alınmasını daha sonra da teşhir edilmesini gerekli kılmaktadır.

2. Hüküm İlanı Ve Teşhir

Teşhirden ne anlaşılması gerektiğini anlatmaya çalışırken, dar ve geniş anlamda teşhir ayrımı yapmıştık. Arz edildiği üzere geniş anlamda teşhir ile kişinin toplum tarafından bir şekilde bilinmesi- ceza hukuku açısından ifade etmek gerekirse, *suçlunun* toplum tarafından bilinmesi- ifade edilmek istenmektedir.

Acaba hüküm ilanı bir çeşit teşhir midir? Bunun için öncelikle hüküm ilanı hakkında kısaca bilgi vermek gerekmektedir. Hüküm ilanı kısaca ve net bir şekilde mahkûm hakkında verilmiş olan hükümün (ilamın) topluma duyurulmasıdır. Teşhiri de geniş anlamda yorumlayacak olursak, hüküm ilanının da bir çeşit teşhir olduğu sonucuna varabiliriz.

Hüküm ilanı müessesesi ETCK’da düzenlenmişti. Anılan kanun, bilindiği üzere İtalyan ceza kanunundan iktibas yoluyla düzenlenmişti. Dönemin İtalyan ceza kanununun 43’ncü maddesine göre “Müebbet ağır hapse mahkûmiyet ilamının hülasası tab olunup hükümün tefhim olunduğu, cürümün işlendiği ve mahkumunaleyhin en son ikamet ettiği komünde ilan olunur”⁴². Maddeden yola çıkarak hüküm ilanı edilmesi

⁴² Majno, *Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları*, Yargıtay Yayınları no: 3, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 155.

ile ilgili olarak şu tespitleri yapabiliriz:

- Sadece karar ilan edilecektir.
- Sadece müebbet ağır hapis cezasına hükmolunan karar ilan edilecektir.
- Kararın sadece sonuç kısmı (özü) ilan edilecektir.
- Karar, 1) kararın verildiği yerde 2) cürümün işlendiği yerde 3) mahkûmun en son ikamet ettiği yerde ilan olunacaktır.

1887 tarihli Zanderelli raporunda bu madde ile ilgili yapılan şu yorum konumuz açısından dikkat çekicidir: “Cürümün ve mücrimin meş’um şöhretine umumi tamirin malûmiyeti tekabül eylemelidir.”⁴³ Yani suç ve o suçu işlemiş olan kişinin kötü bir şöhrete sahip olması, bozulan kamu düzenin düzeltilmesinde rol oynayabilmektedir.

Majno, dönemin İtalyan ceza kanununun özel hükümlerinden de yola çıkarak hükmün ilanının çeşitli amaçlara hizmet ettiğini ifade etmiştir⁴⁴. Örneğin isim, marka, işaret, resim, edebi ve sınaî eserlerin modellerinin taklidi veya bu taklit edilmiş olan maddelerin kullanılması (İtalyan ceza kanunu md. 296) halinde hâkim tarafından belirlenecek bir gazetede hükmün ilanı emrolunabilir. Majno’ya göre bu şekilde hem cezanın tesiri artacaktır; hem de zarara uğrayanın hukuku daha iyi bir şekilde korunacaktır. Dikkat edilirse teşhir ile bir nebze de olsa mağdurun hakları korunmaya çalışılmıştır. Aynı şekilde hakaret ve sövme suçlarında (İtalyan ceza kanunu md. 399) hükümlerin ilanına karar verilebilir. Burada da haysiyeti zarara uğrayanın uğradığı manevi zararın *tamiri* amacıyla ilana karar verilebilmektedir. Devlet memuriyetinin suiistimal edilmesi veya hukuka aykırı olarak kullanılması durumunda da (İtalyan Ceza Kanunu md. 185, 186) hâkim cezanın daha etkili ve ibret verici olması amacıyla hükmün ilanına karar verebilmektedir.

ETCK da benzer kanuni hükümleri benimsemiştir. ETCK md. 43’e göre “idam ve müebbet ağır hapis cezalarını mutazammın olan hüküm ilamının hülasası hükmün sadır olduğu ve cürümün işlendiği mahkumunaleyhin en son ikamet ettiği mahalle veya kariyenin münasip mahallerine asılarak ilan olunur.” Bu durumda şu tespitler yapılabilir:

- Sadece karar ilan edilecektir.
- Sadece müebbet ağır hapis ve idam cezaları ilan edilecektir.
- Hükmün sadece sonuç kısmı (özü) ilan edilecektir.
- Karar, 1) Kararın verildiği yerde 2) Cürümün işlendiği 3) Sanığın en son

⁴³ Majno, s. 155.

⁴⁴ Majno, s. 156.

Yaptırım Türü Olarak Teşhir

ikamet ettiği yerde ilan edilecektir.

- Karar asılarak ilan edilecektir.

Türk literatüründe de hükmün ilanının bir çeşit teşhir olduğu konusunda tartışma yoktur. Hatta bazı yazarlar hükmün ilanını daha da geniş yorumlayarak; ilandan maksadın ibret esasına dayanan bir özelliği olmakla beraber, teşhir muhakkak gerekli görülüyorsa bunun yayın yoluyla da yapılabileceği fikrindedirler⁴⁵. Muhtar ÇAĞLAYAN ise hükmün ilanını *gıyaben teşhir* olarak tanımlamıştır⁴⁶. Yazara göre teşhir ile bir taraftan, çok ağır olan cürümün işlendiğini bilen ve haber almış bulunan kimselerle halka, failin cezalandırıldığını böylece adaletin yerini bulduğunu duyurmaya diğer taraftan da ibret teşkil etmesi suretiyle cezanın genel önleme amacına hizmet edilmiş olmaktadır⁴⁷. Bu sayede teşhir ile toplumun tatmin edilmesi ve halkın devlete olan güveni pekiştirilmiş olmaktadır. Bunun neticesi olarak da hükümden sonra bir intikam devresinin açılması engellenmiş olacaktır⁴⁸.

ETCK da İtalyan Ceza Kanunu gibi memuriyetin suiistimali veya hukuka aykırı olarak kullanılması durumunda hâkime bu durumu ilan edebilme yetkisini vermiştir. Bu bağlamda 252'nci maddeye göre mülki ve askeri memuriyetlerden birini nizamsız olarak ifa ve ifaya teşebbüs eden kimse ile memuriyeti terk etmesi kendisine resmen bildirilmiş iken, yine memuriyete devam eden memurun hapis cezasına ilişkin kararın hülasası suçun işlendiği veya hükümlünün ikamet ettiği vilayet gazetelerinden birinde ilan edilebilecektir. Dikkat edilirse burada esas itibarıyla bir tedbir amaçlanmaktadır. Halkın memur olmadığı halde o görevi yapan kişi hakkında dikkatini çekerek ikaz etmek amaçlanmıştır.

YTCK hükmün ilanı müessesesini ortadan kaldırmıştır. ETCK'da düzenlenen 43'ncü maddeye tekabül edecek bir madde yoktur. ETCK'da 252'nci maddede düzenlenen suç, YTCK'da 262'nci maddede düzenlenmiş fakat hükmün ilanı hususu kaldırılmıştır.

YTCK'da ilk kabul edildiği haliyle iftira suçu basın ve yayın yoluyla işlenirse etkin pişmanlıktan yararlanılamayacaktır. Fakat 5377 sayılı yasayla yapılan değişiklikle "Basın ve yayın yoluyla yapılan iftiradan dolayı etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılabilmesi için, bunun aynı yöntemle yayınlanması gerekir"

⁴⁵ Nejat ÖZTÜRK, **Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, Birinci Cilt, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1966, md. 43.

⁴⁶ M. Muhtar ÇAĞLAYAN, **Türk Ceza Kanunu**, Cilt 1, 3'ncü baskı, Yetkin yayınları, Ankara, 1986, s. 369.

⁴⁷ ÇAĞLAYAN, 369.

⁴⁸ ÇAĞLAYAN, s. 369.

hükmü konmuştur. Hükümet değişiklik gerekçesi olarak “Suç işlendikten sonra basın kuruluşunun el değiştirmesi veya kapanması durumunda yayınlama mümkün olmayacağından madde değiştirilmelidir.” fikrindeydi⁴⁹. Kanun değişikliği ile şuan yürürlükte olan hüküm doğrultusunda teşhirin dolaylı olarak uygulandığını ifade edebiliriz. Zira kişi eğer basın yayın yoluyla işlemiş olduğu iftira suçundan dolayı etkin pişmanlık içerisindeyse, bu husus yine aynı şekilde basın yayın yoluyla yayınlanmalıdır. Bu durumun teşhir ile olan ortak noktası diğer kişilerin bundan haberdar olmasıdır. Fakat hükümet gerekçesinden de anlaşıldığı üzere bu yeni düzenlemedeki amaç teşhir etmek değildir.

Mukayeseli hukuku irdelediğimizde hükmün ilanı bazı devletlerde örneğin İsviçre’de bir ceza olarak değil tedbir olarak uygulanmıştır⁵⁰. İsviçre ceza kanununun 61’nci maddesine göre hükmün ilanı, gerek mahkûmiyet ve gerekse beraat hallerinde karar altına alınabilir. Hâkim ilanın yapılma tarzını belirler. ABD’deki cinsel suçluların internet vasıtasıyla teşhiri de bir nebze de olsa hükmün ilanı kapsamına girmektedir. Zira oradaki uygulamada da cinsel suç failleri teşhir edilirken işlemiş oldukları suç da belirtilmektedir. Farklı olan husus, kararın hangi mahkeme tarafından ve hangi tarihte verildiğini belirtilmemesi; sadece suçlunun işlemiş olduğu suç tipinin vurgulanmasıdır.

Sonuç itibarıyla hükmün ilanı literatürde teşhir olarak kabul edilmiştir. İki uygulamanın ortak özelliği verilen cezanın tesirini artırmayı ve başkalarına ibret olmayı amaçlamasıdır.

3. Hükmün Alenen İnfazı Ve Teşhir

Hükmün alenen infazı ile mahkeme tarafından ne tür bir yaptırıma karar verilirse verilsin bu kararın yerine getirilmesinin halk tarafından izlenmesi anlaşılabilir. Bu durumun teşhir ile olan bağlantısı yine kararın halk tarafından bilinmesi ve hatta izlenmesidir.

Hükmün alenen infazı esas itibarıyla yine ceza hukukunun ilahi ve kamusal ölç döneminde uygulanmıştır. Bu uygulamayla güdülen amaç kefaret ve ibretin ön plana çıkmasıdır. Başlangıcını Hıristiyanlıktan alan kefaret görüşü, cezayı kötülük yapan kişiye azap ve ızdıraplar çektirilerek onun kötülüklerden temizlenmesini sağlayıcı bir araç olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır⁵¹. Bu anlamdaki kefareti sağlamak

⁴⁹ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_sd.birlesim_baslangic?P4=12505&P5=B&PAGE1=31&PAGE2=&web_user_id=4711419 e.t.: 10.12.2007.

⁵⁰ Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, Cilt 1, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 161.

⁵¹ DÖNMEZER, s. 28.

için ise ibret esasına başvuruluyordu. Çünkü verilen cezanın alenen infaz edilmesi ile kamuya ibret olarak, diğer kişiler korkutulmakta ve böylece suç işlemeye eğilimli olanlar suç yolundan alıkonulmaktaydı⁵². Bu iki amacı gerçekleştirebilmek için ise verilen cezaların alenen infaz edilmesi gayeye uygun bir usul olmuştur.

Hükmün alenen infazı çok eski dönemler dışında günümüze yakın zamanda da uygulanmıştır. AİHM önüne gelen bir dava bize bu konuda bilgi vermektedir. 1972 yılında çocuk mahkemesi tarafından bir çocuğa ceza olarak üç adet sopa cezası verilmiş ve bu ceza kanun gereği bir amir polis denetiminde özel bir odada doktor ve çocuğun babası gözetiminde infaz edilmiştir⁵³. Mahkeme bu uygulamayı işkence yasağını düzenleyen 3'ncü madde çerçevesinde değerlendirmiştir. Mahkemeye göre bu ceza *onur kırıcı bir ceza* sayılmalıdır. Çünkü söz konusu ceza ile çocuk, *kendisini hiç tanımayan kişiler önünde çıplak kaba etlerine sopa vurulmak suretiyle aşağılanmıştır*. Anılan davada hüküm tüm toplum önünde infaz edilmemiştir; fakat çocuğun tanımadığı kişiler önünde infaz edilmiştir. Mahkemeye göre de bu durumda çocuğun aşağılanmasına, kendi gözünde utanca boğulmasına yetmiştir. Mahkeme ayrıca cezanın kısmen de olsa alenen infaz edilmesinden dolayı sağlanacak olan genel önleyici amacın –başka bir ifadeyle etkin bir caydırıcılık vasfının-, o cezanın aşağılayıcı olmasını ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir⁵⁴.

Hükmün alenen infazı sadece Avrupa'da değil Türk hukuk tarihinde de görülmektedir. İslam hukukunda bazı suçların cezalarının alenen infaz edilmesine hükmedilmiştir. Kur'anı Kerimin Nur Suresinin 2'nci ayetinde yer alan ifade buna işaret eder: *Mü'minlerden bir topluluk da onların cezalandırılmasına şahit olsun*⁵⁵. İnfaz aleni olmalıdır fakat *seyirlik bir törene dönüşmemelidir*⁵⁶. Ukubata göre aralarında nikâh akdi veya evlilik şüphesi (batıl veya fasid nikâh akdi) ya da mülkiyet ilişkisi (efendi-cariye) bulunmayan kadınla erkeğin kendi rızaları ile cinsel ilişkide

⁵² DÖNMEZER, s. 28.

⁵³ Tyrer/Birleşik Krallık davasının özet Türkçe metni için bk. Erdem KILIÇ, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence Yasağı", Kırıkkale Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2005, s. 84, dp. 237. Dava için bk.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=tyrer%20%7C%20%22THE%20UNITED%20KINGDOM%22&sessionId=19598877&skin=hudoc-en e.t.: 23.02.2009>.

⁵⁴ Aynı yönde görüş için bk. Murat ÖNOK, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Yasağı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 212.

⁵⁵ http://www.diyaret.gov.tr/kuran/ayet.asp?Kuran_id=24&Ayete_No=2&I3.x=10&I3.y=4 e.t.: 23.02.2009.

⁵⁶ Mustafa AVCI, "İslam'ın Ceza Hukukuna Katkısı", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 8, Nisan 2006, s. 145.

bulunmalarına hadd-ı zina denir⁵⁷. Zina suçunun özel ispat usulü vardır. Buna göre suçun oluşabilmesi için dört erkek şahidin bu ilişkiyi gördükleri yönünde şahadet etmeleri veya zinanın taraflarının dört kere suçlarını ikrar etmeleri gerekmektedir⁵⁸. Bu şartlar gerçekleşirse verilecek olan recm cezası yani taşlanarak öldürme alenen infaz edilecektir⁵⁹. Şu gerçeği de göz ardı etmemek gerekir; Osmanlı ceza hukukunda recm cezası tüm İmparatorluk tarihi boyunca bir kere uygulanmıştır⁶⁰.

Osmanlı devletinde verilen bedeni cezalar halkın içinde, alenen infaz edilmiştir. 1139/1779 tarihli bir sicil kaydında cezaların aleni olarak infaz edildiği, özellikle de halkın kalabalık olduğu yerlerde bu infazların gerçekleştirildiği görülmektedir⁶¹. İdam mahkûmlarının camiye bitişik dükkânların önünde cezalandırılmalarından ötürü Üsküdar Mührimah Sultan Camii imamının camii cemaatinin bu sebeple azaldığını, dükkân sahiplerinin de bu işten zarar gördüklerini belirterek infazın burada gerçekleştirilmemesi yönünde talepleri tespit edilmiştir⁶². Akman, suçluların infazdan önce veya sonra ibret için sokaklarda gezdirilmesinin yahut belli bir yerde teşhir edilmesinin bir âdet olduğu fikrindedir⁶³.

Görüldüğü üzere hem eski hukuk sisteminde hem de çağımıza çok yakın zamanlarda verilen cezalar alenen infaz edilebilmiştir. Bu durum da doğal olarak teşhir sayılmalıdır.

SONUÇ

Teşhirin, kendisine verilen anlam doğrultusunda ceza hukukuyla bağlantısı değişebilmektedir. Biz teşhiri geniş yorumlayarak, teşhir edilen olgunun çeşitli yöntemlerle diğer kişiler tarafından bilinmesi en azından ondan haberdar olunması olarak algılıyoruz. Bu bağlamda bizzat kişinin kendisinin halka ifşa edilmesi teşhir sayılırken, kişi hakkında verilmiş olan bir mahkeme kararı ya da internet ortamında resmin konulması da teşhir sayılmalıdır.

Teşhirin ceza hukukuyla ilgili olan ilk bağı onun bir yaptırım olup olmadığı

⁵⁷ CİN, AKYILMAZ, s. 220.

⁵⁸ CİN, AKYILMAZ, s. 221.

⁵⁹ Fakat recm cezası, had cezası olarak algılanmamalıdır, yani anılan cezanın ve infazının bu şekilde olması İslam hukukunun asli kaynaklarda yer almamaktadır. Bu da bir tazir cezasıdır. Yani zamanın otoritesine bırakılmıştır. Hayrettin KARAMAN, **Zinanın İslam'a Göre Cezası Nedir? Recim istisnai bir durum mudur?** <http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00107.htm> e.t.: 23.02.2009.

⁶⁰ Hicri 1 Cemaziyelahir 1091 tarihinde uygulanan ceza hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Mustafa AVCI, **Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar**, Gökkuşbu Yayınları, İstanbul, 2004, s. 201.

⁶¹ AKMAN, s. 133.

⁶² AKMAN, s. 133.

⁶³ AKMAN, s. 135.

Yaptırım Türü Olarak Teşhir

noktasındadır. Bu bağlamda teşhirin ceza ve güvenlik tedbiri olup olamayacağı tartışılabilir. Çağdaş ceza hukukunun ortaya koyduğu iyi bir cezada olması gereken şahsılık, insan onuruyla bağdaşma ve düzeltilebilirlik prensipleri dikkate alındığında teşhiri teknik anlamda ceza olarak kabul etmemek gerekir. Fakat tarih bize Almanya’da uygulanan pranger sistemi, Osmanlı hukukunda zina edenlerin eşeğe ters bindirilerek ifşa edilmesi gibi teşhirin bir ceza olarak uygulanma örneklerini göstermektedir. Eski hukuk sistemlerinde teşhir bu şekilde doğrudan ceza olduğu gibi, ek bir ceza olarak da uygulanmıştır. Örneğin Osmanlı hukukunda mahkum, kürek cezasına çarptırılmadan evvel topluma gösterilmektedir.

Yaptırımın diğer türü olan güvenlik tedbiri açısından meseleye baktığımızda teşhirin tarihe gömülmüş bir kavram olmadığını belirtebiliriz. Güvenlik tedbirleri ile güdülen amaçlardan birinin mahkûmun tehlikeliliği dikkate alınarak toplumu korumak olduğu bilinmektedir. Bu bağlamda ABD’de teşhir, güvenlik tedbiri şeklinde uygulanmaktadır. Şöyle ki kanunda belirtilen belli cinsel suçları işlemiş ve bundan mahkûm olmuş kişiler topluma salıverilmeden evvel, internet vasıtasıyla teşhir edilmektedirler. Herkesin rahatlıkla ulaşabileceği internet sitesinde kişilerin resimlerinden adreslerine varıncaya kadar birçok bilgi verilmektedir. ABD’li yasa koyucuya göre böyle bir kişinin toplum içinde hayatını sürdürmesi başta çocuklar olmak üzere halkın sağlığı, ferahı için önemli bir tehlikedir.

Teşhiri geniş anlamda yorumladığımızda hükmün ilanının da bir çeşit teşhir olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Zaten bu görüş öğretilerde de kabul görmüştür. Şuan ülkemizde sadece basın yayın yoluyla iftira suçunu işleyen kişinin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için bu durumun aynı yolla yayınlanması şeklinde bir hükmün ilanı müessesesi uygulanmaktadır.

Teşhirden güdülen amaç ise onun kullanılış tarzına göre değişmektedir. Öncelikle şunu ifade etmekte yarar vardır: Teşhiri ne şekilde kullanırsanız kullanın güdülen ortak amaç, genel önleyici amaç ve ibrettir. ABD de olduğu gibi teşhiri toplumu korumak amacına hizmet etmesi şeklinde de kullanabilirsiniz. Aynı şekilde ETCK 252’nci maddesinde olduğu gibi toplumu ikaz etmek amacıyla da teşhir müessesesi kullanılabilir. Bazı yazarlar işlenen suç tipine göre de teşhirden yararlanılabileceğini ifade etmektedirler. Örneğin Majno, hakaret suçunu işlemiş bir kişi hakkında verilmiş olan kararın ilanının, mağdurun manevi zararını daha iyi gidereceği kanısındadır. Aynı yazara göre, isim, marka, işaret, resim, edebi ve sınaî eserlerin modellerinin taklidi veya bu taklid edilmiş olan maddelerin kullanılması halinde hâkim tarafından belirlenecek bir gazetede hükmün ilanı ile zarara uğrayanın hukuku daha iyi bir şekilde korunacaktır.

Teşhirin bu şekilde doğrudan etkilerinin olduğu gibi, dolaylı etkileri de vardır. Hükmün ilanı ile verilen cezanın halk tarafından ve mağdur tarafından bilinmesi, halkın devlete güvenmesine sebep olur. Bu şekilde halk adaletin yerine bulunduğunu daha rahat bir şekilde öğrenmiş olacaktır. Bunun sonucunda da mağdurun intikam alma isteği veya arzusu bir nebze de engellenmiş olacaktır.

Netice olarak teşhir müessesesi, tarih sahnesinde sıklıkla karşımıza çıkmakla beraber günümüzde de bir şekilde kullanılmaktadır. Faili teşhir etmek ile onun doğrudan manevi varlığına bir müdahale söz konusu olmaktadır. Bu nedenle bu müessese kullanılırken çok dikkatli olmak gerekir. Aynı şekilde kullanılış şekilleri de milletlere göre farklılık gösterebilmektedir. Zira bizde de olduğu gibi bazı milletlerde kişilerin özel hayatları diğer insanlar tarafından daha fazla ilgi çekmektedir. Bu ise bu uygulamanın etkisinin derecesine nüfuz etmektedir. Anlatılanlar doğrultusunda teşhir müessesesi göz ardı edilmemesi gereken bir sistemdir.

KAYNAKLAR

Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Cilt 1, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

Abdurrahman MALİKİ, “Tazir Cezalarının Çeşitleri”, **İslam Hukukunda Ceza**, http://www.hilafet.com/kitaplar/Islam_Hukukunda_Ceza/26.htm e.t.:25.02.2009

Ali Rıza ÇOBAN; “İnsan Hakları Hukukunda ‘Dokunulmaz Haklar’ (Sert Çekirdekli Temel Haklar)”, **Argumentum Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:7 Sayı:52, Nisan-Mayıs-Haziran 1997.

Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 9’ncü baskı, Ankara, 2006.

Çoşkun ÜÇOK, Ahmet MUMCU, Gülnihal BOZKURT, **Türk Hukuk Tarihi**, Savaş Yayınevi, 9’ncü baskı, Ankara, 1999.

Erdem KILIÇ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İşkence Yasağı”, Kırıkkale Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2005.

Ferit DEVELLİOĞLU, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Aydın Kitabevi, Ankara, 2007.

Halil CİN, Gül AKYILMAZ, **Türk Hukuk Tarihi**, Sayram Yayınları, Konya 2003.

Hayrettin KARAMAN, **Zinanın İslam’a Göre Cezası Nedir? Recim istisnai bir durum mudur?** <http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00107.htm> e.t.: 23.02.2009

İlhan AKBULUT, “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, **AÜHFD**, Cilt: 52, sayı 1, Ankara, 2003.

İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, 2’nci baskı, Ankara, 2005.

Majno, **Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, Yargıtay Yayınları no:3, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.

Mehmet Akif AYDIN, **Türk Hukuk Tarihi**, Beta Yayınları, 3’ncü baskı, İstanbul, 1999.

Mehmet AKMAN, **Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması**, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004.

Metin HÜLAGU, **İslam Hukukunda Hapis Cezası**, Rey Yayıncılık, Kayseri, 1996.

M. Muhtar ÇAĞLAYAN, **Türk Ceza Kanunu (İçtihatlı, Açıklamalı)**, Cilt 1, 3'ncü baskı, Yetkin yayınları, Ankara, 1986.

Mustafa AVCI, "İslam'ın Ceza Hukukuna Katkısı", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı:8, Nisan 2006.

Mustafa AVCI, **Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar**, Gökkuşbu Yayınları, İstanbul, 2004.

Mustafa ŞENTOP, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku**, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 2004.

Murat ÖNOK, **Uluslar arası Boyutuyla İşkence Yasağı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Nejat ÖZTÜRK, **Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, Birinci Cilt, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1966.

Nur CENTEL, Hamide ZAFER, Özlem ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 4'ncü baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

Sulhi DÖNMEZER, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

Şemsettin SAMİ, **Kâmûs-ı Türki**, Osmanlıca-Osmanlıca Sözlük, Çağrı Yayınları, İstanbul 2006.

Teodora Spandugino, **La Genealogie du Grand Turc**, <http://blog.milliyet.com.tr/Blog.aspx?BlogNo=33111> e.t.: 25.02.2009

Zafer GÖREN, **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 4'ncü baskı, İzmir, 2000.

<http://www.tdk.org.tr/> e.t.: 25.02.2009

<http://www.anayasa.gov.tr/> e.t.: 25.02.2009.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=tyrer%20%7C%20%22THE%20UNITED%20KINGDOM%22&sessionid=19598877&skin=hudoc-en> e.t.: 23.02.2009.

<http://www.diyenet.gov.tr> e.t.: 23.02.2009.

<http://en.wikipedia.org/wiki/Pranger> e.t: 25.02.2009.

http://en.wikipedia.org/wiki/Public_humiliation e.t.:25.02.2009.

<http://www.devletarsivleri.gov.tr/katalog/> e.t.: 23.02.2009.

Yaptırım Türü Olarak Teşhir

[http://www.legislature.mi.gov/\(S\(vsui0u45qwc1o245ukjl4xqi\)\)/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-28-721a](http://www.legislature.mi.gov/(S(vsui0u45qwc1o245ukjl4xqi))/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-28-721a) e.t.: 23.02.2009

<http://www.meganslaw.ca.gov/sexreg.aspx?lang=ENGLISH> e.t.: 23.02.2009

<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=pen&codebody=&hits=20> e.t.: 23.02.2009.

<http://meganslaw.ca.gov/registration/offenses.aspx?lang=ENGLISH> e.t.: 23.02.2009.

<http://en.wikipedia.org/wiki/Pranger> e.t.: 25.02.2009.

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_sd.birlesim_baslangic?P4=12505&P5=B&PAGE1=31&PAGE2=&web_user_id=4711419 e.t.: 10.12.2007.

<http://sexoffender.chicagopolice.org/> e.t.: 25.02.2009.

<http://www.mipsor.state.mi.us/> e.t.:25.02.2009.

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Batıder	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bk.	: bakınız
C	: Cemaziyelahir
dp.	: Dipnot
e.t.:	: erişim tarihi
ETCK.	: Eski Türk Ceza Kanunu
f.	: fıkra
md.	: madde
R	: Rebiülahir
s.	: sayfa
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
TRT	: Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu
VUK	: Vergi Usul Kanunu
YTCK	: Yeni Türk Ceza Kanunu

TÜRKİYE’NİN DİL POLİTİKALARI ve TRT 6
(LANGUAGE POLICIES OF TURKEY and TRT 6)

Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU*

Özet

Türkiye’ye Avrupa Birliğine tam üyelik için aday statüsü verilmesi, Türkiye’nin “ulusçuluk” anlayışını ve “dil politikaları”nı derinden etkiledi. Önce Anayasanın 26 ve 28. maddelerinde yer alan dil yasakları kaldırıldı, sonra yasalar değiştirildi ve nihayet Devlet televizyonu TRT tarafından tüm gün Kürtçe yayın yapan ilk televizyon kanalı olan TRT 6 (TRT Şeş) kuruldu. Bu makalede, Devlet tarafından Kürtçe yayım yapan bir televizyon istasyonunun kurulması, Türkiye’nin “dil politikaları” ve “ulus devlet” açısından değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

TRT 6, Ulus Devlet, Dil Politikaları, Dil Yasağı

Summary

Giving candidacy status to Turkey for membership in the European Union deeply effected Turkey’s conception of nationalism and language policies. First, Language ban which was in the Article 26 and 28 of Constitution was lifted, than certain acts were amended and finally TRT 6 (TRT Şeş) which is Turkey’s first TV station with full time broadcasting in Kurdish was established by the state –owned Turkish Radio and Television Corporation (TRT). In this essay, establishment of Kurdish broadcasting TV station by the state is discussed in terms of language policies of Turkey and nation-state.

Key Words

TRT 6, Nation State, Language Policies, Language Ban

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

Giriş

Türkiye'ye Avrupa Birliğine tam üyelik için aday statüsü verilmesinden sonra, başlangıçtan itibaren benimsenen **“dil politikaları”** terk edilmeye başlanmış, önce Anayasada daha sonra yasalarda değişikliklere gidilmiş ve bu değişikliklere uygun olarak yönetmelikler çıkarılarak, yasanın ifadesiyle **“Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçeler”**de yayımcılığın önündeki engeller kaldırılmıştır. 1 Ocak 2009 tarihinde ise, Devlet televizyonu olan TRT bünyesinde TRT 6 (TRT Şeş) adıyla tam gün Kürtçe yayım yapan bir televizyon kanalı kurularak, Kürtçe **“kanunla yasaklanmış”** dilden Devletin resmî televizyonunda kullanılan dile dönüştürülmüştür.

Türkiye Cumhuriyeti Devletin başlangıçtan itibaren benimsediği **“ulus”** anlayışı ve ona paralel olarak oluşturduğu **“dil politikaları”** ile çelişen bu durum birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmalara katkı sağlamak amacıyla hazırlanan bu çalışmada, Kürtçenin **“kanunla yasaklanmış”** dilden Devletin resmî televizyonunda kullanılan dile dönüşmesi, **“ulus devlet”** anlayışı ve ona paralel olarak oluşturulan **“dil politikaları”** açısından irdelenmiştir.

I.Ulus ve Dil

Devletin varlık koşullarından birisinin -günümüzde **“ulus”** kavramı ile ifade edilen- belli bir coğrafi alanda yaşayan insan topluluğu olduğu konusunda herhangi bir ihtilâf yoktur. Temel sorun, bu insan topluluğunun hangi koşullarda **“ulus”** olarak nitelendirileceğidir¹. Bu konuda biri **“objektif”** diğeri **“sübjektif”** olmak üzere iki temel yaklaşım vardır². Objektif yaklaşıma göre, bir ulusun tanımlanmasında esas alınması gereken ölçütler ırk birliği, dil birliği, din birliği ve kültür birliğidir³. Nazi Almanya'sında Hitler, bu ölçütlere dayanarak, Alman toplumunu saf **“aryen”** ırktan gelen, Alman dilini konuşan, Hıristiyan olan ve Alman kültürünü taşıyan bireylerden oluşturmak istemiştir⁴. Bu objektif kriterleri tek tek eleştiren Fransız düşünür Ernest Renan ulusu -sübjektif bir yaklaşımla- **“birlikte yaşama isteği”** olarak tanımlamış;

¹ TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Yedinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s.115.

² AKİPEK, Ömer İlhan: Devletler Hukuku, İkinci Kitap, İkinci Bası, Başnur Matbaası, Ankara, 1965, s.87; GÖZLER, Kemal: Devletin Genel Teorisi, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007, s.51; TEZİÇ, Erdoğan: a.g.e., s.115; KABOĞLU, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.200.

³ TEZİÇ, Erdoğan: a.g.e., s.116; KABOĞLU, İbrahim Ö.: a.g.e., s.200. Bu ölçütlerin değerlendirilmesi Bkz. GÖZLER, Kemal: a.g.e., s. 51-57.

⁴ ALTER, Peter: Nationalism, Translated by Stuart McKinnon-Evans, Edward Arnold, London, 1989, s. 51; National-Sosyalizm'in ulus anlayışı için bkz. GÖZE, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Genişletilmiş 7. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1995, s.337-342; KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s.151-155.

ancak “*dil*”in “*birleşmeyi teşvik edici*” bir niteliğe sahip olduğunu da vurgulamıştır⁵. Bununla birlikte ulus ile dil arasında en yakın ilişkiyi kuran “*Romantik Ulusçuluk*” anlayışıdır. “*Romantik Ulusçuluk*” akımının en önemli temsilcilerinden biri olarak kabul edilen Alman yazar Johann Gottfried von Herder ulusu, aynı dili konuşan toplum kesimi olarak tanımlayarak, ulus ile dili özdeşleştirmiştir. Ulusu organizmaya benzeten bu anlayışa göre, aynı dili konuşan ulusun kendine özgü bir duyuş ve düşünüş atmosferi vardır⁶.

Ulusçuluğun bir ideolojiye dönüştüğü 1789 Fransız Devrimi sonrasında dil, ulusu karakterize eden en önemli unsur olarak görülmeye başlandı. Nitekim Schleiermacher, Fichte, Jahn, Mazini, Pisacane, Niemojowsky ve Herder gibi ulusçu düşüncenin temsilcileri, ulusal topluluğu ortak bir dilin temellendirdiğini ileri sürmüşlerdir. Onlara göre, bireysel bir icadın konusu olamayacak olan ortak dil, hem ulusun varlığının hem de ulusal bütünlüğün en belirgin sembolüdür⁷.

Ulusçuluk kuramcılarında olan Hayes de ulus olmanın en temel koşulunun ortak bir dil olduğunu belirtmektedir⁸. Ona göre, bir ulusun geçmişi ile geleceği arasında açık bir bağlantı kuran, düzyazı ve şiirdeki kullanımıyla ulusun üyelerini duyguda ve düşüncede bir kılan tek şey dildir⁹.

Avrupa’da “*ulus*” kavramının hem devleti, hem de toplumu belirleyen sosyolojik bir olgu olarak kabulü ve yurttaşları en üst aidiyet biçimi olarak “*ulus*”a bağlayan en önemli araçlardan birinin “*dil*” olduğunun keşfedilmesi, kendilerini bir ulusa mensup sayan seçkinlerin edebiyatçıları destekleyerek ortak bir dil ve kültür inşasına girişmelerine sebep oldu¹⁰.

II. Ulus Devlet ve Dil Sorunları

“*Ulus*” ile “*dil*” arasında kurulan yakın ilişki, dünyada bağımsız devlet sayısından çok daha fazla farklı dil topluluğu bulunması nedeniyle, devletleri dil sorunları ile

⁵ TEZİÇ, Erdoğan: a.g.e., s.116.

⁶ DOĞAN, İlyas: Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2008, s.114.

⁷ ROCKER, Rudolf: Nationalism and Culture, Translated by Ray E. Chase, Black Rose Boks, Montreal/New York/London, 1998, s.276-277.

⁸ SADOĞLU, Hüseyin: Türkiye’de Ulusçuluk ve Dil Politikaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s.28.

⁹ HAYES, Carlton J.H.: Milliyetçilik: Bir Din, Çeviren: Murat ÇİFTKAYA, İz Yayıncılık, İstanbul, 1995, s. 16-17.

¹⁰ DOĞAN, İlyas: a.g.e., s.115.

karşı karşıya bırakmaktadır. Bu sorunlarla karşı karşıya kalan devletlerin “*resmî çok-dillilik*” ya da “*resmî tek-dillilik*” olmak üzere iki temel seçeneği vardır¹¹.

Daha çok federal yapıya sahip devletler tarafından benimsenen “*resmî çok-dillilik*”, bir devletin siyasal sınırları içerisinde kullanılan birden fazla dile resmî statü tanıyarak, o dillerin eğitimde, iş dünyasında ve devletin bazı fonksiyonlarında kullanılmasını ifade eder¹². Federal devlet anlayışını benimseyen Irak ve Belçika buna örnek olarak verilebilir. Irak Anayasasının 4. maddesinde; Arapça ve Kürtçenin Irak Cumhuriyetinin resmî dilleri olduğu, Resmî Gazetenin her iki dilde yayımlanacağı, Millet Meclisi, Bakanlar Kurulu, mahkemeler, resmî konferanslar gibi resmî alanlarda resmî dillerden herhangi birinin kullanılabilmesi, resmî yazışmaların her iki dilde yapılabileceği, resmî belgelerin her iki dilde düzenlenebileceği ve her iki dilin eğitimde kullanılabilmesi hükme bağlanmıştır¹³. Üç toplumlu bir yapıdan oluşan Belçika’da ise, dört resmî dil söz konusudur¹⁴.

Tek yapılı(unitaire) “*Ulus devletler*”in genellikle tercih ettiği seçenek “*resmî tek-dillilik*” tir. Bir devletin genellikle çoğunluğun konuştuğu dili resmî dil olarak kabul etmesiyle tezahür eden ve sorunu kökünden çözmeyi amaçlayan “*resmî tek-dillilik*”, çoğunluk tarafından kullanılmayan diğer dillerin silikleşmesini ve ortadan kalkmasını sağlamak amacıyla daha çok “*asimilasyoncu*” stratejiler uygular. Bu stratejiler bazen yasaklayıcı ve cezalandırıcı bazen de özendirici ve ödüllendirici olur¹⁵. Fransa ve Türkiye “*resmî tek-dillilik*” anlayışını benimseyen ülkelere örnektir.

Ancak küreselleşmeye paralel olarak ortaya çıkan “*ulus-üstü*” yeni karar merkezleri tarafından dayatılan uluslararası sözleşmelerle ulus devletlerin bu stratejileri uygulamaları engellenmeye hatta tersine çevrilmeye başlanmıştır. Bu anlamda en çok dikkat çeken sözleşmelerden biri, 1992 yılının Kasım ayında imzaya açılan, “*Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartı*”dır. Bölgesel ve azınlık dillerini¹⁶ kültürel zenginliğin bir ifadesi olarak kabul eden söz konusu Şartta,

¹¹ SADOĞLU, Hüseyin: a.g.e., s.41.

¹² ESMAN, Milton J.: “*The State and Language Policy*”, International Political Science Review, Volume:13, Number:4, 1992, s.384.

¹³ TUNÇ, Hasan: Türkiye’ye Komşu Devletlerin Anayasaları, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008, s.286-287.

¹⁴ Belçika Anayasasının İngilizce metni için bkz. <<http://www.fed-parl.be/gwuk0001.htm#E11E1>>(26.02.2009)

¹⁵ SADOĞLU, Hüseyin: a.g.e., s.42.

¹⁶ Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartının 1. maddesinde, Bölgesel ve azınlık dilleri “*Bir devletin toprakları içinde bu devletin geriye kalan nüfusundan sayıca daha az bir grup tarafından geleneksel olarak kullanılan ve devletin resmî dil(ler)inden farklı olan*” diller olarak tanımlanmaktadır. Şartın

Devletlerin “*asimilasyoncu*” dil politikalarını terk etmeleri ve bölgesel dillerin yaşatılması ve geliştirilmesi için aktif bir tutum takınmaları istenmektedir. Bu ve benzeri sözleşmelerle oluşturulan uluslararası baskıya daha fazla dayanamayan ulus devletler, dil politikalarını değiştirmek zorunda kalmaktadırlar. Ulus devletin beşiği kabul edilen ve uzun yıllar “*asimilasyoncu*” dil politikaları takip eden Fransa'nın, Fransızcanın yaklaşık dört asırlık mabedi olan “*L'Academie Française*”in büyük tepkisine¹⁷ rağmen, bölgesel dilleri resmen tanınması; dili bir uluslaştırma aracı olarak gören¹⁸ ve bu nedenle “*Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartı*”nı imzalamayan Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, son dönemlerde dil politikalarını değiştirmeye başlaması bunun en açık göstergesidir¹⁹. Bununla birlikte, farklı dil gruplarının genel nüfusa oranının %1 olduğu Fransa'da bu politika değişikliği sembolik bir nitelik taşımaktadır.

III. Türkiye'nin Ulusçuluk ve Dil Politikaları

A) Birleştirme ve Uluslaştırma Kaygısının Dil Politikalarına Etkisi

Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu Mustafa Kemal Atatürk, ulus olmanın gereklerini sıralarken “*birincil unsurlar*” ve “*ikincil unsurlar*” ayrımıyla asgarî koşulun siyasal aidiyet olduğunu vurgulayarak²⁰ Ernest Renan'ın ulus anlayışını hatırlatırcasına şöyle bir tanım yapmıştır: “*Zengin bir hatıra mirasına sahip bulunan; beraber yaşamak hususunda müşterek arzu ve muvafakatte samimi olan; ve sahip olunan mirasın muhafazasına beraber devam hususunda iradeleri müşterek olan insanların birleşmesinden vücuda gelen cemiyete ‘millet’ namı verilir.*”²¹

Mustafa Kemal Atatürk'ün kendi el yazısı ile kaleme aldığı Medenî Bilgiler kitabında; “*yurt birliği*”, “*ırk ve menşe birliği*”, “*tarihî karabet*”, “*ahlâkî karabet*”

İngilizce metni için bkz. <http://ec.europa.eu/education/languages/archive/languages/langmin/files/charter_en.pdf>(27.02.2009)

¹⁷ “*L'Academie Française*”, bölgesel dillerin tanınmasını Fransız ulusal kimliğine yapılmış bir saldırı olarak nitelendirmiştir. Bkz.<<http://www.guardian.co.uk/world/2008/jun/17/france>>(02.03.2009)

¹⁸ 1921, 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları “*resmî tek-dillilik*” anlayışını benimsemiştir. 1924 Anayasasının 2. maddesinde, 1961 ve 1982 Anayasalarının 3. maddesinde Devletin dilinin Türkçe olduğu açıkça belirtilmiştir. 1924 Anayasasının ilk halinde ve 1961 Anayasasında “*resmî dil*”, 1982 Anayasasında ise “*Devlet dili*” ifadesi kullanılmıştır.

¹⁹ Yakın zamanlara kadar Fransa'nın birliği ve bütünlüğü için tehlikeli olarak kabul edilen bölgesel diller, Anayasanın 75. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, “*Fransa'nın kültürel mirasının bir parçası*” olmuştur. <<http://radikal.com.tr/Default.aspx?aType=Detay&ArticleID=894239&Date=18.08.2008&CategoryID=81>> (02.03.2009)

²⁰ SADOĞLU, Hüseyin: a.g.e. s.212-213.

²¹ ÂFETİNAN, A.:Medenî Bilgiler ve M. Kemal Atatürk'ün El Yazıları, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 2000, s.23-24.

gibi “*dil birliği*” ögesi de “*ikincil*” unsurlardandır. Başka bir ifade ile bu bağlar ulusal kimliğin olmazsa olmaz koşulları değildir; ulusal birliği güçlendirmeye ve takviye etmeye yarayan unsurlardır. Bu anlamda yurttaş olma iradesiyle Türkiye Cumhuriyeti Devletine bağlanan herkesi “*Türk*” saymak gerekir. Nitekim Atatürk’e göre “*Türk Ulusu*”ndan anlaşılması gereken şey, başka hiçbir ayrıma tâbi tutulmaksızın “*Türkiye Cumhuriyetini kuran Türkiye halkı*”dır²². Bu anlayış 1924 Anayasasına da yansımıştır. 1924 Anayasasınının 88. maddesine göre, “*Türkiye’de din ve ırk ayırt edilmeksizin vatandaşlık bakımından herkese ‘Türk’ denir.*” 1961 ve 1982 Anayasaları da “*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür*” diyerek bu anlayışı devam ettirmiştir.

Temelde yurttaşlık üzerine inşa edilen ulus devletler, mevcut siyasal-hukuksal bağların ulusal bütünü garanti edemeyeceğini gördüklerinden, kültürel açıdan türdeş bir toplum yaratma çabasına girmişlerdir²³. 1861’de siyasal birliğini sağlayan İtalya’nın eski başbakanı Massimo d’Azeglio’nun “*İtalya’yı yarattık, şimdi İtalyanları yaratacağız*” sözüyle işaret ettiği husus buydu²⁴. Benzer şekilde Türkiye Cumhuriyetini kuran Mustafa Kemal Atatürk ve arkadaşları da Osmanlı Devletinin mirası olan heterojen toplumdaki bir “*Türk Ulusu*” yaratmayı hedeflemişlerdi²⁵. Bu amaçla ayrılıklara neden olma potansiyeli taşıyan; geleneksel, dinsel, mezhepsel, toplumsal, ekonomik ve kültürel engelleri ve birikimleri ortadan kaldırmak²⁶ ve türdeş bir toplum oluşturmak için işe koyulmuşlardı.

Türdeş bir toplum oluşturmada dilin önemini fark eden Mustafa Kemal Atatürk, Medenî Bilgiler kitabındaki “*ulus*” tanımının aksine, “*dil*” ile “*ulus*”u özdeşleştiren bir anlayış benimsemiş ve Türkçeyi “*Türk Ulusu*”nu inşa araçlarından biri olarak kullanmak istemiştir²⁷. Atatürk’ün “*Türk demek, dil demektir...Türk milletindenim diyen insanlar her şeyden evvel ve mutlaka Türkçe konuşmalıdır. Türkçe konuşmayan bir insan Türk harsına, camiasına mensubiyetini iddia ederse buna inanmak doğru olmaz.*” ve “*Türk dili, Türk milletinin kalbidir, zihnidir*”²⁸ ifadeleri

²² ÂFETİNAN, A.: a.g.e., s.18, 22.

²³ SADOĞLU, Hüseyin: a.g.e., s. 213.

²⁴ ALTER, Peter: a.g.e., s. 23.

²⁵ ÇEÇEN, Anıl: Kemalizm, İkinci Baskı, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1998, s.123; SADOĞLU, Hüseyin: a.g.e., s. 213.

²⁶ KİLİ, Suna: Atatürk Devrimi, Bir Çağdaşlaşma Modeli, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 9. Baskı, İstanbul, 2006, s.190.

²⁷ SADOĞLU, Hüseyin: a.g.e., s.214.

²⁸ Atatürk’ün Türkçe konusundaki görüş, düşünce ve sözleri için bkz. KORKMAZ, Zeynep: Atatürk ve Türk Dili Belgeler, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Dizisi Sayı:574, Ankara, 1992, s.185 vd.

Romantik Ulusçuluğun en önemli kuramcılarında Herder'i hatırlatırcasına²⁹ bir dil ulusçuluğuna işaret etmekteydi³⁰.

Bu ulusçuluk anlayışı, alt kimlikler canlılığını koruduğu sürece, ulusal bir kimliğin yaygınlaştırılmayacağı varsayımından hareket etmekteydi ve eğer yerel diller, alt kimliklerin sürdürülmesinde birinci derecede etkiliyse, bir **“Türk Ulusu”** inşa etmenin yolu Türkçe dışındaki dilleri büsbütün unutturmaktan geçmekteydi. Bu anlamda **“Ulus Devlet”** çok-dilliliği bir sorun olarak algılamaktaydı ve bu sorunun üstesinden gelinmeliydi³¹. 29.10.1923 tarihinde Anayasada yapılan değişiklikle **“resmî tek-dillilik”** anlayışının benimsenmesi ve Cumhuriyet Halk Fırkası'nın 1927 tarihli Nizamnamesinde yer alan **“vatandaşlar arasında en kavi rabitanın dil birliği, fikir birliği olduğuna kani olarak Türk dilini ve Türk kültürünü bihakkın tamim ve inkişaf ettirme...”**³² amacı, yeni kurulan Devletin, farklı dille konuşan, farklı alfabe ile yazan ve birbirlerinin söyleyip yazdıklarını anlamayan bir toplum istemediğine ve ortak dilin herkes tarafından öğrenilmesi gerektiğine işaret etmekteydi. Nitekim, Türkçenin herkes tarafından kullanılan ve bilinen ortak bir dil haline getirilmesi amacıyla kampanyalar³³ başlatılmış,

²⁹ Romantik Ulusçuluğun en önemli kuramcılarında birisi olan Herder'e göre, dil, insanı benliğine kavuşturan bir araçtır ve dış dünya ile olan ilişkilerinin anlaşılması için bir anahtardır. Dil İnsanları başka insanlarla birleştirir ya da onu başkalarından ayırır. Dil sayesinde aktarılan eski kuşakların düşünceleri, duyguları ve ön yargıları insanın bilincine kazınır. O da bunları yine dil aracılığı ile zenginleştirir ve sonraki kuşaklara aktarır. Organik bir gelişme seyrine sahip olan dil, bir ulusun canı ve ruhudur. SEVİM, Acar: Halk Milliyetçiliğinin Öncüsü HERDER, Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2008, s. 295-299; ERGANG, Robert Reinhold: Herder and The Foundations of German Nationalism, Octagon Boks, New York, 1976, 140-176.

³⁰ SADOĞLU, Hüseyin: a.g.e., s.214.

³¹ SADOĞLU, Hüseyin: a.g.e., s. 294.

³² ÖZBUDUN, Ergun: *“Milli Mücadele ve Cumhuriyetin Resmî Belgelerinde Yurttaşlık ve Kimlik Sorunu”*, Cumhuriyet, Demokrasi ve Kimlik, Yayına Hazırlayan: Nuri Bilgin, Bağlam Yayıncılık, İstanbul, 1997, s.67.

³³ Bu kampanyaların en ünlüsü *“Vatandaş, Türkçe Konuş”* kampanyasıdır. İstanbul Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti'nin 13 Ocak 1928 tarihinde düzenlenen yıllık kongresinde azınlıkları Türkçe konuşturmaya teşvik için bir kampanya başlatılması kararı alındı. Azınlıkların nüfus açısından yoğun oldukları Edirne, İstanbul ve İzmir gibi kentlerin halka açık yerlerine bez afişler ve pankartlar asılarak başlayan kampanya, kısa süre içerisinde kontrolden çıktı. Tramvaylarda, şehir hatlarında çalışan vapurlarda, sokaklarda, kendi aralarında Türkçe dışında bir dil konuşan ve dönemin Fransızca gazetelerini okuyan kişilere satışlarda ve tacizlerde bulunulmaya başlandı. Yaklaşık üç ay süren kampanya, başladığı gibi aniden sona erdi. Geniş bilgi için bkz. BALI, Rıfat N.: Cumhuriyet Yıllarında Türkiye Yahudileri, Bir Türkleştirme Serüveni(1923-1945), İletişim Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2005.

idari tedbirler³⁴ alınmış ve nihayet bu amaca dolaylı olarak hizmet eden kanunlar³⁵ çıkartılmıştır.

Cumhuriyetin ilk yıllarında dil politikalarının şekillenmesinde “uluslaştırma” kadar “batılılaşma” da etkili olmuştur. “Arap alfabesi”nin yerine, “Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun”³⁶ ile “Latin alfabesi”nin kabul edilmesi, ve dil “yabancı unsurlar”dan arındırılırken “batı” kökenli sözcüklerin bundan çok fazla etkilenmemesi³⁷ bunu açıkça ortaya koymaktadır.

B) Bölünme Korkusunun Dil Politikalarına Etkisi

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, “uluslaşma” ve “batılılaşma” sürecini tam olarak tamamlayamadan, “etnik temelli bir bölücülük” tehdidi ile karşı karşıya kaldı. Bu durum, dil politikalarının şekillenmesinde, “uluslaştırma” ve “batılılaşma” kaygısından daha çok “birlik ve bütünlük” kaygısının etkili olmasına yol açtı. Anayasanın ifadesiyle “ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün”³⁸ olan Türkiye Devleti, bu “bütün”ü tehdit ettiğini düşündüğü farklılıkları ortadan kaldırmak için daha radikal önlemler aldı ve bu farklılıkların temel taşıyıcısı olan bazı dilleri yasakladı³⁹.

³⁴ 1929’da İstanbul Belediyesinin, Türkçeden başka bir dille müşteri çağıran seyyar satıcıların, satış yapmalarını yasaklaması; aynı şekilde 1933’de Türkçe kullanmayan seyyar satıcıları cezalandırması için zabıtalara talimat vermesi idari tedbirlere örnek olarak verilebilir. Bkz. SADOĞLU, Hüseyin: a.g.e., s.286.

³⁵ 22.04.1926 tarihli ve 805 sayılı “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun”, 01.11.1928 tarihli 1353 sayılı “Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun”, 14.06.1934 tarih ve 2510 sayılı “İskan Kanunu”, 21.06.1934 tarihli ve 2525 sayılı “Soyadı Kanunu”, 10.06.1949 tarihli ve 5442 sayılı “İl İdaresi Kanunu” bu amaca hizmet eden hükümler içeren kanunlara örnek olarak verilebilir. 14.06.1934 tarih ve 2510 sayılı “İskan Kanunu” bu anlamda özellikle dikkat çekicidir. Çünkü Türkçenin konuşma dili olarak yaygınlaşmasının önündeki en büyük engellerden birisi, Türkçe konuşmayan unsurların aynı mahallede, aynı köyde yaşamaya devam etmeleri ve bu unsurların hakim unsur ile ilişkiye girmemeleri görülmekteydi. Bu nedenle “İskan Kanunu” göç ve nüfus ile ilgili olduğu kadar tek-dilli bir toplum yaratmayı da amaçlamaktaydı. SADOĞLU, Hüseyin: a.g.e., s.287.

³⁶ Bu Kanun, yeni Cumhuriyetin yüzünü “batı”ya dönmüş bir “ulusçuluk” anlayışı benimsediğini gösteren ilginç bir özelliğe sahiptir. Bir taraftan “batı”nın kullandığı ve “ulus”a ait olmayan bir alfabe benimsenmiş, diğer taraftan “uluslaştırma” amacıyla görünüşte bir çelişkiye düşmemek adına Kanuna isim verilmiştir.

³⁷ Geniş bilgi için bkz. AKTAR, Cengiz: Türkiye’nin Batılılaştırılması, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1993; LEWIS, Bernard: Modern Türkiye’nin Doğuşu, Çeviren: Boğaç Babür TURNA, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2008.

³⁸ 1982 Anayasalarının 3. maddesine göre, “Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir.”

³⁹ Cumhuriyetin ilk yıllarında da benzer bir yasak girişimi olmuştur. 1938’de bir milletvekili, Türkiye Büyük Millet Meclisine Türkçeden başka bir dille konuşanların cezalandırılmasını öngören bir yasa teklifi vermiş; ancak teklif komisyonda oybirliği ile reddedilmişti. AKAR, Rıdvan: “Bir Resmî Metin’den Planlı Türkçeleştirme Dönemi”, Birikim, Sayı:110, 1998, s.70-71.

1982 Anayasasının 26. maddesinde düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilin kullanılmayacağı, 28. maddesinde ise kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayım yapılamayacağı hükme bağlandı.

Bu ifade Anayasanın yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra kabul edilen “*Siyasî Partiler Kanunu*”nun “*Azınlık Yaratılmasının Önlenmesi*” başlığını taşıyan 81. maddesinde de yer aldı. Söz konusu maddeye göre, siyasî partiler “*Tüzük ve programlarının yazılmasında, kongrelerinde, açık ve kapalı salon toplantılarında, mitinglerinde, propagandalarında Türkçeden başka dil kullanamazlar; Türkçeden başka dillerde yazılmış pankartlar, levhalar, plaklar, ses ve görüntü bantları, broşür ve beyannameler kullanamaz ve dağıtamazlar; bu eylem ve işlemlerin başkaları tarafından yapılmasına kayıtsız kalamazlar. Ancak, tüzük ve programlarının kanunla yasaklanmış diller dışındaki yabancı bir dile çevrilmesi mümkündür.*”⁴⁰

Gerek Anayasada gerekse Siyasî Partiler Kanununda kanunla yasaklanmış dillerin hangileri olduğu belirtilmemiştir. Kanunla yasaklanmış dilleri somutlaştıran Kanun 19.10.1983 tarih ve 2932 sayılı “*Türkçeden Başka Dillerle Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun*”dur⁴¹. Söz konusu Kanunun 2. maddesinde yer alan, “*Türk Devleti tarafından tanınmış bulunan devletlerin birinci resmî dilleri dışında, başka bir dille yayın yapılamaz.*” hükmünden hareketle “*devletlerin birinci resmî dilleri dışındaki dillerin*” bu yasağın kapsamı içerisinde yer aldığı kabul edildi. Kanunun yürürlüğe girdiği dönemde hiçbir devletin birinci resmî dili olmayan “*Kürtçe*” de bu Kanunla yasaklanmış dillerden birisi oldu⁴². Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra 5680 sayılı Basın Kanununda değişiklik yapılarak⁴³ 16. maddeye, “*Kanunla yasaklanmış herhangi bir dille yayın yapılması*

⁴⁰ Benzer bir yasak 26.04.1961 tarih ve 298 sayılı “*Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun*”da da yer almaktaydı. Söz konusu Kanunun 17.05.1979 tarihinde 2234 sayılı Kanunla değiştirilen 58. maddesinde, radyo ve televizyonlarda yapılacak propaganda yayınlarıyla, diğer seçim propagandalarında, Türkçeden başka dil ve yazı kullanılmasının yasak olduğu; aynı Kanunun 23.01.2008 tarihinde 5728 sayılı Kanunla değiştirilen 151.maddesinde, bu Kanunun 58, 60 ve 61. maddelerinde yazılan yasaklara aykırı hareket edenlerin, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacakları belirtilmekteydi. Siyasî Partiler Kanununu farklı kılan bu Kanunda yer alan yasağı tekrarlaması değil, “*kanunla yasaklanmış dil*” ifadesine yer vermiş olmasıdır.

⁴¹ Resmî Gazete, Tarih: 22.10.1983, Sayı: 18199.

⁴² 1970 Irak Anayasası; Devletin resmi dilinin Arapça olduğunu(m.7); ancak Kürtlerin yaşadıkları bölgelerde Arapçanın yanında Kürtçenin de resmî bir dil olarak kabul edildiği(m.6) belirtilmekteydi. Bu nedenle Kürtçe, Arapça ile eşit statüde bulunmayan ikinci resmî dil durumundaydı. ŞÜKÜR, Soran: Irak Devletinin Yeniden Yapılandırılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2007, s.29-30.

⁴³ Resmî Gazete, Tarih: 13.11.1983, Sayı:18220.

halinde, sorumlu müdürlerle yayınlananlar hakkında bu maddede öngörülen para cezasına çevrilerek hükmedilmeye ve emniyet gözetimi altında bulundurma cezası verilemeyeceğine ilişkin hükümler uygulanamaz” hükmü eklenerek yasak yaygınlaştırıldı.

2932 sayılı *“Türkçeden Başka Dillerle Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun”* un 12.04.1991 tarihinde kabul edilen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu⁴⁴ ile yürürlükten kaldırılmasından sonra *“kanunla yasaklanmış dil”* ifadesi anlamını kaybetti. Kaldı ki söz konusu Kanun kaldırılmamış olsaydı bile Irak Anayasasında yapılan değişiklikle Kürtçe, bu Kanuna göre yasak dil olarak kabul edilemeyecekti. Çünkü 2003 Amerikan işgalinden sonra oluşturulan yeni Irak Anayasasında, Kürtçe, Irak’ın Arapça ile eşdeğer resmî dili oldu⁴⁵. Böylece Kürtçe de *“Türkiye’nin tanıdığı ülkelerin birinci resmî dilleri”* arasına girdi. Söz konusu Kanun hazırlanırken Kürtçenin Irak’ın ikinci resmî dili olması ve ilerde kurulması muhtemel bir Kürt devleti hesaba katılmış; ancak Irak Devletinin Anayasasını değiştirerek Kürtçeyi resmî dil olarak kabul etmesi gözden kaçırılmıştır. Ayrıca bir yasağın konulmasının ya da kaldırılmasının başka bir devletin inisiyatifine bırakılması bu Kanunun çok da hesap yapılmadan yazıldığını göstermektedir.

“Kanunla yasaklanmış dil” ifadesi, *“Türkçeden Başka Dillerle Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun”* un yürürlükten kaldırılmasından sonra anlamını yitirmesine rağmen, Anayasanın 26 ve 28. maddelerinde, Basın Kanununun 16. maddesinde ve Siyasî Partiler Kanununun 81. maddesinde uzun bir süre daha var olmaya devam etmiştir.

C)Avrupa Birliği İdealinin Dil Politikalarına Etkisi

Türkiye - Avrupa Birliği ilişkilerinin, 1999 yılının Aralık ayında gerçekleştirilen Helsinki Zirvesi’nde Türkiye’ye Avrupa Birliğine tam üyelik için aday statüsü verilmesiyle yeni bir boyut kazanması⁴⁶ ve Türkiye’nin Kopenhag siyasî ve ekonomik kriterleriyle⁴⁷ belirlenen standartları yakalamak, mevzuatını Avrupa

⁴⁴ Resmî Gazete, Tarih:12.04.1991, Sayı:20843 (Mükerrer).

⁴⁵ Irak Cumhuriyeti Anayasasının 4. maddesine göre, *“Arapça ve Kürtçe Irak Cumhuriyetinin resmî dilleridir.”* Bkz. TUNÇ, Hasan: a.g.e., s.286.

⁴⁶ DARTAN, Muzaffer: *“Türkiye ve Avrupa Birliği İlişkileri ve Gümrük Birliği”*, Tüm yönleriyle Türkiye-AB İlişkileri, Editörler: Mustafa AYKAÇ-Zeki PARLAK, Elif Kitabevi Yayınları, İstanbul 2002, s.93.

⁴⁷ Kopenhag Kriterleri, Avrupa Birliğine üye olmak isteyen Avrupa Devletlerinin yerine getirmesi gereken siyasal, hukuksal, idarî, ekonomik ve yapısal koşulları ifade eder. Herhangi bir Avrupa Birliği anlaşmasında yer almayan bu kriterler, Doğu Avrupa’ya doğru genişleme kararı bağlamında 1993 yılında Kopenhag’da toplanan Avrupa Konseyi tarafından saptanmıştır. Kopenhag kriterleri üç ana başlık altında toplanmıştır: 1) Siyasî Kriterler: Demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan

Birliği müktesebatıyla uyumlaştırmak ve uyumlaşmış mevzuatın uygulanması için yeterli idarî kapasiteyi oluşturmak yükümlülüğü altına girmesi, Türkiye'nin başlangıçtan itibaren tutarlı bir şekilde sürdürdüğü **“ulusçuluk”** anlayışında ciddi bir kırılmaya yol açmıştır. **“Ulusçuluk”** anlayışında yaşanan bu kırılma, **“ulus”** inşasına paralel olarak oluşturulan **“dil politikaları”**nı derinden etkilemiştir. Bunun en açık göstergesi, Uyum Yasaları çerçevesinde önce Anayasada daha sonra yasalarda değişikliklere gidilmesi ve bu değişikliklere uygun olarak yönetmelikler çıkarılarak yerel dillerin öğretilmesine yönelik kursların açılması⁴⁸ ve yerel dilde yayımcılığın önündeki engellerin kaldırılmasıdır.

1. Dil Yasağının Kalkması

Yerel dilde yayımın önünü açacak yasal düzenlemelerin yapılmasına olanak sağlamak amacıyla, önce Anayasanın 26. maddesinde yer alan **“düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz”** ve 28. maddesinde yer alan **“kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayım yapılamaz”** hükümler kaldırıldı⁴⁹.

Anayasa değişikliğinden sonra 26.03.2002 tarihinde kabul edilen 4748 sayılı **“Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”**un⁵⁰ 7. maddesi ile 5680 sayılı Basın Kanununda **“dil yasağı”** ibaresi geçen 16. maddesinin beşinci fıkrası kaldırıldı. Siyasî Partiler Kanunundaki hüküm ise halen varlığını sürdürmektedir.

Çok kısa bir süre sonra ise, 4771 sayılı **“Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”**un⁵¹ 8. maddesi ile 3984 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasına **“Ayrıca, Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde de yayın yapılabilir. Bu yayınlar,**

haklarını ve azınlık haklarını güvence altına alan kurumların oluşturulmasıdır. 2) Ekonomik Kriterler: İşleyen ve aynı zamanda Avrupa Birliği içinde rekabetçi baskılara ve diğer piyasa güçlerine dayanabilecek bir serbest piyasa ekonomisinin varlığıdır. 3) Avrupa Birliği Mevzuatının Benimsenmesi Kriteri: Siyasî, ekonomik ve parasal birliğin amaçlarına uyma dahil olmak üzere üyelik yükümlülüklerinin yerine getirilebilmesi kapasitesine sahip olmaktır. DARTAN, Muzaffer: a.g.m., s.140-142.

⁴⁸ 14.10.1983 tarih ve 2923 sayılı **“Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi İle Türk Vatandaşlarının Farklı Dil ve Lehçelerinin Öğrenilmesi Hakkında Kanunu”**nda 30.07.2003 tarihinde 4963 sayılı Kanunla değişiklik yapılarak, Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerin öğrenilmesi için, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu hükümlerine tâbi olmak üzere özel kurslar açılabileceği hükmüne bağlanmıştır.

⁴⁹ Avrupa Birliği Uyum Çalışmaları kapsamında 2001 yılında Anayasada çok geniş kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden birisi de **“dil yasağı”** olarak bilinen yukarıdaki hükümlerin kaldırılmasıdır. Resmî Gazete, Tarih: 17.10.2001, Sayı: 24556(Mükerrer)

⁵⁰ Resmî Gazete, Tarih: 09.04.2002, Sayı: 24721.

⁵¹ Resmî Gazete, Tarih: 09.08.2002, Sayı: 24841.

Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı olamaz. Bu yayınların yapılmasına ve denetimine ilişkin usul ve esaslar, Üst Kurulca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir” hükmü ilave edildi. 25.01.2004 tarihinde, bu Kanun değişikliğine uygun olarak **“Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerde Yapılacak Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Yönetmelik”**⁵² çıkarılarak yerel dillerde yayımın önü tamamen açıldı.

2. Devlet Eliyle Yerel Dilde Yayım

Yasal altyapı hazırlandıktan sonra çeşitli kuruluşlar **“Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerde Yapılacak Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Yönetmelik”** çerçevesinde yerel dilde yayım yapmaya başladı.

Söz konusu Yönetmeliğin 5. maddesinde; geleneksel olarak kullanılan yerel dil ve lehçelerde sadece yetişkinler için haber, müzik ve geleneksel kültürün tanıtımına yönelik yayımların yapılabileceği, bu dil ve lehçelerin öğretilmesine yönelik yayım yapılamayacağı, radyo kuruluşlarının günde 60 dakikayı aşmamak üzere haftada toplam beş saat, televizyon kuruluşlarının ise günde 45 dakikayı aşmamak üzere haftada toplam dört saat yayım yapabileceği, yayımların içerik ve süre açısından birebir olmak kaydıyla, Türkçe altyazıyla verilmesi veya hemen akabinde Türkçe tercümesinin yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Yönetmeliğin bu maddesi; Türkçeden başka bir dilde yayım yapılmasından çok hoşlanılmadığı, başlangıçtan itibaren uygulanan dil politikalarından tamamen vazgeçilmediği, böyle bir düzenlemenin iç ve dış dinamiklerin etkisi altında hazırlandığı, zorunluluk sonucu izin verilen yerel yayımların ölçülü olması ve Devlet tarafından kontrol edilmesi gerektiği duygu ve düşünceleriyle hazırlandığı izlenimi uyandırmaktadır. Ancak 1 Ocak 2009 tarihinde Devlet Televizyonu TRT bünyesinde bu Yönetmelik hükümlerine tamamen aykırı bir şekilde⁵³ -konu sınırlaması olmaksızın, tüm gün ve altyazısız- Kürtçe yayım yapan bir kanalın(TRT 6) kurulması bu izlenimi zayıflatmaktadır.

⁵² Resmî Gazete, Tarih: 25.01.2004, Sayı: 25357.

⁵³ Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerde Yapılacak Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Yönetmeliğin 1. maddesine göre, “Bu Yönetmeliğin amacı, kamu ve özel radyo ve televizyon kuruluşlarının radyo ve televizyon yayınlarının Türkçe yapılması esası yanında Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde de yayım yapabilmelerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.” Bu maddeye göre, kamu televizyonu olan TRT de yerel dilde yayım yaparken Yönetmelikteki ilkeleri gözetmek durumundadır. Oysa TRT 6, bu Yönetmeliğin 5. maddesinde belirtilen yayım esaslarına tamamen aykırı hareket etmektedir.

Sonuç

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin dil politikalarının şekillenmesinde, başlangıçta “uluslaşma” ve “batılılaşma” kaygıları, 80’li yıllarda “bölünme” korkuları, son yıllarda ise “Avrupa Birliği İdeali” belirleyici olmuştur. “Uluslaşma”, “batılılaşma” kaygıları ve “bölünme” korkuları altında şekillenen dil politikaları, Devletin kuruluşunda benimsenen ve günümüze kadar sürdürülen “resmî tek-dillilik” ve “ulus devlet” anlayışıyla uyumlu bir nitelik göstermekteydi. Ancak “Avrupa Birliği İdeali”nin şekillendirdiği dil politikaları, Türkiye’nin başlangıçtan itibaren sürdürdüğü “ulusçuluk” ve “resmî tek-dillilik” anlayışında ciddi bir kırılmaya yol açmıştır. Bunun en açık göstergesi, önce Anayasada daha sonra yasalarda değişikliklere gidilmesi ve bu değişikliklere uygun olarak çıkarılan Yönetmelikle yerel dilde yayıncılığın önündeki engellerin kaldırılması ve 1 Ocak 2009 tarihinde Devlet Televizyonu olan TRT tarafından bu Yönetmelik hükümlerine tamamen aykırı bir şekilde Kürtçe yayım yapan bir kanalın(TRT 6) kurulmasıdır.

Türdeş olmayan bireyleri türdeş kılma ve türdeş bir bütün içinde olduklarına inandırma çabası içinde olan⁵⁴ ve dili bunun en önemli araçlarından biri olarak gören Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, kendi eliyle tüm gün yerel dilde yayım yapan bir televizyon kanalı kurması “ulus-üstü” karar mekanizmalarına daha fazla diremediğini ortaya koymaktadır. Bu durum yaklaşık yüzyıldır mücadelesi verilen “ulus devlet”ten ve ona paralel oluşturulan “resmî tek-dillilik” anlayışından bir sapmadır. Farklı grupların dil ve kültürlerini yaşatmak amacıyla böyle bir girişimde bulunulduğu iddiası gerçekçi değildir. Çünkü Türkiye’de Kürtçeden başka yerel diller de vardır. Ayrıca tam gün, alt yazısız ve konu sınırlaması olmaksızın yapılan Kürtçe yayımın, Kürtçeye yakın olan Zazaca gibi dillerin unutulmasına yol açma ihtimâli düşünüldüğünde, böyle bir girişimin tam tersi bir fonksiyon ifa edebileceği de gözden kaçırılmamalıdır.

Ancak bu açılımları yeterli görmeyen Avrupa Birliği, Türkiye’nin “Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” ve “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”ye koyduğu beyan ve çekinceleri kaldırmasını⁵⁵; “Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi” ve

⁵⁴ ERÖZDEN, Ozan:Ulus-Devlet, Dost Kitabevi, Ankara, 1997, s.123.

⁵⁵ İkiz Sözleşmeler olarak bilinen ve Birleşmiş Milletler tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılan bu Sözleşmeler, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde New York’ta imzalanmış ve 04.06.2003 tarihinde TBMM’ce uygun bulunarak “beyanlar” ve “çekince” ile onaylanmıştır. Resmî Gazete, Tarih:18.06.2003, Sayı: 25142. Çekinceler daha çok eğitim hakkı, etnik, dinsel ve dil azınlıkları hakkındaki maddelere yöneliktir.

“*Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartı*”nı imzalamasını istemektedir. İlerleme Raporlarında⁵⁶ belirtilen bu taleplerin yerine getirilmesi durumunda, Türkiye’nin başlangıçtan günümüze uyguladığı dil politikalarından tamamen vazgeçmesi, hatta “*ulus devletin*” doğasına uygun olmayan “*resmî çok-dillilik*” anlayışını benimsemesi gerekebilir.

⁵⁶ İlerleme raporlarının İngilizce metni için bkz. <<http://www.dtm.gov.tr/dtmweb/yaziciDostu.cfm?dokuman=pdf&action=detay&yayinID=262&icerikID=360&dil=TR>>(11.03.2009).

KAYNAKÇA

Kitaplar

ÂFETİNAN, A.: Medenî Bilgiler ve M.Kemal Atatürk'ün El Yazıları, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 2000.

AKİPEK, Ömer İlhan: Devletler Hukuku, İkinci Kitap, İkinci Bası, Başnur Matbaası, Ankara, 1965

ALTER, Peter: Nationalism, Translated by Stuart McKinnon-Evans, Edward Arnold, London, 1989.

BALİ, Rıfat N.: Cumhuriyet Yıllarında Türkiye Yahudileri, Bir Türkleştirme Serüveni(1923-1945), İletişim Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2005.

ÇEÇEN, Anıl: Kemalizm, İkinci Baskı, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1998.

DOĞAN, İlyas: Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2008.

ERGANG, Robert Reinhold: Herder and The Foundations of German Nationalism, Octagon Boks, New York, 1976.

ERÖZDEN, Ozan: Ulus-Devlet, Dost Kitabevi, Ankara, 1997.

GÖZE, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Genişletilmiş 7. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1995.

GÖZLER, Kemal: Devletin Genel Teorisi, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007.

HAYES, Carlton J.H.: Milliyetçilik: Bir Din, Çev. Murat ÇİFTKAYA, İz Yayıncılık, İstanbul, 1995.

KABOĞLU, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005

KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

KİLİ, Suna: Atatürk Devrimi, Bir Çağdaşlaşma Modeli, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 9. Baskı, İstanbul, 2006.

KORKMAZ, Zeynep: Atatürk ve Türk Dili Belgeler, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Dizisi Sayı:574, Ankara, 1992.

ROCKER, Rudolf: Nationalism and Culture, Translated by Ray E. Chase, Black Rose Boks, Montreal/New York/London, 1998.

SADOĞLU, Hüseyin: Türkiye'de Ulusçuluk ve Dil Politikaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

SEVİM, Acar: Halk Milliyetçiliğinin Öncüsü HERDER, Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2008.

ŞÜKÜR, Soran: Irak Devletinin Yeniden Yapılandırılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2007.

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Yedinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.

TUNÇ, Hasan: Türkiye'ye Komşu Devletlerin Anayasaları, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008.

Makaleler

AKAR, Rıdvan: “ ‘Bir Resmî Metin’den Planlı Türkçeleştirme Dönemi”, Birikim, Sayı:110, 1998, s.68-75.

DARTAN, Muzaffer: “Türkiye ve Avrupa Birliği İlişkileri ve Gümrük Birliği”, Tüm yönleriyle Türkiye-AB İlişkileri, Editörler: Mustafa AYKAÇ-Zeki PARLAK, Elif Kitabevi Yayınları, İstanbul 2002, s.93-157.

ESMAN, Milton J.: “The State and Language Policy”, International Political Science Review, Volume:13, Number:4, 1992, s.381-396.

ÖZBUDUN, Ergun: “Milli Mücadele ve Cumhuriyetin Resmî Belgelerinde Yurttaşlık ve Kimlik Sorunu”, Cumhuriyet, Demokrasi ve Kimlik, Yayına Hazırlayan: Nuri Bilgin, Bağlam Yayıncılık, İstanbul, 1997, s.63-70.

İnternet Kaynakları

<<http://www.dtm.gov.tr/dtmweb/yaziciDostu.cfm?dokuman=pdf&action=detay&ya yinID=262&icerikID=360&dil=TR>>

<http://ec.europa.eu/education/languages/archive/languages/langmin/files/charter_en.pdf>

<<http://radikal.com.tr/Default.aspx?aType=Detay&ArticleID=894239&Date=18.08.2008&CategoryID=81>>

<<http://www.fed-parl.be/gwuk0001.htm#E11E1>>

<<http://www.guardian.co.uk/word/2008/jun/17/france>>

ULUSLARARASI HUKUKTA TERÖRİZM

Arş. Gör. Murat SARAÇLI*

Özet:

Bu çalışmada terörizm olgusunun özellikle 11 Eylül 2001 saldırılarının ardından değişen doğası ve ortaya çıkardığı yeni tehdit algılamaları üzerinde durulmaktadır. Bu çerçevede uluslararası hukuk alanında terörizmin önlenmesine yönelik yapılan çalışmalar değerlendirilmekte ve terörizmin siyasi boyutundan kaynaklanan bir takım sorunların, uluslararası hukuk alanındaki çalışmalarını nasıl sekteye uğratmakta olduğu sorusuna cevap aranmaktadır. Terörizm olgusunun meşru müdafaa hakkı üzerindeki etkileri ve insan haklarının korunması sorunsalı ile terörizmle mücadele arasındaki girift ilişki de bu çalışmada ele alınan diğer konu başlıklarıdır.

Anahtar Kelimeler:

Terörizm, Uluslararası Hukuk, Meşru Müdafaa Hakkı, İnsan Hakları, 11 Eylül 2001 Saldırıları.

Abstract:

In this study, emphasis is put on the nature of terrorism fact, which has changed especially after the September 11, 2001 attacks and on the new threat perceptions it has created. Within this framework, studies that are carried out aimed at preventing terrorism in the field of international law are assessed and an answer is sought to the question of how certain problems, caused by the political dimension of terrorism, disrupts studies in the field of international law. Impacts of the terrorism on the right of self-defense and the entangled relation between the problematic of maintaining the human rights and struggle with terrorism are other titles discussed in this study.

Keywords:

Terrorism, International Law, Right of Self-Defense, Human Rights, September 11, 2001 Attacks.

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F. Uluslararası İlişkiler Bölümü.

Giriş

Bir olgu olarak ele alındığında insanlık tarihi kadar eski olduğu ve insanoğlunun siyasi örgütlenmesine paralel bir gelişim gösterdiği görülen terörizmin, özellikle ABD’de gerçekleşen 11 Eylül terör olaylarından sonra devletlerin ve uluslararası örgütlerin daha fazla gündemine geldiği aşikardır. Tüm uluslararası kamuoyunu şok eden bu saldırı sonrasında hegemon konumundaki ABD’nin ilk olarak Afganistan’a ardından da Irak’a yönelik gerçekleştirdiği askeri operasyonlar, uluslararası hukuk açısından terörizmin ne olduğu ve terörizmin önlenmesi konusunda uluslararası hukuk alanında tüm devletleri bağlayıcı genel nitelikli bir hukuk metninin olmayışı sorunlarının taşıdığı önemi bir kez daha tartışılır hale getirmiş ve bu konuda ciddi adımlar atılması gerekliliğini gözler önüne sermiştir. Nitekim Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi’nin aldığı 1368 sayılı kararın yorumuyla terörist saldırılardan ciddi şekilde mağdur olmuş devletlerin teröristleri barındıran, destekleyen veya onlara tolerans gösteren başka devlet ülkelerine karşı silahlı kuvvet kullanmalarını “meşru müdafaa” hakkına dayandırabileceklerinin ve 11 Temmuz 2002’de toplanan Avrupa Birliği (AB) Bakanlar Konseyi’nin de insan hakları ve terörle mücadele konusunda kaleme alınmış ilk uluslararası hukuk metni olan “İnsan Hakları ve Terörle Mücadele Hakkındaki İlkeler” kararını kabul etmiş olmaları; uluslararası hukuk alanında terörizmin önlenmesine yönelik gerekli adımların atılmaya başlandığını bizlere göstermektedir. Bu noktada özellikle devletlerin farklı terörizm tanımlarından uzaklaşarak, ortak ve genel bir tanım üzerinde mutabakata varmaları konusu yaşamsal önemini devam ettirmektedir ki ancak bu olduğu takdirde terörizmin uluslararası alanda işbirliği çerçevesinde etkisizleştirilmesi mümkün olabilecektir.

Bu varsayımlar üzerine oturtulan makalenin birinci bölümünde ilk olarak terörizmin etimolojik anlamı üzerinde durularak, kavramın ortaya çıkış süreci ve de tarihçesi ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede siyasi bir kavram olarak Fransız Devrimi ile ortaya çıkan terörizm olgusunun ilerleyen dönemde nasıl devletlere yönelik bir tehdit unsuru haline geldiği ve uluslararası bir boyut kazandığı konusu ele alınacak ve 1926’da Romanya’nın Milletler Cemiyetine sunduğu ‘Terörizmin Bastırılmasının Evrenselleştirmesi İçin Uluslararası Sözleşme’ önerisi ile ilk defa uluslararası hukukun gündemine gelen terörizmin bugünlere uzanan siyasi ve hukuksal tarihçesi incelenecektir. Birinci bölümün son kısmında ise günümüzde yaşanan terörizmin kavramsal bir sınıflandırmasına yer verilecek ve bu kapsamda ülke içi terörizm, uluslararası terörizm, uluslararası terörizm, devlet terörizmi, devlet destekli terörizm, etnik ve siber terörizm olgularının ne anlama geldikleri üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise ilk olarak uluslararası hukukta terörizmin tanımlanmasına yönelik çalışmalar üzerinde durulacaktır. Uluslararası hukuk alanında henüz tüm devletlerin kabul ettiği genel bir terörizm tanımlamasına ulaşılamamış olup, özeld devletlerin bu konu ile ilgili yasalarında genelde ise uluslararası örgütlerin çeşitli sözleşme ve antlaşmalarında geçen terörizm tanımlamaları mevcuttur. Bu bölümün ikinci kısmında ise neden tüm devletleri bağlayıcı genel bir terör tanımına ulaşılamadığı konusu ele alınacak ve bu farklı terörizm tanımlarının ortaya çıkardığı çeşitli sorunlar üzerine yoğunlaşılacaktır. Ardından terörizm konusunda Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiş uluslararası sözleşmeler ile Afrika Birliği Örgütü ve Amerikan Devletleri Örgütü gibi bölgesel örgütlerin kabul ettiği bölgesel sözleşme ve antlaşmalar ismen ortaya konularak, tüm bu antlaşma ve sözleşmelerin genel özellikleri incelenecektir. Bölümün son iki kısmında ise terörizm ile meşru müdafaa hakkı ve terörizm ile insan hakları arasındaki ilişki incelenecek ve terörizmin boyutları bakımından milat kabul edilen 11 Eylül olaylarının bu ilişkilere etkisinin değerlendirilmesi ile de çalışmanın ikinci ve son bölümüne nokta konulacaktır. Makalenin genel bir değerlendirilmesinin yapılacağı sonuç bölümünde ise terörizm konusunda uluslararası hukuk alanında geleceğe yönelik atılması gerekli adımlar üzerinde bir takım çıkarımlarda bulunulacak ve bu çıkarımların gerçekleştirilebilirliği konusu tartışılacaktır.

I. Terörizmin Kavramı, Tarihçesi ve Türleri

Bu bölümde ilk olarak terörizmin etimolojik anlamı üzerinde durularak, kavramın ortaya çıkış süreci ve de tarihçesi ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede siyasi bir kavram olarak Fransız Devrimi ile ortaya çıkan terörizm olgusunun ilerleyen dönemde nasıl devletlere yönelik bir tehdit unsuru haline geldiği ve uluslararası bir boyut kazandığı konusu ele alınacak ve 1926'da Romanya'nın Milletler Cemiyeti'ne sunduğu "Terörizmin Bastırılmasının Evrenselleştirmesi İçin Uluslararası Sözleşme" önerisi ile ilk defa uluslararası hukukun gündemine gelen terörizmin bugünlere uzanan siyasi ve hukuksal tarihçesi incelenecektir. Birinci bölümün son kısmında ise günümüzde yaşanan terörizmin kavramsal bir sınıflandırmasına yer verilecek ve bu kapsamda ülke içi terörizm, uluslararası terörizm, uluslararası terörizm, devlet terörizmi, devlet destekli terörizm, etnik ve siber terörizm olgularının ne anlama geldikleri üzerinde durulacaktır.

A. Terörizm'in Ortaya Çıkış Süreci ve Tarihçesi

Etimolojik olarak terör kelimesinin kökeni Latince korkutmak, ürkütmek veya sindirmek anlamlarına gelen "terrere" kelimesidir. Bir olgu olarak terörizm, uygarlık tarihi kadar eskidir ve insanoğlunun siyasi örgütlenmesine paralel olarak

gelişmiştir¹. Günümüzde terör, ya bireylerin devlet düzenine karşı eylemleri, ya da devletin bireylere uyguladığı şiddet politikası şeklinde kavranmaktadır ki, her iki kavrayış da devlet eksenslidir. Terörün siyasi bir terim olarak Fransız Devrimi ile beraber ortaya çıkışı ve XIX. yüzyılda Fransız devriminin ihraç ettiği ulus-devlet modelinin Avrupa’da yaygınlaşması ile terörizmin yükselişinin koşutluk göstermesi, bu saptamayı teyit etmektedir. 1789 Fransız Devrimini izleyen 1793 Konvansiyon döneminde jakoben yönetimce uygulanan sistematik şiddet politikası, siyaset ve hukuk alanlarında “terörizm” kavramının doğmasına yol açmıştır. Terörün vatanperverlikle eşanlımlı tutulduğu bu dönem boyunca, binlerce Fransız giyotinle idam edilmiş ve binlercesi de hapsedilerek işkenceden geçirilmiştir. Terör dönemi sona erdiğinde, bu kelime artık utanç ve rezaleti çağrıştırır bir konuma gelmiştir².

Günümüz çağdaş terörizmi, geçmişin siyasi şiddet uygulamalarının bugünün şartlarına ve imkânlarına uyarlanmış bir görünümünden başka bir şey değildir. Bununla beraber, iletişim ve silah teknolojilerinde gerçekleşen yenilikler, terörizmin boyutunu öngörülemez bir düzeye taşımıştır³. XX. yüzyıldan itibaren terörizm, sadece milli düzeyde değil, uluslararası düzeyde de sarsıcı bir boyut kazanmış ve hatta siyasi gelişmeleri belirleyici rol oynamıştır. Bu yüzyılda dünya haritasını en fazla değiştiren olayın, yani I. Dünya Savaşı’nın bireysel bir uluslararası terörizm vakası ile tetiklendiğini hatırlamak gerekir. Şüphesiz, I. Dünya Savaşı’na yol açan tek olgu, 28 Haziran 1918’de Arşidük Ferdinand’ın Saraybosna’da bir Sırp milliyetçisi tarafından katledilmesi değildi. Ama bu örnek şunu gösteriyor: Terörizm kendi başına savaş çıkarmak için yeterli olmasa bile, en azından barışı engelleyecek güçtedir⁴.

Önceleri bütün iç hukuklarda yer almayan terör suçları, olayların zorlamasıyla ceza kanunlarına da girmiştir. Uluslararası hukukun terörizme ilgi göstermesi de, terör eylemlerinin uluslararası boyut kazanması sebebiyledir. 1926’da Romanya’nın Milletler Cemiyetine sunduğu ‘Terörizmin Bastırılmasının Evrenselleştirmesi İçin Uluslararası Sözleşme’ önerisi, olaylar zorlayana kadar dikkate alınmamıştır⁵. 1934’te Yugoslav Kralı Aleksandr ve Fransa Dışişleri Bakanı Barthou Marsilya’da Hırvat milliyetçilerce gerçekleştirilen bir suikaste kurban gitmişlerdir. Bu olaya tepki olarak Milletler Cemiyeti, önce bir kararla terör faaliyetlerinin bastırılmasına ilişkin

¹ Faruk ÖRGÜN: **Küresel Terör**, (İstanbul: Okumuş Adam Yayınları, 2001), 13.

² Ercan ÇİTLİOĞLU: **Gri Tehdit Terörizm**, (Ankara: Ümit Yayıncılık, 2006), 82.

³ Cemal GÜZEL: “Korkunun Korkusu: Terörizm”, **Silinen Yüzler Karşısında Terör** içinde, (der.) Cemal GÜZEL, (Ankara: Ayrac Yayinevi, 2002), 15-16.

⁴ Emre ÖKTEM: **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, (İstanbul: Derin Yayınları, 2007), 15-16.

⁵ Ercan ÇİTLİOĞLU: **a.g.e.**, 88-89.

uluslararası hukuk kurallarının günümüzde bu konuda etkin uluslararası işbirliği sağlayacak ölçüde sarih olmadığını tespit etmiştir. Ardından ise Belçika temsilcisi Wiart'ın başkanlığında bir komite oluşturulmuş ve komitenin çalışmaları sonucunda hazırlanan sözleşme taslağı, Kasım 1937'de Cenevre'de toplanan hükümetler arası konferansa sunulmuştur. Konferans, 16 Kasım 1937'de "Terörizmin Önlenmesi ve Bastırılmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi" ni kabul etmiştir. Sözleşme, terörizmi şöylece tanımlamaktadır: "Bir devlete yönlendirilen ve belli kişilerin ya da kişi gruplarının veya genel kamuoyunun zihninde terör hali yaratmaları hedeflenen ya da hesaplanan suç eylemleri". Bu tanım, dar, bulanık kapsamı, totolojik niteliği (terörizmi, terör kelimesini kullanarak açıklaması) ve tanımdan ziyade bir tasvire benzemesi sebebiyle eleştirilmiştir. Tanımda yer alan "suç" kavramı bir devletten diğerine değişiklik gösterebilmektedir. Tanımda dikkat çekici bir diğer husus şudur ki, sadece bireylerin devlete yönelik eylemlerini kapsamakta, bireylere yönelik devlet terörüne değinmemektedir. Bu Sözleşme asla yürürlüğe girememiştir. Sözleşme'nin yeterli onay sayısına ulaşmamasının gerekçeleri arasında; suç oluşturan eylemlerin yeterince sarih bir biçimde tanımlanamamış olması, bazı devletlerin hukuk sistemlerinin yabancı devlet ülkesinde işlenen suçları cezalandırmaya müsait olmaması, anayasal sorunlar ve nihayet II. Dünya Savaşı'nın başlaması gösterilmektedir. Bununla beraber, yürürlüğe giremeyen bu Sözleşme'nin, ceza hukukunda birlik sağlanmasına, devletlerarası işbirliği ve dayanışmaya bir ölçüde katkıda bulunduğu inkâr edilemez⁶.

II. Dünya Savaşı'nı izleyen dönemde terörizm önem ve yoğunluk kazanmaya başlamıştır. II. Dünya Savaşı sonucunda Almanya, Fransa ve İngiltere gibi eski "Düvel-i muazzama" bitkin düşerek sahneyi savaşın asıl galiplerine bırakmış; uluslararası siyaset böylece Avrupa-merkezli olmaktan çıkarak dünya ölçeğinde iki kutbun çatışma alanına dönüşmüştür. ABD ve Sovyetler Birliği'nin sahip olduğu nükleer cephanelik, sadece birbirlerini değil, tüm gezegeni yok edebilecek güçte idi. Bu nedenle, bu iki süper güç, nükleer savaşa doğru tırmanabilecek klasik silahlı çatışmalara girişmek yerine, aracı örgüt ve devletler kullanmak, onlara askeri destek sağlamak, gizli operasyonlar yürütmek gibi daha az risk taşıyan dolaylı yöntemlere başvurmayı tercih etmişlerdir. İki kutbun yanı sıra, bir "Üçüncü Dünya" kavramının ortaya çıkışıyla terörizm gerçek bir dış siyaset aracına dönüşmüştür. Kızıldordu'nun ve Amerikan nükleer silahlarının varlığı nedeniyle Avrupa aşırı tehlikeli bir çatışma bölgesi haline gelince, terörizmin faaliyet alanı sömürge güçlerinin çekilmekte

⁶ Emre ÖKTEM: a.g.e., 17-18.

olduğu Ortadoğu, Afrika ve Asya'ya kaymaya başlamıştır. Terörizm ile bağımsızlık mücadeleleri arasındaki karmaşık ilişki de bu dönemde öne çıkmıştır⁷.

1960'lardan itibaren terörizm, uluslararası çalkantılara paralel olarak ivme kazanmıştır. Terörizm teriminin siyasi jargonda yoğun olarak kullanımı da bu döneme rastladığı gibi, daha önceleri pek bilinmeyen yolculardan biri tarafından uçak kaçırma gibi yöntemler de bu dönemde kullanılmaya başlanacaktır. 1960'larda terörizmin tırmanmasına sebep olan olgulara değinilecek olursa; konvansiyonel silahlarla başlayacak bir çatışmanın nükleer savaşa dönüşmesinin yüksek bir ihtimal olduğu iyice anlaşılmıştır. Sömürgeciliğin tasfiyesi (*decolonialism*) hemen hemen tamamlanınca ortaya çıkan yeni devletler, hazırlıklı olmadıkları sorunlarla karşılaşmışlardır. Sömürgeci güçler tarafından baskı yoluyla kontrol altında tutulan azınlıklar, yine bu güçlerce keyfi olarak tespit edilmiş sınırlar gibi problemler sonucunda gerilla çatışmaları, düşük yoğunluklu savaş ve kaçınılmaz olarak terörizm olgularıyla karşılaşmıştır. Nihayet, 1960'larda, insan hakları söylemi Batı demokrasilerine hâkim olmuş ve her bir yurttaşın hakkını en yüce değer olarak kabul ettirmiştir. Totaliter rejimlerin aksine demokrasiler rehine alma vakaları karşısında hassasiyet gösterirler ve teröristler bu yolla taviz koparabilirler, 1960'lar, aynı zamanda yoğun siyasi şiddet olaylarına sahne olmuştur. Vietnam Savaşı 1960'ların başında başlamış, 1963'te Başkan Kennedy, 1967'de Che Guevara, 1968'de Martin Luther King öldürülmüş, Filistin Halk Kurtuluş Cephesi, Baader-Meinhof çetesi, Geçici İrlanda Kurtuluş Ordusu, Japon Kızıl Ordusu ve italyan Kızıl Tugayları'nın faaliyetleri tırmanışa geçmiştir⁸.

Latin Amerika'daki Tupamaros'lar ya da Ortadoğu'da Filistin Kurtuluş Örgütü gibi siyasi hareketlerin taktik değiştirip konvansiyonel askeri çatışma ve gerilla savaşını bırakarak şehir içi eylemlere yöneldiği 1970'lerde "yeni terör çağı"ndan söz edilmeye başlanmıştır⁹. Artık terör, uluslararası gündemin öncelikleri arasında yer alacaktır. Bir Japon intihar timi tarafından Tel Aviv-Lod havaalanına gerçekleştirilen baskın, Münich Olimpiyatları baskını ve bombalı mektup eylemleri, 1970'lerin öne çıkan uluslararası terör eylemlerini oluşturmaktadır. Uruguay, Brezilya, Arjantin ve Kolombiya gibi Latin Amerika ülkelerinde 1960'ların sonuna doğru tırmanan terörist ve gerilla faaliyetleri, 1970'lerde yüzlerce can alacaktır. Sol eğilimli bu hareketler genelde geri teperek arzulanan sonucun tam tersini doğurmuş ve sağcı, askeri

⁷ Türkiye Barolar Birliği: **Türkiye ve Terörizm**, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006), 4-7.

⁸ Faruk ÖRGÜN: 14-15; Türkiye Barolar Birliği: **a.g.e.**, 7.

⁹ Sait YILMAZ: **21. Yüzyılda Güvenlik ve İstihbarat**, (İstanbul: Alfa Yayınları, 2006), 501-502.

diktatörlüklerin iktidarda kalmalarını sağlamıştır. Avrupa ve Japonya'da faaliyet gösteren terör grupları da kapitalizmi tarihe gömmeye hedefine ulaşamamışlardır. Aynı dönemde, hayal kırıklığına uğramış milliyetçilikle sosyalist idealleri kaynaştıran İrlanda Cumhuriyet Ordusu (IRA), Bask Euzkadi Ta Askatasuna (ETA) ve pek çoğu Filistin Kurtuluş Örgütü (PLO) bağlantılı Filistinli gruplar, siyasi amaçlarına ulaşmayı başaramasalar bile seslerini duyurmayı başarmışlardır.

Kimi terör gruplarının, İsrail'e karşı FKÖ'nün yürüttüğü mücadele ile özdeşleştirilerek İsrail-Filistin çatışmasının uluslararası terörizm problematiğine damgasını vurması ve bazı devletlerin terör örgütlerini dış politikalarında araç olarak kullanmak üzere destekledikleri iddialarının yoğunlaşması da bu döneme rastlar. Üçüncü Dünya ülkelerince ulusal kurtuluş hareketlerine gösterilen dayanışma nedeniyle, 1970'lerin başında ortaya atılan, terörizmin bastırılmasına ilişkin bir uluslararası anlaşma hazırlanması projesinin siyasi açıdan imkânsız olduğu ortaya çıkmıştır. Aynı dönemde, bölgesel bağımsızlık hareketleri ile özellikle öğrenci çevrelerinde yaygınlaşan sınırötesi devrimci ideoloji arasında bağlantılar kurulacaktır¹⁰. 1980'lerde ise, Sovyet diplomatlarının Orta Doğu'da kaçırılmaya başlanmasıyla beraber uluslararası toplumun teröre bakışında yeni eğilimler belirir. Bu dönemde, Birleşmiş Milletler kararları, terörün hiçbir saik sebebiyle hoş görülemeyeceğine açıklık getiren hükümler içermeye başlar. Soğuk Savaş'ın sonlarına doğru, Gorbaçov yönetiminin, Orta Doğu'daki radikal gruplara askeri ve mali desteğini çekmesiyle beraber bu eğilim, ivme kazacak ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, koşullar ne olursa olsun terörizmi mahkûm eden kararlar almaya başlayacaktır. 1980'lerin ses getiren terör eylemleri arasında Tahran'daki ABD büyükelçilik ve konsolosluk personelinin rehin alınması (Kasım 1979-Ocak 1981), 847 uçuş sayılı Amerikan uçağının ve İtalyan Achille Lauro gemisinin kaçırılması (1985) ve Lübnan'da çok sayıda kaçırma olayı örnek gösterilebilir. ABD Dışişleri Bakanlığı'nın raporlarına göre 1975-1985 yılları arasında yaklaşık 5000 uluslararası terör olayı kaydedilmiş, ölü sayısı 1983 yılında 720 rakamına ulaşmıştır. 1980'lerde, aynı zamanda Guatemala, Uganda, Güney Afrika, Doğu Timor, Şili, Kamboçya vb. ülkelerde yoğun devlet terörü uygulamaları kaydedilmiştir¹¹.

11 Eylül 2001 ise, terörizmin boyutları bakımından bir dönüm noktası oluşturmaktadır. Bu tarihten önce, terörizm eylemlerinin çoğu konvansiyonel patlayıcıların kullanımından ibaret kalmış ve bunların en ölümcül olanlarında bile

¹⁰ Ercan ÇİTLİOĞLU: a.g.e., 92-95.

¹¹ Sait YILMAZ: a.g.e., 502-504; Emre ÖKTEM: a.g.e., 22-23.

ölü sayısı yüzlü rakamları aşmamıştır. Artık terörizmin hem nicel (kantitatif) hem de nitel (kalitatif) bir sıçrama gerçekleştirdiği söylenmektedir. 11 Eylül'den itibaren "Süperterörizm" ya da "Kıyamet terörizm"nden söz edilmesine yol açan hususların arasında; terörist örgütlerin eşzamanlı saldırı yeteneği, saldırıların teknik açıdan mükemmelliği, failerin kendi ölümlerine gidişlerindeki kararlılık, ekonomik ve askeri hedeflerin (Dünya Ticaret Merkezi ve Pentagon) seçiminde gözetilen simgesellik, sivil uçakların kaçırılarak birer kitle imha silahına dönüştürülmesi ve akabinde daha korkunç (örneğin nükleer, kimyasal, biyolojik) kitle imha silahlarıyla saldırı beklentisi, olayların bütün trajik boyutuyla derhal medyaya yansıtılması sayılabilir.¹¹ Eylül saldırıları, terörizm ile uluslararası insan hakları hukuku arasındaki ilişki bakımından da bir dönüm noktası oluşturmaktadır. Zira önceleri anti-terör operasyonları daha ziyade ulusal düzeyde cereyan etmişken, 11 Eylül'den sonra "terörle savaş" ulusal sınırları aşan bir boyut kazanmıştır¹².

Anlatılanları özetleyecek olursak, terörizm modern bir olgudur ve Fransız Devrimi'nin oluşturduğu fikri yapının üzerine Sanayileşme Devrimi ve beraberinde gelen iletişim, ulaşım, teknoloji vb. alanlardaki gelişmeden beslenerek hayat bulmuştur. Söz konusu alanlardaki gelişmeler arttıkça ve yeni boyutlar kazandıkça terörün de yeni boyutlar kazanması kaçınılmaz olacaktır. Terörün yerel düzeyden ulusala, buradan bölgele, buradan uluslararası alana ve küresel düzleme geçişi bahsedilen değişimlere paralel olarak yaşanacaktır. Uluslararası siyasi, ekonomik ve diğer sistemler ne kadar hassas ve kırılabilir olur, karmaşıklık ne kadar artar ise teröre daha fazla açık olacaktır.

B. Terörizm Türleri

Günümüz dünyasında görülen terörizm eylemleri çok farklı amaçlar, hedefler, ideolojiler taşımakta ayrıca çok değişik coğrafyalarda ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan terörizmin sınıflandırılması konusu yazarlara göre farklılık göstermekte ve genel kabul görmüş bir sistematığın kullanılması mümkün olmamaktadır. Bu gerçekliğe rağmen yine de terörizmi bazı adlar altında sınıflandırabiliriz. Bunlar:

1. Ülke İçi (Ulusal) Terörizm: Ulusal terörizm tek bir devlet içinde sınırlı kalan ve yabancı bir unsur, ilişki veya katılımın söz konusu olmadığı sistematik şiddettir. Bu yönü ile ulusal terörizm uluslararası terörizme çok benzemektedir. Bu ikisi arasındaki en önemli farklılık, ulusal teröristlerin eylemlerini bir ulusun vatandaşlarına karşı yönelmeleridir. Uluslararası terörizm gibi ülke içi terörizm de herhangi bir hükümet

¹² Meryem DOĞAN: "11 Eylül Saldırılarının 5. Yıl Dönümünü Nilgün Gürcan İle Tartıştık", (Nilgün Gürcan ile yapılmış röportaj), <http://www.usakgundem.com/makale.php?id=254>, (12 Şubat 2007), (erişim tarihi: 02.05.2007).

tarafından doğrudan desteklenmez. Ancak, tarihsel olarak ülke içi terörizmi pür bir durumda bulmak çok zordur. Böyle bir durum ancak teorik olarak mümkündür¹³.

2. Uluslararası Terörizm: Uluslararası terörizm kavramı, 1960'lardan bu yana artan şiddet eylemlerinin devletlerarası bir boyut kazanması sonucu, uluslararası ilişkiler disiplininde yer bulmuştur. Uluslararası terörizm, “içeriği ve tekrarı uluslararası sonuçlar doğuran terörist faaliyetler” olarak tanımlanmaktadır. Ancak terörün uluslararası niteliği bununla sınırlı kalmamaktadır. Bir yabancı devletin ya da bir uluslararası örgütün politikasını etkilemek üzere gerçekleştirilen şiddet eylemleri de uluslararası nitelik taşımaktadır. Bunun yanı sıra, bir ya da birden fazla devletin desteğini alarak terörist eylemlerde bulunulması durumu da aynı çerçevede değerlendirilmektedir. Yabancılar veya yabancılar ait hedeflere yönelen terörizm de uluslararası boyutludur. Uluslararası terörizm, belirli siyasal, sosyal ve ekonomik çıkarlar sağlamak için insan hayatlarını, iç sosyal dinamikleri, uluslararası barış ve

güvenlik ortamını, devletlerin barışçıl ilişkilerini, iç işlerini, anlaşmazlıkların barışçıl yollarla çözümünü, iç hukuku ve uluslararası hukuku hedef almaktadır. Devletlerin ikili ve karşılıklı ilişkilerinde olumsuz etki yaratarak ve çözümlenmesi yıllar süren anlaşmazlıklar doğurmaktadır. Devletlerin diplomatik ilişkilerini ve temsilcilerini hedef seçerek ilişkilerin gelişimini ve devletlerin birbiriyle iletişimini tehdit etmektedir¹⁴.

3. Uluslarötesi Terörizm: Küreselleşme süreci ile birlikte devlet-dışı aktörlerin uluslararası ilişkilerde daha fazla rol almaları beraberinde, özellikle 1970'li yıllarda, bu aktörlerin uluslararası düzeydeki şiddet eylemlerine karışmaları gerçeğini getirmiş ve bu gerçeklik “uluslarötesi terörizm” kavramı ile ifade edilmiştir. Buna göre uluslarötesi terörizm, herhangi bir şekilde devletin bir müdahalesi olmaksızın, devlet-dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen terörist eylemleri ifade etmektedir. Bu çerçevede uluslarötesi terörizmi, uluslararası terörizmden ayıran en önemli fark, terörist örgütler tarafından gerçekleştirilen operasyonların her hangi bir devlet tarafında yönetilmemesi ya da kontrol edilmemesidir¹⁵.

4. Devlet Terörizmi: Devlet terörü, meşru bir devletin teröre bir araç olarak başvurabileceği ihtimalinin olmadığı toplumlarda reddedilen bir olgudur. Fakat, literatürde konuyla ilgili yeterli çalışma vardır. Bu çalışmalar, devletin “rejimi”

¹³ Fatma TAŞDEMİR: **Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi**, (Ankara: USAK Yayınları, 2006), 34.

¹⁴ Ö. Rengin GÜN: “Uluslararası Terörizm: Dünya Savaşının Yeni Boyutu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 2, S. 4, (2000), 80-81.

¹⁵ Fatma TAŞDEMİR: **a.g.e.**, 35-37.

korumak ya da otoriter yapısının devam etmesi için terörü bir araç olarak gördüğünü ortaya koymaktadır. Bilindiği gibi devlet terörü destekleyen kuruluşlardan birisidir ki, bu tür desteklemeye “devlet destekli terör(izm)” denmektedir. Buna ek olarak devletin kendi ülkesi içinde, kendi vatandaşlarına yönelik eylemleri de vardır ki, buna da “devlet terörizmi” (State Terrorism) adı verilmektedir. Devlet ajanları terör eylemlerini gerçekleştirmekte ve eylemler, genellikle faili meçhul olarak kalmaktadır. Hedef ya ülkede yaşayan elitlerdir ya da başka devlet temsilcileridir. Devlet terörü, demokratik olmayan ülkelerde daha yaygın olarak kullanılan bir uygulamadır. Çünkü yasal süreç içerisinde istenen sonucu devleti yönetenlerin alması zordur. Buna karşılık, terörle halk üzerinde baskı, korku, sindirme ve yıldırma sağlanarak istenilen sonuç daha kolay alınmaktadır. Ek olarak, devlet faili meçhulleri ortaya çıkarmaktan sorumlu olduğu için de faili meçhuller meçhul olarak kalmakta ve devlet temiz kalmaktadır. Bazı durumlarda, terörle mücadele çerçevesinde ‘karşı terör’ olarak devlet terörü ele alınsa da bu doğru değildir. Çünkü, yasal mücadele ile devletin kendi koyduğu yasalara uymadan yaptığı terör eylemleri farklıdır. Demokratik ülkelerde devlet terörü bir araç olarak kullanılmaktan kaçınılmaktadır¹⁶.

5. Devlet Destekli Terörizm: Devletlerin iç siyasette olduğu gibi dış siyasetlerinde de terörizmi bir araç olarak kullanmaları mümkündür ki buna “devlet destekli terörizm” denir. Devletin dış politikasında kullanmak için terörizme verdiği destek, basit yardımlar seviyesinde kalabileceği gibi, sponsorluk noktasına da ulaşabilmektedir. Devlet sponsorlu terörizm, yani devletlerin kontrolü altındaki terörizm niteliği itibarıyla de son derece önemlidir. Devletler, ateş gücü yüksek silahlar, para, istihbarat ve eğitim imkanı sağladıkları için, terörizmin bu türü, son derece tehlikeli ve yıkıcı olabilmektedir. Terörizm, devletin yaptığı sponsorlukla sadece sembolik bir fiil olmaktan uzaklaşmış, doğurduğu netice itibarıyla de yıkıcı hale gelmiştir. Yine devletlerin sponsorluğu teröriste yargılanmaktan kurtulacakları güvenli yerler temin ettiği için bu tür desteğe sahip terörizmle mücadele de zorlaşmaktadır. Devletlerin terörizme sponsorluk etmesi devletler arasında çatışmaları tahrik etmesi bakımından da son derece tehlikelidir. Devlet sponsorlu terörizm önemli güvenlik sorunları yaratmaktadır. Özellikle etnik temelli bir terörizm söz konusu ise durum daha da ağırlaşır. Demokratik devletler de, değişik nedenlerle terörizme destek verebilmektedirler¹⁷.

¹⁶ Bekir ÇINAR: **Devlet Güvenliği, İstihbarat ve Terör**, (Ankara: Sam Yayınları, 1997), 243-244.

¹⁷ Sertaç Hami BAŞEREN: “Terörizmin Ulaştığı Boyutlar, Bu Durumun Türkiye’nin Güvenliğine Etkileri ve Alınabilecek Tedbirler” (Sempozyum Bildirisi), **Türkiye’nin Çevresinde Meydana Gelen Gelişmelerin Türkiye’nin Güvenlik Politikasına Etkileri Sempozyumu (9-10 Mart 2006)** içinde, Genelkurmay Başkanlığı Harp Akademileri Komutanlığı, (İstanbul: Harp Akademileri Basımevi, 2006), 15-16.

6. Etnik Terörizm: Etnik terör, genellikle, bir etnik gruba mensup kişilerin terör örgütlerinde ya da eylemlerinde çoğunlukla yer aldıkları terör türüdür. Etnik nitelikli terör eylemlerine “milliyetçi” terör de denmektedir. Fakat etniklik ile milliyetçilik aynı anlama gelen iki kavram değildir. Etnik kökene dayanan terör eylemleri daha çok kendini hak talebi ya da talebi elde etmek için silahlı mücadeleden başka yol ve yöntem kalmadığına inanan ya da öyle olduğu kabul edilen bir durumda kendini göstermektedir. Etnik nitelikli terör içerisinde, alt grup olarak, ırkçılığın, inancın, gelenek ve göreneklerin dayanak oluşturduğu terör eylemlerine rastlanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, etniklik geniş bir alanı kapsayan bir kavramdır. Son olarak şunu ifade edebiliriz ki, etniklik terör olarak kendini egemen gücün baskısı altında görürse gösterir. Buna ek olarak neyin etnik olduğunun da bilinmesi ve her farklı etnik yapıdaki eylemlerin terör olarak nitelendirilmemesi ülke bütünlüğü açısından zaruridir¹⁸.

7. Siber Terörizm: Siber terörizm, belirli bir politik ve sosyal amaca ulaşabilmek için bilgisayar veya bilgisayar sistemlerinin bireylere ve mallara karşı bir hükümeti veya toplumu yıldıрма, baskı altında tutma amacıyla kullanılmasıdır. Siber terörizmi klasik anlamda terör eylemlerinin bilgisayar ve bilgisayar sistemleri kullanılarak icra edilmesi olarak tanımlamak da mümkündür. İngiltere, Terörizm Yasası 2000’de siber terörizmi “hükümeti etkilemek ya da toplumu korkutmak amacıyla elektronik sistemlerin içine izinsiz girmek veya bu sistemleri bozmak” olarak tanımlamaktadır. Bu yeni yasaya göre bir grup internet eylemcisi Başbakanı e-mail protestosu gerçekleştirir ve bu e-mail sisteminde bir çöküntüye neden olursa buna terörizm adı verilebilecektir. Siber terörizmi tanımlarken temelde terörizm olgusunun nitelikleri değil ancak terör olgusunun nasıl yaşama geçirildiği önem arz etmektedir. Temel amacı bir kısım siyasal sonuçlara ulaşmak olan insanların, ellerine geçirdikleri yeni teknolojik donanımlar ile terör eylemini gerçekleştirmek için yola koyulmuş olmalarıdır. Dolayısıyla terörizmde felsefi olarak köklü bir değişimden bahsetmek güçtür ancak yöntemler ve araçlarda önemli değişimler olmuştur denebilir. Bu bağlamda siber terörizm araçları bakımından ileri teknoloji ve bilgiyi kullanarak klasik terörizm tanımlamasının yeni şekliyle devamıdır denebilir¹⁹.

II. Uluslararası Hukukta Terörizm

Çalışmanın bu bölümünde ilk olarak uluslararası hukukta terörizmin tanımlanmasına yönelik çalışmalar üzerinde durulacaktır. Uluslararası hukuk alanında

¹⁸ Sertaç Hami BAŞEREN: **a.g.m.**, 12-15; Bekir ÇINAR: **a.g.e.**, 245.

¹⁹ Mehmet ÖZCAN: “Siber Terörizm ve Ulusal Güvenliğe Tehdit Boyutu”, <http://www.turkishweek.ly.net/turkce/makale.php?id=87>, (erişim tarihi: 23.04.2007).

henüz tüm devletlerin kabul ettiği genel bir terörizm tanımlamasına ulaşlamamış olup, özelde devletlerin bu konu ile ilgili yasalarında genelde ise uluslararası örgütlerin çeşitli sözleşme ve antlaşmalarında geçen terörizm tanımlamaları mevcuttur. Bu bölümün ikinci kısmında ise neden tüm devletleri bağlayıcı genel bir terör tanımına ulaşlamadığı konusu ele alınacak ve bu farklı terörizm tanımlarının ortaya çıkardığı çeşitli sorunlar üzerine yoğunlaşılacaktır. Ardından terörizm konusunda Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiş uluslararası sözleşmeler ile Afrika Birliği Örgütü ve Amerikan Devletleri Örgütü gibi bölgesel örgütlerin kabul ettiği bölgesel sözleşme ve antlaşmalar ismen ortaya konularak, tüm bu antlaşma ve sözleşmelerin genel özellikleri incelenecektir. Bölümün son iki kısmında ise terörizm ile meşru müdafaa hakkı ve terörizm ile insan hakları arasındaki ilişki incelenecek ve terörizmin boyutları bakımından milat kabul edilen 11 Eylül olaylarının bu ilişkilere etkisinin değerlendirilmesi ile de çalışmanın ikinci ve son bölümüne nokta konulacaktır.

A. Terörizmin Tanımı

Terörizmin ne uluslararası hukuk biliminde ne de uluslararası hukukun en önemli sujesi olan devletler arasında genel kabul görmüş tek bir tanımı bulunmamaktadır. Hatta, aynı devletin farklı kurum ve organlarının bile terörizm hakkında yaptığı tanımların değiştiği görülmektedir²⁰. Bu gerçeklik göz önüne alındığında, terörizmin tüm devletler tarafından kabul edilmiş tek bir tanımına ulaşmak mümkün olmayıp ancak çeşitli uluslararası örgütler tarafından kabul edilmiş kimi hukuksal metinlerde yer alan tanımların incelenmesi ve bu suretle devletlerin, genel olarak terörizmden ne anladıkları konusunda fikir sahibi olmak mümkün görülmektedir. Bu kapsamda baktığımızda en geniş terörizm tanımlarından birisinin İslam Konferansı Örgütü tarafından benimsendiği görülmektedir. Örgütün tanımına göre²¹:

“Terörizm, saik ve kastına bakılmaksızın halkı terörize etmek veya ona zarar verme tehdidinde bulunmak veya halkın yaşamları, onurları, özgürlükleri, güvenlikleri veya haklarını tehlikeye atmak veya çevreyi, bir kamu hizmetini veya kamu veya özel mülkü zarara maruz bırakma veya onları işgal etme veya onlara el koyma, veya bir ulusal kaynağı veya uluslararası hizmetleri tehlikeye atma, ya da bağımsız devletlerin istikrar, ülke bütünlüğü, siyasal birliği veya egemenliklerini tehdit etme amacıyla bir bireysel veya toplu suç planını gerçekleştirmek için işlenen her türlü şiddet eylemi ile bu tür eylem tehdidinde bulunmadır”.

²⁰ Fatma TAŞDEMİR: a.g.e., 9.

²¹ İbrahim KAYA: **Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk**, (Ankara: USAK Yayınları, 2005), 10.

Bağımsız Devletler Topluluğu da terörizmi şöyle tanımlamıştır²²:

“Kamu güvenliğine zarar veren, otoriteler tarafından karar alınmasını etkilemek ya da halkı terörize etmek amacıyla işlenen ceza hukukuna göre cezalandırılan ve aşağıdaki şekillerde gerçekleşen hukuka aykırı fiiller:

- *Gerçek ya da tüzel kişilere karşı şiddet veya şiddet tehdidi;*
- *Kişilerin hayatını tehlikeye atacak şekilde mülk ve diğer maddi nesnelere yok etme ve bunları yok etme tehdidinde bulunma;*
- *Mülkiyete ciddi zarar verme ve topluma zararlı neticelere yol açma;*
- *Bir devlet adamı veya kamu yetkilisine görevini sona erdirmeye amaçlı veya ondan öç almaya yönelik tehditte bulunma;*
- *Bir yabancı devlet temsilcisine veya uluslararası örgütün uluslararası korunan personeline ve bunların işyerleri veya araçlarına saldırma;*
- *Taraf devletlerin ulusal hukuklarında veya terörle mücadeleyi amaç edinmiş evrensel olarak tanınan hukuki enstrümanlarda terör olarak nitelenen diğer eylemler.”*

Afrika Birliği Örgütü, Terörü Önleme ve Mücadele Sözleşmesi ile halkların meşru self determinasyon ve bağımsızlık haklarından bahsetmektedir. Nitekim Sözleşme 3. maddesiyle, “yabancı güçler tarafından gerçekleştirilen sömürgecilğe, işgale, saldırganlığa ve baskınlığa karşı silahlı mücadeleyi de içerecek şekilde” halkların uluslararası hukuk ilkelerine uygun bağımsızlık veya self determinasyon mücadelelerini terörist eylem saymamakta, ancak hiçbir şekilde terörist eylemin siyasi, felsefi, ideolojik, ırksal, etnik, dinsel veya başka motiflerle meşrulaştırılmayacağını ifade etmektedir. Sözleşme’nin bu hakkın uluslararası hukuka uygun gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade ederek, her türlü terörizmle mücadele edilmesi yönündeki ifadeleri dikkate alındığında, bu hakkın kullanılmasında terörün meşru bir araç olamayacağını belirttiği anlaşılabilir. “Terörist eylem” bu Sözleşme tarafından kast eksenli tanımlanmıştır. Buna göre (i) bir devleti, kurumu ya da halkı veya bunların bir bölümünü bir şeyi yapma ya da yapmama için korkutma veya zorlama veya (ii) kamu hizmetini kesintiye uğratma ya da acil durum oluşturma veya (iii) bir devlette genel ayaklandırma oluşturma kastı ile taraf devletlerin ceza kanunları tarafından suç sayılan ve kişilerin yaşam, vücut bütünlüğü ve özgürlüklerini tehdit eden yada kamu ve özel mülkiyete, doğal kaynaklara ve çevreye, ya da kültürel mirasa zarar veren veya verebilecek olan eylemler “terörist eylem” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca bu eylemlere destek, yardım, azmettirme, teşvik ve teşebbüs ile bunları organize ve yönetme de kast unsuru olduğu müddetçe terörist eylem sayılacaktır²³.

²² İbrahim KAYA: a.g.e., 11-13.

²³ Ercan ÇİTLİOĞLU: a.g.e., 177-178.

Avrupa Birliği de terörle mücadelede üye devletler arasında tekdüzeliği sağlamak ve terörle etkin bir mücadele gerçekleştirmek için bir “Çerçeve Karar” almıştır. Buna göre²⁴:

“Her Üye Devlet, kendi ulusal hukukuna göre tanımlanmış olan doğaları ve bağlamları gereği

- *halkı ciddi şekilde sindirme veya*
- *bir devleti veya uluslararası örgütünü bir eylemi işlemeye veya işlemekten kaçınmaya gayri meşru olarak zorlama veya*
- *bir ülkenin veya uluslararası örgütün temel siyasi, anayasal, ekonomik veya sosyal yapılarını ciddi şekilde istikrarsızlaştırma veya yıkma*

amacıyla işlenen bir ülkeye veya uluslararası örgüte ciddi şekilde zarar verebilecek olan aşağıda (a) dan (i) ye kadarki fıkralarda belirtilen kasdi eylemlerin terörist suçlar olarak sayılmasının sağlanması için gereken önlemleri alacaktır:

- (a) *Ölüme sebebiyet verebilecek şekilde bir kişinin yaşamına saldırılar;*
- (b) *Bir kişinin fiziksel bütünlüğüne saldırılar;*
- (c) *Adam kaçırma ya da rehin alma;*
- (d) *Devlet ya da kamu imkanlarını, taşıma sistemlerini, bilgi sistemi de dahil olmak üzere altyapı imkanlarını, kıta sahanlığı üzerindeki sabit platformları, insan yaşamını tehlikeye atma veya büyük ekonomik kayba yol açma ihtimalinde kamusal mekanu veya özel mülkiyeti geniş çaplı yok etmeye neden olma;*
- (e) *Uçaklar, gemiler ya da başka insan ve mal nakil araçlarını kaçırma;*
- (f) *Nükleer, biyolojik ya da kimyasal silahları yada silah ve patlayıcıları üretme, bulundurma, edinme, nakil, sağlama yada kullanma ile biyolojik ve kimyasal silahlara yönelik araştırma ve geliştirme;*
- (g) *İnsan hayatını tehlikeye atacak şekilde tehlikeli maddeleri ortama salma ya da yangın, sel baskını veya patlamalara neden olma;*
- (h) *İnsan hayatını tehlikeye atacak şekilde su, enerji veya diğer temel doğal kaynakların sunulmasına müdahale etme ya da bunu engelleme; (i) (a)’dan (h):ye kadarki fıkralarda sıralanan eylemlerden birini işleme tehdidinde bulunmak.”*

²⁴ Mehmet ÖZCAN ve Serkan BALCI: “Avrupa Birliği ve Terörizmle Mücadele”, **Terörizm: Terör, Terörizm, ve Küresel Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler**, (der.) İhsan BAL, (Ankara: USAK Yayınları, 2006), 215-216.

Çerçeve Karar öncesi sadece bazı üye devletler ayrı terörle mücadele yasaları çıkarmışlar, üye devletlerin çoğunluğu bu kapsama giren suçları ceza yasalarında genel suçlar bağlamında ele almışlardır. Bu madde ile tüm üye devletlerin terörizm tanımları birbirleriyle uyumlu hale getirilerek Avrupa Birliği çapında geçerli ortak bir terörizm tanımı oluşturmak hedeflenmiştir. Madde incelenecek olursa kast unsuru ön plana çıkarılmış böylece aslında her yerde görülebilecek sıradan suç eylemleri bu niyeti taşımak kaydıyla terör suçları haline getirilmiştir. Maddi unsur (filler) ve manevi unsur (kast) olmak üzere iki unsura Çerçeve Karar'da tanımlanan terör suçu yer vermektedir²⁵.

Birleşmiş Milletler, hem Genel Kurul hem de Güvenlik Konseyi bazında, birçok kararında nerede, kim tarafından ve hangi gerekçeyle gerçekleştirildiğine bakılmaksızın terörün tüm çeşitlerini kınamasına rağmen ortak bir terörizm tanımı yapmada hala başarıya ulaşamamıştır.

Terörizmin tanımı konusunda uluslararası hukukun öznesi devletlerin yaklaşımlarına kısaca bakmak gerekirse Fransa, XIX. yüzyıl anarşizmine 28 Temmuz 1894 tarihli kanunla karşılık vermiştir. İzleyen dönemde, kanun koyucunun eğilimi, suçun siyasi niteliğini göz ardı ederek bütün ciddi boyutlu eylemleri terör kategorisine sokmak yönünde olmuştur. 9 Eylül 1986 tarihli Fransız kanununa göre, şiddet eylemlerinin terörizm kapsamına girmeleri için, bu eylemlerin “sindirme ya da tedhiş yoluyla kamu düzenini bozma amacı taşıyan bireysel ya da toplu bir girişim ile ilişki içinde” olmaları gerekir. Buradaki “kamu düzeni” kavramı, Fransız hukukuna özgü ve iyi tanımlanmış bir kavram olup uluslararası hukuka aktarılması güç görülmektedir²⁶.

ABD’de 22 Aralık 1987 tarihli bir kanuna göre, “Terörist faaliyet, silahlı çatışmaya katılmayan bireylerin vücut bütünlüğüne ciddi zarar verme ya da ölümlerine yol açma riski karşısında aşırı bir kayıtsızlık göstererek şuurlu ve ayırım gözetmeyen bir şiddet eylemini tertip etmek, desteklemek ya da bu eyleme katılmak demektir”. Kongrece kabul edilen ve Amerikan Dışişleri Bakanlığının 1983’ten beri itibar ettiği bir tanıma göre “Terörizm terimi, milli-benzeri (*subnational*) gruplar ya da yaşa dışı görevliler tarafından muharip olmayan hedeflere karşı gerçekleştirilen ve genellikle kamuoyunu etkilemeyi hedefleyen, siyasi saikli, önceden tasarlanmış şiddet eylemlerini” ifade etmektedir. Bu bağlamda, muharip olmayanlar deyimi, hem sivilleri hem de olay esnasında silah taşımayan ve görevli bulunmayan askeri

²⁵ Mehmet ÖZCAN ve Serkan BALCI: **a.g.m.**, 217.

²⁶ Emre ÖKTEM: “Uluslararası Hukukta Terörizm: Tanım Sorunu ve Milli Bağımsızlık Hareketleri”, <http://www.iticu.edu.tr/kutuphane/dergi/d5/M00068.pdf>, (erişim tarihi: 23.04.2007).

personeli kapsamakta ve çatışma halinin bulunmadığı zamanlarda askeri yerleşim ya da personele yönelik saldırılar da terörizm tanımına girmektedir. 1984 yılında, Tel-Oren Libya Arap Cumhuriyeti'ne karşı davasında, Columbia İstinaf Mahkemesi kendisini yetkisiz sayarak davadan el çekmiş ve hakim Bork, mevzuatta terörizmin kullanışlı bir tanımının bulunmadığını gerekçe göstermiştir.

İngiltere'de, 1976 ve 1984 tarihli kanunlarda benimsenen tanıma göre, terörizm, "siyasi amaçlarla şiddet uygulanması ve halka ya da halkın bir bölümüne korku salmak amacıyla herhangi bir şiddet uygulamasını içerir." Burada şiddet terimi, sadece fiziksel şiddeti değil, diğer şiddet biçimlerini de içermektedir. İngiliz tanımının ilginç tarafı şudur ki, siyasi amaç belirleyicidir. Yani, başka amaç güden şiddet eylemleri terörizm kapsamına girmez, ancak terör yaratma amacı gütmeyen siyasi şiddet eylemleri terörizm kapsamına girebilir. 1991 tarihli Kuzey İrlanda'ya ilişkin Kanun ise, eylemlerin önceden tasarlanmışlıkları üzerinde durmakta ve bir eylem listesi vermektedir. Bu kapsama giren eylemler, jürisiz bir yargılama usulüne ve farklı bir ispat rejimine tabi olmaktadır²⁷.

Alman mevzuatı "cinayet ve rehine alınması gibi muhtelif suçlar işleme amacıyla örgüt oluşturulması" suçu için ağır cezalar öngörmektedir. Bu tür örgütleri "terörist" olarak nitelendiren mevzuat, aslında Kızıl Ordu Fraksiyonu ile mücadeleyi öngörmektedir ve terörizmin tatmin edici bir tanımını vermekten uzaktır. Zira, nadiren de olsa bazı terör eylemleri örgüt kurulmadan gerçekleştirilebileceği gibi, bazı şiddet örgütleri de mutlaka terör amacı gütmeyizler. Öte yandan, bu düzenlemeye göre bizatihi örgüt kurmak, on yıla dek varan hapis cezasıyla cezalandırılan bir suç oluşturmaktadır²⁸.

Yukarıda gerek devletler gerekse uluslararası örgütler düzeyinde ortaya konulan terörizm tanımları dikkatle incelendiğinde, terörizmin dört temel unsuru olduğu görülmektedir²⁹. Bunlar: 1. Mağdur: Terörün mağdurları doğrudan ondan zarar görenlerdir. Genellikle mağdurlar ile hedefler birbirinden ayrıdır. Mağdurlar hedefe mesajın taşınmasında birer araçtır. Mağdurlar sivil halk ol arak tanımlanabilir. Bu tanım askeri hedefleri ve büyük ölçüde diğer güvenlik güçlerim dışlar Ancak diğer devlet görevlileri, örneğin öğretmen, diplomat, doktor, tanımın içerisinde kabul edilir. Askerler silahsız oldukları durumlarda yine kapsam dışıdır. Askeri hedeflere

²⁷ Bekir ÇINAR: **a.g.e.**, 218-219.

²⁸ Emre ÖKTEM: **a.g.m.**

²⁹ İhsan BAL: "Terör nedir? Neden Terörist Olunur?", **Terörizm: Terör, Terörizm, ve Küresel Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler**, (der.) İhsan BAL, (Ankara: USAK Yayınları, 2006), 7-9.

yapılan saldırılar genel anlamda savaş hukuku tarafından düzenlenir. Bununla birlikte iç hukuklar askeri hedeflere yapılan saldırıları terör saymakta, devlete karşı yapılan saldırılar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bir ülkede bulunan yabancı devletlere ait bina ve temsilcilere karşı saldırılar ile uluslararası örgütlere yapılan saldırılar da devlete karşı yapılan saldırılar gibi değerlendirilmektedir. 2. Motif: En geniş anlamda saldırıların motifi “politik”dir. Bu motif felsefi, ideolojik, dinsel, etnik, askeri tüm amaçları kapsar. Bu sayede saldırıyı gerçekleştirenler toplumda toplumu yönetenler aracılığıyla değişiklik gerçekleştirmeyi hedeflemektedirler. Bu değişiklik iktidara gelme yöntemiyle olabileceği gibi, iktidarı tutum değişikliğine zorlama ya da toplumdaki ekonomik ve sosyal yapıyı değiştirme ya da yıkma şeklinde de olabilir. Motifin politik olması suçun siyasi suç kapsamında değerlendirilebileceği riskini taşısa da, diğer unsurlar yerine geldiği takdirde politik motivasyon suçun siyasi sayılmasına yeterli değildir. 3. Kast: Terör suçunu, belki de, en belirgin kılan unsurdur. Politik motifle terör eylemlerinin isteyerek ve bilerek işlenmesidir. 4. Yöntem: Terörün yöntemi şiddet ve cebir kullanmak ya da bunları kullanma tehdidinde bulunmaktır. Ancak bunların kullanılması veya kullanılması tehdidi ile yukarıda anılan politik amaçlar gerçekleştirilebilecektir³⁰.

B. Terörizm Tanımı Konusundaki Sorunlar ve Nedenleri

Terörün tanımlanmasında karşılaşılan en önemli sorunların başında self determinasyon hakkını kullandığı düşünülen ulusal kurtuluş hareketlerinin konumunun belirlenmesi gelmektedir. Terörle ilgili yukarıda belirtilen kararlar incelendiğinde bunların terörü kınamalarının yanında birçoğunun, diğer yandan, self determinasyon mücadelelerini terörden farklılaştırma çabası içinde oldukları görülür³¹. Örnek vermek gerekirse Bağlantısızlar Hareketi’nin 13. zirvesi Sonuç Bildirgesi “terörizmin bir din, ulus veya uygarlığa atfolunamayacağını ifade ettikten sonra bir yandan “hangi gerekçelere, nerede, kim tarafından hangi şartlar altında işlendiğine ve onları meşrulaştırmak için hangi faktörlerin ve gerekçelerin öne sürüldüğüne bakılmaksızın halkın genelinde, bir bölümünde veya belli kişilerde terör durumu oluşturma niyet veya hesabıyla yapılan eylemlerin meşru sayılmayacağını” belirtmiş; diğer yandan da “sömürge veya yabancı dominyonu ve yabancı işgali altındaki halkların self-determinasyon ve ulusal kurtuluş için gerçekleştirdikleri meşru mücadelenin işgal ve baskıyı devam ettirmek için terörizmle eşit tutulması yönündeki belli teşebbüsleri reddetmiştir”. Şu halde BM Şartı’nın 1(2). 51., 55. ve 103. maddelerinden kaynaklanan self determinasyon hakkının kullanılmasını

³⁰ Emre ÖKTEM: a.g.e., 50-52; İbrahim KAYA: a.g.e., 24-25.

³¹ Walter LAQUEUR: “Terörizmin Yorumlanması”, (çev.) İbrahim YILDIZ, **Silinen Yüzler Karşısında Terör** içinde, (der.) Cemal GÜZEL, (Ankara: Ayraç Yayınevi, 2002), 104-105.

terörizm saymak mümkün gözükmemektedir. BM Genel Kurulu kararlarında da terörizmin kınanmasının yanında self determinasyon hakkının ayrıca ifade edilerek tanındığı görülmektedir. Örneğin 1987 tarihli bir karar uluslararası terörizmi kınamakta ancak “Birleşmiş Milletler Şartında yer alan hakların self determinasyon hakkını” teyit ederek “sömürge ve ırkçı rejimler ve yabancı baskısının diğer şekilleri altında yaşayan halkların” mücadelelerini meşru kabul etmektedir. Self-determinasyon hakkının içeriği ve uluslararası hukuktaki konumu çok ayrı ve uzun bir tartışma konusudur. Bununla birlikte bu hakkın meşru kabul edildiği durumlarda bile en azından terörist yöntemleri uygulamama yükümlülüğü altında olduklarına dikkat çekmekte yarar vardır. Yukarıda anılan örneklerde de görüldüğü üzere bu hakkın varlığı yönünde kullanılan uluslararası hukuk dokümanları terörizmin kim tarafından, hangi gerekçeyle işlendiğine bakılmaksızın gayri meşru olduğunu ifade etmektedirler. Ulusal kurtuluş mücadelesi verdiğini iddia edenler de bu kapsam dahilinde değerlendirilmelidir³².

Terörizmin tanımıyla ilgili bir diğer sorun teşkil eden nokta da devlet aktörlerinin terörizmle ilişkisidir. Devletler, rekabet halinde oldukları diğer devletleri zayıflatmak amacıyla zaman zaman terörizme destek vermektedirler. Bu, devletlerin terörizm konusunda ortak tutum alışlarını engelleyen en önemli etkenlerdendir. Yine devletler, ileride ortaya çıkacak terör olayları karşısında nasıl tepki vereceklerini önceden tespit etmek istememeleri nedeniyle de ortak bir terörizm tanımı etrafında uzlaşmamaktadırlar. Başka bir ifadeyle, kendi vatandaşlarını, ülke bütünlüklerini ya da menfaatlerini misilleme eylemlerine maruz bırakma riski taşıyan önceden programlanmış bir hukuki çözüme kendilerini hapsetmek fikri devletleri ürkütmektedir³³.

C. Terörizm ile İlgili Uluslararası ve Bölgesel Anlaşmalar

Terörizmin uluslararası boyutları ile ele alınması ve yasaklanmasına ilişkin çabalar II. Dünya Savaşı öncesi döneme kadar uzanmaktadır. 1937 tarihli “Terörizmin Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Anlaşma”, Milletler Cemiyeti döneminde yapılmış olup sadece bir ülkenin onayladığı bu anlaşma yürürlüğe konamamıştır. Terörizmle ilgili ilk anlaşmanın yapıldığı 1937 yılından bugüne kadar, uluslararası kabul görmüş bir tanıma ulaşılamamış olduğundan dolayı, terörü değerlendiren genel bir anlaşma yapılamamış ve spesifik terör eylemlerini konu alan anlaşmalarla yetinilmiştir. Bugün uluslararası terörizmi önlemeye yönelik 12 evrensel anlaşma bulunmakta olup, bunlardan on tanesi sözleşme diğer iki tanesi ise protokoldür.

³² Faruk ÖRGÜN: a.g.e., 26-28.

³³ Türkiye Barolar Birliği: a.g.e., 19-20.

Bu anlaşmaların dışında ayrıca “Nükleer Terörizm Faaliyetlerinin Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme” ile “Uluslararası Terörizm Kapsamlı Sözleşmesi” belgelerinin hazırlık ve/veya onay süreçleri devam etmektedir³⁴.

1373 sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı ile tüm devletlere taraf olma ve hükümlerini uygulama yükümlülüğü getirilen bu belgeler şunlardır³⁵:

1. Uçaklarda İşlenen Suçlar ve Diğer Eylemlerle İlgili Sözleşme (1963)
2. Uçakların Yasadışı Olarak Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi (1970)
3. Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanunsuz Hareketlerin Önlenmesi Sözleşmesi (1971)
4. Uluslararası Sivil Havacılığa Hizmet Veren Hava Alanlarında Kanunsuz Şiddet Eylemlerinin Önlenmesi İle İlgili Protokol (1988)
5. Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (1973)
6. Rehin Alma Olaylarına Karşı Uluslararası Sözleşme (1979)
7. Nükleer Maddelerin Fiziksel Korunması Hakkında Sözleşme (1980)
8. Denizcilik Seyrüsefer Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi (1988)
9. Kıta Sahanlığı Üzerinde Bulunan Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Kanunsuz Eylemlerin Önlenmesi Protokolü (1988)
10. Plastik Patlayıcıların Tespit Edilmesi Amacıyla İşaretlenmesi Hakkında Sözleşme (1991)
11. Terörist Bombalamaların Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (1998)
12. Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (1999)

Uluslararası alanda bağlayıcılığa sahip olan bu anlaşmaların dışında, bu konuyla ilgili bölgesel örgütlerce kabul edilmiş çeşitli sözleşmeler ve anlaşmalar da mevcuttur. Bunlardan en önemlileri şunlardır³⁶:

1. Amerikan Devletleri Örgütü: a) Kişilere Karşı Suç Formunu Alan Terörizm Eylemleri ve Uluslararası Alanda Önem Arz Eden İlgili Zorbalıkların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi – Washington Sözleşmesi (1971)
b) Terörizme Karşı Amerikanlararası Sözleşme (2001)

³⁴ İbrahim KAYA: *a.g.e.*, 27.

³⁵ Ercan ÇİTLİOĞLU: *a.g.e.*, 208-210.

³⁶ Ertan BEŞE: *Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2002), 36-40.

2. Avrupa Konseyi Örgütü: Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi (1977)
3. Terörizmin Önlenmesine Dair Bölgesel Kalkınma İçin Güney Asya Birliği Sözleşmesi (1987)
4. Afrika Birliği Örgütü: Terörü Önleme ve Onunla Mücadele Sözleşmesi (1999)
5. İslam Konferansı Örgütü: İslam Konferansı Örgütü Uluslararası Terörle Mücadele Sözleşmesi (1999)
6. Bağımsız Devletler Topluluğu: Bağımsız Devletler Topluluğu Terörle Mücadele Sözleşmesi (1999)

Bu anlaşmaları genel olarak değerlendirdiğimizde ilk göze çarpan özellik, bunların çok önemli konuları kapsamalarına rağmen terörü tümünden ele alarak yasaklamadıklarıdır. Bu yaklaşımdan dolayıdır ki anlaşmalar tarafından değinilmeyen ve kapsam dışı bırakılmış birçok konu bulunmaktadır. Ayrıca bu anlaşmalarda uygulanan sektörel yaklaşım geçmişte görülmüş eylemleri kapsamaya yönelik bir yaklaşım olmakta, gelecekte ortaya çıkabilecek terör çeşitlerini kapsayıcılıktan yoksun bulunmaktadır. Terörist Bombalamalar Sözleşmesi giriş bölümünde açıkça “mevcut çok taraflı yasal düzenlemelerin bu saldırıları yeteri kadar karşılamadığını” ve Terörizmin Finansmanı Sözleşmesi de yine giriş bölümünde “mevcut çok taraflı hukuki belgelerin, münhasıran terörizmin finansmanı konusuna eğilmediklerini” ifade etmektedirler. Bu bağlamda bu anlaşmaları önleyici olarak nitelemek çok güçtür³⁷.

Terörle ilgili söz konusu uluslararası anlaşmalar incelendiğinde göze çarpan bir diğer husus bunlarda kullanılan dil itibarıyla getirdikleri yükümlülüklerin yoruma açık bir şekilde, kesin olmaktan uzak bir biçimde, anlaşılma(ma) riskini ciddi olarak içerdikleridir. Örneğin Bombalamalar Sözleşmesi'ne göre “her taraf devlet, *gerekli olduğu ölçüde*” ve “bu suçların ağır niteliğini göz önüne alarak *uygun* cezalara tabi tutulmalarını sağlamak” yükümlülüğündedir. Getirilen önleyici önlemleri alma yükümlülüğünü detaylı düzenleyen en önemli sözleşme olarak Terörün Finansmanı Sözleşmesi sayılabilir³⁸.

Anlaşmalarda göze çarpan ve sorunların ortaya çıkması muhtemel başka bir konu da suçluların iadesidir. Birçok anlaşma iade ile ilgili herhangi bir hüküm içermemektedir. İlginç bir şekilde Uçaklarda İşlenen Suçlar ve Diğer Eylemlerle

³⁷ Ercan ÇİTLİOĞLU: a.g.e., 211-214.

³⁸ Emre ÖKTEM: a.g.e., 52-53.

İlgili Sözleşme “bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, (suçun işlendiği yer açısından uçağın kaçırıldığı ve tescil edildiği ülkeler göz önüne alınır) hükmü saklı kalmak kaydıyla, suçlunun iadesi yükümlülüğünü doğurduğu şekilde telâkki edilemez” demektedir. Son zamanlarda yapılan anlaşmalardan Terörizmin Finasmam Sözleşmesi ayrıntılı biçimde iadeyi düzenlemekte ve bu Sözleşme kapsamına giren suçlar için “suçluların iadesi veya adli yardımlaşma amaçları bakımından, siyasi bir suç veya siyasi suçla bağlantılı bir suç veya siyasi saiklerle işlenmiş bir suç olarak değerlendirilmez” demektedir. Ancak Terörizmin Finansmanı Sözleşmesi’ndeki 15. madde dikkate alındığında iadeden kaçınmanın mümkün olabileceği değerlendirilebilir. Bu madde kendisinde iadenin talep edildiği devletin bu talebin “kişiyi ırk, din, uyruk, etnik köken veya siyasal görüşünden dolayı kovuşturmak ya da cezalandırmak amacıyla yapıldığı veya talebin yerine getirilmesinin bu sebeplerden herhangi biri yüzünden kişinin durumuna zarar vereceğine inanmak için makul gerekçelerinin bulunduğu hallerde” yükümlülük altında bulunmadığını belirtmektedir. Bu şekilde bir hüküm içermeyen ve iadeyi düzenleyen tek anlaşma Bombalamalar Sözleşmesi’dir. Bu Sözleşme kapsam dahilindeki suçların açıkça “iade ya da adli yardımlaşma bakımından siyasi suç ya da siyasi bir suçla bağlantılı bir suç ya da siyasi nedenlerden esinlenmiş bir suç olarak kabul edilmeyeceklerini” hükme bağlamaktadır. Bunun dışındaki tüm anlaşmalara göre iadeden kaçınmak mümkündür denilebilir³⁹.

Anlaşmalarda öne çıkan bir başka husus da bunların devlet dışı aktörleri kapsamakta olmaları fakat devletlerin bu türden doğrudan ve/veya dolaylı faaliyetlerini kapsam dışı bırakmalarıdır. Dolayısıyla denebilir ki devlet destekli terör uluslararası terör anlaşmalarınca kapsamamıştır. Örneğin, Bombalamalar Sözleşmesi “...silahlı kuvvetlerin faaliyetleri...bu Sözleşmenin ilgi alanı dışındadır ve resmi görevlerinin ifasında devletin askeri kuvvetlerince gerçekleştirilen faaliyetler bu Sözleşme’nin dışındadır” demek suretiyle Sözleşme ile sadece devlet dışı aktörlerin kapsandığını ifade etmiştir.

D. Terörizm ve Meşru Müdafaa Hakkı Arasındaki İlişki

Meşru müdafaa hakkı Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın 51. maddesinde düzenlenmiş olup, bu hakka dayanılarak gerçekleştirilen kuvvet kullanımı meşru kabul edilmektedir. Söz konusu madde şöyledir: “*Bu Antlaşma’nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler Üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına helal getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen*

³⁹ İbrahim KAYA: a.g.e., 40-42.

Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez⁴⁰”.

Maddeden de görülebileceği gibi meşru müdafaa hakkının doğması için bir takım şartlar mevcuttur: Maddeye göre silahlı saldırının vuku bulmuş olması gerekmektedir. Bu bağlamda saldırı olasılığı meşru müdafaa hakkını doğurmaz. Nitekim İsrail'in 1981'de nükleer silah ürettiği gerekçesiyle Irak'taki bir nükleer tesisi vurması bu kapsamda kabul edilmemiştir. Yine bu bağlamda İsrail'in Tunus'taki Filistin Kurtuluş Örgütü karargahlarını kendisine yönelik terör üretiyor gerekçesiyle bombalaması BM Güvenlik Konseyi tarafından kınanmıştır. 51. maddeye göre devletler yalnızca bireysel olarak değil toplu olarak da meşru müdafaa haklarını kullanabilirler. Bu amaçla bir takım devletler bir araya gelerek savunma örgütleri kurmuşlardır. Nitekim NATO Anlaşması'nın 5. maddesi böyle bir meşru müdafaa'nın kullanılabilmesine ilişkin ayrıntıları düzenlemektedir⁴¹.

BM Anlaşması lafzında meşru müdafaa'yı doğuracak silahlı saldırıyı bir devletin doğrudan yapmış olma zorunluluğu yoktur. Silahlı saldırının gerçekleşmiş olması yeterlidir. Meşru müdafaa hakkı bağlamında kuvvet kullanımının kime yöneltileceği sorusuyla ilgili yanıtlar teamül kurallarını açıklayan dava hukukunda bulunabilir. *Nikaragua* davasında Uluslararası Adalet Divanı bir ülke içinde bulunan silahlı gruplara yapılan yardımın kuvvet kullanımı sayılabileceğine karar vermiştir. Burada önemli olan yapılan yardımın çeşididir. Adalet Divanı Kontra Gerillaların “silahlandırılmasını ve eğitimini” kuvvet kullanma yasağının ihlali sayarken bu gruba sadece finansal destek verilmesini iç işlerine karışmama prensibinin ihlali saymıştır. Ancak bu kuvvet kullanmanın 51. maddede belirtilen meşru müdafaa'yı gerektiren “silahlı saldırıdan daha az bir kuvvet kullanma olduğu” yine *Nikaragua* kararında belirtilmiştir. Bu davada Adalet Divanı kararını 1970 yılında BM Genel Kurulu'nun aldığı bir kararda geçen Kuvvet Kullanımı İlkesi'nin bütünü teamül hukuku kabul etmesine bağlamıştır. Aynı ilke devletlerin misillemelerinin yasak olduğunun yanında devletlerin başka devletlerin topraklarında istila için silahlı gruplar organize etmelerini veya bunların organizelerini teşvik etmelerini, devletlerin başka devletlerde terörist eylemlerde bulunacak gruplar oluşturmalarını, bunları kıskırtmalarını, bunlara yardımlarını yasaklamaktadır. Bu eylemler de teamül hukuku

⁴⁰ Birleşmiş Milletler: **Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü**, (Ankara: BM Enformasyon Merkezi, 2006), 27-28.

⁴¹ Ertan BEŞE: **a.g.e.**, 55.

prensiplerince yasaktır. Böyle eylemlerde bulunan devletler de, eylemin boyutları ve etkileri dikkate alınarak, silahlı saldırıda bulunmuş kabul edilmektedir⁴².

Meşru müdafaa uluslararası hukukta kabul gören yaklaşıma göre “gereklilik” ve “orantılılık” vasıflarını da taşımalıdır. Başka bir deyimle saldırıyı engellemek için askeri kuvvet kullanılmasından başka hiçbir çare kalmamalı ve meşru müdafaa amacıyla kullanılan askeri kuvvet yapılan haksız saldırı ile orantılı olmalı, aşırı zarar verilmemelidir. Ayrıca 51. maddeye göre konu Güvenlik Konseyi’ne intikal edene kadar meşru müdafaa hakkı kullanılabilir. Güvenlik Konseyi’nin haksız saldırıyı önleyememesi üzerine neler yapabileceği ise açık değildir. Ancak saldırıya uğrayan devletin devam eden saldırı karşısında çaresiz beklemesi de yüksek bir olasılık olarak görünmemektedir⁴³.

Uluslararası hukukta saldırının gerçekleşmesi ve silahlı saldırının oluşarak meşru müdafaa hakkının ortaya çıkması için, saldırı eyleminin boyut ve etkileri yanında, saikin (motif) de önemli olduğunu vurgulamak gerekir. Silahlı saldırı boyutuna ulaşmış olsa da bir devletin düzenli kuvvetlerinin eylemleri eğer saldırı saikiyle gerçekleşmemişse meşru müdafaa hakkından bahsetmek olanaklı değildir. Örneğin bir devlete ait tahrip gücü yüksek füzelerin devletin istemi veya kontrolü dışında, örneğin kamu görevlilerinin ultra vires davranmaları sonucunda, başka bir devleti vurması meşru müdafaa hakkını doğurmaz. Ancak örneğin bir devlet kendi ülkesi toprakları üzerinde bulunan bir nükleer tesisi başka bir devlete zarar vermek amacıyla patlatırsa, silahlı saldırının gerçekleştiği kabul edilir.

Saik noktasından hareketle sonuçta bilerek kendi ülkesinin başka devletlere karşı saldırgan eylemler gerçekleştirme amacıyla kullanılmasına izin veren devlete karşı, bu eylemler boyut ve etkileri bakımından silahlı saldırı düzeyine erişmişse, meşru müdafaa hakkına dayanarak kuvvet kullanılabileceğini öne sürmek mümkündür. Nitekim 11 Eylül saldırısının ardından ABD’nin Afganistan ve Irak’a gerçekleştirdiği operasyonların temel dayanağında da meşru müdafaa hakkının kullanımı olgusu vardır. Bu noktada BM Güvenlik Konseyi’nin aldığı 1368 sayılı kararın yorumuyla terörist saldırılardan ciddi şekilde mağdur olmuş devletlerin teröristleri “barındıran, destekleyen veya onlara tolerans gösteren” başka devlet ülkelerine karşı silahlı kuvvet kullanmalarını meşru müdafaa hakkına dayandıracakları ve bunun da uygulanan hukuk olarak kabul edilebilir hale gelmekte olduğu söylenebilir⁴⁴.

⁴² Hüseyin PAZARCI: **Uluslararası Hukuk**, (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2005), 512-514.

⁴³ Fatma TAŞDEMİR: **a.g.e.**, 199.

⁴⁴ İbrahim KAYA: **a.g.e.**, 183.

E. Terörizm ve İnsan Hakları İlişkisi

Terörün toplumun genelinde endişe uyandırması sonucu, terörle daha etkin olarak mücadele edebilmek amacıyla özgürlükler alanının daraltılmasının kaçınılmaz olduğu, güvenlik mi özgürlük mü sorusuyla karşılaşan toplumların güvenliği tercih edecekleri görüşleri ile terörle mücadelede sıkça karşılaşılmaktadır. Bu tür görüşleri destekleyerek özgürlük alanını daraltmak, terörün hedefi olan toplumsal korku oluşturmaya zemin hazırlayarak bir devleti istemediği bir şeye zorlamanın gerçekleşmesi ile sonuçlanmaktadır. Kimi zaman terörle mücadele amacıyla her yolun mubah olduğu gerekçesiyle hukuk dışı yollara da başvurulabileceği gündeme gelmektedir. Amaçlarla araçlar arasındaki ilişki ahlaki bir sorun olmasına rağmen, hukuk düzeni, iç hukuklar olduğu gibi uluslararası hukuk da, hangi durumda ne tür önlemlerin alınacağını, hangi şartlarda hangi hakların ve ne ölçüde kısıtlanabileceğini belirtme durumundadır. Bunun ötesinde alınan önlemler hukukun ihlali anlamına gelmektedir⁴⁵.

Bir kurallar bütünü olan hukuk, savaş gibi ulusun bütününe ve onun kurumlarının tehlike altında olduğu bir durumda bile birtakım kurallara uyulması gerektiği yönünde düzenlemeler yapmıştır. Silahlı çatışmalar hukuku kurallarının çoğunun teamül niteliğinde olduğu dikkate alınırsa konunun önemi daha iyi anlaşılır. Bu hukuk kurallarından bazıları, örneğin kölelik yasağı, *jus cogens* niteliktedir. İnsan hakları kurallarının ortak özelliği olan vazgeçilemezlik ve devredilemezlik, silahlı çatışmalar halinde uygulanabilecek kurallar için de geçerlidir. Silahlı çatışmanın olmadığı ya da olduğunun kabul edilmediği durumlarda ise insan haklarına ilişkin iç hukuktaki ve uluslararası hukuktaki hükümler bağlayıcıdır.

Özgürlükten güvenlik lehine vazgeçilebileceği görüşü birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Bunlar arasında demokratik toplum düzeniyle ilişkili olan hesap verebilirlik başta gelmektedir. Yetkiyi kullanan kişiler hukuksal açıdan sorumlu oldukları gibi siyasi açıdan da topluma karşı sorumludurlar. Ayrıca devletlerin uluslararası sorumluluğu da bulunmaktadır. Pinochet davasında görüldüğü gibi artık bazı suçlarla alakalı olarak, bunların başında insan hakları ihlalleri gelmektedir, uluslararası hukukta bulunan devlet başkanı dokunulmazlığı geçerli değildir. Özgürlükler kısıtlandığında toplum, bazen de yargı dahil devletin yetkili birimleri, denetim görevini yapamamaktadır. Denetimden yoksun kalan kişi ve kurumların faaliyetlerinin ise hangi noktaya ulaşabileceklerini tahmin etmek imkansızdır. Bu durum hukuk devleti ilkesi ile çelişmektedir⁴⁶.

⁴⁵ Ertan BEŞE: **a.g.e.**, 118-119.

⁴⁶ Emre ÖKTEM: **a.g.e.**, 246-249.

Devletin kullandığı hukuka uygun güçle meşru olmayan güç arasında ayrım yapan terörizm çalışmalarının önde gelen teorisyenlerinden Wilkinson kimin tarafından kullanıldığına bakılmaksızın gayri meşru gücü şiddet (violence) olarak tanımlamaktadır. Şu halde devletin hukuka aykırı olarak kullandığı güçle başkalarının, örneğin teröristlerin, kullandığı güç arasında özünde fark bulunmamaktadır. Terörizmin hedefi toplumun özgürlüklerden vazgeçirilmesi suretiyle yönetimin otoriter yapılmasıdır. Böylece toplum devlete olan güvenini yitirecek ve ona karşı olacaktır. Bu durumda teröristler eylem yapmaya devam edeceklerdir. Sonuçta toplumsal desteğini yitiren devletin teröre karşı alacağı daha ileri düzeydeki tepkisel ve büyük boyuttaki önlemler, toplumun ondan daha da fazla uzaklaşmasına neden olacaktır. Bu açıdan yaklaşıldığında etkin bir terörle mücadele stratejisinin amacı demokratik toplum ve hukukun üstünlüğünün korunması olmalıdır. AİHM terörle ilgili bir kararında bunu şöyle ifade etmiştir⁴⁷: “*Mahkeme ... bunun sözleşmeci devletin kendi yetki alanı içindeki kişileri gizli izlemeye tabi tutmasında sınırsız takdiri yetkisi olduğu anlamına gelmeyeceğini vurgular. Mahkeme, böyle bir yasanın onu savunma adına demokrasiyi zedeleme hatta ortadan kaldırma tehlikesini içerdiğinin bilincinde olarak, sözleşmeci devletlerin, casusluk ve terörizmle mücadele adına uygun gördükleri her türlü önlemi alamayacaklarını teyit eder*”.

Demokratik devletin terörle karşılaştığında yapması gereken, özgürlükleri ortadan kaldırmak değil, durumun gerektirdiği ölçüde özgürlüklerden kısıtlanabilecek olanları gerekirse kısıtlayarak, etkin önlemler alarak ülkede bulunanların özgürlüklerini kullanabilecekleri uygun ortamı oluşturmaktır. Devletin yükümlülüğü sadece hakları ihlal ettiğinde değil, onların kullanılmasına imkan tanınmayacak koşulları ortadan kaldırmadığı halde de söz konusudur. Bu bağlamda Kılıç kararında belirtilmektedir ki: “*Mahkeme... (AİHS'nin 2. maddesinin ilk cümlesinin) sadece devlete kasdi ve hukuk dışı öldürmeden kaçınma değil aynı zamanda yetkisi içindeki kişilerin yaşamlarını güvence altına almak için gereken önlemleri alma sorumluluğu yükler. Bu, kişinin yaşama hakkını güvenceye almak için kişiye karşı işlenen suçlardan caydırmak amacıyla, önlemek, bastırmak ve bu hükümlerin ihlallerini cezalandırmak ile desteklenmiş bir şekilde, etkin ceza hukuku hükümlerinin uygulamaya konması devletin temel görevini içerir. Bu, arınca uygun durumlarda başka bireylerin suç eylemleri nedeniyle yaşamları risk altında olan kişi ve kişileri korumak için önleyici operasyonel tedbirlerin alınması ile ilgili yetkili birimlerin pozitif yükümlülüğünü de kapsar*”. Görüldüğü üzere devletin pozitif bir yükümlülüğü vardır ve bu insan

⁴⁷ İbrahim KAYA: a.g.e., 196-197.

haklarını ihlalden kaçınmayı olduğu gibi insan haklarının ihlalini önleyerek bu hakların kullanılmasının gerçekleştirilmesinin sağlanmasını da içerir⁴⁸.

İnsan hakları konularında bir tarafta devlet bulunurken diğer tarafta birey bulunmakta ve geleneksel olarak bu haklar devlete karşı ileri sürülmektedir. Bununla beraber terörle mücadele bağlamında insan hakları konuları, üzerinde tartışılması gereken ve üzerinde görüş birliği bulunmayan pek çok noktayı gündeme getirmektedir. Kuşkusuz terör, insan haklarının kullanılmasına çok önemli bir tehdit oluşturmaktadır. Bu haklar arasında yaşama hakkı başta gelmektedir. Paust, terörizmin zorunlu olarak insan hakları konularını ilgilendirdiğini ve özel şahıslar veya resmi elit tarafından devlet namına işlense bile bunun uluslararası hukuk tarafından yasaklanarak suç kabul edildiğini ifade etmiştir. Ne var ki geleneksel olarak gerçek kişilerin ve kamu tüzel kişilerinin dışındaki tüzel kişilerle kişi gruplarının eylemlerinden değil sadece devletin organlarının işlem ve eylemlerinden insan hakları ihlali doğabileceği kabul edilmekte ve bu bağlamda sadece devlet sorumlu tutulabilmektedir. Ülke olarak insan hakları ihlalleri ile uyuşturucu kaçakçılığı ya da terörizm gibi “uluslararası suçlar” birbirlerinden bağımsızdırlar. İnsan hakları ihlalleri devletin sorumluluğunu gündeme getirirken diğer kategorideki suçlar bireysel ceza sorumluluğu ile ilgilidir. Dolayısı ile devlet dışı birimlerin insan hakkı ihlalinde bulunamayacağı ve dolayısıyla bundan sorumlu tutulamayacakları kabul edilmektedir⁴⁹.

Diğer yandan içinde yaşanılan dünyada devletlerden çok güçlü ve etkili diğer kurum, kuruluş ve oluşumlar bulunmaktadır. Bunların insan haklarının kullanılmasına verebilecekleri zarar belki de birçok devletin vereceği zarardan çok ciddi boyuttadır. Bu bağlamda devlet dışı birimler için de insan haklarına ilişkin sorumluluk konseptinin geliştirilmesi çok önemli gözükmektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 29. maddesi bireyin topluma karşı görevlerinden bahsetmekte ve AİHS'nin 10. maddesi Sözleşme'deki hakların başkalarının haklarını yok edecek şekilde kullanılma hakkını hiç kimseye tanımadığını ifade etmektedir. Böylece devlet dışı birimlerin sorumluluğu anılmaktadır. Nitekim, terörizmle ilgili olabilecek bir konu olan uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla ilgili olarak Birleşmiş Milletlerin yetkili organlarının savaştan tüm taraflara ve özellikle de muhalif gruplara yönelik olarak insan hakları ve insancıl hukuka uyma yönünde çağrıda bulunduğu çok sayıda örnek vardır. Yargıç Meron devlete atfedilebilecek terör eylemlerinin halihazırda insan haklarını ihlal ettiklerini savunmaktadır. Bu görüşün doğal uzantısı devlete atfedilemeyecek terör eylemlerinin insan hakkı ihlaline yol açmayacağı olsa da,

⁴⁸ Ertan BEŞE: **a.g.e.**, 126.

⁴⁹ Emre ÖKTEM: **a.g.e.**, 250-251.

örneğin Rehin Alma Olaylarına Karşı Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesiyle ve IV No'lu Cenevre Konvansiyonu'nun 34. maddesinde yasaklanan rehin alma eyleminde olduğu gibi, hakkın niteliğine bağlı olarak uluslararası terörle mücadele anlaşmalarında ve insancıl hukuk enstrümanlarında hüküm bulunması halinde bu hakların ihlali devlet dışı aktörlerce de gerçekleştirilebilmektedir. İnsan haklarının amacının insan onuruna uygun bir yaşam sağlamak olduğu düşünüldüğünde bu haklara yöneltilen tehdidin nereden geldiğine bakılmaksızın bu hakların korunmasının esas olduğu sonucuna varılabilir. Nitekim uluslararası hukuk da bu yönde bir eğilim göstermektedir⁵⁰.

Sonuç

Çalışmanın genel bir değerlendirmesini yaptığımızda varabileceğimiz ilk sonuç, terörizmin siyasi ve sosyo-psikolojik niteliği gereği, genel geçer bir terörizm tanımı oluşturma çabalarının başarısızlığa mahkum görünmesidir. Böyle bir tanıma uluslararası düzlemde ulaşılsa bile, bunun devletlerin iç düzeninde tam olarak uygulamaya geçirilebileceği şüphelidir. Devletler, karşılıklarına çıkan yeni siyasi olaylar karşısında, o günkü menfaatlerine göre vaziyet almayı tercih ederler ve gelecekteki olaylar bakımından kendilerine bir manevra sahası bırakmak isterler. Terörizmi kesin hatlarla tanımlamak, gelecekte kimi devletlerin terörist gruplara destek verme girişimlerini güçleştirecek veya imkansız kılacaktır.

Diğer yandan, yukarıda değinildiği gibi, terör suçluları, ilgili devlete iade edilmek ya da onları elinde tutan devletçe yargılanmak durumundadırlar. Bu bakımdan, suçluların iadesi rejiminin istisnasını oluşturan “siyasi suçlu” kapsamına girmezler, yani bir bakıma istisnanın istisnasını oluştururlar. Bu açıdan da devletler, ileride kendilerinden iadeleri talep edilecek suçluların konumuna ve siyasi yakınlıklarına göre hareket etme imkanını saklı tutmak istemekte ve suçluların iadesi sözleşmelerine bu amaçlı çekinceler koymaktadırlar. Ancak, bütün bu başarısızlıklara rağmen, terörizm tanımı üzerinde yürütülen tartışmalar, uluslararası hukukun gelişmesine hizmet etmekte ve insanlığın üzerine çöken bu kabusla yürütülen hukuki mücadeleye ivme kazandırmaktadır.

Çalışmada varılan ikinci bir sonuç ise, özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra, terörizme karşı meşru müdafaa hakkına başvurulabileceğinin ve bu hakka başvurulmasında coğrafya kısıtlamasının olmayacağını ortaya çıkmış olmasıdır. Nitekim BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı 1368 sayılı kararın yorumuyla terörist

⁵⁰ Zafer CİRHİNLİOĞLU: “Eşitsizlikler, Kalkınma Sorunları ve Terör”, C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, C. 27, S. 2, (Aralık 2003), 170-171.

saldırılarından ciddi şekilde mağdur olmuş devletlerin teröristleri barındıran, destekleyen veya onlara tolerans gösteren başka devlet ülkelerine karşı silahlı kuvvet kullanmalarını “meşru müdafaa” hakkına dayandırabileceklerinin uluslararası hukuk alanında genel kabul gören bir olgu haline gelmesi de bu gerçekliği ortaya koymaktadır.

Çalışmayla varılan üçüncü sonuç ise terörizm ile insan haklarının korunması arasındaki dengenin giderek birinci olgu lehinde (terörizm) eşitsiz bir hal aldığı, bunun ise terörizmin beslediği koşulları beslediğidir. Terörün toplumun genelinde endişe uyandırması sonucu, terörle daha etkin olarak mücadele edebilmek amacıyla özgürlükler alanının daraltılmasının kaçınılmaz olduğu, güvenlik mi özgürlük mü sorusuyla karşılaşan toplumların güvenliği tercih edecekleri görüşleri ile terörle mücadelede sıkça karşılaşılmaktadır. Bu tür görüşleri destekleyerek özgürlük alanını daraltmak, terörün hedefi olan toplumsal korku oluşturmaya zemin hazırlayarak bir devleti istemediği bir şeye zorlamanın gerçekleşmesi ile sonuçlanmaktadır. Kimi zaman terörle mücadele amacıyla her yolun mubah olduğu gerekçesiyle hukuk dışı yollara da başvurulabileceği gündeme gelmektedir. Amaçlarla araçlar arasındaki ilişki ahlaki bir sorun olmasına rağmen, hukuk düzeni, iç hukuklar olduğu gibi uluslararası hukuk da, hangi durumda ne tür önlemlerin alınacağını, hangi şartlarda hangi hakların ve ne ölçüde kısıtlanabileceğini belirtme durumundadır. Bunun ötesinde alınan önlemler hukukun ihlali anlamına gelmektedir.

Çalışma çerçevesinde varılan dördüncü bir sonuç ise, terör suçlarının yargılanması konusunda devletler arasında çoğu zaman sorunlar çıktığı, terörizm konusunda yapılan sözleşmelerde öngörülen ya yargıya ya da iade et kurulanın tam anlamıyla uygulanmadığıdır. Terörizmle mücadelenin ortaya çıkardığı yeni ve girift ilişkiler çerçevesinde, terör suçlarının bir uluslararası yargı merciinin yetkisine alınması artık kaçınılmaz bir gerçeklik haline gelmiştir. Günümüzde, bazı yazarlarca, Uluslararası Ceza Mahkemesi bu görev için uygun bir organ niteliğinde görünmesine rağmen hem bu Mahkeme'nin statüsünde terör suçlarının yer almaması hem de hegemon güç ABD'nin bu organın yetkilerini fazla bularak, diğer devletleri de Mahkeme'nin Statüsü'nü aşındıracak anlaşmalara teşvik etmesi nedeniyle, Mahkeme'nin böyle bir görevi bugün ve yakın bir gelecekte icra edebilmesi mümkün görülmemektedir.

KAYNAKÇA

BAL, İhsan. “Terör nedir? Neden Terörist Olunur?”, **Terörizm: Terör, Terörizm, ve Küresel Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler**, (der.) İhsan BAL, Ankara: USAK Yayınları, 2006, 7-24.

BAŞEREN, Sertaç Hami. “Terörizmin Ulaştığı Boyutlar, Bu Durumun Türkiye’nin Güvenliğine Etkileri ve Alınabilecek Tedbirler (Sempozyum Bildirisi), **Türkiye’nin Çevresinde Meydana Gelen Gelişmelerin Türkiye’nin Güvenlik Politikasına Etkileri Sempozyumu (9-10 Mart 2006)** içinde, Genelkurmay Başkanlığı Harp Akademileri Komutanlığı, İstanbul: Harp Akademileri Basımevi, 2006, 8-19.

BEŞE, Ertan. **Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2002.

Birleşmiş Milletler: **Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü**, Ankara: BM Enformasyon Merkezi, 2006.

CİRHİNLİOĞLU, Zafer. “Eşitsizlikler, Kalkınma Sorunları ve Terör”, **C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 27, S. 2, (Aralık 2003), 159-173.

ÇINAR, Bekir. **Devlet Güvenliği, İstihbarat ve Terör**, Ankara: Sam Yayınları, 1997.

ÇİTLİOĞLU, Ercan. **Gri Tehdit Terörizm**. Ankara: Ümit Yayıncılık, 2006.

DOĞAN, Meryem. “11 Eylül Saldırılarının 5. Yıl Dönümünü Nilgün Gürcan İle Tartıştık”, (Nilgün Gürcan ile yapılmış röportaj), <http://www.usakgundem.com/makale.php?id=254>, (12 Şubat 2007), (erişim tarihi: 02.05.2007).

GÜN, Ö. Rengin. “Uluslararası Terörizm: Dünya Savaşının Yeni Boyutu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 2, S. 4, (2000), 79-93.

GÜZEL, Cemal. “Korkunun Korkusu: Terörizm”, **Silinen Yüzler Karşısında Terör** içinde, (der.) Cemal GÜZEL. Ankara: Ayraç Yayınevi, 2002, 7-19.

KAYA, İbrahim. **Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk**, Ankara: USAK Yayınları, 2005.

LAQUEUR, Walter. “Terörizmin Yorumlanması”, (çev.) İbrahim YILDIZ, **Silinen Yüzler Karşısında Terör** içinde, (der.) Cemal GÜZEL, Ankara: Ayraç Yayınevi, 2002, 95-141.

ÖKTEM, Emre. “Uluslararası Hukukta Terörizm: Tanım Sorunu ve Milli Bağımsızlık Hareketleri”, <http://www.iticu.edu.tr/kutuphane/dergi/d5/M00068.pdf>, (erişim tarihi: 23.04.2007).

ÖKTEM, Emre. **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**. İstanbul: Derin Yayınları, 2007.

ÖRGÜN, Faruk. **Küresel Terör**. İstanbul: Okumuş Adam Yayınları, 2001.

ÖZCAN, Mehmet ve Serkan BALCI. “Avrupa Birliği ve Terörizmle Mücadele”, **Terörizm: Terör, Terörizm, ve Küresel Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler**, (der.) İhsan BAL, Ankara: USAK Yayınları, 2006, 197-256.

ÖZCAN, Mehmet. “Siber Terörizm ve Ulusal Güvenliğe Tehdit Boyutu”, <http://www.turkishweek.ly.net/turkce/makale.php?id=87>, (erişim tarihi: 23.04.2007).

PAZARCI, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk**, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2005.

TAŞDEMİR, Fatma. **Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi**. Ankara: USAK Yayınları, 2006.

Türkiye Barolar Birliği. **Türkiye ve Terörizm**. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006.

YILMAZ, Sait. **21. Yüzyılda Güvenlik ve İstihbarat**. İstanbul: Alfa Yayınları, 2006.

İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE İHALE SÜRECİ

Prof.Dr.Murat SEZGİNER*

Özet

Kamu Hizmeti imtiyazı, İdarenin bir özel işletmeyi kar ve zararı bu özel hukuk kişisine ait olmak üzere, bir kamu hizmetini yürütmek üzere yetkilendirmesini ihtiva eden bir idari sözleşmedir. İdarenin idari sözleşmeleri ile özel hukuk sözleşmelerini birbirinden ayırmak gerekir. Bununla birlikte idarenin ne özel hukuk sözleşmelerinde ne de idari sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü yoktur; İdare, akit tarafı kamu ihale prosedürüne uygun olarak seçmelidir. Ancak, imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcayı seçme hürriyetinden söz edilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Kamu Hizmeti, İdari sözleşme, İmtiyaz, İmtiyazcı, kamu ihalesi, imtiyazcının seçimi

Resumé

La concession de servis public est un contrat administratif par laquelle L'Administration (L'Etat) charge une entreprise privée de faire fonctionner le servis public à ses frais et risques. Il faut distinguer Les contrats administratifs et Les Contrats de droit privé passés par l'administration. Pourtant, l'administration n'a pas le libre choix du cocontractant pour ni les contrats administratifs et les conrats de droit privé. L'Administration doit choisir le cocontractant en respectent la procédure de marché public. Mais, On parle de la liberté du choix du concessionnaire pour les contrats de concession.

Mots - Clés

Service Public, Contrat Administratif, Concession, Concessionnaire, Marché Public, Choix du Concessionnaire

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİ – TANIM VE YASAL ÇERÇEVE

TANIM

İmtiyaz (*Concession*), Kamu idaresinin yükümlülüğünde bulunan bir kamu hizmetinin, özel hukuk kişisi tarafından işletilmesi usullerinden biridir. Kamu Hizmeti imtiyaz Sözleşmesi olarak isimlendirilen bu usulde kamu hizmeti, bir özel hukuk kişisi tarafından kurulmakta ve işletilmektedir. İsminden de anlaşılacağı üzere kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, ruhsat usulünden farklı olarak, tek yanlı bir idari kararla değil, akdi bir ilişki çerçevesinde kamu hizmetinin yürütülmesini öngörmektedir. İlk kez Fransız hukukunda görülen ve gelişen usul, daha sonra Türk hukukuna intikal etmiştir. Yasal çerçeve kısmında da görüleceği üzere, imtiyaz usulünün içeriğine ilişkin ayrıntılı bir yasal düzenleme mevcut değildir. Usule ve şekil kurallarına ilişkin düzenlemeler ve doğrudan imtiyaz verilebileceğine ilişkin düzenlemeler, imtiyazın öğretisi ve yargı kararlarında yapılmış bulunan tanımlamalarına dayanmakta, bilinen bir hususun usulünün belirlenmesine yönelik bulunmaktadır.

Gerek Fransız Hukukunda ve gerekse Türk Hukukunda imtiyazın ayrıntılı tanımı yargı kararları ile olmuştur. Bilinen en ayrıntılı ve eski tanımlama Fransız Danıştay'ı (Conseil D'Etat) önündeki bir davada, hükümet komiseri tarafından 1916 yılında yapılan tanımlamadır¹; Buna göre imtiyaz sözleşmesi,

“Bir özel kişi ya da şirketi, bir kamu eserinin yapımı ya da kamu hizmetinin yürütülmesini kendi yararına yapmak konusunda yetkilendiren, devlet destekli veya desteksiz, kar garantili veya garantisiz ve hizmetin yürütülmesi için gereken bedelin ve karın, hizmetten yararlananlardan ya da kamu eserini kullananlardan alınacak ücretlerle gerçekleşmesini sağlayan bir sözleşmedir”

Takip eden yıllarda kamu hizmeti imtiyazı, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini sağlayan iltizam (affermage), müşterek emanet (régie intéressée), gibi diğer usullerden farklılığı da ortaya koyacak şekilde belirginleşmiştir. Buna göre kamu hizmeti imtiyazı, *kar ve zararı imtiyaz alana ait olmak üzere, bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesidir. Yürütülen kamu hizmeti, hizmetten yararlananlardan (kullanıcılardan) alınacak ücretlerle finanse edilecektir*². Dolayısıyla idarenin karı

¹ CE, Gaz de Bordeaux, 30 Mars 1916, RDP 1916, 213. Richer L: **Droits des Contrats Administratifs**, 6. ed., LGDJ Paris, 2008, s.539.

² Guettier C: **Droits des Contrats Administratifs**, 2. ed., Themis Droit Public, Paris 2008, s.227; De Laubadere A- Moderne F- Delvolvé P: **Traité des Contrats des Administratif**, Tome I, Paris 1983, s.285; De Laubadere A – Venezia J-C – Gaudamet Y: **Traité de Droit Administratif**, 10. ed. Paris 1988, s.677.

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

garanti etmesi, hizmeti yürütecek olana ödemede bulunması gibi usuller imtiyaz sözleşmesi kavramına yabancı olup, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin başkaca usullerine ait kavramlardır.

Anayasa Mahkemesi de çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda imtiyaz sözleşmelerini tanımlamış, unsurlarını ortaya koymuştur. 1994 tarihli bir kararında Mahkeme şu tanımlamayı yapmıştır³

“İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir “idarî sözleşme” uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine İMTİYAZ denir. Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri” olarak tanımlanmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idarî sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.

...

Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir.”

Anayasa Mahkemesi değişik tarihli kararlarında bu tanımlamayı tekrarlamış, yerleşik bir içtihat olarak ortaya koymuştur⁴.

Danıştay da Anayasa Mahkemesine paralel nitelikte imtiyaz tanımı yapmış, yerleşik bir içtihat oluşturmuştur. Danıştay 1. Dairesinin bir kararında imtiyaz şu şekilde tanımlanmıştır⁵;

³ Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2, RG 24.01.1995, sy.22181

⁴ Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995, E.1994/71, K.1995/23, RG 20.03.1996, sy.22586

⁵ Danıştay 1. D, 24.09.1992, E.1992/232, K.1992/294, Danıştay Dergisi, sy.87

*“İdarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzelkişiyile yaptığı bir sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kar ve zarar (riski) özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi”*dir.

Danıştay 10. Dairesi de, imtiyaz sözleşmesinin diğer idari sözleşmelerden farklılığını ortaya koyarken, imtiyaz sözleşmesinin ayırt edici özelliklerini şu şekilde ifade etmektedir⁶;

“Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari sözleşmeyle özel girişimciye devredilmiş ise, kamu hizmetinin imtiyaz usulü ile yürütülmesi söz konusu olup, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile saptanacak bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin uzun ve belli bir devre için yapılması kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran özelliklerdir”.

Aynı Daire daha yeni tarihli bir kararında da aynı hususları daha ayrıntılı bir şekilde ifade etmiştir⁷;

“İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin uzun süreli bir ‘idari sözleşme’ uyarınca, sermayesi, karı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerin yerine getirilmesine imtiyaz denir. Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler ‘kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri’ olarak tanımlanmaktadır.

Konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, hizmetlerin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması ve idarenin hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip

⁶ Danıştay 10.D, 29.04.1993, E.1991/1, K.1993/1752, Danıştay Dergisi, sy.88

⁷ Danıştay 10.D, 06.02.2002, E.1999/2407, K.2002/347 (yayımlanmamıştır). Gözübüyük Ş – Tan T: **İdare Hukuku, c.1**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.565

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

olması, imtiyaz süresince hizmetten yararlanacaklardan alınacak bedelin yasa ile verilen yetkiye göre bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin, uzun ve belli bir süre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin temel özelliklerindedir.”

Bütün bu tanımlamalar çerçevesinde, kamu hizmetinin sözleşme ile bir başkasına gördürülmesi konusunda en eski model⁸ olan imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili olarak şu hususları sıralamak mümkündür;

- 1) Kamu hizmetinin özel kişi tarafından kurulması ve işletilmesi söz konusudur. Bu husus bir idari sözleşme şeklinde kayıt altına alınır.
- 2) Sözleşme ile özel kişiye devredilen kamu hizmeti, imtiyaz sahibinin kar ve zararına işletilir.
- 3) İmtiyaz sahibinin geliri, kamu hizmetinden yararlananlardan, kullanıcılardan alınacak ücrettir. İdare, tahsil hakkını devretmektedir. Kullanıcılardan alınacak ücret, düzenleyici bir hükümle belirtilir.
- 4) İmtiyaz sözleşmeleri uzun bir süreyi kapsar.

Bu sayılan özellikler, daha sonra ifade edilecek olan ihale sürecini de etkileyecek olan prensiplerdir. Her şeyden önce, kesintisiz yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti söz konusudur. Bu durum, imtiyaz sözleşmesinin bir idari sözleşme olması sonucunu doğurmuş, idarenin üstün yetkilerle donatılması ve denetim yetkisini elinde bulundurması sağlanmıştır. “İdare kamu hizmetini yürütmeyi bırakmış ve imtiyazcıya ödeme yapmamaktadır; ancak hizmetin yürütülmesinin denetimini muhafaza etmektedir”⁹. İmtiyazın, kamu hizmetinden yararlananlardan alınacak ücretle finanse edilmesi, en karakteristik vasıf olarak ortaya çıkmıştır¹⁰. Bu husus, imtiyazı benzer idari sözleşmelerden ayırmaktadır. Ancak, alınacak bu ücret imtiyazcının tamamen serbestçe belirleyebildiği bir ücret olmayıp, kamu yararı amacı da gözetilerek idare tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde olacaktır. Tarife, kelimenin tam anlamıyla kamu iktidarının düzenleyici bir tasarrufudur¹¹. Kamu hizmetinin imtiyazcı tarafından kendi kar ve zararı hesabına işletiliyor olması, kullanıcılardan, yararlananlardan alınacak ücreti serbestçe belirleme imkânını tanımamaktadır. İmtiyaz sözleşmesinin

⁸ Guettier, s. 227

⁹ Richer, s.538

¹⁰ Richer, s.540

¹¹ Osten N: **İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti**, İstanbul 1938, s.27

uzun süreli olması ise, yatırımların amorti edilebilmesini sağlamak bakımından söz konusu olmaktadır¹².

Sözleşme yoluyla kamu hizmetinin yürütülmesinin özel kişiye bırakılması, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. İmtiyazcının yükümlülüklerini yerine getirememesi, kamu hizmetinin kesintiye uğraması durumunda üçüncü kişilere karşı idare sorumlu olacaktır¹³. Kamu hizmetinin yürütülecek olması, kamusal yetkilerin tanınacak olması, idarenin imtiyazcının aczi halinde sorumluluğunun bulunması hususları, imtiyazcının belirlenmesi (ihale süreci) konusunda idareye geniş takdir yetkisinin tanınmasını gerektirmiştir. Daha sonra görüleceği üzere, imtiyazcının belirlenmesi konusunda idarenin tam bir takdir yetkisine sahip olduğu, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴. Fransız Danıştay'ı imtiyazcının idare tarafından serbestçe belirleneceğine ilişkin 1986 yılında bir karar vermiştir¹⁵. Fransız Danıştay'ının kararında dayandığı prensip “*imtiyaz veren serbest bir şekilde zorlayıcı bir baskı olmadan, rekabet olmaksızın akidini seçmelidir*”¹⁶ şeklindedir. Daha sonra ifade edileceği üzere, bu takdir yetkisi, genel kamu yararı amacı ile sınırlı olmakla beraber, imtiyaz sözleşmesinin özelliği sebebiyle, imtiyazcının seçilmesinin diğer ihale konusu işlere göre farklılık arz ettiği de ortadadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, geçmişte yaygın olarak kullanılmış, demiryolları taşımacılığı, su, gaz ve özellikle elektrik üretim ve dağıtım konularında söz konusu olmuştur. Günümüzde de özellikle **su dağıtım**ı başta olmak üzere değişik konularda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri söz konusu olmaktadır¹⁷.

YASAL ÇERÇEVE

Başlangıçta da ifade edildiği üzere, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin içeriği, özellikleri, yasal bir düzenlemeye konu olmuş değildir. Gerek Fransa’da ve gerekse ülkemizde İmtiyaz sözleşmeleri yasal düzenlemelerde geçmekte, ancak sadece

¹² De Laubadere-Moderne-Delvolvé, s.290; Guettier, s.202

¹³ Richer, s.538

¹⁴ Vedel G-Delvolvé P: **Droit Administratif**, Tome I, 11. Ed, Paris 1990, s.402;

¹⁵ CE, 16 Avril 1986, Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion, Rec.Leb.p.97, Rougevin-Baville M-Denoix de Saint Marc R-Labetoulle D: **Leçons de Droit Administratif**, Hachette Paris 1989, s.201-202; Vedel-Delvolvé, s.402; Delvolvé, “**La concession de service public et le droit communautaire-raport de synthese**” in La concession de service public face au droit communautaire, s.114’den naklen, Kutlu M: **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir 1997, s.166

¹⁶ Kutlu, s.166

¹⁷ De Laubadere-Moderne-Delvolvé, s.285–286

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

İmtiyaza ilişkin kısmen şekil kurallarına yer verilmekte ve bazen de imtiyaz verilecek konular belirtilmektedir. Bu düzenlemeler, imtiyaz kavramını tanımlamaksızın, bünyelerinde yer vermektedirler¹⁸.

Türk Hukukunda imtiyaz'a ilişkin ilk düzenleme Osmanlı döneminde “**Menafi Umumiyye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun**” dur. Osmanlı dönemine ait kanundaki ifadeler, günümüze uyarlanmak suretiyle uygulanmaktadır¹⁹.

Bu Kanun, imtiyazın içeriğine ilişkin bir düzenleme öngörmemekte, imtiyazın verilmiş usulünü düzenlemektedir. Buna göre, genel olarak imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kurulu'na aittir. İmtiyaz alacak özel kişi anonim şirket olarak yapılanmış olan bir özel hukuk tüzel kişisi olmalıdır. Kanunun 1. maddesinde, Bakanlar Kurulunun genel imtiyaz verme yetkisi düzenlenirken, belediyelerin imtiyaz yetkisi de dolaylı olarak ifade edilmektedir. Kanunun 1. maddesine göre, “*vilayet devairi belediyesinin teşkilatına dair vazedilecek kavanin ile itası hükümeti mahalliyenin dairei selahiyetlerinde bulunmıyacak olan menafi umumiyye müteallik imalat imtiyazatı doğrudan doğruya kuvvei icraiye (Bakanlar Kurulu) tarafından verilektir*”. Bu düzenleme ile “*belediyelere ait imtiyaz yetkisi zımnen bu idarelerin kendisine bırakılmaktadır*”²⁰.

Mahalli idareler mevzuatında da imtiyaza ilişkin hükümlere yer verilmektedir. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun İl Genel Meclisinin görev ve yetkilerini düzenleyen 10. maddesi (i) bendinde “*İl özel idaresi adına imtiyaz verilmesine... Karar vermek*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır.

5393 sayılı Belediye Kanununun “*Belediyenin yetkileri ve imtiyazları*” başlıklı 15. maddesi 3. fıkrasında “*Belediye, (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hizmetleri Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir...*” hükmü getirilmiştir. İmtiyaz yolu ile devredilebilecek kamu hizmetleri 15. maddenin (e), (f) ve (g) bentlerinde şu şekilde düzenlenmiştir.

Md.15/e “*Müktesep haklar saklı kalmak üzere; içme, kullanma ve endüstri suyu sağlamak, atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak; bunlar*

¹⁸ Richer, s.536–537

¹⁹ Mesela Kanunda geçen, *kuvvei icraiye* tabiri günümüzde *bakanlar kurulu; kavanin ve nizamati osmaniyye tabi Osmanlı anonim şirketi* ibaresi, *Türk Kanun ve nizamlarına tabi Türk anonim şirketi* olarak anlaşılacaktır. Onar S.S, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, III, İstanbul 1966, s.1626–1627

²⁰ Can H.H-Yıldız N: **Belediye Başkanları ve Belediye Meclis Üyelerine Temel Bilgiler**, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2004, s.93–94.

için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek; kaynak sularını işletmek veya işlettirmek”.

Md.15/f “*Toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dâhil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek”.*

Md.15/g “*Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak”.*

4046 Sayılı “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında kanun”da da, “Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi” başlıklı 15. maddede, imtiyaz verilmesine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.

Md. 15 “Kamu hizmeti gören kuruluşların mülkiyet devri suretiyle özelleştirilmesine ilişkin konularda bu Kanunun 1 inci maddesinde öngörülen ayrı kanunlarla düzenleme yapılmasına ilişkin şartlar saklı kalmak kaydıyla;

a) Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri),

b) Bu Kanunun 35 inci maddesinin (B) bendinde belirtilen ve kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin,

İşletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılır.

Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur. Bunların dışındakiler imtiyaz sayılmaz. Bu madde gereğince imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmeler imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olup, diğer kanunların bu hususları düzenleyen özel hükümleri saklıdır.

Bu madde gereğince işletme hakkı verilmesi, kiralama veya benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devri süresi 49 yılı geçemez.”

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

Anayasamız da, kamu hizmetinin yürütülmesine verilen önemin bir göstergesi olarak, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine yer vermiş; Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini incelemesi ve görüşünü bildirmesi hususlarını düzenleme altına almıştır. 1982 Anayasası'nın "Danıştay" başlıklı 155. maddesi 2. fıkrasında, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin olarak görüş bildirme hususu düzenlenmiştir;

Md.155/2; "*Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir*".

Anayasa da, Danıştay'ın görevi olarak belirtilen bu husus, 2575 sayılı Danıştay Kanununun "Danıştay'ın Görevleri" başlıklı 23. maddesinde tekrarlanmış, imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ilk derece yargı yeri olarak Danıştay'da görülmesi hususu da "İlk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar" başlıklı 24. madde de düzenleme altına alınmıştır;

Md.23/d; Danıştay, "*Tüzük tasarılarını inceler, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir*".

Md.24/1-2 ; "*...tahkim yolu öngörülmeleyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar*".

Başlangıçta da belirtildiği üzere, bütün bu düzenlemeler, imtiyaza ilişkin bir tanımlama, esaslarını belirleme, içeriği ele alma özelliğine sahip değildir. Usule ve hangi hizmetlerin imtiyaz yoluyla gördürülebileceğine, uyuşmazlık halinde görevli yargı yerinin tespitine ilişkin düzenlemeler, yargı kararları ve öğreti tarafından yapılan imtiyaz tanımlamalarına dayanmakta, bilinen bir hususa yollama yapmaktadır.

II. İMTİYAZCININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ESASLAR

(İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE İHALE SÜRECİ)

Yukarıda da ifade edildiği üzere, imtiyaz sözleşmesinin mahiyeti gereği, bu sözleşmelerde akit tarafın seçilmesi, kamu ihale prosedüründen farklı olarak ele alınmış, takdir yetkisinin daha geniş tutulduğu görülmüştür. Gerçekten de, bir kamu hizmetini uzun süre yürütecek olan, kamusal yetkilerle donanacak olan, aczi halinde idarenin sorumluluğuna yol açacak olan bir özel hukuk kişisinin seçimi söz konusudur. Bu durumun, kamu harcaması gerektiren bir bayındırlık işi ihalesinden, herhangi bir yapım işi veya mal ve hizmet alımı ihalesinden; kamuya kaynak yaratılması amaçlı satım, kiraya verme, trampa ya da mülkiyetin gayri ayni ak

tesisi ihalesinden farklılık arz ettiğine şüphe yoktur. Kamu hizmetini yürütecek olan kişinin niteliğinin önemi dolayısıyla, imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcının seçilmesi konusunda idareye tanınan geniş takdir yetkisi, özel hukuk kişileri için Borçlar Kanunu çerçevesinde tanınmış olan sözleşme yapma hürriyetinden farklıdır. Burada mutlak bir serbesti söz konusuysen, imtiyaz sözleşmelerinde kamu yararı amacı bir sınır olarak daima idare için söz konusu olacaktır. İfade edilmek istenen husus, imtiyaz sözleşmelerinde idarenin belirlenmiş sıkı şekil kurallarına tabi olmadığı ve bu kurallarla bağlı olmaksızın imtiyazcının müzakere (négociation) yoluyla, geniş bir takdir yetkisi ile seçilmesidir. Hâlbuki idarenin kamu ihale prosedürü içinde sözleşme yapacağı kişinin seçilmesi durumunda, katı şekil kuralları söz konusudur ve isteklilerle, istisnai haller dışında, müzakere söz konusu değildir.

İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcının seçimine ilişkin, gerek Fransız Hukukunda ve gerekse Türk Hukukunda kamu ihale düzenlemelerinde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İhale ilanı, şartname hazırlanması, ihale komisyonları, tekliflerin değerlendirilmesi vb. konularda, başta şekil kuralları olmak üzere, yazılı bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Genel ilkelerin belirtilmesi ve yargı kararları ile bir takım esasların konulması söz konusudur.

FRANSIZ HUKUKUNDA DURUM

Fransız idare hukukunda imtiyazcının seçimi konusunda idarenin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu düşüncesi hâkim bir görüş olarak ifade edilmektedir²¹. Bu durum, özellikle imtiyaz verilecek olan özel hukuk kişinin öneminden, kişinin özelliklerinin belirleyici olduğu (intuitu personea) bir sözleşmenin söz konusu olmasından kaynaklanmaktadır²².

Fransa'da, imtiyaz sözleşmesi kavramını kabul eden tüm diğer ülkelerde olduğu gibi, uzun yıllar boyunca, hiçbir sınırlandırıcı hüküm olmaksızın kamu hizmeti imtiyazının tam bir takdir serbestisi içinde verildiği görülmektedir. Daha önce ifade edildiği üzere, İmtiyazcının kişiliğinin önemi böyle bir uygulamaya sebebiyet vermiş, kamu ihale kuralları, imtiyaz sözleşmelerinde uygulanmamıştır²³. Fransız Danıştay'ı da bu hususta çarpıcı kararlar vermiş, imtiyazcının seçiminde tam bir takdir yetkisinin var olduğu ifade edilmiştir. Nitekim 1986 yılında verdiği bir kararda, imtiyaz veren

²¹ De Laubadere-Moderne-Delvolvé, s.655; Vedel-Delvolvé, s.402; De Laubadere – Venezia – Gaudamet, s.683; Rougevin-Baville -Denoix de Saint Marc –Labetoulle, s.201-202

²² De Laubadere-Moderne-Delvolvé, s.655; Richer, s.543

²³ Richer, s.543.

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

serbest bir şekilde, zorlayıcı baskı olmadan ve hatta rekabete ilişkin kurallara tabi olmaksızın imtiyazcısını seçebilmelidir, şeklinde karar vermiştir²⁴.

1993 yılı, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin bir takım düzenlemelerin yapıldığı yıl olmuştur. Bir yandan 29 Ocak 1993 tarihli *Kamu işlemleri ve ekonomik hayatın şeffaflığına ve yolsuzlukların önlenmesine ilişkin kanun*'un kabulü, diğer yandan Avrupa Birliği'nin 14 Haziran 1993 tarih ve 93/37 sayılı direktifleri konuya ilişkin genel esasları belirlemiştir. 1993 tarihli Kanunun kabulüne kadar, imtiyazcının seçimi konusunda kamu idarelerinin işlemlerine ilişkin genel düzenlemeler dışında hiçbir sınırlandırıcı usul hükmü mevcut değildir²⁵. Söz konusu yasal düzenleme, idarenin imtiyazcıyı seçme konusundaki takdir yetkisi prensibini ortadan kaldırmaksızın, adayların seçilmesinde şeffaflık ve adaylar arasında eşitlik prensibine vurgu yapmıştır²⁶. Bu düzenleme, kamu hizmetinin devri konusunda, özellikle, devlet ve diğer kamu kuruluşlarına göre daha sınırlandırıcı, ağır hükümlere tabi olan mahalli idareler için, önemli usul değişikliği öngörmüştür. Ayrıca yargı kararları, bu hükümleri tamamlayıcı nitelikte kararlar vermiş ve kamu hizmeti imtiyazını alacak kişiler arasında eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır²⁷.

Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin direktifleri de, her şeyden önce, tek Pazar uygulamasını etkin hale getirmek, taabiyet ayırımını ortadan kaldırmak, Birlik üyesi ülke vatandaşlarına ihalelerde getirilen kısıtlamaları önlemek amaçlıdır. Bu amaçları gerçekleştirmek için, şeffaflık ve uygun rekabet koşullarının yaratılmasına çalışılmaktadır. Ancak bu aşamada hemen belirtmek gerekir ki, imtiyaz (concession) kavramı sadece bayındırlık ihalelerine ilişkin direktif içinde geçmektedir. Avrupa Birliği, imtiyaz hakkına sahip büyük şirketlerin, rekabet kurallarına uymaksızın bayındırlık işlerini aldığını ve bunun kabul edilmesinin mümkün olmadığını düşünmüştür. Birliğin bu düzenlemeleri Fransa'da bir dirençle karşılaşmış ve Avrupa Birliği başlangıçta bayındırlık İmtiyazları'nda sadece açıklık ilkesine uygun davranılması ve ancak rekabet kurallarına uymak konusundaki mecburiyeti yumuşatmıştır²⁸. Anlaşıldığı kadarıyla Avrupa Birliği, büyük bayındırlık ihalelerinin, imtiyaz kisvesi altında ihalelere ilişkin açıklık, eşitlik ve rekabet kuralları ile birtakım şekli yükümlülöklere tabi olmaksızın yapılmasının önüne geçmek istemiştir. Bunun dışında, su, enerji, ulaşım, telekomünikasyon sektörlerindeki kamu ihalelerine

²⁴ Delvolvé, s.114'den naklen, Kutlu, s.166; Rougevin-Baville -Denoix de Saint Marc –Labetoulle, s.196

²⁵ Guettier, s.341.

²⁶ Guettier, s.341.

²⁷ Guettier, s.341

²⁸ Richer, s.543

ilişkin direktiflerde imtiyaz (concession) kavramı hiçbir şekilde geçmemektedir²⁹. Dolayısıyla, kamu ihalelerine ilişkin düzenlemeler tüm imtiyazlar için geçerli değildir. *İhale rejiminin tümü imtiyazlara uygulanmaz. İhale ile imtiyazlar arasında farklılıklar vardır. Bayındırlık işi ihalelerine ilişkin yönergenin imtiyazı kapsamı, ihaleler için öngörülmiş bazı kuralları ona uygulamak içindir. Özellikle imtiyaza rekabet kurallarını uygulamak içindir*³⁰.

Bütün bu düzenlemelerden anlaşıldığına göre, bayındırlık işlerine ilişkin imtiyaz sözleşmeleri, bayındırlık ihalelerine ilişkin direktiflere uygun olacak, diğer imtiyaz sözleşmelerinde de genel kurallara uyulacaktır.

İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcının seçimi konusunda kamu ihale kurallarına uygun bir prosedür işletmek de mümkündür. Ancak bu durumda, kamu ihale kurallarına uygun olarak yapılacak ihale ile imtiyaz sözleşmelerindeki ihale kararı arasında yine de bir farklılık ortaya çıkacaktır. Bu farklılık üç noktada oluşacaktır³¹;

- 1) Her şeyden önce, ihale sürecini yönetme yetkisi yürütme organına aittir. İhale komisyonunun yetkisi istisari (bağlayıcı olmayan) bir nitelik arz eder. Oysa Mahalli idareler tarafından yapılan kamu ihalelerinde, Karar organları ihale komisyonu kararını sadece kamu yararı amacıyla reddedebilir, ancak bu kararı değiştiremez.
- 2) Kamu hizmetinin devrine ilişkin sözleşmeler söz konusu olduğunda, sözleşme yapılacak kişinin seçimi ve sözleşmenin imzalanması bir müzakere (negociation) sonucunda olur. Kamu ihale sürecinde ise istisnai haller dışında müzakere sürecinin olmadığı, ihale komisyonları tarafından tamamlanan bir süreç söz konusudur.
- 3) Kamu ihale sürecinde sözleşme yapılacak kişinin seçimi, en iyi teklif çerçevesinde yapılır. Teknik ve fiyat olarak en avantajlı teklifin ya da fiyat/kalite ilişkisinin dikkate alınması ve sözleşme yapılacak kişinin seçilmesi söz konusudur. İmtiyazcının seçilmesinde ise işi yapacak olan kişinin özellikleri, referansları, kamu hizmetini yürütüp yürütemeyeceği, güvenilirliği konuları dikkate alınacaktır. Bu durum, kamu ihalelerine göre, daha geniş bir takdir yetkisini ifade etmektedir. Kamu ihaleleri, bir edim ile son bulacak olan süreçle ilgili iken, imtiyaz, uzun süreli ve güvene dayalı bir ilişkiyi ifade etmektedir.

²⁹ Kutlu, s.165

³⁰ Delvolvé, s.113'den naklen, Kutlu, s.165

³¹ Guettier, s.341-342.

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

İmtiyaz sözleşmelerinde, imtiyazcının seçilmesi konusunda prosedüral kurallar bulunmamakla birlikte, genel olarak idarenin sözleşmeleri için öngörülmüş bulunan ihale kurallarına tabi olmak hususunda idarenin bir takdir yetkisi olduğu görülmektedir. Ancak bu durumda da, bu kuralların çizdiği katı çerçeveye tabi olunması söz konusu olmayıp, imtiyaz sözleşmesinin niteliği dikkate alınmak suretiyle, idareye geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır.

TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Türk Hukukunda da, Fransız Hukukundaki duruma benzer bir hal söz konusudur. Her şeyden önce ifade edilmesi gereken husus, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin özel bir ihale prosedürünün Türk Hukuku bakımından da mevcut olmadığıdır.

Türk Hukukunda Kamu ihalelerine ilişkin iki temel Kanun vardır. Bunlar, 2886 sayılı *Devlet İhale Kanunu* ve 4734 sayılı *Kamu İhale Kanunu*'dur. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu daha eski tarihli bir Kanun olup, Kamunun kaynak harcamasına yönelik işlemleri ile kaynak kazandırıcı işlemlerini birlikte düzenleme altına almıştır. Gerçekten de Kanunun *kapsam* başlıklı 1. maddesine göre “*Genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür*”. Görüldüğü üzere kamu harcaması yapılması gereken, alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri ile kamuya gelir sağlamaya yönelik satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri aynı kanunda düzenleme altına alınmış ve bu durum uygulamada sorunlar çıkmasına sebep olmuştur³². 04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile bu duruma son verilmiş, idarelerin mal ve hizmet alımları ile yapım işleri 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamından çıkarılarak, ayrıca düzenleme altına alınmıştır. Kamuya kaynak sağlamaya yönelik ihaleler ise eskiden olduğu gibi 2886 sayılı Kanuna göre yapılacaktır. Burada önemle üzerinde durulması gereken husus, her iki kanunda da kamu hizmeti imtiyazına ilişkin düzenlemeye yer verilmemiştir. Kaynak harcaması gerektirmemesi sebebiyle 2886 sayılı Kanun bünyesinde düzenlenmesi beklenebilecek olan imtiyaz, kanun içinde zikredilmemektedir. 4734 sayılı Kanun öncesinde pek çok kamu kurum ve kuruluşunun yapacakları ihalelerde 2886 sayılı Kanuna tabi olmadıklarını kuruluş kanunlarında düzenleme altına alınmıştır. Ancak, özel hukuk kişisi gibi tam bir sözleşme hürriyeti içinde bulunmaları söz konusu olamayacağından, ya özel kanunlarla ya da idari düzenlemelerle, ihalelerde uyacakları prensipler ortaya koyulmuştur³³. Bu dönemde de, sonra da imtiyaza

³² Can-Yıldız, s.289.

³³ Gözübüyük-Tan, s.587-588.

ilişkin gerek yasal ve gerekse idari bir düzenleme söz konusu olmamıştır. O halde Belediyelerin vereceği imtiyaz bakımından, öncelikle Belediye Kanununda ifade edilen hususlar yerine getirilecek, takiben Fransız hukukunda olduğu gibi müzakere edilerek imtiyazcı seçilecektir. Şüphesiz, bu durumda da idarenin uyması gereken kamu yararı, rekabet, eşitlik gibi temel ilkeler dikkate alınacaktır. Nitekim İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü yayını olarak çıkan ve Bakanlık yöneticileri tarafından kaleme alınan “*Belediye Başkanları ve Belediye Meclis Üyelerine Temel Bilgiler*” adlı eser de, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin usul şu şekilde ifade edilmektedir³⁴;

“Belediyelerde imtiyaz verme prosedürünün uygulanmasında öncelikle belediye meclisinin müzakere edip karar vermesi gerekecektir. Zira 1580 sayılı Belediye Kanununun 70. maddesinin 14 üncü fıkrasında (Şu anda 5393 sayılı Belediye Kanununun 18/j maddesi) yer alan hükme göre, genel yarar amacıyla belediye adına verilecek imtiyaz sözleşmelerini belediye meclisi müzakere ederek kararlaştıracaktır.

*Meclislerin kabul kararıyla yetkilendirilen belediye başkanları, imtiyaza ilişkin şartnameyi ve kamu hizmeti imtiyazını rekabet ve açıklık ilkelerine uygun olarak verebilmek amacıyla imtiyaz ilanını hazırlayacaklar ve gereken işlemlerin yapılmasını temin edeceklerdir. Yapılan ilan sonucunda başvuruda bulunan imtiyaz isteklileriyle **yürütülen görüşmelerde seçilecek** uygun kişi veya kuruluşla belediye arasında imtiyaz sözleşmesi düzenlenecektir”.*

Danıştay da aynı şekilde, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin ihale kuralları olmamasından hareketle, genel ilkelere işaret etmekle yetinmiştir. İdare, sözleşme yaparken uyacağı kurallar ifade edilmemişse, örneğin imtiyazcısını seçerken,

“söz konusu kamu hizmetlerinin en verimli ve etkin biçimde işletilmesi gereğinden hareketle mali ve teknolojik olanakları, güvenilirlik, deneyim gibi bazı nitelikleri ön plana alarak yetkisini kamu yararına uygun kullanması gerekmekte” dir³⁵.

Danıştay kararında da görüldüğü üzere, kamu hizmetinin en verimli ve etkin şekilde işletilmesi hususuna dikkat çekilmiş, bu durumu sağlayacak imtiyazcının teknik ve mali yapısı ile güvenilirliği hususlarının altı çizilmiştir. Bu tespit, yukarıda

³⁴ Can-Yıldız, s.94-95.

³⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 07.05.1999, Y.D. İtiraz no:1999/226, Gözübüyük-Tan, s.587-588.

İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci

Fransız Hukukunda konu incelenirken ifade edilen, imtiyazda *imtiyaz verilecek olan özel hukuk kişinin önemi, kişinin özelliklerinin belirleyici olduğu (intuitu personea) bir sözleşmenin söz konusu olması* hususlarını teyit edici mahiyettedir. İmtiyaz sözleşmeleri konusunda görüş vermekle yetkili ve görevli olan Danıştay 1. Dairesi de, Türkiye de şu ana kadar su dağıtım imtiyazının verildiği tek Belediye olan Güllük Belediyesi ile ilgili kararında, imtiyaz sözleşmesinin hukukilik yanında yerindelik denetiminin de İçişleri bakanlığı tarafından yapılması gerektiğini ifade etmiştir;

*“...imtiyaz verilmesi işlemlerinin tamamlanması için Danıştay’ın görüşünün alınmasından sonra İçişleri Bakanlığınca karar verilmesi öngörülmektedir. Böylece bu konularda Danıştay’ın görüşü de alındıktan sonra İçişleri Bakanlığının karar verme mercii olarak öngörülmesiyle belediyeler üzerindeki vesayet denetimi yoluyla hukukilik denetimi yanında yerindelik denetimi yapması sağlanmak istenmektedir. Bu düzenleme karşısında işin ihale edilmesi süreci, ihalede uygun rekabet koşullarının sağlanıp sağlanmadığı, imtiyaz süresi, imtiyaz bedeli, yatırımların tarife yoluyla ifası, tüketicilerin katlanacağı mali külfetlerin adil ve makul olup olmadığı konularındaki ekonomik tercihler ile teknik verilere ilişkin sorumluluk Belediye ve vesayet makamına ait olmak üzere imtiyaz sözleşmesi taslağı... İncelenmiştir”.*³⁶

Bu kararda da ihale sürecinden bahsedilmekle beraber, ihalenin tabi olacağı kurallar ifade edilmeyerek, imtiyazcının niteliklerinin araştırılması hususu öne çıkarılmıştır. O halde, İmtiyaz sözleşmelerinde, kamu yararı amacı çerçevesinde, uygun rekabet koşulları ve açıklık sağlanmak suretiyle ihale yapılacak, ancak diğer ihale konularında olduğu gibi, ihale sürecine ilişkin şekli kurallara uyulmaması tek başına hukuka aykırılık oluşturmayacaktır. İmtiyaz, esas itibariyle uygun rekabet koşulları ve açıklık bir şekilde sağlandıktan sonra, imtiyazcının nitelikleri dikkate alınmak suretiyle, hukukilik değerlendirmesine tabi kılınacaktır.

³⁶ Danıştay 1. Dairesi, 10.02.2006, E.2005/969, K.2006/185

BOŞ

TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ -YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME-¹

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN*

ÖZET

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim, istihbarat veya suçun önlenmesi amacıyla denetlenebileceği gibi, işlenmiş olan suçların soruşturma ve kovuşturmasında delil elde etmek amacıyla da denetlenebilir. Suçların aydınlatılması amacıyla, suç soruşturma ve kovuşturması çerçevesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi CMK'nın 135. maddesinde düzenlenmiş ve sıkı koşullara tabi tutulmuştur. Hiç kimse, bir suç soruşturması ve kovuşturması sürecinde, 135. maddede belirlenen esas ve usuller dışında, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz. Önleme ve istihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin düzenlemeler ise, ilgili kanunlarında yer almakta olup; önleme amacıyla yapılan denetleme sonucu elde edilmiş bulunan iletişim içerikleri, bir suç soruşturması ve kovuşturmasında kullanılamaz. Makalede CMK'nın 135. maddesi, uygulamada ortaya çıkan ve yargı kararlarına konu olan sorunlar bağlamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Telekomünikasyon, İletişim, Denetleme Delil, Önleme, İstihbarat, Soruşturma, Kovuşturma, Ceza Muhakemesi Kanunu.

ABSTRACT

Communication by telecommunication is also able to audit to collect evidences at the inspection and prosecution of committed crime as in intelligence or preventing crimes. The Audit of Communication by telecommunication has existed at the Code of Criminal Procedure in section 135. and has been related hard conditions. Nobody listen and record another person's communication by telecommunication without conditions in section 135, at the process of inspection and prosecution. The arrangements of communication by telecommunication which has goal preventing crimes and intelligence has existed other related codes; Communication's includes

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Bu çalışma, 9-10 Ekim 2008 tarihlerinde Yargıtay tarafından Ankara'da düzenlenmiş bulunan "Bilişim Hukuku Semineri/Sempozyumu"nda sunulan tebliğin gözden geçirilmiş ve geliştirilmiş şeklidir.

Prof.Dr. Cumhuri ŞAHİN

which has executed the aim of preventing and has been collected from the conclusion of audit has no use the crime of inspection and prosecution. In Article, Code of Criminal Procedure in section 135. has been evaluated in the problems that has occurred in practice and has been subjected jurisdiction's sentence

Keywords

Telecommunication, Communication, Inspection, Evidence, Preventing, Investigation, Prosecution, Code of Criminal Law.

I. GİRİŞ

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim, istihbarat amacıyla, suçun önlenmesi amacıyla denetlenebileceği gibi, işlenmiş olan suçların soruşturma ve kovuşturmasında delil elde etmek amacıyla da denetlenebilir.

CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde, suçların aydınlatılması amacıyla, suç soruşturma ve kovuşturması çerçevesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi düzenlenmiştir. Buna karşılık, önleme ve istihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin düzenlemeler ilgili kanunlarında yer almaktadır².

Önleme amacıyla iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen kayıtların ancak kendi kanunlarında belirtilen amaçlar için, yani suçun önlenmesi amacıyla kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Böylece, önleme amacıyla yapılan denetleme sonucu elde edilmiş bulunan iletişim içerikleri, bir suç soruşturması ve kovuşturmasında kullanılamayacaktır. Çünkü, CMK kapsamında iletişimin denetlenmesi sıkı şartlara bağlı olduğu halde, önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesinde aynı sıkı şartlar aranmamaktadır. Bu nedenle, önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen kayıtların ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasının kabul edilmesi halinde, daha sıkı şartlar arayan CMK hükümlerine başvurmaksızın, önleme amaçlı yapılan denetleme sonucu elde edilen iletişim içeriklerinin kullanılması ile yetinilmek gibi bir uygulama ortaya çıkabilirdi.

CMK'nın soruşturma ve delil elde etme yöntemleri, insan haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmayı büyük ölçüde mümkün kılacak düzenlemeler içermektedir. Böylece, kötü muamele, işkence gibi ağır insan hakları ihlallerine yönelmeden bir muhakeme yapılması amaçlanmıştır.

Haberleşme özgürlüğüne müdahale sonucunu doğuran ve niteliği itibariyle gizlilik arzeden telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, Kanunda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve sıkı şartlara bağlanmıştır. Buna rağmen uygulamada, söz konusu şartlar sıklıkla göz ardı edilmekte, soruşturmanın ilk, hatta neredeyse tek delil elde etme yöntemi olarak bu yola başvurulmaktadır. Böylece, adeta tembel bir soruşturma örneği sergilenmektedir.

135. maddede telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin esas ve usulleri ayrıntılı olarak belirlenmiş ve bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında,

² 3.7.2005 tarihli ve 5397 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" (RG. 23.7.2005/25884) ile, üç ayrı Kanuna önleme amaçlı iletişimin denetlenmesiyle ilgili hükümler eklenmiştir. Bu konuda düzenleme yapılan Kanunlar; 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (ek 7. madde), 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu (ek madde 5) ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunudur (m. 6).

hiç kimsenin, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı hükmüne yer verilmiştir (m. 135/7). Telekomünikasyon yoluyla iletişimin önleme ve istihbari amaçlı olarak denetlenebileceği ayrıca kanunla düzenlendiğine göre, bu hükmü, ceza muhakemesi ile sınırlı kabul etmek gerekir. Buna göre, hiç kimse, bir suç soruşturması ve kovuşturması sürecinde, 135. maddede belirlenen esas ve usuller dışında, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyecek ve kayda alamayacaktır. Aksi takdirde, bu yolla elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır. Bu hükümle aslında, bir delil elde etme ve değerlendirme yasağı getirilmiş bulunmaktadır.

II. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ YÖNTEMLERİ

Telekomünikasyon, her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade etmektedir³. İletişimin denetlenmesi, kişiler arasında cereyan eden telefon konuşmalarının dinlenmesi veya sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri veya diğer nitelikteki bilgileri kablo, radyo veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan ve ileten araçlara girilerek bilgi elde edilmesi ve bu bilgilerin değerlendirilmesini içermektedir.

Kanunda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi türleri olarak; iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yer verilmiştir (m. 135/1). Ayrıca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin bir diğer çeşidi olarak, mobil telefonun yerini tespit amacıyla denetlemeye alınması (m. 135/4) zikredilebilir.

Mobil telefonun yerinin tespiti işlemi, ayrı bir iletişimin denetlenmesi yöntemidir. Başka bir ifadeyle, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile iletişimin tespiti tedbirlerinin birlikte uygulanması söz konusudur. Kanımızca, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesiyle ilişkili olsa da, mobil telefonun denetlemeye alınması, katalog suçlarla sınırlı olarak uygulanmamalıdır. Böyle bir uygulama, hükmün değiştiriliş amacı ile uyumlu olmaz. Bu nedenle, mobil telefonun yerinin tespiti söz konusu olduğunda, ne suçlar bakımından ne de telefonun kullanıcısı bakımından bir sınırlama olmamalıdır.

³ Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, (RG, 10.11.2005/25989), m. 3.

Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi

İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespitine yöneliktir. İletişimin tespiti; iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemlerden oluşmaktadır⁴.

İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalar açısından geçerlidir.

İletişimin kayda alınması, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir.

İletişimin dinlenmesi ceza muhakemesi açısından tek başına bir değer ifade etmez. Dinleme sonucu elde edilen bilgilerin delil değeri taşıyabilmesi için kayda alınması zorunludur. Bu nedenle, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ifade etmektedir⁵.

Sinyal bilgisi ise, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade etmektedir⁶.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi işlemlerini, iletişim seçeneklerinden biri ve en önemlisi olan telefon görüşmeleri bakımından şu şekilde açıklamak mümkündür:

Telefon görüşmeleri, içerik bilgisi ve faturalandırma bilgisi olmak üzere iki temel unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan birincisi olan içerik bilgisi, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması işleminin konusunu oluşturmaktadır.

İkinci temel unsur olan faturalandırma bilgisi ise, sunulan iletişim hizmeti

⁴ Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, (RG, 10.11.2005/25989), m. 3.

⁵ Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, (RG, 10.11.2005/25989), m. 3.

⁶ Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, (RG, 10.11.2005/25989), m. 3.

karşılığında alınacak ücrete temel teşkil edecek bilgileri kapsamaktadır. GSM firmalarının ülke çapında kurmuş oldukları baz istasyonları belirli bir kapsama alanı oluşturmaktadır. Kişilerin iletişim hizmeti alabilmesi için bu kapsama alanı içinde bulunması gerekmektedir. Bu kapsama alanı içinde olan telefonlar baz istasyonlarıyla sinyal alış-verişi yaparak haberleşmekte, bu haberleşme ise telefonun düzenli aralıklarla göndermiş olduğu sinyale, baz istasyonunun vermiş olduğu cevapla sağlanmaktadır. Bu sinyal bilgileri kişinin telefon numarasını, telefonun seri numarasını, görüşmenin olduğu yer bilgisini, aranan kişilerle ilgili bilgileri kapsamaktadır. Bu işlemler sırasında iki eylem gerçekleşmektedir:

- a) İletişimin içeriğinin (ses, mesaj, veri v.b.) karşı tarafa alıcı cihaz aracılığı ile aktarılması ve bunların faturalara yansıtılması. Örneğin ... saniye ses, ... adet SMS, ... kilobayt dosya gibi.
- b) Bu aktarımı sağlayan cihazların birbirini bulmasını, anlaşmasını ve bir birinden ayrılmasını sağlayan sinyallerin yazılım ve mekanik sistemler yardımıyla gerçekleşmesi.

İletişimin tespiti; bu verilerin herhangi bir işleme tabi tutulmadan kayıt altına alınarak muhafaza edilmesi ve ilgililere aktarılmasını ifade etmektedir. Örneğin bir suç soruşturmasında firmadan fatura dökümünün alınarak işlem yapılması gibi.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde ise; bu verilerden fatura, yazılım ve mekanik bilgilerin bir sanal havuza alınarak ikinci bir işlemde geçirildikten sonra farklı bir amaç için değerlendirilmesi ve işlenmesi söz konusudur. Bu işlem, haberleşme içeriğine müdahale olmadan yapılmaktadır.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemi şu şekilde gerçekleşmektedir: Bu sinyallerin oluşturduğu bilgiler firmalar tarafından muhafaza edilerek, fatura bilgisine çevrilmektedir. Bu işlem gerçekleşirken, müşterilerin bilgisi olmaksızın firma çalışanlarınca dahi bu bilgiler görülebilmektedir. Oluşan bu fatura bilgilerini, hakim veya Cumhuriyet savcısı kararlarıyla alan kolluk, bir program aracılığıyla, şüpheli veya sanığı tespit için yararlanılabilecek hale getirmektedir. Kişiler arasındaki iletişim trafiği, görüşmenin içeriğine başvurulmaksızın izlenmektedir. Telefon detay kayıtları, -fatura bilgileri esas olmak üzere- arayan, aranan, kullanılan makine ve yer bilgilerini kapsamaktadır. Bu kayıtlar konuşma mesaj ve ses bilgilerinin dışında kalan bilgileri içermektedir. Sinyal bilgileri ile şüpheli veya sanık takip edilerek aynı güzergahtan aynı zaman dilimi içerisinde geçmiş olan kişilerin geriye dönük olarak yapılan incelemesi ile bazı bilgilere ulaşılmaya çalışılmaktadır.

III. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRLERİNİN MUHATABI- CMK m. 135 ile m. 160 ve 161 İlişkisi-

Telekomünikasyon yoluyla iletişimi denetlenebilecek olan kişiler şüpheli veya sanıklardır. Şüpheli veya sanık dışındaki kişilere yönelik olarak böyle bir karar verilemez. Şüpheli veya sanığın iletişimin denetlenebilmesi için, iletişim aracının şüpheli veya sanığın adına kayıtlı olması şart değildir. Şüpheli veya sanığın fiilen kullandığı bütün iletişim araçları denetlenebilir.

Şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin iletişimi de dolaylı olarak denetlenebilmektedir. Çünkü şüpheli veya sanık üçüncü kişilerle konuşmakta veya yazışmaktadır. Nitekim Kanun, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin kayda alınmayacağını öngörmekle (m. 135/2), şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecekler dışında kalan üçüncü kişilerle iletişiminin denetlenebileceğini de kabul etmiş bulunmaktadır.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimi denetlenebilecek olan kişilerin kural olarak ancak şüpheli veya sanıklar olabileceği kuralının bir istisnası, mobil telefonlarla sınırlı olarak kabul edilmiştir (m. 135/4). Böylece, yerini tespit amacıyla mobil telefonun denetlemeye alınması özel olarak düzenlenmiştir. Mobil telefonun yerinin tespitinin amacı ise şüpheli veya sanığı yakalayabilmektir. Dikkat edilmelidir ki, burada izlemeye alınan mobil telefonun şüpheli veya sanığa ait olması şart değildir. Üçüncü kişilere, örneğin mağdura ait mobil telefon izlemeye alınmak suretiyle şüpheli veya sanığın bulunduğu yere ulaşılmak istenmektedir⁷.

Yargıtay, çeşitli kararlarında, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi yöntemine ancak şüpheli veya sanık⁸ için başvurulabileceğini belirtmek suretiyle bu hususu vurgulamaktadır. Ancak bazı kararlarında, Yüksek Mahkeme, CMK m. 135/4'deki farklılığı göz ardı eden değerlendirmelerde bulunmaktadır:

4. Ceza Dairesinin incelemesine konu olan bir olayda; yakınan, kendisine karşı gerçekleştirilen *telefonla tehdit ve hakaret suçlarının faillerinin belirlenebilmesi için,*

⁷ Nitekim 135. maddenin dördüncü fıkrası bu nedenle 25.5.2005 tarihli ve 5353 sayılı Kanunla (m. 17) değiştirilmiş olup, değişiklik gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: “Dördüncü fıkradaki “kullanmakta olduğu” ve “kullanılan” ibareleri metinden çıkarılmış, böylece şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan diğer kişilerin mobil telefonunun yerinin tespiti imkanı getirilmiştir”.

⁸ Burada kastedilen şüpheli veya sanık, CMK m. 2 anlamında şüpheli veya sanıktır. Dolayısıyla, ortada teknik anlamda bir “suç” soruşturması veya kovuşturması bulunmalıdır. Başka bir ifadeyle, teknik anlamda suç soruşturması-kovuşturması dışında kalan hallerde, örneğin idari soruşturmalar gibi, soruşturmacıya C. Savcısı yetkilerinin tanıdığı hallerde dahi, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi işlemlerine başvurmak mümkün değildir (Bkz. 4. CD, E. 2007/8700, K. 2007/8903, T. 6.11.2007).

ev ve cep telefonuyla belirli tarihlerde yaptığı görüşme kayıtlarının incelenmesini ve telefonun dinlenmesini istemiştir. Cumhuriyet savcısının ilgili telekomünikasyon kurumundan tespit yapılmasına ilişkin talebinin yerine getirilmemesi üzerine, Cumhuriyet savcısı, CMK m. 135 uyarınca bir karar verilmesi için sulh ceza hakimine başvurmuş, ancak hakim, soruşturulan suçun 135/6. maddedeki katalog suçlar arasında yer almadığı gerekçesiyle Cumhuriyet savcısının talebini reddetmiştir.

Daireye göre,

“sulh ceza hakiminin verdiği kararın gerekçesi doğru olmamakla birlikte, ulaşılan sonuç isabetlidir. Çünkü iletişimin tespiti tedbiri, 135/6. maddedeki sınırlamaya tabi olmaksızın tüm suçlar açısından uygulanabilir. Ancak bu tedbire sadece şüpheli veya sanık için başvurulabilir. Yakınanın veya suçtan zarar görenin iletişiminin tespitini, kimliği, belirtilen yöntem sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhe kanıt oluşturacak sonuca ulaşılsa bile, 135. madde kapsamında değil, Cumhuriyet savcısının 160 ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmek isabetli olacaktır. İtirazı inceleyen merciin verdiği ret kararı da, sonuç itibarıyla doğru olduğundan, hukuka uygundur”.
(4. CD, E. 2006/4669, K. 2006/17007, T. 29.11.2006).

Yukarıda zikredilen 4. CD kararının değerlendirilmesinden şu sonuçlara ulaşmak mümkündür:

-Her şeyden önce, Cumhuriyet savcısının talebini reddeden sulh ceza hakiminin gerekçesi tamamen hatalı değildir. Çünkü, karardan anlaşılabilirdiği kadarıyla, sadece iletişimin tespiti değil, aynı zamanda iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması konusunda da bir talepte bulunulmuştur. İletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasının ise, katalog suçlarla sınırlı olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

-Dairenin gerekçesinin de kısmen isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. İletişimin denetlenmesi işlemlerine kural olarak şüpheli veya sanık hakkında başvurulabileceği doğru olmakla birlikte, bu mutlak, istisnasız bir kural değildir. Dairenin yorumu, CMK m. 135/4’ü sınırlandıran, hatta gereksiz kılan bir yorumdur. İletişimin tespitinin özel bir şekli olan m. 135/4, aynı zamanda şüpheli veya sanık dışındaki kişilerden, özellikle mağdurdan hareketle de şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini öngörmektedir. Sırf bu nedenle 5353 sayılı Kanunla ilgili fıkra değiştirilmiştir. İlgili hükmü, sadece kimliği bilinen şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla yönelik olarak anlamak da doğru değildir. Bu hüküm, kim olduğu bilinen şüpheli veya sanığın o anda fiilen nerede olduğunu tespiti imkan verdiği gibi, aynı zamanda,

kimliği henüz bilinmeyen şüpheli veya sanığın yerinin tespitine de yöneliktir. Aksine bir yorum, ilgili hükmün, şüpheli veya sanığın kimliğinin baştan beri bilindiği hallerde uygulanabilmesi, buna karşılık, kimliği henüz bilinmeyen şüpheli veya sanığa karşı bu hükmün işletilememesi gibi bir sonuca götürür ki, böyle bir yorum kabul edilemez.

-Daire, Cumhuriyet savcısının soruşturmadaki görev ve yetkilerini düzenleyen genel hükümler olan 160 ve 161. maddelerden hareketle bir çözüm önermektedir. Böyle bir öneri, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olan ve sıkı şartlara bağlanmış bulunan özel soruşturma yöntemlerini, somut olay bağlamında 135/4. maddeyi etkisiz kılan, devre dışı bırakan bir sonuca yol açabilecek niteliktedir. Şayet aynı netice 160 ve 161. maddeler ile elde edilebilecek idiyse, 135. madde gibi özel düzenlemelere ne gerek vardı? Oysa 135. madde gibi hükümler öngörülme suretiyle, bunlar dışında kalan yöntemlerle özel hayata, haberleşme hakkına telekomünikasyon yoluyla müdahale edilemeyeceği belirtilmektedir. Başka bir deyişle, bu tür hükümlerle, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin sınırı çizilmiş olmaktadır. Böylece, Anayasanın bir yansıması olan CMK'da, özellikle koruma tedbirleri açıkça belirtilmek suretiyle, bunların dışında kalan alanların özgürlük alanı olduğu gösterilmektedir. Bu tür düzenlemelerle, aynı zamanda, Devletin bireyin özgürlük alanına müdahalesinin de sınırı belirlenmiş olmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili ceza muhakemesi işlemlerinin, özellikle koruma tedbirlerinin sıkı şartlara bağlanmış olmasının nedeni de budur. Yani temel hak ve özgürlüklere, ancak açıkça ve şartları kanunla belirlenmek suretiyle müdahale edilebilir. Yoksa 160 ve 161. maddelerdeki genel yetki kuralı ile, her türlü temel hak ve özgürlüğe müdahale edilebileceği sonucuna varılamaz. 160 ve 161. maddeler genel yetki kuralları olup, 135. madde gibi hükümler ise onların özel düzenlemeleridir. Temel hak ve özgürlüklere ancak kanunla müdahale edilebileceğini öngören Anayasanın 13. maddesinin kastettiği kanun (hüküm), m. 160-161 değil, m. 135 gibi hükümlerdir. Aksi mümkün olsaydı, koruma tedbirleri gibi ayrıntılı temel hak ve özgürlük kısıtlayıcı usul hükümlerine gerek kalmaz, 160 ve 161 gibi birkaç madde ile soruşturma evresi, hatta bütün bir ceza muhakemesi düzenlenebilirdi.

İletişimin tespiti uygulamasını CMK m. 135 değil de, m. 160-161 çerçevesinde değerlendiren 8. Ceza Dairesinin de benzer yönde bir kararı bulunmaktadır (8. CD, E. 2007/8616, K. 2007/8160, T. 23.11.2007).

İletişimin tespitinin, özel düzenleme olan 135. madde bağlamında değil de, genel yetki kuralları olan 160 ve 161. maddeler çerçevesinde çözüme kavuşturulmasını öngören bu karar ile ilgili olarak da, yukarıdaki değerlendirmelerimiz geçerlidir. Bu karara ilişkin olarak ayrıca aşağıdaki tespit ve değerlendirmelerde de bulunmak mümkündür.

Karara konu olan olayda, halk üzerinde baskı kurmak suretiyle zor ve tehditle senet tahsilatı yapmak, haraç toplamak, tehdit etmek ve tefecilik yapmak suretiyle örgüt kurdukları iddiasıyla, bazı şüphelilerin telefonları ile adlarına kayıtlı GSM numaralarının tespiti ve belli tarihler arasında yaptıkları görüşmelerin arayan ve aranan şeklinde ayrı ayrı sayısal olarak tespiti, Bodrum Cumhuriyet Başsavcılığınca sulh ceza hakimliğinden talep edilmiştir.

Sulh ceza hakimliği, bu tespit talebinin, CMK m. 135/1 kapsamında değerlendirilemeyeceği, tespit edilmesinden kastedilenin dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olup, bu nedenle arayan ve aranan numaraların tespitine yönelik mahkeme kararına gerek bulunmadığı gerekçesiyle, savcılığın talebini reddetmiştir.

Sulh ceza hakimliğinin bu değerlendirmesi iki noktadan hatalıdır. İletişimin tespitinden sadece; iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin anlaşılması mümkün değildir. Üst kavram olan iletişimin “denetlenmesi” kavramı ile iletişimin denetlenmesinin bir türü olan iletişimin “tespiti” kavramının birbirine karıştırıldığı ve iletişimin tespitinin, ayrı bir iletişim denetleme şekli olarak göz ardı edildiği anlaşılmaktadır. İkinci hata ise, arayan-aranan numaraların tespitine yönelik işlemin, ki bu, iletişimin tespitidir, hakim kararına ihtiyaç olmaksızın yapılabileceği değerlendirmesidir. Sulh ceza hakimliği, bu noktada, 135/6. maddedeki istisnayı karıştırmış gözükmektedir. 135/6. madde, iletişimin tespiti bakımından sadece suçun katalogda yer alması şartına bir istisna getirmekte olup, hakim kararı şartını, iletişimin tespiti bakımından da aramak gerekmektedir. Ancak sulh ceza hakimliğinin bu yaklaşımının kendi içinde tutarlı olduğunu söylemeliyiz. Çünkü, arayan-aranan numaraların belirlenmesini yönelik işlem, iletişimin tespiti olarak kabul edilmediğinden, kararda açıkça zikredilmemiş olsa da, CMK m. 160-161 kapsamında savcılığın genel soruşturma yetkisi içinde düşünülmüştür.

Başsavcılık, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin CMK m. 135/6’da belirtilen katalog suçlara yönelik olduğu, bunun haricindeki tespitlerin mümkün olduğundan bahisle sulh ceza hakiminin kararına itiraz etmiştir.

İtiraz mercii;

“5271 sayılı CMK’nın koruma tedbiri olarak, demokratik kurumları korumak amacı ile mutlak zorunluluk bulunması koşuluyla CMK’nın 135. maddesinde belirtilen katalog suçlara yönelik olarak iletişimin dinlenmesine ilişkin olarak yasal düzenlemenin getirildiği, bu yasal düzenlemenin, telekomünikasyon

Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi

yolu ile yapılan (iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydedilmesini) içerdiği, bunun dışındaki uygulamada “dış bağlantı verileri” adı verilen, konuşmanın içeriğine müdahale edilmeksizin kimler arasında ve hangi saatte yapıldığına ilişkin bilgilerin elde edilmesi ve buna ilişkin tespit talebinin, CMK’nın 135. maddesi hükümlerine tabi olmadığı, (telefonla taciz, hakaret) gibi olayların aydınlatılması amacıyla yönelik haberleşme hizmeti sunan kurum tarafından yapılan, konuşmaları ücretlendirmek amacı ile tutulan bu bilgilerden yararlanılmasına, CMK’nın 135. maddesinin engel oluşturmadığı, bu nedenle talebin bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği ...”

gerekçesiyle itirazı reddetmiştir.

İtiraz merciinin kararında doğrularla yanlışlar birbirine karışmıştır. Hem iletişimin tespitini telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin bir türü olarak kabul etmek, hem de, birtakım iletişimin tespiti işlemlerini, “dış bağlantı verileri” adı altında başka bir kategori olarak nitelemek ve bu işlemlere 135. maddenin uygulanmayacağını söylemek, tam bir çelişkidir. Dış bağlantı verileri olarak kararda sayılan işlemler, aslında, iletişimin tespitinden başka bir şey değildir.

8. Ceza Dairesine göre, Bodrum Cumhuriyet Başsavcılığı talebinin iletişimin tespitine ilişkin olduğunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Daire bu görüşünü desteklemek üzere TBMM Adalet Komisyonu Raporuna ve Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi ile ilgili Yönetmeliğe müracaat etmektedir. Daire, 5271 sayılı CMK’nın 135/1. maddesinde yer alan iletişimin tespitinin, TBMM Adalet Komisyonu gerekçesinde, “*belirli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, ... hususlarının tespitinden ibarettir*” şeklinde tanımlandığını, ilgili yönetmelikte de (m. 3/f); iletişimin tespitinin, “*iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu, iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler*” olarak öngörüldüğünü belirtmektedir.

Dairenin bu tespit ve değerlendirmesinin doğal sonucu, yukarıdaki işlemlerin CMK m. 135 kapsamında yapılması gerektiği şeklinde olmalı idi. Oysa Daire, isabetli olmayan bir şekilde şu sonuca varmıştır:

“Bu durumda dosya münderecatı ve yasal düzenlemeler karşısında Cumhuriyet savcısının, iletişimin tespiti uygulamasını 5271 sayılı CMK’nın 160 ve 161. maddelerinde öngörülen genel soruşturma yetkisi çerçevesinde değerlendirerek çözüme kavuşturması olanaklıdır”.

Dairenin bu kararı sonucu itibariyle isabetsizdir. Hem “dış bağlantı verileri” diye

ifade edilen işlemleri, doğru bir biçimde, “iletişimin tespiti” saymak, hem de bu belirlemeye rağmen, iletişimin tespiti uygulamasını CMK m. 160-161’de öngörülen Cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisi çerçevesinde değerlendirmek, bir çelişkidir. Daire, bu yorumuyla, adeta, CMK m. 135’de yer alan dört iletişim denetleme işleminden birisi olan iletişimin denetlenmesini 135. madde kapsamında çıkarmıştır.

Aslında karara konu olan olay daha yakından incelendiğinde, Cumhuriyet savcılığı talebinde iki farklı hususun yer aldığı görülebilir:

1) Şüphelilerin adlarına kayıtlı telefonlar hangileridir? Bu talebe yönelik işlemin CMK m. 135 ile bir ilgisi bulunmamaktadır. CMK m. 160-161 burada uygulanabilir. Şüpheliler adına kayıtlı telefonların belirlenmesi işlemi de, günlük dildeki “tespit” tabiriyle ifade edildiği için, teknik bir kavram olan ve farklı bir anlam taşıyan “iletişimin tespiti” ile karıştırılmış olsa gerektir.

2) Şüpheliler adına kayıtlı telefonların numaraları belirlendikten sonra, belli tarihler arasında yapılan görüşmelerin, arayan-aranan şeklinde ayrı ayrı sayısal olarak tespiti istenmektedir. Bu husus ise “iletişimin tespiti” olup, CMK m. 135’e tabidir.

Yukarıda belirtilen iki hususu ayırmadan, birincisini öne çıkararak, her ikisini de aynı usule tabi kılmak, zaten sınırlı bir uygulama alanı olan iletişimin tespiti düzenlemesini etkisiz kılmaktadır.

IV. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KARARININ ANLAMI VE KAPSAMI

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin bütün işlemler bir karara dayanmak zorundadır (m. 135/1, 3, 4). Kural olarak hakim kararıyla iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkündür. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da bu konuda karar vermeye yetkilidir. Cumhuriyet savcısı, kararını derhal hakim onayına sunmalı ve hakim, en geç yirmidört saat içinde kararını vermelidir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın hakim onayına sunulmasının geciktirilmesi halinde de karar hukuka aykırı hale gelir ve bu suretle elde edilen delil kullanılamaz.

İletişimin denetlenmesi kararı ayrıntılı olmak zorundadır (m. 135/3). Kararda; yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının

Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi

türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkan veren kodu, iletişimin denetlenmesi tedbirinin türü, kapsamı ve süresi belirtilir.

İletişimin tespiti de dahil olmak üzere, her türlü iletişimin denetlenmesi işleminin mutlaka bir karara dayanması gerektiği hususu, Yargıtay içtihatlarında da açıkça ifade edilmektedir. Nitekim, 5. CD'nin bir kararına göre;

“Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen ‘tespit’, CMK’nın 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefondan kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair ‘tespit’, CMK’nın 135/1. maddesi uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının kararıyla mümkün olacaktır”. (5. CD, E. 2005/14969, K. 2005/20489, T. 3.10.2005).

Ceza Genel Kurulu kararlarında da benzer tespit ve değerlendirmelere yer verilmektedir:

“İncelenen dosyada ise toplam 13 adet iletişim tespit tutanağı mevcuttur. Bunlardan ... tarihinde gerçekleşen görüşmeye ilişkin tutanağın ... Hakimliğinin ... gün ve ... sayılı kararı ile yapılan dinleme işlemine esas olduğu, bu kararın yargılama sırasında getirildiği anlaşılmaktadır.

*Ancak, mahkumiyet kararında sübut kanıtı olarak benimsenen telefon görüşmesi de dahil olmak üzere diğer oniki görüşmenin dinlenilmesinin dayanağını oluşturan, iletişimin tespitinin, kim hakkında, hangi iletişim araçları bakımından ve ne süreyle gerçekleştirildiğini gösteren, dolayısıyla telefon görüşmelerine ilişkin kanıtın hukuka uygun biçimde elde edilip edilmediğinin ve kimler hakkında hangi suçlarla sınırlı olarak kanıt sayılacağına denetlenmesini sağlayacak olan ... istem yazısı ile ... **dinleme kararı** dosyaya getirilmemiş, ... duruşmada okunmamış, ulaşılan kanıtın hukukiliği Yargıtayca denetlenebilir açıklıkta olmak üzere Hüküm Mahkemesince tartışılmamış, buna mukabil mahkumiyet hükmüne dayanak alınmıştır. Bu itibarla, hükmün bu yönüyle de bozulması gerekmektedir”. (CGK, E. 2006/5.MD-127, K. 2006/180, T. 04.07.2006).*

Aynı yönde bir karar da 8. Ceza dairesi tarafından verilmiş bulunmaktadır:

“Belgelendirmenin sağlanması ve denetime olanak tanınması açısından, hükme esas alınan iletişim tespit tutanakları ile bunların dayanağı olan

mahkeme tedbir kararlarının dosyada bulundurulması zorunluluğu”na uyulmaması bozma sebebidir. (8. CD, E. 2006/9809, K. 2007/8922, T. 12.12.2207).

Bir şüpheli veya sanık hakkında alınmış bulunan iletişimin denetlenmesi kararı, sadece o kişinin iletişiminin denetlenmesine imkan verir. Bir tek karara dayanarak, olayla irtibatlı herkesin iletişiminin denetlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, 8. CD’nin,

“Sanık Mehmet Uzun’un dinleme kararı olan telefonuna takılan sanık Mevlüt Kızılay’ın konuşmalarına ait suçun, yapılan soruşturma konusu ile aynı suç olması ve CMK’nın 135. maddesindeki katalog suçlardan olması”

dolayısıyla, aynı kararla birden fazla şüpheli veya sanığın dinlenebileceği ve bu dinleme kayıtlarına dayanarak mahkumiyet kararı verilebileceği görüşüne katılmak imkansızdır. (8. CD, E. 2008/3064, K. 2008/8855, T. 10.07.2008).

Karardan anlaşılabilirdiği kadarıyla, şüpheli veya sanık Mehmet Uzun hakkında iletişimin dinlenmesi kararı verilmiştir. Onunla konuşan Mevlüt Kızılay’ın da aynı suçun şüphelisi olduğu anlaşılmaktadır. Buraya kadar tek dinleme kararı yeterlidir. Ancak Mevlüt Kızılay’ın da şüpheli sıfatıyla soruşturulabilmesi için, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla, onun için de ayrı bir dinleme kararı alınması gerekirdi. Mevlüt Kızılay hakkında yeni bir iletişimin dinlenmesi kararı alınmaksızın, sadece Mehmet Uzun’u dinleyerek, bu dinlemeye ilişkin kayıtları Mevlüt Kızılay hakkındaki yargılamada aleyhine kullanmak mümkün değildir.

İletişimin dinlenmesi kararı, suç sayısına ve dinlenecek cihaza göre değil, şüpheli-sanık sayısına göre belirlenir. Başka bir deyişle, bir suçla ilgili olarak veya bir telefon numarasına göre alınmış bulunan bir tek dinleme kararı ile, o suçla ilişkili olan veya o telefona takılan herkesi dinlemeye devam etmek mümkün değildir. Kaldı ki, bu olayda tek suç değil, birlikte soruşturulacak ve kovuşturulacak olsa da, şüpheli-sanık sayısınca suç vardır.

Söz konusu karara kısmen karşı düşünce yazan üyelere göre;

“Hakkında iletişimin denetlenmesi kararı bulunan Mehmet Uzun’a 21.7.2006 tarihinde telefon eden sanık Mevlüt Kızılay’ın anılan tarihteki konuşmasında mahkumiyetine yeterli kanıt bulunmamaktadır. 21.7.2006 tarihindeki konuşmasının başlangıç şüphesi oluşturabilecek nitelikte görülmesi halinde ise iletişimin denetlenmesi kararı alınması gerekmekte olup, soruşturma-kovuşturma evrelerinde bu şekilde bir karar da

Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi

bulunmamaktadır. Bu nedenle 21.7.2006 tarihli konuşmasından sonra karar bulunmadığından, elde edilen kanıtların ceza yargılamasında kullanılabilirliği olanaksızdır. 21.7.2006 tarihindeki konuşma “tesadüfi deliller” kapsamında CMK’nın 138/2. maddesi uyarınca kullanılabilirse de, mahkumiyete yeterli olmadığı açıktır...”.

Kısmen karşı düşüncedeki değerlendirmelere iki noktadan katılmamaktayız. Birincisi, haberleşme özgürlüğüne ağır bir müdahale niteliğinde olan iletişimin dinlenmesi tedbirinin ikincillik niteliği, kuvvetli şüphe halinde ve başka yolla delil elde etme imkanının kalmadığı durumlarda adeta son çare olarak başvurulabilecek bir yöntem olduğu gerçeği göz ardı edilerek, başlangıç şüphesi derecesinde dahi bu tedbire başvurulabileceği izlenimi vermesidir. Katılmadığımız ikinci nokta ise, 138/2. madde bağlamında yapılan değerlendirmedir. Burada sorun, “aynı suçla ilgili” olduğu için, 138/2. madde kapsamında değil, 135/1. maddedeki “karar şartı” çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira **138/2. madde, “yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan” katalog suçlarda** nasıl bir yol izleneceğini göstermektedir. Oysa olayda, farklı değil, “aynı suçla ilgili” bir delil söz konusudur.

Bu değerlendirmeler karşısında; Mehmet Uzun’u dinlerken, Mevlüt Kızılay ile ilgili ilk takılma olan 21.7.2006 tarihli konuşma, onun hakkında soruşturma başlatılabilmesi için başlangıç şüphesi oluşturabilir. Şüphe kuvvetlendiğinde başka türlü de delil elde edilemiyorsa, artık onun hakkında da dinleme kararı alınabilecektir. Buna karşılık, Mevlüt Kızılay aleyhindeki delil sadece bu tarihteki konuşmadan ibaret ise, onun mahkumiyete yeterli bir delil olup olmadığı sorunu başka bir husustur.

V. TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİNİN ŞARTLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, özel hayata ve haberleşme özgürlüğüne ağır bir müdahale niteliğindedir. Bu nedenle Kanunda sıkı şartlara tabi kılınmıştır. Soruşturmanın ilk işlemlerinden birisi olarak değil, adeta son çare olarak bu yola başvurulması aranmaktadır.

İstihbari amaçlarla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi de mümkündür. Ancak orada aranan şartlar, niteliği gereği, ceza muhakemesindeki kadar sıkı değildir. Bu nedenledir ki, istihbari amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin bilgilerin, başka bir amaçla, özellikle ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasına izin verilmemiştir (örneğin bkz. PVSK Ek Madde 7/7). Anılan hükümlerle, ceza muhakemesi bakımından bir tür delil değerlendirme yasağı getirilmiş bulunmaktadır.

Böylece, CMK m. 135 ve devamında sıkı şartlara tabi kılınmış olan hükümlerin etkisiz kılınmasının, devre dışı bırakılmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Nitekim 9. CD, isabetli bir biçimde, ortada somut bir suç şüphesinin bulunduğu durumlarda CMK'nın dahi vermediği bir yetkiyi, önleme dinlemesi kanunlarının vermeyeceğini, bu nedenle, ülkede yaşayan herkes şüpheli görülerek, ülke genelini kapsayacak şekilde önleme dinlemesi kararı verilemeyeceğini belirtmektedir. Daireye göre, ayrıca, dinleme kararı, kararı veren merciin kendi yargı çevresi ile sınırlı olma zorundadır. (9. CD, E. 2008/874, K. 2008/7160, T. 4.6.2008).

CMK m. 135, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için; bir suç soruşturması ve kovuşturmasında, kuvvetli suç şüphesinin varlığını, başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmamasını ve iletişimin tespiti dışındaki iletişimin denetlenmesi işlemleri bakımından, katalogda yer alan bir suçun varlığını aramaktadır.

Nitekim CGK'na göre de, gerek 4422 sayılı Kanun gerekse kural olarak paralel düzenlemeler içeren CMK,

“ancak sınırlı suçlarla ilgili ve sınırlı hallerde telefon dinlenmesine olarak tanımaktadır. Bu sınırların dışına çıkılarak telefon dinlenmesi halinde, elde edilen bilgiler yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğinde olacaktır”. (CGK, E. 2006/4.MD-122, K. 2006/162, T. 13.06.2006).

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine, fakat özellikle haberleşme hakkının içeriğine doğrudan müdahaleyi zorunlu kılan telefon dinlemeye ilişkin karar verirken, Kanundaki şartların somut durumda gerçekleşmiş olup olmadığının titizlikle incelenmesi gerekmektedir. Kuvvetli suç şüphesi, başka suretle delil elde etme imkanı, şüphelilerin kim olduğu, hangi telefonların hangi şahıslar tarafından kullanıldığı, soruşturma konusu suçun katalog kapsamında yer alıp almadığı gibi hususlar yeterince araştırılmadan verilen dinleme kararlarına dayanılarak elde edilen kanıtlar hukuka aykırı olacaktır. Bu bağlamda, özellikle, katalogda yer almadığı için dinlemeye konu olamayan suçların, örgüt kapsamına sokularak bu yolun açılmaya çalışıldığı görülmektedir. Örgütten bahisle dinlenmesi mümkün olmayan suçlarda dinleme yoluna gidilmesi, fakat örgütle ilgili bir soruşturma yürütülmemesi, örgütle ilgili dava açılmaması hallerinde, bu dinleme, **katalog kısıtlamasını dolanmak amacıyla** yapılmış olacağından, hukuka aykırı sayılmak gerekir. Bu husus 8. Ceza Dairesinin bazı kararlarının muhalefet şerhinde ayrıntılı ve isabetli olarak tahlil edilmiştir. (8. CD, E. 2006/8117, K. 2007/320, T. 23.1.2007; 8. CD, E. 2005/2843, K. 2006/9610, T. 27.12.2006).

Nitekim aynı kararda bahsi geçen bir CGK kararına göre de,

“Demokratik bir hukuk devletinde; delil elde etme, soruşturmanın temel amacı ve kolluğun görevi olmakla birlikte, bu amaç ve görev insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamaz”. (CGK’nun 15.10.2002 tarih ve 8-191/362 sayılı kararı için, 8. CD’nin yukarıda zikredilen ilk kararına bakılabilir).

Dinlemeye konu olan suçun katalogda yer almaması, Ceza Genel Kuruluna göre de, dinleme sonucu elde edilen delili kanun dışı elde edilmiş delil haline getirecektir. Kanun dışı elde edilen bir delilin ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır. (CGK, E. 2006/4.MD-122, K. 2006/162, T. 13.6.2006).

VI. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER (CMK m. 138/2).

Kanunun bu hükmü, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinde **“hakim kararı aranması”** şartının bir defaya mahsus olarak istisnasını oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, bu durumda, hakkında karar bulunmayan kişinin ilk kez dinlenmiş olması halinde, bu delilin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi mümkün olabilecektir. Karar olmaksızın yapılan bu dinleme üzerine, gerekiyorsa soruşturma başlatılacak ve şartları varsa, kişi hakkında ayrıca dinleme kararı alınabilecektir.

Bu konuda CGK’nun bir kararı son derece isabetlidir. Karara konu olan olayda, hakkında dinleme kararı bulunan sanık ile diğer bir kişi arasında toplam 11 kez görüşme olmuştur. Bu arada diğer kişi hakkında iletişimin denetlenmesine dair karar alınmamıştır. Hakkında karar bulunmayan kişi ile ilgili ilk görüşmede elde edilen bilgiler tesadüfen elde edilen delil niteliğindedir. Tesadüfen elde edilen bu delil üzerine, ilk görüşmenin tespitinden sonra değil, bütün görüşmeler kayıt edildikten sonra durum Cumhuriyet savcılığına bildirilmiş, bu kişi hakkında herhangi bir iletişimin denetlenmesi kararı olmaksızın kayıt yapılmıştır. Bu nedenle bu şekilde düzenlenen tutanaklar kanun dışı elde edilmiş delil niteliğinde olup, bunların muhakemede kullanılması mümkün değildir. (CGK, E. 2007/5.MD-23, K. 2007/167, T. 3.7.2007).

CMK m. 138/2, soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan başka bir suçla ilgili tesadüfi delilleri düzenlemektedir. Başka bir deyişle, tesadüfen elde edilen delil, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla **“ilgili”** ise, dinlemeye

takılan kişi hakkında da ayrıca bir karar alınması gerekecektir. Ancak bu sorun m. 138/2 kapsamında değil, 135. madde kapsamında “karar” şartı ile ilgili bir sorundur. Buna karşılık, tesadüfen elde edilen delil, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgili olmayan başka bir katalog suça aitse, ilk tespit üzerine durum Cumhuriyet savcılığına bildirilecek ve savcılık buna dayanarak yeni bir soruşturma başlatabilecektir. Başlatılan yeni soruşturma çerçevesinde, diğer şartlar da gerçekleşmişse, 135. maddeye göre iletişimin denetlenmesi kararı alınabilecektir.

138/2. maddeyle ilgili sorun, tesadüfen elde edilen delilin katalogda yer almayan bir suça ilişkin olması halinde ortaya çıkmaktadır. Madde, suçun katalogda yer almaması halinde, bu şekilde elde edilen bir tesadüfi delilin Cumhuriyet savcılığına bildirilmesinin önünü kapatıyor gözükmektedir. Ancak bu durumda karşı bir hüküm olarak, TCK’nın, kamu görevlisinin suçu bildirme yükümlülüğünü düzenleyen 279. maddesi çıkmaktadır. 138/2. maddenin Tasarıdaki şekli bu bakımdan daha sorunsuz idi. Zira orada, sadece katalog suçlarla değil, herhangi bir suçla ilgili olarak elde edilen tesadüfi delilin bildirilmesi yükümlülüğü getirilmekte idi. Mevcut hukuki durum itibariyle, CMK’nın 138/2. maddesindeki düzenlemeyi, TCK’nın 279. maddesi bakımından özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek gerekmektedir.

VII. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SONUCU ELDE EDİLEN HUKUKA AYKIRI DELİLİN UZAK ETKİSİ SORUNU

İletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen delilin hukuka, hatta kanuna aykırı olması halinde, bu delilin kendisinin ceza muhakemesinde kullanılamayacağı, ispat bakımından bir değerinin olmadığı, CGK kararlarında da açıkça ifade edilmektedir. Ancak bu değerlendirmeden, yasak olanın sadece, hukuka aykırı bu delille mi sınırlı olduğu tam anlaşılammaktadır. Başka bir deyişle, hukuka aykırı bu delilden hareketle elde edilmiş olan diğer deliller muhakemede kullanılabilirler midir?

Bu sorun özellikle, başka türlü ulaşılamayacak olan, yani hukuka aykırı iletişimin tespiti olmasaydı elde edilemeyecek olan diğer deliller bakımından önem kazanmaktadır. Şayet değerlendirme yasağı sadece hukuka-kanuna aykırı delille sınırlı tutulursa, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin normların etkisiz kılınması tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, hiç olmazsa, özel hayata, haberleşme özgürlüğüne doğrudan, içerik itibariyle müdahaleyi gerekli kılan iletişimin denetlenmesi hallerinde (telefon dinleme ve kayda alma gibi), hukuka aykırı delille zorunlu bir bağlantı içinde olan, hukuka aykırı delil olmasaydı elde edilemeyeceği muhakkak addedilen delillerin de değerlendirilememesi gerektiği düşüncesindeyiz.

HAZIRLIK HAREKETLERİNDEN İCRA HAREKETLERİNE GEÇİŞ EVRESİNDE FAILİN İÇİNDE BULUNDUĞU BAZI PSİŞİK DURUMLARIN KAST TEŞKİL EDİP ETMEDİĞİ SORUNU

Önder Tozman*

Özet

Tamamlanmış suçlarda olduğu gibi teşebbüs halinde kalmış suçların da manevi unsura sahip olması gerekir. Bilindiği gibi teşebbüste ancak kast söz konusu olabilir. Hangi durumlarda kastın var olduğu konusunda genel ölçütler koymak şimdiye kadar pek fazla mümkün olamamıştır. Genellikle kabul edilen her somut olayda failin dışı yansıyan hareketlerinden yola çıkılarak kastın varlığı ya da yokluğunun araştırılacağıdır. Özellikle hazırlık hareketleri evresinden icra hareketleri evresine geçiş aşamasında failin içinde bulunabileceği hangi psişik durumlarda kastın varlığının kabul edileceği önemlidir. Türk hukukunda bu konuda pek fazla bir tartışma olmadığını da belirtmek gerekir. Alman hukukunda ise hazırlık hareketleri ve icra hareketleri evresi arasındaki geçiş evresinde failin sahip olduğu bazı psişik durumların kast teşkil edip etmediği konusunda ölçütler konulmaya ve sınıflandırma yapılmaya çalışılmıştır. Alman hukukunda bir görüş üçlü bir ayırım yapmıştır. Buna göre failin bir suç işlemeyi içinde saklı tuttuğu durumlarda kast yoktur. Failin suç işlemeye kesin karar verip de icrasına başlamayı gelecekteki bir şartın gerçekleşmesine bağladığı veya icraya başladıktan sonra gerçekleşecek bir durum nedeniyle icradan vazgeçmeyi planladığı durumlarda ise kastın varlığı kabul edilmiştir.

Anahtar kelimeler: manevi unsur, kast, teşebbüs, hazırlık hareketi, icraya başlama

Abstract

As with committed crimes, crimes which remain attempted should also have a moral element. As known, with attempt, intent can only be in question. It has not been much possible until now to bring general criteria regarding in which cases intent is present. What is generally accepted is that in every concrete incident the presence or non-presence of intent shall be understood based on the acts of the actor. Particularly important is, under which psychic conditions, which the actor may be in during the transition from phase of preparatory acts to the phase of execution of acts,

* Dr., Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

the presence of intent shall be accepted. It needs to be also stated that in Turkish law there is not so much discussion on this subject. In the German law, on the other hand, an attempt has been made to introduce criteria and bring a classification on the issue of whether certain psychic conditions the actor is under during the transition from the phase of preparatory acts to the phase of execution acts comprise intent. A view in the German law has made a triad distinction. According to this, in cases where the actor keeps committing a crime confined within himself/herself, there is no intent. On the other hand, the presence of intent has been accepted in cases where the actor has definitely decided to commit a crime and ties starting with the execution to the materialization of a future condition, or where he/she plans to abandon execution due to a reason which would materialize after he/she starts the execution.

Keywords: moral element, intent, attempt, preparatory act, execution of act

Giriş

Tamamlanmış suçlarda olduğu gibi teşebbüs halinde kalmış suçların da manevi unsura sahip olması gerekir. Tamamlanmış suçlarda kastın belirlenmesi konusunda Yargıtay'ın adam öldürme ve yaralama suçları konusundaki bilinen ölçütleri dışında genel ölçütler koymak şimdiye kadar pek fazla mümkün olamamıştır. Genellikle kabul edilen, her somut olayda failin dışı yansıyan hareketlerinden yola çıkılarak kastın varlığı ya da yokluğunun araştırılacağıdır. Suçun teşebbüs halinde kalması halinde kabul etmek gerekir ki bu araştırma daha da zorlaşmaktadır. Özellikle hazırlık hareketleri evresinden icra hareketleri evresine geçiş aşamasında failin içinde bulunabileceği hangi psikik durumlarda kastın varlığının kabul edileceği önemlidir. Örneğin fail bu aşamada icrayı gerçekleştirmeyi gelecekteki bir şarta bağlamışsa ancak bu arada bir takım hareketlerde bulunmuşsa kastın varlığı kabul edilecek midir? Aynı şekilde fail, icraya başlamadan önce içinden bir şartın gerçekleşmesi durumunda icrayı yarıda bırakmayı düşünmüş ve daha sonra icraya başlamış ise kastın varlığından söz edilecek midir? Bu tür durumların söz konusu olduğu hallerde, özellikle icra hareketlerinin başlangıcında suçun yarıda kesilmesi halinde failin içinde bulunduğu psikik durumun kast teşkil edip etmediğini belirlemek gerçekten güçtür. Türk hukukunda bu konuda pek fazla bir tartışma olmadığını da belirtmek gerekir. Alman hukukunda ise hazırlık hareketleri ve icra hareketleri arasındaki geçiş evresinde failin sahip olduğu bazı psikik durumların kast teşkil edip etmediği konusunda ölçütler konulmaya ve sınıflandırma yapılmaya çalışılmıştır. Biz bu çalışmamızda Alman hukukundaki bu tartışmaları kısaca ele almaya ve değerlendirmeye çalışacağız.

1. Kastın Şartlı Olup Olamayacağı Sorunu

Teşebbüs halinde kalan suçlarda kastın araştırılması özel önem arz etmektedir. Hatta bazı yazarlara göre, somut olayın çözümünde “kastın teşebbüsün ilk elementi” olarak daima ilk başta tartışılması gerekir. Bu bakımdan teşebbüs halinde kalan suçtaki durum, önce objektif unsurun araştırıldığı, ancak bundan sonra sübjektif unsurun araştırıldığı tamamlanmış suçtan farklıdır. Teşebbüste bu sıranın değişimindeki zorunluluk, failin kanuni tipi gerçekleştirme konusunda kesin kararlı olduğu bilinmeden teşebbüsün koşullarından birisini oluşturan “kanuni tipin icrasına doğrudan doğruya başlama”nın saptanamayacağı gerçeğinden çıkarılabilir. Örneğin birisi cebinden bir silah çıkardığında fail hemen ateş etmek amacındaysa, burada bir adam öldürmeye kalkışmak söz konusudur; yok eğer böyle bir amacı değil de yalnızca korkutmak, tehdit etmek istiyorsa sadece bir tehdidin varlığı gündeme gelebilir¹.

¹ Roxin, JuS 1979, s. 2.

Alman hukukunda teşebbüs halinde kalmış suçlarda kastın varlığının belirlenmesi bakımından, daha doğrusu psişik anlamda hangi durumların kastı oluşturduğu, özellikle kastın şartlı olup olamayacağı konusunda görüşler ileri sürülmüştür. Çoğunlukla kabul edilen görüşe göre kastın varlığı için şartlı kast²/"suç işleme kararı"³ (bedingter Vorsatz/ Tatentschluss) yetmez, mutlaka şartsız kast/"suç işleme kararı"⁴ (unbedingter Vorsatz/Tatentschluss) varlığı gereklidir⁴. Fiil için alınan kararın kesin olması gerekir, yani fail sübjektif olarak kesin bir hareket iradesine sahip olmalıdır. Eğer bu eksikse, fiilin icrası için hala "son irade itmesi" anlamında ayrıca bir iradeye gereksinim varsa, özellikle fiilin işlenip işlenmeyeceği hakkında çekinceler varsa bu tür bir "askıdaki/ertelemeli" bir sübjektif hareket iradesi teşebbüsün varlığı için yeterli değildir⁵. "Suç işleme kararı" kavramında failin suç işlemek için kararlı olduğu anlamı vardır; bir diğer deyişle failin suçun işlenmesine yeterli bir kararlılıkla sabitlenmiş ve tereddütlü düşüncelerinin yer aldığı anları terk etmiş olması gerekir⁶. Böylece suç işleme kararlılığı (Tatentschlossenheit)

² Al. CK.'nin teşebbüsü düzenleyen 22. maddesinde "kast" (Vorsatz) değil "tasavvur" (Vorstellung) kelimesi kullanılmıştır. Alman doktrininde terim olarak kasttan anlaşılan genel kasttır. Bizim özel kast olarak isimlendirdiğimiz kanuni tipte yer alan failin amacına ise "sübjektif haksızlık unsurları" denilmektedir. Alman yazarlar teşebbüsün sübjektif unsurunu "suç işleme kararı" (Tatentschluss) olarak ortaya koymaktadır. Buna göre, bu kavram hem kastı (Vorsatz) hem de "sübjektif haksızlık unsurları" nı kapsar. Nitekim 1871 İm. CK.'nin teşebbüsü düzenleyen 43. maddesinde de "karar" (Entschluss) kelimesi geçmektedir. Bugünkü kanunda bu kavramın kullanılmamış olmasının da bir şeyi değiştirmedığı ifade edilmiştir. Ayrıca İçtihatlarda da, her ne kadar kanunda tasavvur (Vorstellung) terimi kullanılsa da, bundan "suç işleme kararı"⁴ (Tatentschluss) anlaşılacağı belirtilmekte ve bu nedenle bugün de bu anlayışı temsil etmemek için bir sebep olmadığı söylenmektedir. Böylece söz konusu anlayışa göre, teşebbüsün sübjektif unsurunu "suç kararı/fiil kararı" olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır. Bu kavram bir yandan fiilin tamamlanmaması karşısında failin niyetini ifade eder ve "iç davranışın" zorunluluğunu vurgular; ancak diğer yandan içerik olarak da tamamlanmış suçla aynı olduğunu da reddetmez. Yürürlükteki kanunda geçen "tasavvur" kelimesi tam olarak kast demek değildir, ancak burada kastın anlaşılması gerektiği bu kelime yeterince ifade edilmiştir. **Hillenkamp**, LK, Kn 30–31. "Aslında "karar" unsurunun pozitif hukukta yer almaması o kadar da önemli değildir. Çünkü bunun gerekliliği taksirli suçlara teşebbüsün hiçbir zaman cezalandırılmamasından ve kasıtlı suçlara teşebbüsün icra hareketleri safhasına kadar tamamlanmış suçtan bir farkı olmamasından da çıkarılabilir" **Roxin**, AT. II, § 29 Kn. 60. Roxin Alman doktrininde "suç işleme kararı" ile kast arasındaki ilişki hakkındaki görüşleri dört grup halinde özetlemiştir. Bkz. **Roxin**, AT. II, § 29 Kn. 61–71.

³ Yazıda Alman hukukundaki durumdan bahsedildiği yerlerde bu hukukta kullanılan terim olarak "suç işleme kararı" kullanılacaktır.

⁴ **Roxin**, JuS 1979, s. 2; **Kühl**, AT, § 15 Kn. 30. Şartsız suç işleme kararı (unbedingter Tatentschluss) yerine şartsız hareket iradesi (unbedingter Handlungswille) kavramını kullanan yazarlar da vardır: **Eser**, SS, Kn. 18; **Jescheck/Weigend**, AT, s. 515; **Rath**, Jus 1998, s. 1012, **Wessels/Beulke**, AT, Kn. 598, **Otto**, AT, 18/18; **Rudolph**, SK., Kn. 3–6; **Vogler**, LK 10. Aufl., Kn. 9. Bazı yazarlar ise "Suç işleme kararlılığı" (Tatentschlossenheit) kavramını kullanmaktadır: **Jacobs**, AT. 25 / Kn. 29; **Hillenkamp**, LK, Kn. 40.

⁵ **Eser**, SS, Kn. 18.

⁶ **Roxin**, AT. II, § 29 Kn. 81.

ya da şartsız hareket iradesi (unbedingter Handlungswille) de denilen bu durumla kastedilen, işlemeyi göze aldığı fiil konusunda kararsızlık içinde gidip gelmeyen, bir iç çekince olmadan bu konuda kesin karar vermiş failin içinde bulunduğu durumdur⁷. Alman içtihatları da eskiden beri teşebbüsün cezalandırılabilmesi için “şartsız suç işleme kararı”nı gerekli görmüş, “şartlı suç işleme kararı”nı yeterli görmemiştir⁸. Örneğin bir kararında Federal Yüksek Mahkeme (FYM), “İştirak edenin fiili ciddi bir şekilde istemesinin suç için anlaşmanın şartı olması gibi, suçun icrası için kararlı olmak ta teşebbüsün şartıdır” şeklinde karar vermiştir⁹.

Ancak teorik olarak basit gibi görünen bu ayrımın somut olayda tespitinin çok zor olduğuna da işaret edilmektedir. Buna göre bu tespit yapılması, tamamlanmış suçta kural olarak bir sorun teşkil etmezken teşebbüs söz konusu olduğunda problem olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü tamamlanmış suçta suç işleme kararı normal bir şekilde belirlenebilir. İspat zorlukları burada olsa olsa kast ve taksir üzerinde karar vermede ve bu nedenle de sadece az sayıdaki suçta söz konusu olabilir. Bu suçlarda suç işleme kararının varlığı çoğunlukla fiilin işleniş şekline çıkarılabilir. Çoğu suçlarda da –örneğin mala karşı suçlarda- zaten taksir mümkün değildir. Bu suçlarda suç işleme kararını tespit etmek zor değildir. Ancak teşebbüs söz konusu olduğunda durum değişmektedir. Çünkü kanuni tip gerçekleşmediği sürece failin gerçekte ne istediğine, hatta isteyip istemediğine karar vermek zordur¹⁰. Ayrıca tam bir kararsızlık hali ile tam bir kararlılık hali arasında çoğunlukla az ya da çok bir süreç bulunmaktadır. Bu süreç içinde, fail fiili işleme bakımından bir takım engelleri ve o fiili işlemeye sevk eden saikleri karşılaştırarak tartmaktadır¹¹.

2. Kastın Varlığını Belirlemede Üçlü Ayrım

Kastın/“suç işleme kararı”nın varlığı bakımından bugün Almanya’ da doktrinin bir kısmı W. Schmidt¹² e dayanarak “fiile meyilli olma” (Tatgeneigtheit) ile “bilinçli olarak kesin olmayan gerçekler temeli üzerine dayandırılan karar” (Entschluss auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage) ve “vazgeçme çekinceli karar”ı (Entschluss mit Rücktrittsvorbehalt) birbirinden ayırmaktadır. Birinci gruptaki olaylarda “suç işleme kararı” reddedilirken, ikinci ve üçüncü gruptaki olaylarda ise kabul edilmektedir¹³.

⁷ Hillenkamp, LK, Kn. 40.

⁸ Roxin, AT, II, § 29 Kn. 81.

⁹ Aktaran: Hillenkamp, LK, Kn. 40.

¹⁰ Roxin, AT, II, § 29 Kn. 81; Roxin, Jus 1979, s. 2.

¹¹ Kühl, AT, § 15 Kn. 30.

¹² Schmidt, ZStW 74, s. 48 vd.

¹³ Bkz. Roxin, AT, II, § 29 Kn. 82; Hillenkamp, LK, Kn. 40.

a. Fiile eğilimlilik (Tatgeneigkeit): Bu kavram failin bir suçu gerçekleştirme ihtimalini göze aldığı, ancak henüz belirli bir kanuni tipi gerçekleştirme konusunda kararsız olduğu evreyi ifade eder. Bu evrede bir suç için gerekli olan çekincesiz iç kararlılık yoktur. Kararsızlık durumunda kanuni tipi gerçekleştirme iradesi henüz tamamen oluşmamıştır. Fail bir suçu işlemeye eğilimlidir, ancak kesin kararını henüz saklı tutmaktadır, konuyu henüz düşünmektedir veya kararını gelecekteki bir olaya bağlı olarak verecektir. Bu durumda cezalandırılabilir bir teşebbüsten bahsetmek mümkün değildir. Kararsızlık durumu belirli bir kararın olmaması nedeniyle kastın yokluğu demektir, yani kararsız irade kastı ortadan kaldırır¹⁴. İçtihatlar da bu görüş yönünde şekillenmiştir. İmparatorluk Yüksek Mahkemesi (İm. YM)'nin kararlarına göre; fail bir odaya girmiş, ancak henüz ne çalacağı ve hangi odadan çalacağı hakkında net bir kararı yoksa (RGSt. 54 181, 183); fail öncelikle kayın pederini tehdit etmek için silahını önünde tutmuş, ancak daha sonra ateş etmeyi de içinde ihtimal dahilinde görüp saklı tutuyorsa (RGSt. 68 339, 341); fail evrakta sahtecilik yapmış, ancak bunu sadece becerikliliğini denemek için yapmış, bu evrakı kullanıp kullanmayacağını içinde saklı tutmaktaysa (RGSt. 75 19, 25) bu olaylarda failin “kesin” bir kastı henüz yoktur. FYM de bu çizgiyi takip etmiştir. Örneğin FYM’ye göre, ele alınmış ancak kaldırılmamış balta, vurmak için kesin bir kararlılık olduğuna işaret etmez. Aynı şekilde fail, soygun için gözüne kestirdiği bankaya girip girmeme konusunda, polisin geleceği korkusu nedeniyle kesin bir karar vermediği durumda da henüz kast yoktur¹⁵. Genel olarak kabul edilen görüşe göre, bu tür hareketleri, bu olaylarda kesin kararlılık bulunmadığını ileri sürerek hazırlık hareketi olarak değerlendirmek en azından durumu yanlış anlamaktır. Çünkü hazırlık hareketi safhasında da kesin bir karar alınmış olabilir ve hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı durumlarda öyle olması da gerekir. Bu nedenle icranın başlangıcının hazırlık hareketlerinden ayrılması, bu hareketlerde suç işleme kararının olup olmamasıyla değil, sadece bu hareketlerin henüz doğrudan doğruya icraya başlama eşliğini henüz aşamaması kriteriyle belirlenmelidir¹⁶.

b. “Bilinçli olarak kesin olmayan gerçekler temeli üzerine dayandırılan karar” (Tatentschluss auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage): Bu gruba giren olaylarda fail suç işleme kararını vermiş, ancak fiilini sadece belirli şartların oluşması durumunda işlemek istemektedir. Bu şartların gelecekte meydana geleceği ya da

¹⁴ Schmidt, ZStW 74, s. 51; Hillenkamp, LK, Kn. 41; Vogler, LK 10. Aufl., Kn. 10; Roxin, AT. II, § 29 Kn. 83.

¹⁵ Kararlar için bkz. Hillenkamp, LK, Kn. 41; Roxin, AT. II, § 29 Kn. 94.

¹⁶ Schmidt, ZStW 74, s. 52, dn. 13; Roxin, JuS 1979, s. 2; Hillenkamp, LK, Kn. 41; Kühn, AT, Kn. 33; Vogler, LK 10. Aufl., Kn. 11.

Hazırlık Hareketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresi

gelmeyeceği kararın alındığı anda henüz şüphelidir. Ancak, failin iradesine göre, bu objektif şartların meydana gelmesi failin fiili kesin olarak icra edip etmeyeceği konusunda belirleyici olacaktır. Böylece, bu olay grubunda hareket iradesi değil, fiilin amacı ya da icra edilebilirliği bir şarta bağlanmıştır¹⁷.

Bu süreçte fail gerçekten belirsiz bir zeminde bulunmaktadır. Çünkü onun işleyeceği fiile eşlik edecek olan şartları önceden tam olarak bilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, karar verme sürecinde bulun her bir fail “kesin olmayan gerçekler temeli”nde hareket etmek durumundadır. Fail bu belirsizliğin farkındaysa ve buna rağmen hareket etmek iradesindeyse, gerçi onun kanuni tipi gerçekleştirme iradesi bir miktar çekince içermektedir, ancak fiili işleyip işlememe konusunda önceki tartıp düşünceleri artık kesin bir karar almayla sonuçlanmıştır¹⁸.

Örneğin sahte bir belge kullanarak maliye memurunu mali durumu hakkında aldatmayı düşünen fail, böyle bir belge ürettiğinde belgede sahtecilik suçu için kararlı demektir¹⁹. Yine örneğin bir öldürme hareketinin icrası için silahlanan fail, bunu bir cebirle karşılaşma ihtimaline bağlı tutsa bile bu şart onun öldürme kararına etki etmez. Bir süpermarkette yağma yapacak olan silahlı failer bu kararlarının icrasını mağazada müşteri bulunmamasına bağlamış olsalar bile yağma için yeterli kararları vardır²⁰. Aynı şekilde failin bir eve çalmaya değer bir şey olup olmadığını araştırma düşüncesiyle girmesi durumunda da hırsızlığa teşebbüs vardır. Yine fail şantajının başarısız olması ihtimaline karşı şiddet uygulamayı düşünmüşse yağmaya teşebbüsün olduğunu kabul etmek gerekir²¹. Yine kürtaja karar vermiş olan doktorun hamileyi bu iş için uygun olup olmadığı hususunda kontrol etmesi durumunda da aynı şey söz konusudur. Bu olaylarda eğer icra hareketleri doğrudan başlamışsa teşebbüsün varlığı kabul edilmektedir. Çünkü fail sadece fiile eğilimli durumda değildir, diğer bir deyişle fiili işleyip işlememe konusunda henüz kararını vermemiş değildir. O daha çok, planı eğer uygulanabilecekse, amacına ulaşabilme imkanı varsa suçu işlemek için kararını vermiştir²². Hakim görüşe göre, bu tür olaylarda fail icra hareketlerini, objektif, onun iradesine bağlı olmayan bir şartın gerçekleşmesi veya

¹⁷ **Roxin**, JuS 1979, s. 2

¹⁸ **Kühl**, AT, Kn. 31.

¹⁹ **Kühl**, AT, Kn. 31; **Zaczyk**, NK, Kn. 15; **Rath**, JuS 1998, s. 1012.

²⁰ **Rath**, JuS 1998, s.1011.

²¹ **Jescheck /Weigend**, AT, s. 515.

²² **Roxin**, JuS 1979, s. 2.

gerçekleşmemesi üzerine, daha önceden verdiği kararı üzerinde yeniden düşünmeden gerçekleştirecekse suç işleme kararı vardır²³.

FYM'nin kararlarından örnekler²⁴: Kürtaj yapmaya karar vermiş fail hamile kadını kürtaj olmaya uygun olup olmadığını anlamak için muayene eder; bu muayenenin sonucunun pozitif çıkması sonucunda fiili doğrudan icraya başlayacaktır. Bir mezar figürünü çalmaya karar vermiş olan fail, bu figüre onu inceledikten sonra eğer değerli bir madenden yapılmış ise başını çalma niyetiyle yanaşmıştır. Bir sokak kavgasına katılan fail, fiili bir çatışma halinde yenilme tehlikesine karşı bir bıçağı öldürücü şekilde kullanma kararı almıştır. Bir bankayı soymayı kafasına koymuş olan fail, fiilin icrasını o anda gişede müşteri olmamasına bağlamıştır. Fail bir kuyumcuyu soymayı “uygun bir fırsatın çıkması” şartıyla gerçekleştirecektir.

FYM'ye göre, olayların çoğunluğunda suç planının gerçekleştirilmesi hâlâ şartlara bağlı olduğu için, sadece bu bağımlılık yüzünden fiili icra etmek konusunda kesin bir iradenin varlığını prensip olarak reddetmek yanlış olur. Ayrıca pratikte de, objektif olgular üzerinde hala belirsizlikler olmasına rağmen, bu tür subjektif kararlaştırmalar azımsanmayacak kadar çoktur²⁵. Teşebbüs için gereken kararlılık, fail fiili başarıma imkânı konusunda tam emin olamasa bile vardır²⁶. İcra imkânları ve başarı şansı kural olarak kesin bilgiye engel olmaz²⁷. Fail çabaladığı sonuca kesin olarak ulaşamayacağını bilseydi, zaten hareketi yapmaktan vazgeçerdi. Buna karşılık fail, eğer bir başarı şansı görüyorsa, başarısızlık tehlikesinin hesabını da yapabilir. Bu durumlar fiil kararının varlığına engel değildir²⁸.

Buna karşılık, failin, onun iradesinden bağımsız şartın meydana gelmesini veya gelmemesini beklediği durum değil, onu harekete geçirecek motivasyon için bir başkasına ihtiyaç duyması söz konusu olduğunda teşebbüs için gereken kararlılık olduğu kabul edilmemektedir. Hipotetik gerçekler temeline dayanan suç işleme kararının aksine, fail bu tür olaylarda kararın alınmasını başka birinin davranışına bağlamıştır²⁹. Örneğin öldürmeye hazır halde bekleyen kiralık katil olayında bu

²³ Schmidt, ZStW 74, s. 54; Roxin, JuS 1979, s. 2; Roxin, AT, II, § 29 Kn. 84; Kühl, AT, § 15 Kn. 31; Zaczyk, NK, Kn. 15; Rath, JuS 1998, s. 1012; Jescheck/Weigend, s. 515; Hillenkamp, LK, Kn. 44; Rudolphi, SK, Kn. 5; Eser, SS, Kn. 18.

²⁴ Kararlar için bkz: Schmidt, ZStW 74, s. 54; Hillenkamp, LK, Kn. 44; Roxin, AT, II, § 29 Kn. 84; Rudolphi, SK, Kn. 5; Eser, SS, Kn 18; Kühl, AT, § 15 Kn. 3.

²⁵ Hillenkamp, LK, Kn. 45.

²⁶ Eser, SS, Kn. 19.

²⁷ Kühl, AT., § 15 Kn. 31.

²⁸ Vogler, LK (10 Aufl.), Kn. 16.

²⁹ Vogler, LK 10 (Aufl.), Kn. 15.

Hazırlık Hareketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresi

durum vardır. Şartın meydana gelmesinden önce onun genel olarak bir işi yapmaya hazır olmasından somut bir karar çıkarmak için bir neden yoktur. Kim bu kişiyi harekete geçiriyorsa o azmettiricidir. Azmettiricinin durumu, icrayı sadece mümkün hale getiren veya kolaylaştıranın durumundan farklıdır, çünkü o şartı harekete geçiren kişidir. Örneğin bankanın önünde bekleyerek müşterilerin girmesini önleyen ve böylece içeride gişe önünde bulunan banka soyguncusunun bankayı soyabilmek için bağlı olduğu şartın meydana gelmesini sağlayan kişi yardım edendir³⁰.

“Bilinçli olarak kesin olmayan gerçekler temeli üzerine dayandırılan karar”ın sadece “fiil eğilimi”nden nasıl ayrılacağı konusunda zorluklar çıkabileceği de belirtilerek sınır konusunda çözüm de sunulmaktadır. Maddi konunun, suç için elverişli olup olmadığı hususunun araştırılması/muayene edilmesi ve bunun sonucuna göre fiilin icra edilmeye başlanacağı durumlar çözümün nasıl olacağı konusunda örnek olarak gösterilmektedir. Eğer fail bu araştırmayla/muayene ile fiili işleme fırsatından istifade edip edemeyeceğini tespit etmek istiyorsa henüz suç işleme kararı yoktur. Bu durumda, maddi konu veya elde edeceği ganimetin muhtemel değeri üzerinde tam kanaat edinmeyi, karar almak için hazırlık yapmak olarak değerlendirmek gerekir. Buna karşılık fail, eğer maddi konu işe yarar çıkarsa fiili icra etmeye çoktan karar vermişse- fiil, araştırma/muayene yoluyla icra hareketleri safhasına gelmiş olmak kaydıyla- teşebbüs vardır ve araştırmanın/muayenenin -olumsuz- sonucu olsa olsa failin kararını terk etmesine neden olabilir. Buna göre örneğin, bir uyuşturucu madde alıcısı muhtemel alım konusunda karar vermek için haşhaşın kalitesi hakkında ikna olmak istiyorsa, burada henüz kesin karar yoktur. Buna karşılık fail normal kalitedeki bir haşhaş olması şartıyla 100 gramı için 800 euroya anlaşmışsa, burada kesin karar vardır³¹.

Aynı prensiplerin hırsızlıkta da uygulanabileceği belirtilmekte ve bu konudaki İm. YM, FYM ve yerel mahkemelerin kararlarının yeterli örnek sunduğuna işaret edilmektedir: Örneğin-yukarıda da bahsedildiği gibi- Al. CK. m. 242 (Diebstahl=hırsızlık) belirli bir şeyin alınmasını şart koşmadığından, hırsızlık kastının varlığı için, kastın baştan beri belirli bir şeyin alınması üzerinde veya çalınmaya değer ne varsa alıp götürme üzerinde somutlaşması arasında fark yoktur. Yine, eğer postacı içinde değerli bir şey bulursa bunu almak niyetiyle mektubu açarsa bu durumda da suç işleme kararı/kast vardır. Buna karşılık fail içeriğini test ettikten sonra bir karara varmak istiyorsa veya çeşitli arabaların tekerleklerini hafifçe tekmeleyip test ederek,

³⁰ Hillenkamp, LK, Kn. 46. Farklı görüşte: Rath, JuS 1998, s.1012.

³¹ Hillenkamp, LK, Kn. 47.

direksiyon kilitsiz bir araç bulmayı ümit ediyor ancak o zaman dahi alıp almamaktan tam emin değilse teşebbüs yoktur³².

“Bilinçli olarak kesin olmayan gerçekler temeli üzerine dayandırılan karar” ile ilgili Alman mahkeme içtihatlarından verilen diğer örnekler: Fail, hamile olma ihtimalini düşünerek ceninden kurtulmak için belirli bir araç kullanmıştır; fail bir hükümlüyle, bir tanıdığıının lokantasını eğer hapisten kaçmayı başarabilirse soymak üzere anlaşmıştır; fail, ondan ayrı yaşayan karısını şayet eve dönmeyi kabul etmezse kesin öldürme kararıyla, yaşadığı eve doğru gitmiştir; fail planladığı yağmanın icrasını bir yardım almaya bağlamıştır; fail teslim aldığı parayı sorumlu olduğu hesabı denkleştirememeye ihtimaline karşı burada kullanmayı düşünmüştür; fail hırsızlık tamamlanır tamamlanmaz buradan elde edilecek otomobili satın almak için kararlıdır; fail hırsızlık sırasında mağdurun direnmesi ihtimalini de hesaba katarak, suçun yağmaya dönüşecek olmasına rağmen gerçekleştirme kararı almıştır³³.

c. Vazgeçme çekinceli karar (Tatentschluss mit Rücktrittsvorbehalt): Bu olay grubunda da kesin hareket iradesi (veya suç kararı) vardır. Bu olaylarda yapılan hareketin doğrudan kanuni tipteki fiili sonuçlaması için ayrıca bir karar alınmasına gerek yoktur. Ancak fail baştan itibaren kendiliğinden veya belirli bir şartın meydana gelmesi durumunda icra hareketlerinden geri dönmeyi düşünmektedir. İm. YM.’sinin kararına konu olan bir olayla örnek verilebilir: Kadın önce uyumakta olan kocasını öldürüp öldürmemekte tereddüt geçirir. Sonunda yatak odasına gider, gaz vanasını açar ve yan odaya geçip orada beklemeye başlar. Bu arada gerekirse gaz vanasını kapatıp kocasını kurtarmayı da düşünmektedir. Bir Alman yerel mahkemesinin kararına konu olmuş başka bir olayda; fail küçük bir kıza tecavüz etmek istemektedir ve bu amaçla onu bir bodruma kilitlemiştir. Ancak başından beri, çocuğun ağlaması durumunda girişiminden vazgeçmeyi planlamıştır³⁴. Fidyeye için bir kişiyi kaçırma suçunu işlemek üzere mağdurun kapısını çalan fail, şayet mağdur kapıya küçük çocuğuyla çıkarsa planladığı suçu yarım bırakmak istemiş olsa bile, icraya başlamıştır. Döviz kaçırmak isteyen fail, bu fiilini, ihracat izni zamanında verilirse vazgeçme çekincesiyle gerçekleştirmiştir³⁵. Bu tür olaylarda teşebbüs kabul edilmektedir. Fail sonradan vazgeçerse ancak gönüllü vazgeçme hükümleri çerçevesinde cezadan kurtulma imkanı vardır³⁶.

³² Hillenkamp, LK, Kn. 48.

³³ Hillenkamp, LK, Kn. 49.

³⁴ Roxin, JuS 1979, s. 2.; Schmidt, ZStW 74, s. 70; Hillenkamp, LK, Kn. 51

³⁵ Hillenkamp, LK, Kn. 51; Rudolph, SK, Kn. 5; Jescheck / Weigend, AT, s. 515.

³⁶ Roxin, JuS 1979, s. 2; Roxin, AT, II, § 29 Kn. 85; Kühl, AT, § 15 Kn. 32

Hazırlık Hareketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresi

Bu gruptaki olaylarda failin belirli bir olgunun/gerçeğin meydana gelmesi ya da gelmemesine bağlı olarak suç işleme kararının icrasına devam etmekten vazgeçeceğine dair çekincesinin önemsiz olduğu, gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen maddeden de çıkarılmakta³⁷ ve kesin karara eklenen çözücü şartın kastın varlığını etkilemeyeceği vurgulanmaktadır³⁸. Bütün bu olaylarda suç işleme kararı iç çekinceye tabi değildir. Burada daha çok, failin fiilini bırakmayı ya da mümkün olduğu kadarıyla geri almayı saklı tutması söz konusudur. Vazgeçme çekinceli fiil kararı için, failin kanundaki gönüllü vazgeçmeyle veya etkin pişmanlıkla ilgili bütün şartları tasavvur etmesi değil, sadece failin fiilini belirli şartlar altında bırakmayı veya geriye almayı istemesi gerekir³⁹.

Vazgeçme çekinceli olaylara benzer şekilde değerlendirilmesi gereken bir diğer olay grubu da failin baştan itibaren, örneğin sadece belirli bir şeyi çalma veya belirli bir miktardan azıyla yetinme düşüncesiyle hareket ettiği, ancak başarısızlığı da hesaba kattığı olaylar olarak belirtilmektedir. Eğer beklentileri gerçekleşmemiş ve hayal kırıklığına uğramışsa- örneğin aradığı değerli bir şeyi bulamamışsa veya istediğinden daha az miktara ulaşmışsa- fail teşebbüsünde başarısızlığa uğramıştır. Ancak bu olaylarda kesin fiil kararının olduğunda şüphe yoktur⁴⁰.

Yukarıdaki üçlü ayırımı benimseyen doktrine göre “suç için kararlılık” sorununu onun faaliyete geçirilmesi, özellikle icra başlangıcı sorunundan ayırmak gerekir. Buna göre, ilk olarak “suç işleme kararlılığı” ve “suç işleme kararı” fiilin icrasına doğrudan doğruya başlamaya bağlı değildir. Gerçi bu sorunlar ancak icranın başlangıcıyla ilgili kritik durumlarda “önemli” olarak ortaya çıkabilir. Buradan “iradenin fiili meydana getirmesi gibi, yapılan fiilin de iradenin varlığını göstereceği” sonucu çıkarılmamalıdır. Kesin fiil kararı, henüz hiçbir faaliyette bulunmaksızın, fiilin işlenmesinden günler önce alınmış olabilir. Ayrıca hazırlık hareketleri içinde de bu karar bulunabilir. Hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı durumlarda bunlardaki karar teşebbüstekinden farklı değildir. İkinci olarak faaliyete geçirmenin şekli fiil kararının varlığı üzerinde belirleyici olmayabilir. Bir suç işleme kararı durumunda icra başlangıcı olarak görülebilecek bir hareketin fiili tamamlama kararlılığının bir işareti olduğu kesindir. Ancak bu tür olaylarda da tamamlanmayı istemeyen veya hala tereddütte olan bir fail de (ör. kayınpederini öncelikle tehdit amacıyla silahını önünde tutan, öldürme ihtimalini de içinde saklayan failin durumu) söz konusu

³⁷ Rudolphi, SK, Kn. 5.

³⁸ Schmidt, ZStW 74, s. 54; Roxin, JuS 1979, s. 2; Rath, JuS 1998, s. 1006; Eser, SS, Kn. 20.

³⁹ Vogler, LK, 10. Aufl., Kn. 20.

⁴⁰ Hillenkamp, LK, Kn. 52.

olabilir. Bu türlü bir psişik hal sadece hazırlık mahiyetinde olan bir hareketin varlığı durumunda da ihtimal dışı değildir. Örneğin sadece görünüşe göre kürtaj yapılması düşünülen hamilenin, kürtajın eğer hamile 4. ayını doldurmamışsa hemen muayenenin ardından yapılması düşüncesiyle muayene edilmesi durumunda “bilinçli olarak kesin olmayan gerçekler temeli üzerine dayandırılan karar” vardır. Ancak muayene henüz kesin olmayan kararı alabilmek ve tereddütleri gidererek hamileliğin gelişimi hakkında kesin bir kanaat oluşturmak amacıyla da yapılabilir. Bu durumda sadece fiil eğilimi vardır. Üçüncü olarak kesin bir şekilde alınmış kararın faaliyete geçirilmesi mutlaka bir icra hareketi anlamına gelmesi gerekli değildir. Örneğin fiili bir kavgada yenilme tehlikesine binaen rakibini gerektiğinde öldürmek üzere yanına bıçak alan kişi, bıçağı sadece yanına almasıyla kararını faaliyete geçirmeye başlamasına rağmen henüz öldürmenin icrasına başlamamıştır. Aynı şekilde ihracat izninin verilmemesi ihtimaline binaen dövizleri arabasının paspasının içine diken kişide gümrük kaçakçılığı için kesin bir karar vardır. Aynı şekilde bir arabanın ön tekerleklerini ayağıyla vurarak kontrol eden, eğer direksiyon kilidi yoksa çalmayı düşünen kişide de fiil kararı vardır. Ancak fail bu durumlarda, paraları dikmeyle, tekerleklerle vurmaya henüz fiili doğrudan doğruya icraya başlamamıştır. Son olarak failin hırsızlık amacıyla bir eve girmek isteyip ev sahibinin muhtemel direnişini kırmak için yanına kloroform veya mantar tabancası alması, ancak koridorda polis tarafından yakalanması olayında da gaspın başladığını söylemek mümkün değildir. Aynı şekilde hırsızlık sonucu elde edilecek malı satın almak isteyen kişi de hırsızlığın tamamlanmasından önce bu suçun doğrudan icrasına başlamış değildir⁴¹.

3. Üçlü Ayrıma İtirazlar

a. Artz'ın Görüşleri: Yukarıda açıklanan üç psişik durum arasındaki sınırı çizmenin son derece zor olduğuna işaret edilmektedir⁴². Ortaya çıkan sınır problemler nedeniyle, Artz⁴³ hakim öğretiyeye göre fiil eğilimi olarak kabul edilen olayları da eğer fail icra hareketleri evresinde bulunuyorsa kesin karara dahil edilmesini önermiştir. Buna göre, “eğer fail kanuni tipe uygun hareketi daha baştan hedeflemiş, ancak kesin kararını ertelemişse ve bu hazırlığın sonuç için nedensel olduğunu hesaba katmışsa” sadece fiil eğilimi suç işleme kararı için yeterli olacaktır. Ona göre failin bir sonucu hedef edindiği ancak kesin kararı henüz ertelediği olaylarda olası kast vardır⁴⁴. Karar almanın sonraya bırakılarak saklı tutulması, failin bir sonucu hedeflemekle, davranışının kesin karar almadan önce de bir sonuç doğurma ihtimalini göze aldığı

⁴¹ Hillenkamp, LK, Kn. 50.

⁴² Kühn, AT, Kn. 33; Roxin, Jus 1979, s. 6.

⁴³ Artz, JZ 1969, s. 54 vd.

⁴⁴ Artz., JZ 1969, s. 60

Hazırlık Hareketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresi

gerçeğini deęiřtirmez⁴⁵. Artz, bu anlayışın cezalandırılabilirliğin sınırlarını uygun olmayan biçimde genişlettiği itirazlarına da doğrudan doğruya kalkışmanın sınırlı yorumlanmasına işaret ederek cevap vermiřtir⁴⁶.

Ancak Artz'ın görüşleri taraftar kazanmamış ve eleřtirilmiřtir⁴⁷. Buna göre, failin daha sonra vereceği bir karara bağlı olan karar henüz bir suç işleme kararı değildir ve olası kast da değildir. Olası kast da kanuni tipin icrası için şartsız bir kararı gerektirir; burada sadece sonucun meydana gelmesinden emin olmama durumu vardır ve ona özellikle abalananmamaktadır⁴⁸. Diğer yandan, bu yorumda bir haklılık payı olduğuna da işaret edilmiştir. Buna göre, bir suç planına anlam kazandıracak şekilde bir kanuni tipin gerçekleştirilmesini hedeflemek yeterli bir kararlılığın işareti olabilir. Ancak bu urtlemez değildir; çünkü bu hazırlık ve hedeflemenin henüz kesin olmayan bir i temele dayandığı durumlar da olabilir. Bu tür durumlarda kesin bir kararın olduğu söylenemez. Bunun kabulü sadece bir fiksiyon olacaktır. Ayrıca hiçbir n karar da alınmış değildir, önemli her şey daha sonra alınacak karara ertelenmiřtir⁴⁹. Gerçekleştirilen hareketlerden kesin bir kararın varlığının hiç tereddütsüz çıkarılamayacağı birçok olay bulunmaktadır. Örneğin A araları bozulan kayınpederi S'yi silahla tehdit etmekte, ama aynı zamanda onu ateşlemek düşüncesini de içinde saklı tutmaktadır. Kayın pederini öldürmeye razı olmuştur. S odaya girdiğinde, A çantadan tabancayı çıkarır, ancak S, A'nın elini bükerek silahı alır. Burada dolu silahın çekilmesi objektif olarak iki anlama gelmektedir; öyle ki bu hareketten hiç tereddütsüz A'nın S'yi hemen vuracağı yönünde bir anlam çıkarılamaz. Burada A'nın silahını çekmekle sadece S'yi tehdit etmek istediği, böylece bu noktada öldürme hareketi bakımından bir kararın olmadığı söylenebilir. Bu durumda A'nın S'yi öldürmeye eğilimi vardır, ancak bu yönde bir kararı henüz oluřmamıřtır⁵⁰.

b. Roxin'in Görüşleri: Alman doktrininde özellikle Roxin şartsız “suç işleme kararı”nın tespiti için yapılan l bölümlenmeye şüpheyile yaklaşmaktadır. Roxin'e göre, bu e bölümlenme yn gösterici olarak faydalı bir yardımcı ve içerik olarak da makuldür. Ancak bir olayın hangi gruba ait olacağını tespit etmek sorunu gibi bazı zayıflıkları da vardır. İkinci gruba giren bir olayın faili kolaylıkla cezalandırılmayan fiil eğilimi grubundan görünebilir. Örneğin bir olayda mezar figürünü inceledikten ve

⁴⁵ Artz, JZ 1969, s. 54, 56. Benzer bir görüşü de Jacobs ifade etmiştir. **JACOBS**, AT, 25 / 30

⁴⁶ Artz, JZ 1969, s. 58.

⁴⁷ Artz'ın görüşünün eleştirileri için bkz. **Roxin**, GS Schröder, s. 151 vd.; **Rath**, Jus, 1998, s. 1012; **Vogler**, LK, 10. Aufl., Kn. 12; **Zaczyk**, Das Unrecht, s. 246.

⁴⁸ **Roxin**, AT, II, § 29 Kn. 95.

⁴⁹ **Hillenkamp**, LK, Kn. 42.

⁵⁰ **Kühl**, AT, § 15 Kn. 35.

diğer olayda hamile kadını muayene ettikten sonra fiili işlemeye kesin karar vermek istediğini iddia edebilir. Failin o tür bir savunması, kararının sabitliği/kesinliği hakkında muhtemelen somut olarak düşünmediği için, tamamen yalan değil, psikik olarak tam açık olmayan bir olayın muhtemel bir yorumu olacaktır. Aynı şekilde vazgeçme çekinceli fail de henüz kesin bir karar vermediğini ve bu nedenle sadece fiil eğiliminin olduğunu kolaylıkla ifade edebilir. Bu nedenlerle, bu öğreti tarafından aranan gereklilik, yani failin içinde hiçbir çekince kalmaması ve böylece “kesin” bir şekilde alınmış bir kanuni tipi gerçekleştirme kararının olması gerektiği görüşüne itiraz etmek gerekir⁵¹.

Roxin’e göre, içtihatlarla ve hâkim doktrine göre yapılan bütün derecelendirme, teşebbüsün varlığı için “olası, dış, failin iradesinden bağımsız” şarta bağımlı olmak kaydıyla beraber “kesin”, diğer bir deyişle sabit ve geri alınmaz bir suç işleme kararının olması gerektiğine dayandırılmaktadır. Ancak failin daha sonraki bir şarta bağlı olarak hareket ettiği veya geri dönme çekinceli olarak hareket ettiği olaylarda kesin bir karardan söz etmek mümkün değildir. Çünkü bütün bu türdeki olaylarda failin zamanından önce kendisini bağlaması için bir zorunluluk yoktur. Gerçekte çoğu zaman onun kendi kararının kesinliği üzerinde bir düşüncesi de yoktur. Böyle bir kararın varlığı ya da yokluğu, sonraki bir zamanda failin az ya da çok beceriyle yapacağı savunmasında buna evet ya da hayır demesine veya hâkimin artık psikik gerçeklere yönelmeyen yorumuna bağlı olacaktır. Böylece bu olaylar arasında sınır koyma çabası da boşa gidecektir⁵². Diğer yandan kim vazgeçme çekincesine sahipse o zaman demek ki fiilin icrasından henüz “kesin” olarak emin değildir, ancak “suç işleme kararı”ni çoktan almıştır. Kanunun vazgeçme düzenlemesinden de kesin bir şekilde bu çıkarılabilir. Çünkü her gönüllü vazgeçme bir suç işleme kararını içeren teşebbüsü gerektirir. Bir suç işleme kararının kesinliği hala bir vazgeçme imkânı olduğu müddetçe ispatlanamaz⁵³.

Roxin’e göre Arzt’ın bu konudaki görüşleri belki sorunu çözebilirdi. Ancak Roxin onun görüşlerinin de gerçeği tam yansıtmadığını ifade etmektedir. Çünkü her ihtimalin olabilirliliğini açık bırakan tasavvur yani “karar almama” “karar”dan daha zor tanımlanabilir. Bu tür bir tasavvur olası kast da olamaz. Çünkü failin fiilini sonuca götürmek isteyip istemediğini henüz bilmediği bir durumda sonucu onaylayarak göze aldığı ya da ona razı olduğundan bahsedilemez⁵⁴.

⁵¹ Roxin, AT, II, § 29 Kn. 86; JuS 1979, s. 3; GS Schröder, s. 159.

⁵² Roxin, JuS 1979, s. 2.

⁵³ Roxin, AT, II, § 29 Kn. 87.

⁵⁴ Roxin, JuS 1979, s. 3; GS Schröder, s. 150 vd.

Roxin, hem psişik gerçeklere hem de kanun koyucunun değerlendirmesine uygun doğru çözümün bu iki görüş arasında bir noktada olduğunu savunmaktadır. İkilemden sadece hukuki olarak kavranabilen, keyfi yorumlardan kaçınan bir suç işleme kararının belirlenmesi yoluyla kaçınılabılır. Buna göre, suç işlemeye iten saikler failin içindeki suç işlemeye engel olan düşüncelerine üstün geldiği zaman, bu anda fail içinde hala son bir şüphe kalsa bile, suç işleme kararını kabul etmek gerekir. Kim sadece suç işleme ihtimali üzerinde düşünüyor veya kararsızlık içinde bocalıyorsa henüz suç işleme kararı yoktur. Ancak kim tereddütlerini aşar şekilde, suç işleme iradesiyle icra hareketleri safhasına girmişse, onun, örneğin hala mevcut olan kaygıları fiil kararının kabulünü engellemez, sadece sonradan şartları varsa gönüllü vazgeçmede değerlendirilir⁵⁵.

Roxin'e göre, bu anlayış insanın ruhi tecrübesine de uygundur: Çünkü çatışma içeren düşüncelerde karar, bir saikin hareketi belirleyen/kesinleştiren üstünlüğü elde etmesiyle meydana gelir; burada karşı saiklerin (örneğin korku, vicdan azabı) tamamen hariç tutulması da söz konusu değildir⁵⁶. Bu değerlendirmelere göre failin içindeki suça engel olan düşünceler, suçun icrasına iten saiklerle eşit veya daha güçlüyse “fiil eğilimi” vardır ve her zaman cezasızdır. Ancak, gerek dış bir şartın meydana gelmesini bekleyen, gerekse belirli bazı durumlarda icrayı bırakmayı isteyen failde suç işleme iradesi bu türden kaygıları geri plana itmişse, bunlar “kesin” olarak giderilmese bile, “suç işleme kararı” vardır. Bu tür bir “ağır basan kararlılığın” adli olarak tespiti, hâkim öğreti tarafından “teorik” olarak aranan, her türlü şüpheden arınmış, arızasız “kesin” bir kararın tespitinden daha az zordur. Çünkü kim icra hareketleri evresine kadar gelmişse onun suçun icrası konusundaki eğilimi her halükarda içinde hala mevcut olabilecek kaygılara ağır basmış demektir; bu durumda suç işleme kararını hiç tereddütsüz kabul etmek gerekir⁵⁷.

Roxin'e göre, fiilin işlenmesine iten saikin mahkemece tespitindeki zorluk, olay sürecinin gerçeğe uygun bir değerlendirilmesiyle kural olarak aşılabılır. Böylece tipik bir şekilde suçu işleme iradesinin ağır basmasından hareket edilebilir. Burada kanuni tipin gerçekleştirilmesine başlanmasını ifade eden dış bir harekette bulunmaktadır.

⁵⁵ **Roxin**, AT. II, § 29 Kn. 87- 88; GS Schröder, s. 159, 161; JuS 1979, s. 3. Aynı görüşte: **Kühl**, AT., § 15 Kn. 36; **Eser**, SS, Kn. 18; **Vogler**, LK (10. Aufl.), § 22 Kn. 4; **Rudolphi**, SK, § 22 Kn. 5; **Günther**, JZ 1987, s. 22; **Rath**, JuS 1999, s. 1012; **Jacobs**, AT., 25, Kn. 29 Zaczyc ise bu tanımlı sadece eğer doğrudan doğruya başlamayı gösteriyorsa yeterli görmektedir. **Zaczyk**, Das Unrecht, s. 246.

⁵⁶ **Roxin**, AT. II, § 29 Kn. 89.

⁵⁷ **Roxin**, JuS 1979, s. 3. Roxin savunduğu görüşün özellikle iştirakte azmettirme ve psişik yardım bakımından daha isabetli ve sorunları çözücü olacağı kanaatindedir. Bkz. **Roxin**, GS Schröder, s. 154 vd; AT., § 26 Kn. 65 vd. Eleştiri için bkz. **Hillenkamp**, LK, Kn. 43

Örneğin hırsızlık düşüncesiyle yabancı bir eve girmiş olan sanık, henüz çalma konusunda kesin bir kararının oluşmadığı, kafasında tereddütler olduğu iddiasını ileri süremez. Çünkü eve girme hareketinde suçu işleme iradesinin ağır bastığı kendisini göstermektedir. Bir kadını, tecavüz etmek amacıyla zorla yere yatıran sanığın, henüz tecavüz kararının tam oluşmadığı, belki de vazgeçeceği iddiası dinlenmez; çünkü yaptığı harekette suç işleme iradesi ağırlıklı olarak ortaya çıkmıştır⁵⁸. Aynı şekilde hırsızlık yapmayı düşündüğü köşkün önündeki bekçi köpeğine zehirli yiyecek veren failin olayında da artık sadece fiile eğilim yoktur; çünkü fail mağdurun alanına o kadar yoğun bir şekilde girmiştir ki, burada en azından ağırlıklı olarak suç işlemeye karar verilmiştir⁵⁹.

Diğer yandan Roxin'e göre ispat zorlukları sadece bir hareketin objektif olarak iki anlamlı olduğu durumlarda ortaya çıkabilir. Şüphesiz, hareketin iki anlamlı olabildiği bu durumlarda zorunlu olarak ağırlıklı suç işleme kararının alındığı söylenemez. Örneğin kim silahını başkasının burnuna doğrultmuşsa ve hemen tetiği çekmek istemekteyse burada öldürmeye teşebbüsün varlığı açıktır. Ancak aynı kişi önce silahla tehdit etmek isteyebilir ve öldürme kararını şimdilik henüz uzak bir ihtimal olarak düşünüyor olabilir; bu durumda olsa olsa § 240 (Al. CK) (Nötigung=Cebir), 241 (Bedrohung=Tehdit) olabilir. Bir olayda A veya B suçunun mu söz konusu olduğu, olayın gelişiminden elde edilecektir. Örneğin fail uzun konuşmalar ve tartışmalar yapıyorsa henüz kesin kararını vermediğine hükmedilebilir. Buna karşılık hızlı bir şekilde ve hiçbir şey söylemeden veya mağdura fark ettirmeden silahı eline alıp doğrultmuşsa ağırlıklı suç işleme iradesinden ve böylece fiil kararından bahsedilebilir⁶⁰.

Aynı durum becerikliliğini denemek için sahtecilik yapan, ancak bunu ileride piyasaya sürme düşüncesini de kafasında barındıran kişi olayında da geçerlidir. Eğer burada somut olarak aldatma ve kullanma amacını gösteren tutamak noktaları yoksa, olsa olsa fiil eğiliminden bahsedilebilir. Ancak yapılan sahtecilikle gerçekleştirilmesi düşünülen suç planının bir parçası oluşmuşsa bu durumda kamuyu aldatma amacını ve böylece sahtecilik için ağırlıklı suç kararını kabul etmek gerekir⁶¹.

Diğer yandan hazırlık hareketleri de bir fiil kararının varlığını gösterebilir. Örneğin kim ihracat başvurusunun kabul edilmeme ihtimaline binaen, sınırdan kaçırmak üzere bir paspasın içine para koymuşsa bu hareketi onun ağırlıklı fiil kararının

⁵⁸ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 90.

⁵⁹ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 96.

⁶⁰ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 91.

⁶¹ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 92.

Hazırlık Hareketlerinden İcra Hareketlerine Geçiş Evresi

olduğunu gösterir. Burada sadece fiil eğilimi olduğundan yani bir şartlı bir fiil kararı olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Şüphesiz kaçakçılığın icrasına henüz başlanmadığı için sonuçta ceza verilmeyecektir. Ne ölçüde hazırlık hareketlerinden bir suç işleme kararının çıkarılabileceği, bu nedenle pratik olarak çok fazla bir öneme sahip değildir, bu nedenle de ayrıntılı olarak ele alınması da gerekmemektedir. Bu ihtimal ancak hazırlık hareketlerinin istisnai olarak cezalandırıldığı durumlarda olabilir⁶².

Sonuç

Teşebbüsün varlığı için objektif bakımdan bir suçun icra hareketlerine başlanmış olması gerekli ancak yeterli değildir. Aynı zamanda sübjektif unsurun diğer bir deyişle manevi unsurun da varlığı zorunludur. Bu bakımdan failin bir suç işleme kastına sahip olması gereklidir. Tamamlanmış suçlarda kastın varlığını belirleme bakımından genel kurallar bulunmamakta, her olay bakımından, failin dış dünyaya yansıyan hareketlerinden kastın bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Teşebbüs halinde kalmış suçlar bakımından bu araştırmanın biraz daha zorlaştığını kabul etmek gerekir. Zira failin dışa yansıyan hareketleri henüz bir sonuca ulaşmamıştır ve bir suça yönelip yönelmediği, yönelmişse hangi suça yöneldiği konusunda farklı yorumlara kapı aralayacak nitelikte olabilmektedir. Bu konuda, Alman doktrininde, bir takım genellemelere ulaşabilmek amacıyla bir sınıflandırma yapılmaya çalışılmıştır. Bu bakımdan, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda hazırlık hareketleri evresinden icra hareketleri evresine geçiş aşamasında failin içinde bulunabileceği hangi psişik durumlarda kastın varlığının kabul edileceği incelenmiştir. Doktrin bir kısmı üçlü bir ayırım yapmış ve failin içinde bulunabileceği üç farklı psikolojik durumu ele alarak bu durumlarda kastın söz konusu olup olmadığı ortaya koymak istemiştir. Bir kısım yazarlar ise bu üçlü ayırma karşı çıkmış ve kendi görüşlerini ifade etmişlerdir.

Biz yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız üçlü ayırımı benimsememekte, bu ayırma karşı çıkan Roxin'in görüşlerine genel olarak katılmaktayız. Kanaatimizce Roxin üçlü ayırma şüphesiz bakmakta haklıdır. Gerçekten kasta ilişkin araştırma sonradan, dış dünyaya yansıyan hareketlere göre yapılacağı için failin durumunun hangi olay grubuna girdiği konusunda önceden bir belirleme söz konusu değildir. Ayrıca bu konuda fail de yanıltıcı yönlendirmelerde bulunabilir. Diğer yandan gerçi Roxin'in, failin içindeki fiile iten saiklerin engel düşüncelere ağır basması şeklinde özetlediği durumu -Roxin'in kendisinin de itiraf ettiği gibi- yine failin iç dünyasını araştırmakla ilgili olduğu için kesin bir şekilde tespit etmek kadar

⁶² Roxin, AT. II, § 29 Kn. 93.

zordur. Ancak Roxin de bu düşüncelerin nasıl araştırılacağını açıklarken failin dışa yansıyan hareketlerine atıf yapmaktadır. Gerçekten bugünkü teknolojiye göre failin iç dünyasını tespit etmek imkânı halen mevcut olmadığına göre kastın varlığı ya da yokluğu gerçekleştirilen hareketlerden çıkarılacaktır. Dolayısıyla manevi unsurun var olup olmadığının tespiti ister istemez fiille sıkı sıkıya bağlantılıdır. Teşebbüs halinde kalmış suçlarda tamamlanmış suça oranla bu tespiti yapmak daha zor olsa da, bu konuda bütün olaylar için geçerli olan ölçütler söz konusu olmadığına göre, her olay için ayrı değerlendirme yapılacaktır. Kastın varlığını anlayabilmek için dışa yansıyan bir takım hareketler gerektiğine göre, dışa yansıyan bu hareketlerin değerlendirilmesi yoluyla failin içinde bulunduğu durumda kasta sahip olup olmadığı belirlenecektir. Gerçekleştirilen hareketlerin yorumundan kastın varlığı çıkarılabiliyorsa cezaya hükmedilecek, yok çıkarılamıyorsa ceza verilmeyecektir. Hâkimin manevi unsuru araştırma faaliyetinde de “sanık şüpheden yararlanır” ilkesi geçerli olacak, maddi unsur gibi manevi unsur da şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilemezse mahkûmiyet kararı verilemeyecektir. Bu bakımdan unutulmamalıdır ki, ceza muhakemesinde aranan gerçek mutlak değil maddi gerçektir.

KAYNAKÇA

- ARZT, Günther : Bedingter Entschluss und Vorbereitungshandlung, JZ 1969, s. 54 vd. (JZ)
- BAUMANN, Jürgen/ WEBER, Ulrich/
- MITSCH, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 2003. (AT)
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir
: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 11. Bası, İstanbul 1994
- ESER, Albin : Versuch, in: Schönke / Schröder Strafgesetzbuch-Kommentar, 26. Auflage, München 2001. (SS)
- FEYZİOĞLU, Metin : Vicdani Kanaat, Ankara 2002.
- GÜNTHER, Hans-Ludwig: Der Versuch des raeuberischen Angriffs auf Kraftfahrer, JZ 1987.
- HILLENKAMP, Thomas: § 22 Versuch, in Leipziger Kommentar-Strafgesetzbuch, Grosskommentar, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 11. Auflage, Berlin 2003.(LK)
- JACOBS, Günther :S trafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin-Newyork, 1991. (AT)
- JESCHECK, Hans Heinrich/
- WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin1996. (AT)
- KUHL, Kristian : Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München 2002. (AT)
- OTTO, Harro : Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Auflage, Berlin 2000.
- RATH, Jürgen : Grundfaelle zum Unrecht des Versuchs, JuS 1998, s. 1106 vd. (JuS 1998)

Önder TOZMAN

- ROXIN, Claus :Strafrecht-Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003. (AT II)
Tatenschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS 1979, s. 1 vd.(JuS 1979)
: Über den Tatenschluss, in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, Münschen 1978, s. 145 vd. (GS Schröder)
- RUDOLPHI, Hans –Joachim : §22 Versuch, in: Systematischer Kommentar zum Strafgezetzbuch, Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977. (SK)
- SCHMİDT, Werner :“Bedingter Handlungswille” beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, ZStW 74 (1962), s. 48 vd. (ZStW 74)
- VOGLER, Theo : §22 Versuch, in Leipziger Kommentar (LK) Strafgesetzbuch, Grosskommentar, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 10. Auflage, Berlin 1985. (LK 10. Aufl)
- WESSELS, Johannes /
- BEULKE, Werner : Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 33. Auflage, Heidelberg 2003. (AT)
- ZACZYK, Rainer : Versuch, Rücktritt, in Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Baden Baden 2005. (NK)
:Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin 1989. (Das Unrecht)

**DOĞU BLOKU'NUN YIKILMASI SONRASINDA
(POST-KOMÜNİST) DEVLETLERDE ANAYASA YAPIM
YÖNTEMLERİ**

**CONSTITUTION MAKING METHODS OF POST-COMMUNIST
STATES AFTER COLLAPSE OF THE EASTERN BLOC**

Prof. Dr. Hasan TUNÇ*

Kamile TÜRKÖĞLU

ÖZET

Doğu Bloğu, Sovyet Bloğu ya da Demir Perde, Soğuk Savaş döneminde Sovyetler Birliği ve onun Doğu ve Merkez Avrupa'daki müttefiklerini tanımlamak üzere kullanılmış olan bir terimdir. 1947'de, başta Polonya, Romanya, Bulgaristan, Macaristan ve Doğu Almanya olmak üzere komünist rejim altına giren birçok ülke Moskova'dan yönetilen bir blok haline gelmiş idi. Doğu Bloğu, 1989 yılında Sovyet rejiminin Doğu Avrupa'da çökmesi ile birlikte son bulmuştur. Bu eski komünist ülkelere post- komünist ülkeler de denmektedir.

Post komünist ülkelerdeki anayasa yapım süreci kendi tarihsel, politik ve sosyal özelliklerinden dolayı her ülkede çeşitli farklılıklar göstermiştir. Bazı ülkelerle ilişkin yapılan aşağıdaki sınıflandırma da bakış açısına göre değişkenlik gösterebilir. Demokrasiye geçiş sürecinde, genel olarak bu ülkelerde, 'demokrasi yanlısı muhalif grupların ortaya çıkması', 'halk ayaklanmaları', 'yuvarlak masa görüşmeleri', 'serbest genel seçimler için yeni anayasal düzenlemelerin yapılması', 'meclisin anayasayı hazırlaması', 'bir anayasa komisyonunun kurulması', uzun ya da kısa dönemde 'anayasanın değiştirilmesi' veya 'yeni bir anayasanın kabulü' söz konusu olmuştur. Anayasalar ya bir uzlaşma ürünü olmuş ya da iktidardakilerin dayatması sonucu oluşmuştur. Anayasa yapım sürecindeki aşamalar ve izlenen tutum ülkenin demokrasiye tamamen ya da kısmen geçmesini sağlamış ve ülkenin modern dünyada yeni başlayan yolculuğunun kaderini belirlemiştir.

Anahtar Kelimeler

Doğu Bloku, Anayasa Yapım Süreci, Demir Perde

* G.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim üyesi.

SUMMARY

The Eastern Block, Soviet Block or Iron Curtain is a term which is used for defining for Soviet Union and its allies in East and Central Europe during Cold War. In 1947, Many countries, firstly Poland, Rumania, Bulgaria, Hungary and Eastern Germany, became a bloc that was governed by Moskof. Eastern Bloc came to end at the same time collapse of Soviet Regime. These ex- communist states are also called as “Post Communist Countries”.

The Constitution making process of post communist countries had many differences because of historical, political and social peculiarity of them. Classification above relating to some countries may have difference according to the point of view. In democracy process, main subject of these countries were, “occurring groups that are supporting democracy and adherent of opposition”, “national rebellion”, “round table conversations”, “making constitutional arrangement for free general elections”, “ Constitution preparations of National Assembly”, to set up a constitution comission”, “ to change constitution in shorter or longer period”, or “acceptance of a new constitution”. The constitutions were result of a consensus or compulsion of power. Process and attitudes relating to constitution make development provided to be governed by democracy entirely or partly and became main point of new survey in modern world.

Key Words

Eastern Bloc, Constitution Making Process, Iron Curtain

GİRİŞ

Doğu Bloğu, Sovyet Bloğu ya da Demir Perde, Soğuk Savaş döneminde Sovyetler Birliği ve onun Doğu ve Merkez Avrupa'daki müttefiklerini tanımlamak üzere kullanılmış olan bir terimdir. 1947'de, başta Polonya, Romanya, Bulgaristan, Macaristan ve Doğu Almanya olmak üzere komünist rejim altına giren birçok ülke Moskova'dan yönetilen bir blok haline gelmiş idi. Doğu Bloğu, 1989 yılında Sovyet rejiminin Doğu Avrupa'da çökmesi ile birlikte son bulmuştur. Bu eski komünist ülkelere post- komünist ülkeler de denmektedir.

Komünist rejimlerin çökmesiyle birlikte totaliter rejimlerden demokratik bir rejime geçiş süreci başlamıştır. Bu geçişi, 'demokrasiye geçiş' olarak da nitelendirebiliriz. Demokrasiye geçişin en önemli noktasını ise yasal düzenlemeler oluşturmuştur. Yeni sitemin demokratik bir anayasa ile güvence altına alınması ve ilke ve özelliklerinin belirlenmesi çabaları bu dönemde başlamıştır. Doğu bloğu ülkelerindeki Demokrasiye geçişin ana gündemini, yeni bir anayasanın hazırlanması oluşturmuştur.

Bir ülkeyi yeni bir anayasa yapmaya veya mevcut anayasayı değiştirmeye, sosyal ve ekonomik faktörler, teknolojik gelişmeler, yeni bir devletin kurulması ya da bağımsızlığını elde etmesi veya bir ülkenin siyasal rejiminde meydana gelen değişiklikler gibi birçok neden itebilir.¹

Komünist rejimin baskıcı politikaları, insan hakları ihlalleri ve yoksulluk gibi çok çeşitli nedenlerle komünist ülkelerde halkın da desteğiyle demokratik bir sistemin kurulması eğilimi başlamıştır. Bu gelişmelerin sonucu olarak da, eski rejimin totaliter izlerinin silinmesi amacıyla ya yeni anayasalar yapılmış ya da mevcut anayasalar büyük ölçüde değiştirilmiştir.

I. DEMOKRASİYE GEÇİŞ VE ANAYASALLAŞMA SÜRECİ

1980'li yıllardan itibaren komünist sistemin çözülmesiyle birlikte Doğu Bloğu ülkeleri, Batı Avrupa ülkelerinin tersine, hızlı ve esaslı bir anayasal değişim süreci yaşamışlardır. Bu değişimin başlangıç noktası, eski yönetimlerin temel özelliklerinin reddedilmesidir. Değişim içerik olarak üç ana noktada toplanır: 1) Bir ekonomik program hazırlanması. Buna göre özelleştirme, özel mülkiyetin ve piyasa serbestisi gibi konularda düzenlemeler yapılması; 2) Hukuki (anayasal) değişiklikler: Devletin

¹ Yavuz Atar, *Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri Ve Anayasa Yapımı*, Mimoza, Konya, 2000, s.6.

rolünün yeniden ifade edilmesi ve kurumların yeniden organize edilmesi; 3) Toplumunun özgürleşmesi: Bireyin haklarının devletin müdahalesinden korunması²

Anayasal devlet bir anayasaya sahip olmaktan daha fazla şey ifade eder. Bu nedenle komünist ülkeleri anayasal olarak nitelendiremeyiz. Bütün komünist ülkelerin de anayasaları mevcuttu. Bunlar demokratik anayasalara benzeyen bir sistem içinde çeşitli haklar ve özgürlükler vaat eden ve devletin resmi kurumalarını tanımlayan hükümler içerirdi. Ancak bu anayasaların uygulamada çok da anlamı yoktur; çünkü komünist parti, egemenliği kendi elinde toplamıştı. Parti anayasayı ve yasaları kontrolü altına almıştı. Parti, karar alma sürecinde kurumların düzenlenmesinde ve politik ilişkilerde de kontrol sahibi olan bir otoriteydi. Ülke, parti ideolojisinin gereklerine göre yönetiliyordu³.

Komünist ve totaliter bir rejimden demokrasiye geçmeye çalışan bu ülkelerde en önemli yapılanma, anayasallaşma ve piyasa ekonomisine geçişte kendini göstermiştir.⁴ Anayasal değişme, hukukun üstünlüğü, bireylerin hak ve hürriyetleri, azınlık haklarının korunması ve çok partili demokrasinin kurulması şeklinde kendini gösterir. Komünist rejimlerden demokrasiye geçen bu ülkelerin bazılarında reformlar halkın yoğun demokrasi ve insan hakları istekleri sonucunda gerçekleşirken, bazılarında iktidardakilerin demokrasi akımının etkisiyle birden ideoloji değiştirmeleri sonucunda gündeme gelmiştir. Demokrasiye geçişte bütün toplumsal ve siyasal güçlerin ve ayrıca aritmetik çoğunluğuna bakılmaksızın halkın bütün kesimlerinin bir araya gelmesi ve uzlaşması yani “konsensüse” dayalı bir anayasa yapılabilmesi en ideal yöntemdir⁵.

İnsan hakları ve demokrasi kültürünün olmadığı post komünist ülkelerde Avrupa Konseyi, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatının, gelişmiş ülkelerin ve uluslararası finans kuruluşlarının yol gösterici belge ve kriterlerine ve maddi yardımlarına gerek duyulmuştur. Ayrıca, demokrasi ve insan hakları, hukuk üstünlüğü gibi ilkelerin toplumda yerleşmesi için medya, bilim adamları ve aydınların desteğine yoğun ihtiyaç duyulmuştur. Post-komünist ülkelerde 1989 yılından itibaren medya kısmen çoğulcu bir hale gelmiş ve Toplum üzerinde televizyonunun önemli etkileri olmuştur. Bu süreçte en fazla Polonya, Macaristan Slovakya ve Romanya’da medya reformu

² Atilla Agh, The Permanent Constitutional Criss In The Democratic Transition: The Case Of Hungary, Constitutional Policy And Change In Europe, s.380

³ Mary Kaldor, Ivan Vejvoda, Democratization In Central And East European Countries: An Overview, Democratization In Central And Eastern Europe, Pinter Pres, London, 1998, s.4,5

⁴ Atar, s.143

⁵ Atar, s.152

Anayasa Yapım Yöntemleri

ve liberalleşme sağlanmıştır. Devlet kanalları genellikle iktidar propagandası yapmış olsa da, yeni kurulmuş olan özel kanallar farklı düşüncelerin sunulmasına imkan vermiştir⁶.

Anayasallaşma sürecinde, işlevleri denenmiş ve test edilmiş, çeşitli batı Avrupa kurumları da göz önüne alınmıştır. Ancak modellerin fazlalığı nedeniyle bunlar arasında bir seçim yapmak anayasa yapımında güçlüğü neden olmuştur⁷.

Demokratik bir anayasanın yapımı sürecinde hukukun üstünlüğü ve anayasalcılık kavramlarının biçimsel olarak yerleşmesinin yanında özgürlük, eşitlik gibi bir takım temel demokratik değerlerin de benimsenmesinin sağlanması gereklidir. Biçimsel demokrasi bir takım prosedürler ve kurumlara ilişkin kurallardır. Maddi demokrasi ise sürekli devam eden bir süreci belirtir. Bireylerin, kendi hayat koşullarını ve toplumu ilgilendiren önemli kararların alınmasında etkisinin artırıldığı bir düzen sağlar⁸. Post komünist ülkelerin genel olarak biçimsel demokrasi ilkelerine uyduğunu söyleyebiliriz. Ancak önemli olan resmi kurumların, kural ve prosedürlerinin uygulamaya geçebilmesidir.

Batılı ülkelerde hukukun üstünlüğü yavaş ve organik bir gelişme sonucunda yerleşmişken; post komünist ülkelerde bu geçiş hızlı ve radikal bir şekilde olmuştur. Bu koşullar altında hukukun üstünlüğün sağlanmasının uygulama düzeyi oldukça şüpheli gözüküştür. Buna ek olarak, komünist rejim altında bir bakıma izole bir yaşam süren ülkeler modern toplumun karışıklığının getirdiği ekonomik krizler, teknolojik ve bilgiyle ilgili problem yaşamıştır. Ayrıca geçmiş sistemin ihlalleriyle yüzleşmek ve geçmişten kalan kötü hatıraları da silmek için uğraş vermişlerdir⁹.

Anayasallaşma sürecinde yaşanan birinci aşama, otoriter rejimin hukuki yapısında bazı değişiklikler yapılmasıdır. Bu aşamada tipik olarak, siyasi partilerin, sendikaların ve derneklerin yaygınlaştırılması ve serbestçe faaliyet göstermesinin sağlanması, komünist partinin öncülüğüne veya ideolojisine ilişkin hükümlerin kaldırılması, basının liberalleştirilmesi, sansürün kaldırılması, devletin güvenliğine ilişkin suçların yumuşatılması gibi konulara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır¹⁰.

⁶ Mary Kaldor, Ivan Vejvoda, s.13

⁷ Judy Batt, Kataryna Wolczuk, *Redefining The State: The Constitutional Process, Developments In Central And East European Politics 2*, Ed. Stephen White, Judy Batt, Paul Laweis, Duke University Press, Durham, 1998, s.85-90

⁸ Mary Kaldor, Ivan Vejvoda, .s.4,5

⁹ Peter Paczolay, *Traditional Elements In The Constitutions Of Central And East European Democracies, The Rule Of Law After Communism*, Ed. Martin Krygier, Adam Czarnota, Dartmouth Publishing, 1998, s.130.

¹⁰ Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa yapımı*, Bilgi yayınevi, İstanbul, 1993, s.111

İkinci aşama, yeni anayasanın yapılmasıdır. Bu ülkenin komünist rejim öncesi anayasasına geri dönmesi, otoriter rejim anayasasının değiştirilmesi veya tamamen yeni bir anayasanın hazırlanması şeklinde gerçekleşir. Macaristan ve Çekoslovakya komünist dönem anayasasını kısmen değiştirmiş; Bulgaristan, Gürcistan, Ermenistan ve Romanya ise yeni bir anayasa yapmıştır. Polonya’da ise önce eski rejim anayasası değiştirilmiş daha sonra tamamen yeni bir anayasa yapılmıştır¹¹. Eski anayasanın bazı değişikliklerle korunmasının mevcut anayasanın geçmiş düzene dayanması anlamına geldiği ve bunun mevcut düzenin meşruluğuna gölge düşürdüğü yönünde eleştiriler yapılmaktadır¹².

Yeni bir anayasanın yapılması halinde bunu kimin yapacağı önemlidir. Demokratik bir anayasa, serbest ve yarışmacı seçimlerle seçilmiş ve bağımsız karar verebilen bir asli kurucu meclis veya asli kurucu yetkiye sahip bir yasama meclisi tarafından yapılabilir¹³. Kurucu meclisle yasama meclisi arasındaki fark, kurucu meclisin görev süresinin anayasa yapımı ile sınırlı olması; yasama meclisininse görev süresi dolana kadar olağan yasama işlerine devam etmesidir. Bu yol demokratik bir anayasa yapım yöntemini belirtir. Bulgaristan ve Romanya’da kurucu seçimlerle oluşan yasama organı anayasayı yapmıştır.

Anayasa atanmış bir komite, temsili nitelik taşımayan bir meclis, eski rejim yandaşlarının ağırlığını koruduğu bir meclis veya serbestçe seçilmiş olmakla birlikte görevini baskı altında gerçekleştirip, bağımsız karar alamayan bir meclis tarafından yapılıyorsa bu da demokratik olmayan anayasa yapım yöntemi olarak nitelendirilir¹⁴. Romanya ve Bulgaristan’da anayasa, seçilmiş ama komünistlerin ağırlıkta olduğu bir meclis tarafından yapılmıştır. Polonya’da ilk yapılan anayasa değişikliği (Sejm’in üyelerinin yüzde 65’inin komünistlerden oluşması gibi nedenlerle) komünistlerin etkisi altında gerçekleşmiştir. Ukrayna’da ise ilk taslağı hazırlayan meclisin çoğunluğu komünistlerden oluşmaktaydı; ancak anayasayı sonraki serbest seçimlerde oluşan meclis hazırlamıştı; bu son mecliste de yürütmenin süreçteki ağırlığı gözlemlenmektedir.

Seçim sistemi yasama ve yürütmenin oluşumu etkiler ve böylece anayasaların uygulanması ve değişmesi açısından büyük öneme sahiptir. Demokrasiye geçiş sürecinde olan ülkelerde, yeni anayasa yapımını ilk demokratik seçimle iş

¹¹ Özbudun, s.111, 112

¹² Paczolay, s. 116

¹³ E. Ethem Atay, Anayasanın Hazırlanması ve Değiştirilmesi, Global Strateji, Kış 2008, Yıl: 3, S: 12, s. 22.

¹⁴ Özbudun, s.112

başına gelecek olan parlamentoya bırakılması halinde bu önem artar¹⁵. Örneğin, Bulgaristan, Ukrayna, Gürcistan, Slovakya, Polonya ve Romanya’da yeni seçimle oluşan yasama organı yeni anayasayı hazırlamıştır. Seçimler, ancak demokratik nitelikte olmaları halinde, ülke içindeki siyasi görüşlerin dağılımını gerçeğe uygun bir şekilde yansıtabilir.

Post-komünist ülkelerdeki yeni kurulan siyasi partilerin başkanları genellikle siyasi tecrübesi olmayan kişilerdir ve büyük çoğunluğunun fazla üyesi yoktur. Bunun öncelikli sebebi komünist rejimdeki fazlaca siyasi baskıların insanların siyasetten soğumasına neden olmasıdır¹⁶. Devrimden önceki seçimlerde genellikle ortada bir çok parti olmasına rağmen, seçimlerden sonra seçim barajlarının da etkisiyle 5 veya 6 tanesi kalabilmiştir. Komünist partiler hala geniş ve baskın olmaya devam etmiştir. Komünist parti ve yeni kurulan partilerin fazlaca merkezileştikleri ve hiyerarşik bir yapıya sahip oldukları da söylenmektedir. Bunlar, kendilerini yeni siyasi düşünce ve tartışmalar için bir vesile olarak görmekten çok kendilerini güce sahip olmak ve korumak için bir araç olarak görmüşlerdir¹⁷. Kamunun politikayla çok fazla ilgilenmemesi anayasallaşma sürecindeki tartışmaların verimliliğini etkilemiştir. Anayasa yapımına karar veren, anayasadaki temel ilkeleri hukuken ya da fiilen belirleyen ve en son onaylayan siyasal güçler (yani politika kararlaştırıcılar ağılıkla politikacılar), siyasi gruplar, partiler, hükümetler veya yasama organları olmuştur.

En son aşamada, hazırlanan ve meclisçe kabul edilen anayasa kesinleşmek üzere halk oyuna sunulabilir. Bu yöntem daha çok meşru olmayan anayasaların meşrulaştırılması amacıyla başvurulduğu söylenebilir. Örneğin Romanya’da bu durum söz konusudur. Bazı durumlarda anayasanın tamamı değil; ama üzerinde siyasi grupların anlaşmaya varamadığı önemli konularda halk oylamasına gidilmiştir. Örneğin, Macaristan’da cumhurbaşkanı seçiminin zamanlaması için halk oyuna gidilmiştir.

II. ANAYASA YAPIMINDA ZAMANLAMA VE ÜSLUP

Anayasa yapımında yaşanan zaman ve şartların önemi büyüktür. Bir anayasanın istikrarı ve meşruiyet düzeyi, yapım süreci ile anayasanın yapılması veya değiştirilmesi için seçilen zamana göre değişebilecektir. Savigny, “*başarılı bir kodifikasyon için en uygun zaman, bir milletin siyasal ve hukuki olarak tam olgunluğa ulaştığı andır.*” der. Halk ruhu ve genel halk desteği, kodifikasyonların büyük toplumsal heyecan ve

¹⁵ Atar, s.8

¹⁶ Kaldor, Vejvoda, s.12

¹⁷ Mary Kaldor, Ivan Vejvoda, s.10-12

diriliş dönemlerinin adından yapılması gerektiği düşüncesini doğurmuştur. Büyük siyasi krizler sırasında veya sonrasında ortaya çıkan siyasal güç yeteri kadar cesur ve karalıysa yeni anayasa kısa sürede yapılabilir¹⁸.

Otoriter rejimlerden demokrasiye geçiş sürecindeki ülkelerde önemli sorunlardan biri anayasanın ne zaman yapılacağıdır. Eğer demokratik seçimlerden önce yapılırsa; mevcut iktidar gelecekteki konumunu bilemeyeceği için iktidara gelecekler için kısıtlı yetkiler sağlayacağı, ama kendisinin gelecekteki durumunu güvence altına alan düzenlemeler yapacağı söylenebilir. İncelenen ülkelerin çoğunda, örneğin Bulgaristan, Romanya ve Macaristan'da, seçimlerden önce kamu hukuku, sansürün kalkması ve örgütlenme hürriyeti gibi konularda anayasa değişiklikleri yapılmış ve süreç yeni meclis tarafından devam ettirilmiştir. Bu durumda, parlamentoda çoğunluk sağlayan siyasal güçlerin anayasayı istediği gibi hazırlama tehlikesi vardır. Başka bir görüşe göre ise, ilk demokratik seçimler için bazı anayasa değişikliklerinin yapılması normaldir. Ancak tümüyle seçimlerden önce yapılması demokratik değildir¹⁹.

Bir anayasa yapılırken, anayasa yapanların takındığı tavırlar anayasa yapımının üslubunu oluşturur. Uzlaşmacı ve oydışmacı anayasa yapımında siyasal grupların tamamına yakını aktif bir şekilde sürece katılırlar. Pazarlık, ödün verme ve uzlaşma yoluyla anlaşmalara varılır. Özbudun'a göre bu süreçte sürece katılan aktörler zihinlerindeki mükemmel anayasayı değil; olabilecek en iyi anayasayı yapmaya çalışırlar. Bulgaristan'da her ne kadar seçim sonucu komünistler meclis üstünlüğüne sahip olsa da, uzlaşmacı bir üslup anayasa yapım sürecine hakim olmuştur. Aynı şekilde, Çekoslovakya Anayasası'nda da nispeten uzlaşmacı bir üslup takip edilmiştir.

Çatışmacı anayasa yapımı üslubunda ise, anayasayı kabul edecek yeterli sandalyeye sahip partiler diğer partileri dışlayarak, kendi görüşlerini empoze ettiği bir anayasa hazırlanması söz konusudur. Uzlaşma ortamı oluşmaz. Post komünist ülkelerde ise uzlaşmacı yöntem genellikle kullanılmış olmakla birlikte, çatışmacı yöneteme de başvurulmuştur. Örneğin, Romanya Anayasasının yapım sürecinde oldukça çatışmacı bir üslup hakim olmuştur²⁰.

III. ANAYASA YAPIM YÖNTEMLERİ

Anayasa yapım veya değiştirme yöntemleri üç tanedir. Bunlar, hiyerarşik yöntem, organik yöntem ve sözleşme yöntemidir²¹.

¹⁸ Atar, s.152

¹⁹ Atar, s.152

²⁰ Özbudun, s.116,117

²¹ Atar, s.45

Anayasa Yapım Yöntemleri

Temsili nitelikte olmayan meclislerce yapılan veya ferman niteliğinde olan anayasalar hiyerarşik yöntemle yapılmıştır. Otoriter rejimin anayasanın demokratik değişikliklere açık olması kaydıyla aynen muhafazası; yeni anayasanın serbest seçimden kaynaklanmayan, eski rejim yandaşlarının çoğunlukta olduğu bir meclis tarafından yapılması; anayasa serbest seçimle seçilmiş meclisçe yapılmakla beraber meclisin demokratik olmayan kurum ve güçlerin baskısı altında çalışmak zorunda olması hallerinde reform yoluyla hiyerarşik yöntem söz konusudur. Örneğin, anayasa yapım sürecinde eski rejim yandaşlarının veya iktidardakilerin etkin rol oynadığı Bulgaristan, Romanya ve Ukrayna bu yöntemin özelliklerini taşır.

Parlamentoların anayasa yapması organik yöntemdir. Çoğunlukta iktidar partisi parlamentodaki diğer siyasi partilerin görüşlerini almadan anayasa değişikliği yaparsa bu hiyerarşik yöntem ya da sözleşme yöntemi değildir; organik yöntemdir.

Siyasal güçler tarafından görüşmeler yoluyla anayasa yapımı ise sözleşme yöntemidir. Anayasa yapımına toplumu temsil eden tüm gruplar ve partilerin katılması veya seçilmiş bir kurucu meclis tarafından katılma ve uzlaşma ilkelerine dayalı olarak toplumsal bir sözleşmenin yapılması biçiminde gerçekleşmesidir. Anayasa, değişik siyasi görüşleri temsil eden kurullar yada temsili kurucu meclisler tarafından yapılır. Polonya, Macaristan ve Bulgaristan yuvarlak masa görüşmeleri ve temsili meclisler aracılığıyla anayasaları bu yöntemle yapılmıştır.

Post-komünist ülkelerde anayasallaşma sürecinde demokratik kurumların oluşturulmasında Özbudun'un tasnifine göre üç ana yöntem vardır. Bunlar: reform, kopma ve sözleşme yoluyla demokrasiye geçiş yöntemleridir²². Bunlar yukarıda belirtilen anayasa yapım yöntemlerinin demokrasiye geçerken uygulanmasını belirtir. Bu yöntemler her zaman saf bir şekilde gerçekleşmemekte, kimi zaman iki veya üç yöntem özelliklerini bir arada gösterebilmektedir.

A) Reform Yoluyla Demokrasiye Geçiş: Buna göre anayasa yapımı otoriter rejim yöneticileri tarafından başlatılır ve onlar tarafından yürütülür. Otoriter rejimler iktidarlarını korur ancak muhalefetle de görüşmeler yapar ve onların isteklerini de göz önüne alır. Ancak, bu yöntemde anayasalar daha çok iktidarın istekleri doğrultusunda şekillenir. Reform yoluyla anayasa yapımında ya otoriter rejim bazı anayasa değişiklikleriyle muhafaza edilir ya iktidarın oluşturduğu bir meclis kurulu ve anayasayı o yapar. Üçüncü bir ihtimal serbest seçimle oluşacak yeni meclisin anayasayı yapmasıdır ancak bu meclis totaliter iktidarın baskısı altındadır. Ermenistan ve Gürcistan anayasaları bu yöntemle örnek olarak gösterilebilir. Bu yöntem istikrarlı

²² Özbudun, s.193

bir reform süreci sağlar ama rejimin halk desteğinden yoksun olmasına sebep olabilir. Otoriter iktidar ve muhalefet bir araya gelerek ortak ilkeler üzerinde anlaşmış olsalar ancak geçiş döneminde hala otoriter iktidarın baskısı sürüyorsa burada hem reform hem de sözleşme özellikleri bir aradadır.

B) Kopma Yoluyla Demokrasiye Geçiş: İhtilal, halk ayaklanması gibi nedenlerle otoriter rejim aniden çöker ve yeni dönemin anayasasını geçici hükümet yapar. Eski rejimin yöneticileri demokrasiye geçiş aşamasında bir rol üstlenmezler. Serbest seçimler yapıp yeni parlamento oluşana kadar geçici hükümet ülkeyi yönetecek ve kendisi eski anayasaya bağlı olmadan kendi kurallarını koyacaktır. Genellikle bağlı olduğu bir hukuk kuralı olmadığı için hukuki meşruluk temelinden yoksundurlar. Gücü elinde bulundurun bu geçici hükümet seçimler yapılmaya kadar genellikle zaferin verdiği güvenin de etkisiyle kendi istedikleri doğrultusunda veya kendileri lehine sosyal ekonomik ve siyasal düzenlemeler yapacaktır²³. Romanya’da bu yöntemin varlığını görüyoruz

Burada da çeşitli ihtimaller vardır. Birincisi ülkenin otoriter rejim öncesi anayasasına geri dönmesidir. İkincisi, halkın farklı görüşlerini temsil eden bir meclis yapılır ve anayasayı bu meclis hazırlar. Ardından da referanduma gidilebilir. Son ihtimal ise geçici hükümetin serbest seçimler yapılmaya kadar anayasa’da kendi görüşlerine göre değişiklikler yapması ve yeni meclisi sınırlamasıdır.

C) Sözleşme Yoluyla Demokrasiye Geçiş: Bu yöntemde, otoriter iktidar ve demokratik muhalefet bir araya gelerek rejimin ana ilkeleri üzerinde uzlaşır ve anayasayı yapacak olan organ kendisini bu yetkilerle sınırlı hisseder.

IV. YUVARLAK MASA GÖRÜŞMELERİ

Komünist rejimlerin sona ermesiyle hükümetler ve organize muhalifler arasındaki “Yuvarlak masa” görüşmeleri otoriter rejimlerin demokratik anayasa yapımı sürecinde önemli rol oynamıştır. Polonya’daki görüşmeler adeta bir domino etkisine neden olmuş ve Bulgaristan Çekoslovakya ve Macaristan’da da yuvarlak masa görüşmeleri yapılmıştır. Bu görüşmeler komünistler ve muhalifler arasında gerçekleşmiş, sonucunda genellikle komünistler, uzlaşılan konularda yasal düzenlemeler yapmışlardır. Bu görüşmelerde, genel olarak, öncelikle serbest seçimlerin yapılmasına karar verilmiş, partinin öncü rolü yok edilmiş ve diğer partilerle eşit bir hukuki düzeye getirilmiştir. Yuvarlak masa görüşmelerinde etkin bir

²³ Özbudun, Yen, s. 29-31

yasama yürütme ilişkisi ve kuvvetler ayrımı sistemi sağlaması önemli tartışmalara yol açmıştır²⁴.

V. BAZI ÜLKE ÖRNEKLERİ

A. REFORM SÖZLEŞMESİ YOLUYLA DEMOKRASİYE GEÇİŞ

1. Bulgaristan

Doğu Avrupa'daki bütün komünist ülkeler içinde Sovyet rejimine an az karşı çıkan ülke Bulgaristan'dır. Bulgar halkının, komünist rejimi, ulusal kimliği ve ulusal bağımsızlığı yok eden bir rejim olarak görmemesi, komünist partinin Bulgaristan'da hiçbir ülkede olmadığı kadar çok destek görmesine neden olmuştur²⁵.

Komünist rejimin çözüldüğü 1989 yılından itibaren, demokratik ilkelere sahip bir anayasa yapma planı Doğu Avrupa ülkelerinin başlıca politikası ve hareket noktası olmuştur. Bu konudaki ilk önemli sorun anayasa yapımının zamanına ilişkindir. Hemen bir anayasa yapılmalı mıydı; yoksa bu heyecanın biraz bastırılması, geçiş döneminin atlatılması ve doğru bir anayasa yapımı için gereken 'vizyonun' oluşması mı beklenmeli idi?. Bulgaristan'daki yuvarlak masa görüşmelerinde, ilk serbest seçimin yapılma zamanı, seçim sistemi ve yeni başkanın seçim yönetimi öncelikli müzakere konuları olmuştur. Bu sırada, Bulgar politikacılarının neredeyse tamamı ivedilikle yeni bir anayasa yapılması ve kabul edilmesi için yoğun çalışmalar yapmaya başlamıştır. Bu nedenle, Bulgar anayasası "hemen yapılmış" bir anayasanın olumlu ve olumsuz noktalarını göstermek açısından, önemli bir örnek olarak görülmektedir.²⁶

Bulgaristan anayasasının reform yoluyla-sözleşme yöntemiyle yapıldığı söylenebilir. Anayasa serbest seçimlerle seçilen bir meclis tarafından yapılmıştır. Yine de hem yuvarlak masa görüşmeleri, hem seçimler, hem kurulacak yeni meclis hem de yeni anayasanın yapılışı sürecinde çoğu zaman komünistlerin baskı ve ağırlığı söz konusu olmuştur. Ancak birçok aşamada uzlaşmaya gidilmiş olması ona sözleşmecici bir yön de vermiştir²⁷.

Komünist Parti lideri Zhivkov'un istifa edip yerine Mladenov geçmesinden sonra Ocak 1990'da yuvarlak masa görüşmeleri komünist yöneticiler ve demokratik

²⁴ Judy Batt, Kataryna Wolczuk, s.85-90

²⁵ John Elster, Claus Offe, Ulrich Preuss, Institutional Design In Post-Kommunist Societies: Rebuilding The Ship At Sea, Cambridge University Pres, 1997, s.69

²⁶ Bulgaria: The(IR)Relevance Of Post-Communist Constitutionalism, Venelin I. Ganev, S187; Democratic Consolidation In Europe, s.185

²⁷ Özbudun, s.109

muhalefetin temsilcileri arasında yapılmaya başlanmıştır. Bu görüşmelerde öncelikle yeni anayasayı yapacak meclisin oluşturulması için genel seçimlere gidilmesi konusunda uzlaşmıştır. Görüşmelerin önemli konularından biri de Türk azınlığa tanınacak olan haklar olarak belirlenmiştir. Ülkedeki Türk azınlık, yuvarlak masa görüşmelerine katılmamıştır. Yuvarlak masa görüşmeleri genellikle kamuya açık bir şekilde yapılmaktayken, Türklerin hak ve özgürlüklerinin görüşüldüğü bölüm kapalı kapılar ardında gerçekleşmiş ve görüşmelerin sonucunda etnik kökene dayalı partilerin yasaklanmasına karar verilmiştir²⁸.

Çeşitli siyasi partiler arasında yapılan görüşmelerde anayasanın temel unsurları da büyük ölçüde belirlenmişti; ancak bu görüşmeler eski komünistlerin ağırlığı altında gerçekleşmiştir. Demokratik, çoğulcu, sosyal devlet ve piyasa ekonomisi ilkelerine dayanan bir anayasanın yapımı için yeni bir kurucu meclisin kurulması öngörülmüştür. Bu kararın, Bulgaristan'ın kurum oluşturma tecrübesinin çok sınırlı olması ve mevcut kurumların anayasa yapım işini emanet edebilmek için gereken güveni vermemeleri nedeniyle alındığı ileri sürülmektedir²⁹. Bulgaristan'da anayasanın hemen yapılması için toplumdan ve muhalefet partilerinden yoğun bir baskı vardı. Bu nedenle seçilecek meclisin, anayasayı 18 aylık bir sürede yapması gerekiyordu. 10 ve 17 Haziran 1990 tarihleri arasında yapılan seçimi, eski komünistlerden oluşan, Bulgaristan Sosyalist Partisi (BSB) 400 koltuktan 217'sini alarak kazanmıştır. Birleşik Demokratik Güçler (UDF) 144, etnik Türk partisi olan Haklar ve Özgürlükler Hareketi Partisi 23; Bulgar Çiftçi Ulusal Birliği 16 koltuk alarak parlamentonun muhalefet kanadını oluşturmuştur. Nitekim, Anayasa ve yasaların yapılması görevinin eski komünistlerden oluşan bir partinin eline bırakılması, yeni anayasanın meşruluğuna bir tehdit olarak görülmüştür. Seçim sürecinde her ne kadar komünist parti veya yeni adı olan sosyalist partiden korkulsa ve bu parti iktidar olanaklarından faydalanmış olsa da seçimler adil ve dürüst bir biçimde geçtiği iddia edilmektedir³⁰. Seçimlerde yolsuzluk yapıldığı iddiası üzerinde cumhurbaşkanı istifa etmiş; bunun üzerine yeni cumhurbaşkanı için Sosyalist Parti ve Demokratik Güçler Birliği anlaşarak Zhelev'i destekleme kararı almıştır.

Seçimlerle oluşan Büyük Millet Meclisi 12 Temmuz 1991 tarihinde bölgenin 'tamamen yeni' tek anayasasını kabul etmiştir. Bu anayasanın önce referanduma sunulması düşünülmüş sonra halkın etki altında bırakılarak anayasayı reddetmesinden korkulduğu için bundan vazgeçilmiştir. Muhalefet de bu anayasaya ağır eleştiriler

²⁸ Elster, Offe, Preauss, s.69

²⁹ Ganev, s.188

³⁰ Özbudun, s.109

Anayasa Yapım Yöntemleri

yönelmiştir. Bazı UDF üyeleri ve Türk partisi üyeleri yeni anayasa için red oyu kullanmıştır. Hatta bazı radikal parlamenterler protesto için açlık grevi bile yapmıştır³¹. Başkan, anayasa yapımı için son gün olarak 17 Temmuz'u belirlemiştir. Bu nedenle anayasa yapımının son aşamaları oldukça hızlı geçmiştir; bu da anayasanın noksanlıklar ve çelişkiler içermesine neden olmuştur.

Anayasa, sadece eski komünistlerin baskısıyla hazırlandığı ve çelişki ve belirsizlikler içerdiği için değil; aynı zamanda, yeteri kadar liberal olmadığı komünist rejim etkileri gösterdiği için de eleştirilmiştir. Özellikle, azınlıklara bölgede en az koruma sağlayan ülke Bulgaristan'dır. Anayasadaki bazı hükümlerin eski komünistleri ceza soruşturmalarından ve hukuki sorumluluktan kurtarmak amacıyla da eklendiği iddia edilmektedir.

Bazı eleştirilere rağmen, Bulgaristan'ın hızlı yapılmış anayasasının demokratikleşme adına başarılı bir adım olduğu ve barışçıl bir geçiş dönemi sağladığı söylenmektedir.³². Bulgaristan Anayasası'na göre cumhurbaşkanı halk tarafından iki turlu seçim sistemine göre seçilecektir. Cumhurbaşkanının yetkileri parlamenter ve yarı-başkanlık sistemine benzemekle birlikte, parlamenter sistem özellikleri baskındır. İki meclisli bir parlamento öngörülmüştür. Temel hak ve hürriyetler Anayasada yer almıştır. Ayrıca, Millet Meclisinin seçimi usulleri seçim kanunu ile düzenlenmiş ve karma bir seçim sistemi benimsenmiştir.

2. Ukrayna

1986 yılında, Çernobil faciasından sonra ivme kazanan Ukrayna halkının demokrasi hareketi önceleri komünist parti tarafından göz önüne alınmamış; demokratlarla herhangi bir görüşme veya uzlaşma yapılamamıştır. Ukrayna başkanının değişmesiyle sonunda komünist parti tekeli kısmen de olsa sona ermiş ve yeni başkan, ülkedeki en önemli demokrasi hareketi olan "Ukrainian People's Movement in Peretrokia (UPMP)" ile yasal düzenlemelere ilişkin görüşmeler yapmaya başlamıştır. Buna rağmen, yapılan ilk seçimlerde yeni parlamentoda 450 koltuğun 350'si komünistlerin olmuştur. Ancak 100'e yakın parti içi muhalifi de eklersek muhalefet partisi "Democratic Bloc"un da azımsanmayacak bir gücü vardır. Bu süreçte, yeni Ukrayna Anayasası için bazı çalışmalar yapılmaya başlanmıştı, ancak parlamentonun anayasanın temel ilkelerini belirlemesi amacıyla bir komisyon ataması bu çalışmaları daha da somutlaştırmıştır. Bu komisyon hem demokratlardan hem de sosyalistlerden oluşturulmuştur.

³¹ Arolda Elbasani, The Impact Of Constitutions On Democratization: Cases Of Hungary And Bulgaria, Master's Thesis, Ankara, 2002, s.53

³² Elbasani, s. 54

Hazırlanan temel ilkeler meclise sunulduğunda, komünistler bu anayasanın sosyalist ilkelere dayanması konusunda ısrarcı olmuşlardır. Taslağın ana hatları 19 Temmuz 1991’de onaylanarak, 1992 yılı Kasım ayına kadar üzerinde tartışmaların yapılmasına karar verilmiştir.

Ukrayna, 24 Ağustos 1991 yılında bağımsızlığını ilan etmiş ve bunu cumhurbaşkanlığı seçimleriyle birlikte halkoyuna sunmuştur. Nihayet, 1992 yılında Anayasa Komisyonu nihai anayasa taslağını hazırlamış ve aynı yıl Kasım ayında taslak halkın görüşlerine sunulmuştur. Halk bu anayasa yapımı sürecine yoğun ilgi göstermiş ve hatta komisyona 46.000 teklif göndermiştir. Bunlara göre, anayasa taslağı tekrar gözden geçirilmiştir. Demokratik ilkeler içeren bu anayasa taslağı, Prag ve Kiev’deki uluslararası bilimsel seminerde ve Kiev’deki Tüm-Ukraynalılar Forumunda ve yasa yapıcılarından oluşan bir kongrede incelenmiştir. 1992 yılındaki Unidem Konferansında Ukrayna temsilcisi, bu anayasanın eski sosyalistler tarafından ve komünist ideolojiye bağlı kalınarak hazırlandığı yönünde eleştirilerin olduğunu söylemiştir³³ Ancak, 1993 yılında anayasa yapım süreci hem siyasi hem de ekonomik krizlerin gölgesi altında kalmıştır. Halkın ekonomik nedenlerden dolayı bazı yerlerde ayaklanması üzerine erken seçime gidilmiştir. Bu seçim demokratik gereklerle uygun olarak yapılmış ve seçim sonucunda sosyalist ve demokratlardan oluşan dengeli ama parçalı bir parlamento oluşmuştur.

Yeni parlamento, yeni bir anayasa taslağı hazırlanacağını bildirmesini takiben, 40 kişilik bir Anayasa Komisyonu kurulmuştur. Komisyonunda, 15 kişi parlamentoyu, 15 kişi cumhurbaşkanını ve kalanı ise yargı organını temsil edecektir. Hatta bu komisyonunda Kırım Parlamentosundan da üyeler vardı. Yeni anayasa hazırlanıncaya kadar Cumhurbaşkanı Kuchma, Polonya’dan örnek alarak hazırladığı “Küçük Anayasa” taslağını meclise sundu; ancak anayasanın kabul edilebilmesi gereken üçte iki çoğunluğun sağlanması zordu. Yine de “Küçük Anayasa” üzerinde bir takım değişiklikler yapılması üzerinde 18 Mayıs 1995’de kabul edildi. Bu Anayasa’nın mevcut anayasayla çelişen hükümlerinin olması yeni siyasi gerginliklere neden olduysa da, sonunda uzlaşma sağlanarak çelişen hükümler yeniden düzenlendi.

1995 Kasım ayında Anayasa Komisyonu çalışmalarını tamamlayarak taslağı meclise sundu. Bu taslak, komünistler hariç nerdeyse bütün siyasi grupların desteğini aldı. Yeni sorun, anayasanın nasıl kabul edileceğine ilişkindi. Çünkü

³³ BDT Ülkelerinde Demokrasiye Geçiş ve Anayasa Yapımı, Çrv: Ergun Özbudun, Levent Köker, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu Ve Türk Demokrasi Vakfı, Yetkin Basımevi, Ankara, 1993, 8-10 Ekim 1992 tarihleri arasında Avrupa Konseyi, TC Dışişleri Bakanlığı Ve Türk Demokrasi Vakfı tarafından ortaklaşa olarak düzenlenen Unidem konferansına sunulan tebliğler ve tartışma özetleri, s.21

mecliste üçte iki çoğunluğun sağlanması güç görünüyordu. Sonunda, 1996 Haziran ayında Cumhurbaşkanı Kuchma, Komünist parti yetkilileriyle görüşerek bir uzlaşma yapılmasını sağladı. Taslak üzerinde uzlaşmaya uygun bazı değişiklikler yapıldıktan sonra 28 Haziran 1996 yılında tam bir konsensüs ile anayasa kabul edildi.

Görüldüğü gibi, Ukrayna'da bağımsızlıktan sonra başlanılan yeni anayasa yapımı süreci geniş çaplı tartışmalara yol açmış, sonunda hazırlanan taslak ise uzun bir süreçten sonra kabul edilmiştir. Süreçte reform ve sözleşme yoluyla demokrasiye geçişin özellikleri vardır. Anayasanın serbest seçimle oluşan meclisçe yapılması ve karşılıklı pazarlık ve ödün vermelerle gerçekleşmesi ona sözleşmecî bir kimlik vermiştir. Ancak süreçte eski komünistlerin ve iktidardakilerin ağırlığı, reform sözleşmesi niteliği vermektedir. Mülkiyet hakkı ve sosyal hakların düzenlenmesi; üniter devlet-federal sistem; parlamentonun bir ya da iki meclisli olması ve azınlıklarla ilgili konularda sorunlar yaşanmış ve uzun süre uzlaşma sağlanamamıştır. Herşeye rağmen, 1996 yılında yeni anayasa kabulü gerçekleşmiştir. Yüksek Meclis adı verilen bir tek meclis sistemi benimsenmiştir. Yüksek Meclis üyelerinin aynısı ülke çapında nispi temsil sistemine göre, diğer yarısı ise tek seçimli seçim çevrelerinde çoğunluk sistemine göre halk tarafından 4 yıl için seçilmektedir³⁴.

B. REFORM YOLUYLA DEMOKRASİYE GEÇİŞ

1. Ermenistan

Ermenistan, Azerbaycan ve Gürcistan'da demokrasiye geçiş sürecinde milliyetçilik önemli bir rol oynamıştır.

1991 yılında bağımsızlığını kazanan Ermenistan yeni anayasa hazırlık çalışmalarına 1993 yılından itibaren başlamıştır. 1987-88 yıllarında Karabağ, Ermenistan politikasında gündemi meşgul eden en önemli konuydu. Bu konuyu başlıca gündem olarak belirleyen siyasi gruplar halktan büyük destek görmüşlerdir. Birkaç grup 1988 yılında Ermenistan Milliyetçi Hareketi (ANM) adı altında birleşmiştir. Bu grup demokrasiye geçiş sürecinde önemli rol oynamıştır. Daha sonra ANM 1990 seçimlerinde en yüksek oyu alarak parlamentoya da girmiştir. 23 Ağustos 1990 tarihinde Yüksek Sovyet'i Ermenistan'ın bağımsızlığını ilan etmiş ve Ermenistan Anayasası'nın Sovyet hukukundan üstün olduğunu ve yeni anayasa yapılıncaya kadar bu anayasanın yürürlükte olacağını bildirmiştir. Daha sonra, Yüksek Sovyet 1991 yılında bağımsızlık ya da BDT'ye bağlı olma konusunda bir referandum yapmış ve yüzde 99 çoğunlukla bağımsızlık tercih edilmiştir.

³⁴ Atar, s.133

Ermenistan'da, 1991 yılındaki cumhurbaşkanlığı seçimlerine 6 aday katılmış ve büyük üstünlükle Ter-Petrossian seçimi kazanmıştır. Bundan sonra bir yasayla Yüksek Sovyet'e anayasa yapımı yetkisi verilmiş ve bir anayasa komisyonu kurulmuştur. Bu komisyon hükümet üyeleri ve parlamento üyelerinden oluşmuştur. Ayrıca, komisyonu cumhurbaşkanı yönetmiş ve hatta üyeleri de cumhurbaşkanı seçmiştir.

1993 yılında taslak tamamlanmış, parlamentoya sunulmuş ve Ermeni gazetelerinde yayınlanmıştır. Muhalefet, iktidar güçleri tarafından hazırlandığı için bu anayasayı eleştirmiştir. Bunun yanında, başkanın geniş yetkileri, 1915'deki sözde soykırım ve Ermenistan'ın sınırlarının uluslararası hukukta tanınmasına ilişkin çok yeterli atıf bulunmadığı için ağır eleştirilere hedef olmuştur. İktidar bu aşamada medya yoluyla halkı yoğun biçimde etkilemeye çalışmış, hatta referandumdan önceki gece cumhurbaşkanı devlet kanalına çıkarak bu anayasanın referandumla reddedilmesinin ülkenin felaketi olacağı yönünde açıklamalar yapmıştır. Unidem Konferansında Ermenistan temsilcisi Ermenistan yüksek Sovyetinin yasama ve başkanlık güçlerini tanımlayan yasama tasarrufları yaptığını ve bu ilkelerin anayasa metnine yansılatacağını belirtmiştir. Ayrıca, mevcut hukukun, Ermeni toplum yapısına ve demokratik ilkelere uyarlanamayacak bir durumda olduğunu, Fransız tipi bir sisteme eğilim gösterdiklerini ve Ermenistan'ın eski yapılarını koruma eğilimlerinin olmadığını da ifade etmiştir.

Altı muhalefet partisi birlikte alternatif bir taslak hazırlamış ve bunu kamunun görüşlerine sunmuştur. 1994 yılında halkın önünde iki anayasa taslağı vardır. Bu dönemde anayasanın nasıl kabul edileceğine ilişkinde yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Sonunda taslağın parlamento seçimleri esnasında referanduma sunulmasına çoğunlukla karar verilir. Ancak, mevcut anayasa değişikliği için üçte iki çoğunluk aranması, meşruluk tartışmalarına neden olmuştur.

1995 yılında Ermeni Anayasası referandumda yüzde 68 oyla kabul edilmiştir. Bu anayasa diktatörlük anayasası olarak eleştirilmiştir. 1997 yılında 15000 kişi Erivan'da yeni seçimler ve anayasa karşı gösteri düzenlemiştir.³⁵

Anayasa yapım sürecini atanan Yüksek Sovyet'in başlatması ve süreci cumhurbaşkanının yürütmesi söz konusu olduğu için, reform yoluyla demokrasiye geçişten söz edebiliriz. Bu süreçte uzlaşma aranmamış ancak süreç toplumun eleştirilerine açık olmuştur.

³⁵ Levent Gönenç, *Prospects For Constitutionalism In Post Communist Countries*, s. 179-182

2. Gürcistan

Muhalefet 1989-1990 yıllarında artan halk desteğiyle büyümeye başlamış ve komünist parti kendisini bazı değişiklikler yapaya mecbur hissetmiştir. Muhalefetin baskısıyla önce seçimlerin yapılması ertelenmiş daha sonra, muhalifler ve komünist partinin uzlaşması sonucunda hazırlanan serbest seçim yasası 1989 yılında kabul edilmiştir. Ülkede çok farklı düşüncelere sahip çeşitli muhalif guruplar vardı. Ancak, 1990 yılında bu muhalifler ve komünist parti yuvarlak masa etrafında toplanmayı başarmıştır.

Yeni yasaya göre yapılan 1990 yılındaki seçimlere halkın ancak %50'si katılmış; Özgür Gürcistan Bloğu, seçimleri % 64 çoğunlukla kazanmıştır. Yeni lider, 1991 yılında birleşmeyle ilgili referandumu boykot etmiş ve buna katılamayacaklarını bildirmiştir. Buna rağmen, Kuzey Osetya ve Abhazya birlikten yana oy kullanmıştır. Ardından Gürcistan hükümetinin yaptığı referanduma katılan % 95 seçmemenin, % 91'i birleşmeye hayır oyu kullanır ve buna bağlı olarak Gürcistan'ın bağımsızlığını ilan edilir.

1991 yılında başkanlık seçimleri yapıldı. Yeni başkan Gamsakhurdia'yı destekleyenler ve muhalifler arasında kutuplaşma uç boyutlara ulaştı ve ülkede özellikle etnik ayrımcılığa dayanan bir iç savaş başladı. Kuzey Osetya'da Rus, Osetya ve Gürcü kuvvetleri arasında bir çatışma başladı. Gumsakhurdia, etnik azınlıklara ayrımcılık yaptığı ve adeta bir diktatör gibi davrandığı ve bir çok konuda insan hakları ihlali yaptığı için ağır bir şekilde eleştirilmekteydi. Sonunda başkan Gamsakhurdia ve yandaşları ülkeyi terk etmek zorunda kaldı. Bunun üzerine 1992'de Askeri Konsey ülkeyi yönetmeye başladı ve bu konsey ajandasına Gürcistan Anayasasını tadil ertelemeyi de koydu. Shevardnadze'nin ülkeye dönüşüyle Askeri Konseyin yerini Devlet Konseyi aldı ve Shevardnadze bu konseyin başı oldu.

1992 parlamento seçimlerinde hiçbir parti büyük çoğunluk sağlayamamış ancak eski komünistlerden oluşan Barış Bloğu 29 sandalye elde ederek birinci parti olmuştur. Shevardnadze de Yüksek Sovyet başkanı oldu. Bu süreçte ülkede gerçek bir muhalefet olmamıştı ve güçlü bir yürütme söz konusuydu. Ülkede ekonomik ve siyasi krizler baş göstermeye başladı ve Gürcistan tekrar karıştı. Eski lider Gamsakhurdia tekrar ülkeye döndü. Gamsakhurdia ve Shevardnadze yanlıları arasında bir iç savaş çıktı. 25 Mart 1993 yılında ülkede iç huzurun sağlanmasından sonra, Shevardnadze'nin başkanlığını yapacağı bir anayasa komisyonu oluşturuldu. Toplumun birçok kesimi bu süreçte yer aldı. Kamu taslakları hakkında bilgilendirildi. 24 Ağustos 1995 yılında anayasa kabul edildi. Anayasa yapım süreci uzlaşmacı bir

şekilde konsensüsle gerçekleşti. Siyasi partilerin büyük bir kısmı yeni anayasa için olumlu oy kullandı.³⁶

Ülkede yuvarlak masa görüşmeleriyle başlayan anayasa yapım süreci, iç karışıklılar nedeniyle sık sık kesintiye uğramıştır. Ayrıca, bu karışıklıklar anayasa yapım sürecini siyasi ve dış etkilerin baskısına da açık hale getirmiştir. Etnik azınlıkların Anayasa yapım sürecinde büyük bir zorluğa neden olduğu görülmektedir. İlk başkan bir diktatör gibi davranmış sonraki başkan da askeri konsey tarafından iş başına getirilmiştir. Son aşamada uzlaşmacı üslup var olsa da toplumda yoğun bir kutuplaşma söz konusudur.

C. KOPMA YOLUYLA DEMOKRASİYE GEÇİŞ

Romanya

Romanya'nın tarihinde bir anayasa geleneği olmadığı görülmektedir. Ancak bu durum 1990 ve 1991 yıllarında bir anayasa yapımının Romanya'nın başlıca konusu olmasını engelleyememiştir. Anayasanın hazırlanmasında en çok "National Salvation Front" (NSF) etkin olmuştur. Eski diktatör Ceauşescu'nun devrilmesinden sonra eski komünist parti üyesi, popüler Ion Iliescu, NSF'nin kuruluşunu ilan etti ve 22 Aralık 1989 tarihinde yeni seçimler yapılana kadar ülkenin kontrolünün geçici bir süreliğine kontrolünü ele aldıklarını halka bildirdi. Yaptığı bu bildiride ulus ve grup ayırımı yapmadan özgürlük ve saygınlığın yanında yer aldıklarını; olası bir kaosu önlenmesi için devleti NSF Konseyinin yöneteceğini ve eski kurumların normal bir ekonomik ve sosyal hayatın devamı adına görevlerine devam edeceğini duyurmuştur.

NSF Konseyinde 145 üye vardı ve bunların kompozisyonuna bakıldığında birkaç tane vitrin niteliğinde muhalif dışında, üyelerin çoğunun eski komünist rejim taraftarları olduğu görülmektedir. Toplumun tüm tabakalarını ve gruplarını kapsayan bir çatı olacağı söylemlerine rağmen, konseyde sadece birkaç birkaç muhalif üyenin olması hayal kırıklığı olmuştur. Esas gücün Iliescu ve takımında olmasının geçmiş komünist rejimin bir uzantısı oldukları yönünde de yorumlara yol açmıştır. Bu süreçte yapılan yasalar NSF üyelerinin çıkarlarını koruma amaçlıdır. Bunlarla ek olarak, NSF'nin seçimler yapılana kadar ülkeyi yönetecek kısa süreli, "ad interim" bir organizasyon olduğunu söylemesine rağmen, seçimleri hem organize edeceği hem de bir siyasi parti olarak bu seçime katılacağını bildirmesi büyük tepkilere yol açmıştır. Sonrasında, "Independent Group for Democracy" adında bir grup

³⁶ Gönenç, s.185-187

Anayasa Yapım Yöntemleri

gösteriler düzenledi ve ardından başka tepkiler de gelmeye başlayınca, Ilescu başlıca siyasi partilerin liderlerini görüşmeye davet etti. Bunun üzerine birçok siyasi partinin katılımıyla oluşturulan yeni bir kurum “Geçici Ulusal Birlik Komitesi-The Provisional Council for National Unity (PCNU)” oluşturuldu. Bu kurum 14 Mart 1990 tarihinde parlamento ve seçimlere ilişkin bir yasa kabul etti. Buna göre cumhurbaşkanını halk seçecek, seçimlerde nispi temsil uygulanacak ve seçim sonucunda iş başına gelen meclis 18 aylığına iş başına gelen kurucu meclis olacaktır. Böylece medya tarafından desteklenen ve halk arasında çok popüler olsun Ilescu başkan olarak seçilebilecekti³⁷.

Mayıs 1990’daki cumhurbaşkanlığı ve yasama organının iki meclisinin seçimleri NSF için bir zafer oldu. NSF parlamentodaki koltuk sayısının yüzde yetmişini elde ettiğinden, kolaylıkla anayasa kabulü için gerekli olan üçte iki çoğunluğa sağlayabilecek ve kendi menfaatleri doğrultusunda anayasa düzenlemeleri yapabilecekti. Anayasa yapımı üç aşamadan oluşmuştur: Bunlar ön taslağın harıllanması, taslağın kabul edilmesi ve referandumla onaylanmasıdır. Anayasa taslağının hazırlanması için Meclis Anayasa Taslak Komitesi oluşturuldu. Üç tane ön taslak hazırlandı ve bunlar gazetelerde yayımlandı. Ancak bu taslaklar hakkındaki tartışmalar zayıf olmuştur. Birçok gazete sadece politik seçimler, devlet şekli, başkanının yetkileri, anayasa mahkemesinin kuruluşu gibi konular üzerinde durmuştur. Tartışmalar sadece halk arasında değil; aynı zamanda hukukçular ve politikacılar arasında da zayıf geçmiştir. Öntaslakların hazırlanması ya da taslakların mecliste görüşülmesi esnasında hiç bir baro veya sivil toplum örgütü görüş bildirmemiştir. Weber, bu durumu, toplumda anayasallaşma ve demokrasi anlayışının olmamasına bağlamaktadır³⁸. Ayrıca, birkaç köşe yazarı anayasayı yapanlara duyulan güvensizlikten dolayı, yapıldığı zamanın en modern anayasalarından biri olarak gösterilen, Romanya 1923 Anayasasının tekrar sunulması önerisinde bulunmuştur.

Hazırlanan taslak parlamento temsilcileri, Avrupa Konseyinin, ABD’nin ve bazı Avrupa ülkelerinin hukuk ve anayasa uzmanları tarafından kapsamlı olarak incelenmiştir. Bu süreç içinde Romen politikacılar liberalizm ve bireyselciliğe hala çok uzak bulunmakta idiler.

21 Kasım 1991 tarihinde yeni halk oyuna sunulan anayasa kabul edilmiştir. Anayasa çabuk kabul edildiği ve etkilerinin yeteri kadar düşünülmediği konusunda eleştirilmektedir. Politik ideallerin çerçevelendiği, çelişen unsurlar taşıyan, muğlak

³⁷ Renate, Weber, Constitutionalism As A Vehicle For Democratic Consolidation In Romania, Democratic Consolidation In Europe, s.219-221

³⁸ Weber, s.213 - 219

bir dili olan bu anayasa, Romanya'ya istikrar getirememiş, ancak demokrasi ve anayasallaşma sürecinin başlangıcı olmuştur³⁹. Romanya anayasasının “gereksiz konulara yer veren, son derece ayrıntılı, elverişsiz, retorik ve derleme” ve hatta Doğu Avrupa'daki en az liberal anayasa olduğu yönünde eleştiriler vardır⁴⁰.

Romanya, kopma sonrasında anayasa yapım sürecini büyük ölçüde geçici hükümetin kontrolünde gerçekleştirmiştir. Bu süreç aynı zamanda çatışmacı anayasa yapımının da bir örneğidir. NSF'nin parlamentodaki çoğunluğu nedeniyle, uzlaşma sağlanması yoluna pek gidilmemiştir. Muhafız liberaller anayasaya olumsuz oy vermişlerdir⁴¹. Kararlar genellikle pazarlıklar sonucu değil; komünist ve sosyalistlerin isteklerini tek yanlı ve uzlaşma aramadan dayatmaları şeklinde olmuştur. Bu süreçte, politikacılar anayasasının kendi menfaatlerine uygun olması için uğraş vermiş olsalar da, anayasa yapım ve kurum oluşturma tecrübesi çok az olan Romanya'da oluşturulan anayasal rejim birçok alanda boşluk bırakmıştır. Örneğin anayasasının müphem yazılış tarzı (ifadesi) esnek yorumlara ve anayasal kurumların anlamından biraz farklı ve gevşek kaleme alınmış olağan bir yasama ile yetkilerinin değiştirilebilmesi olasılığını ortaya çıkarmıştır. Ayrıca, bu anayasayı hazırlayan, Ceauşescunun devrilmesinden sonra ülkede oluşan siyasal boşluğu dolduran, bir grup muhafız ve komünist parti üyelerinden oluşan “National Salvation Front- Milli Selamet Konseyi” kendisine politik inhisarlar sağladığı için çok fazla eleştirilmiştir. Bu nedenle de, 1991 yılındaki bu anayasasının meşruluğu tartışmalıdır⁴². Romanya anayasasının bu zayıflığı toplumda, daha demokratik bir ülke için bazı anayasa değişikliklerinin gerekliliği konusunda bir bilinç oluşmasına neden olduğu da söylenmektedir.⁴³.

D. SÖZLEŞME YOLUYLA DEMOKRASİYE GEÇİŞ

1. Macaristan

Macaristan'da demokratikleşme süreci çok belirgin bir biçimde ortaya çıkmıştır. Bunun nedeni, Macaristan'ın bu sürece erken başlaması, gelişmiş bir siyasi parti sisteminin olması, diğer komünist ülkelere nispeten liberal bir yapıya ve köklü bir anayasa geçmişine sahip olması olarak sıralanabilir. 1980'li yıllarda komünistlerin demokrasi ve anayasallaşmanın gerekliliğine inandıklarını söylemeleriyle, iktidar, değişimin kaçınılmaz olduğunu anlamış ve Macaristan'da sınırlı anayasal değişiklikler

³⁹ Weber, s.221

⁴⁰ Atar s.130

⁴¹ Özbudun, s. 88,89

⁴² Weber, s. 212;

⁴³ Weber, s. 213;

Anayasa Yapım Yöntemleri

yapılmaya başlanmıştır. 1989 yılında toplantı ve örgütlenme hürriyetinin sağlanması, referandum ve güvenoyu kurumunun ihdas edilmesi, komünist partinin öncü rolünün anayasadan çıkartılması gibi değişiklikler yapılmıştır. Zaten örgütlenmenin çok yaygın olmadığı Macaristan’da, bu dönemde grev, kitle gösterisi veya şiddet eylemleri olmamıştır.

Macaristan komünist partisi, yaşanan ekonomik krizin de etkisiyle Polonya’yı örnek alarak muhalefet ile yuvarlak masa görüşmeleri yapmaya başladı. Macar muhalefeti anayasal değişikliklerin serbest seçimlerden sonra yapılması gerekliliğini düşünüyordu. Ancak seçimleri gerçekleştirebilmek için kamu hukuku alanında ve basın özgürlüğü ve siyasi partiler gibi konulara ilişkin önceden bir takım anayasal düzenlemelere gerek vardı. Büyük ölçüde reformcuların eline geçmiş olan komünist parti, bu yolla iktidarının en azından bir bölümünü korumayı amaçlıyordu. Buna göre, önce demokratik seçimlere ilişkin bir paket hazırlanacak, ardından yeni seçilen parlamento yeni anayasayı hazırlayacaktı. Muhalefet ancak üç ay sonunda bazı temel yasalarda ve anayasanın bazı hükümlerinde değişiklik yapılması konusunda ikna edildi. Bunlar, devletin adının “hukuka dayanan bağımsız demokratik bir devlet” şekline dönüştürülmesi, cumhurbaşkanlığı makamı, anayasa mahkemesi, ombudsman kurumu ve sayıştayın kurulması, siyasi partiler ve seçim kanunu yapılması gibi değişikliklerdir. Böylece, Macaristan’ın tek partili dönemde seçilmiş olan parlamentosu anayasayı önemli ölçüde değiştirmiş oldu ve 23 Ekim 1989’da değişiklikler yürürlüğe girdi⁴⁴.

Yuvarlak masa görüşmelerinde muhalefet ve iktidar birçok konuda uzlaşma sağlamıştır. Ancak uzlaşamayan bir önemli nokta vardı ki, o da cumhurbaşkanının seçilmesine ilişkindi. Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilirse kendi başkanlarının seçileceğini düşünen komünistler bu yolla egemenliklerini bir süre daha devam ettirebileceklerini için halk seçimi istiyordu. Ancak cumhurbaşkanını parlamentonun seçmesini isteyen anti-komünistler, buna şiddetle karşı çıktı ve konunun referanduma sunulması istedi. Referandum için gereken 100,000 imza kolaylıkla sağlandı ve bir referandum yapıldı. 26 Kasım 1989 tarihinde yapılan referandumla, cumhurbaşkanını parlamento seçiminden önce doğrudan halk tarafından seçilmesi reddedildi.

1989 Macaristan Anayasası bir geçici anayasa niteliği taşımaktaydı. Bu durum, anayasanın giriş paragrafında “... yeni bir anayasa harılanana kadar Macaristan anayasası şöyledir...” diyerek belirtilmiştir. Anayasa, demokratik sürecin başlaması

⁴⁴ Andras Sajo, Ed. Constantijn Kortmann, The Republic Of Hungary, Joseph Fleuren Wim Voermans, Constitution Law Of 10 EU Member States, Kluwer, Netherlands, 2006, IV- s.10, Özbudun, s.105

adına önemli ilkeler içermekteydi ve bu anayasayla demokratikleşme adına büyük bir adım atılmış oldu. Ancak 1989 sonbaharında, siyasi partilerin anayasa yapımı sürecini bir seçim kampanyası haline getirip sadece politika konusuna ağırlık vermeleri, anayasa yapımının sosyal ve ekonomik tarafının unutulmasına neden oldu. Yuvarlak masa görüşmeleri esnasında ekonomik ve sosyal ilkeler için özel komiteler oluşturulmuştu, ancak bunların görüşmeleri yeterince dikkate alınmadı. Bir görüşe göre, 1989 anayasasının sosyal bir anlaşmaya dayalı olmaması büyük bir dezavantaj olmuştur⁴⁵.

1990 yılında serbest parlamento seçimlerinin yapılmasıyla komünistlerin egemenliği sona ermiş oldu ve seçim sonucunda iki demokrat partinin koalisyonu oluştu. Parlamentonun iki güçlü partisinin lideri gizlilik içinde yeni anayasal reformlar için bir anlaşma yaptılar. Daha sonra değişiklik halka duyuruldu ve yeni parlamento değişiklikleri kabul etti. 1990 değişiklikleriyle, 1989 yılında yapılan anayasa değişiklikleri yeniden ele alınmış oldu. Anayasa metninin üçte biri tadil edildi ve hatta bazı maddeler bir ay içinde iki-üç kez değişikliğe uğradı. Örneğin anayasa gücündeki kanunların sayısının azaltılması (üçte iki çoğunluk aranan hallerin kısıtlanması) ve güven oylamasının daha yapıcı hale getirilmesi, zayıf başkan ve güçlü parlamento yerine, güçlü başkan ve hükümet ve nispeten daha zayıf bir parlamento oluşturulmasına ilişkin düzenlemeler yapıldı.

Yeni parlamento oluşmadan önce anayasa yapımı için sağlanan konsensüsler, genellikle politik pazarlıklar ve karşılıklı ödün vererek dinamik ve yenilikçi olmuştur. Birçok anayasa taslağı üzerinde görüşmeler olmuş. Yeni parlamento için ise bu süreç başarısızlık ve çıkmazlarla sonuçlanmıştır. Bu dönemde de birbirleriyle yarışan çeşitli anayasa taslakları olmuştur. Ancak, bunlar kısmen ya da tamamen kamuoyunun görüşünden uzak tutulmuştur. Yeni rejimin getirdiği politik ve sosyal formüller kamunun görüşlerine açık olmamıştır.⁴⁶ Devlet-birey ilişkisi, sağlık, sosyal güvenceler ve eğitim sistemine ilişkin değişiklikler bir uzlaşma aramadan gerçekleştirilmiştir

Değişikliklerle sonrasında anayasa, Stalinci olmamakla birlikte bazı çelişkili hükümler ihtiva etmekteydi ve halk tarafından da fazla itibar edilmiyordu. Anayasanın değiştirilmesi için üçte iki çoğunluk gerekmesine rağmen, halkta siyasilerin amaçlarına uygun olarak bu anayasayı kolayca değiştirebilecekleri kanısı oluşmuştu. Medya ve siyasi partiler de bu anayasanın hala Stalinci olduğu konusunda ağır eleştirilerde bulunmaya devam etmekte idi..

⁴⁵ Agh, s.304,305

⁴⁶ Agh, s.319

Anayasallaşma sürecinde iktidarın ve diğer siyasi partilerin medya ile arası pek iyi durumda değildi. Medya duyduğu her bilgiyi ve dedikoduyu halka yayıp yasama ve yürütme gücüne saldırıyordu. Yine de geçmiş rejimin bir kalıntısı olarak, halk da medyaya pek güvenmiyordu. Ayrıca, halk siyasilere karşı ilgisizdi. Bunun önemli nedenlerinden biri olarak ülkede baş gösteren ekonomik kriz gösterilmektedir. Ülkedeki yaygın görüş, demokratikleşmenin, ekonomik bir alt yapıyı da gerektirmesi yönünde idi. Macar anayasallaşma sürecinin eksiklerinin veya sorunlarının kaynağı olarak önemli ölçüde bu ekonomik kriz ve fakirlik gösterilmektedir⁴⁷. Macaristan'da yeni bir anayasa yapılmamış ancak eski anayasanın tamamına yakını değiştirilmiştir. Özbudun'a göre, Macaristan'da sözleşme yoluyla demokrasiye geçilmiştir ve 1949 komünist dönem anayasasının değiştirilmesiyle oluşan yeni Macaristan anayasasındaki, “*değişiklikler o kadar radikal ve geniş kapsamlıdır ki, bu günkü Macar Anayasasının demokratik bir siyasal sistemin ihtiyaçlarını karşılamakta olduğundan şüphe edilemez*”⁴⁸. Sözleşme otoriter rejimin ılımlılarıyla demokratik muhalifler arasında, hem demokrasiye geçişin yöntemi hem de ana ilkeleri üzerinde anlaşmalarıyla yapılmıştır. İktidar kendisini bu sözleşmeyle sınırlı hisseder. Ancak, reform yoluyla geçişin de özelliklerini taşımaktadır. Şöyle ki, geçiş döneminde anayasa değişiklikleri otoriter rejim yöneticileri tarafından başlatılmış, ancak, bu süreçte iktidarı koruyan komünistler muhalefetle görüşmeler yapmıştır. Yeni bir anayasa hazırlanmamış olmakla birlikte, komünist rejim anayasası büyük ölçüde seçimle iş başına gelmiş iktidar tarafından değiştirilmiştir. Ayrıca, bu süreçte yukarıda belirtilen nedenlerle toplumsal bir konsensüsün sağlandığını söyleyebilmek güçtür.

Referandum kurumunun da kabul edildiği Macaristan Anayasasında, anayasa ve seçim kanunu gibi bazı temel kanunlarda değişiklik yapılması meclisin “üçte iki” oy çokluğuna bağlanmıştır. Bu, bazı kanunların anayasal statüye sokulduğunu göstermektedir. Macaristan Mayıs 2004'de Avrupa Birliği üyesi olana kadar, Anayasada 26 değişiklik yapılmıştır.

2. Polonya

Polonya'daki komünist anayasanın demokratik bir anayasaya dönüşmesi süreci barış ortamı içinde yavaşça, hukukun genel ilkeleriyle örtüşür bir biçimde gerçekleşmiştir⁴⁹. Polonya'nın anayasa yapım sürecine hem erken başlamış olması

⁴⁷ Wilmos Sos, *The Paradigm Of Constitutionalism, The Rule Of Law After Communism*, Ed. Martin Krygier, Adam Czarnota, Dartmouth Publishing, 1998, s.137-139

⁴⁸ Özbudun, s. 108

⁴⁹ Sokolewicz, Wojciech, s.245, *The Relevance Of Western Models For Constitution-Building Şn Poland, Constitutional Policy And Change In Europe*

hem de yuvarlak masa görüşmeleriyle süreci götürmüş olması yönleriyle, dikkat çekici olması yanı sıra diğer ülkelere örnek bir model olmuştur.

1989 yılında Şubat ve Nisan ayları arasında karşıt siyasal görüşler (komünist hükümet ve demokratik muhalefet) arasında yapılan yuvarlak masa görüşmeleriyle sözleşmeye dayanan demokrasinin sağlanması amaçlanmıştır.⁵⁰ Komünist parti ekonomik kriz ve sosyal gerginlikler nedeniyle, iktidar paylaşımını kendi menfaatlerine uygun görüyordu. İktidar partisi muhalefetin iktidarda pay sahibi olmasını, ancak iktidara gelmemesini istiyordu⁵¹. Görüşmeler sonucunda imzalanan sözleşmeyle anayasal değişiklikler, eski kurumlar ve demokratik ülkelerdeki kurumların bir karışımı olacaktı⁵². Bu görüşmelerle sınırlı bir anayasa değişimine karar verilmişti. Buna göre demokratik seçimler, adalet sistemi, sendikal faaliyetler, sansür ve ekonomik önlemlere ilişkin düzenlemeler yapılacaktı. Buna göre de birinci meclis (Sejm) dışında seçimle ikinci bir meclis (senato) kurulacak, güçlü cumhurbaşkanı makamı yaratılacaktı. Ayrıca Sejm üyeliklerinin yüzde 65'i komünist partinin olacaktı. Bu nedenle de, meclisin demokratik meşruiyetten yoksun olduğu söylenmektedir⁵³. Bu hüküm, her ne kadar meşruluğa gölge düşürse de 1991 yılındaki yeni seçime kadar sürmüştür.

Yapılan anayasa değişiklikleriyle komünist sitemin temel ilkeleri büyük ölçüde bertaraf edilmişti. Haziran 1989'da yapılan seçimle komünist olmayan bir hükümet kuruldu. Bu dönemde de bazı anayasa değişiklikleri yapıldı. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesine karar verildi.

1989-1991 yıllarında yapılan anayasa değişiklikleri, 1952 anayasasının komünist yapısını önemli ölçüde değiştirmiş, demokratik ve yaşayan bir anayasa olmasını sağlamıştır⁵⁴. Ancak anayasa topluma uyum sağlayamamıştı. Bunun bir nedeni kökünün 1952 yıllara, yani Stalin'in kanlı diktatörlüğüne dayanması, ikinci olarak da değişikliklere rağmen anayasanın hala kuvvetler birliğine ilişkin hükümlerinin kalıntılarının bulunuyor olması kabul edilir. Üçüncü olarak medeni haklara ilişkin garantilerin yetersiz olması ve değişik zamanlarda değişik amaçlarla yapılan değişikliklerin anayasanın gramatik bütünlüğünü bozması olduğu ileri sürülür. Bu

⁵⁰ Atar, s.128

⁵¹ Özbudun, s.102

⁵² Boguslaw, Banaszak, Ed. Constantijn Kortmann, Joseph Fleuren Wim Voermans, Constitution Law Od 10 Eu Member States, Kluwer, Netherlands, 2006, s.VIII-11

⁵³ Batt, Wolczuk, 1998, s 90

⁵⁴ Sokolewicz, s.246,247

Anayasa Yapım Yöntemleri

durumlar anayasanın uygulanmasını ve halkla bütünleşmesini engelliyordu ve yeni bir anayasa yapımının gerekliliği sonucunu doğurdu⁵⁵.

Parlamento yeni bir anayasa yapmak için çalışmalarında bulunmuş ve bazı taslaklar hazırlanmıştır. Yeni anayasanın kabulü için parlamentonun üçte iki oyu ve ayrıca referanduma gidilmesi gerekmektedir. Bu amaçla senato ve Sejm tarafından hazırlanan iki birbirinden çok farklı anayasa taslağı hazırlandı ve nihayetinde ikisi de kabul edilmedi.⁵⁶.

1991 yılında Polonya serbest ve demokratik bir parlamento seçimi yapmış ve yeni anayasa yapımı sürecinde ilk adımı oluşturmuştur. 23 Nisan 1992 tarihinde Resmi Gazetede anayasa yapımı ve yürürlüğüne ilişkin usullere yönelik bir anayasa hükmü yayımlanmıştır. Özellikle de seçilmiş bir komisyon taslak hazırlamayla görevlendirilecekti. Komisyon, Sejm tarafından görevlendirilen 46 ve Senato tarafından görevlendirilen 10 üyeden oluşmaktaydı. Bu kişiler anayasa taslağını, ulusal meclisin en az 56 üyesinin ya da başkanın tekliflerini dayanak olarak hazırlayacaktı. Bu anayasa komisyonu, ulusal meclise taslak sunacak tek otoritedir. 1992 yılında nihai bir anayasa metni hazırlanana kadar geçici bir “Küçük Anayasa” yürürlüğe kondu. Bu anayasa devletin temel sistem ve organlarını düzenleyen anayasal güce sahip olan bir metindir. Ancak Cumhurbaşkanı Lech Walesa'nın görüşleri doğrultusunda hazırlandığı, özellikle onun istediği yönde düzenlemeler yapıldığı konusunda eleştirilmektedir.

Anayasa, meclisin üyelerinin en az yarısının hazır bulunduğu toplantıda üçte iki çoğunlukla kabul edebilecekti. Kabul edilen anayasa sonunda cumhurbaşkanı tarafından imzalanacak ve referanduma katılanların çoğunluğu tarafından onaylanırsa geçerlilik kazanabilecekti. “Küçük Anayasa”nın 77. maddesine göre, 1952 Anayasasının bazı hükümleri geçerliğini koruyordu⁵⁷.

Polonya'daki anayasa yapım süreci uzun zaman almış ve anayasa üzerindeki çalışmalar 1997 yılından önce bitirilememiştir. 22 Mart 1997 tarihinde Ulusal Meclis anayasa taslağını tamamlamıştır. Bu taslak meclis içindeki siyasal gruplarla meclis dışı grupların bir uzlaşması niteliğinde olmuştur. Bu anayasa, ulusal meclis tarafından 2 Nisan 1997 tarihinde kabul edilmiş ve 25 Mayıs 1997 yılında bir referandumda, 52,8'lik oran ile onaylanmıştır⁵⁸.

⁵⁵ Sokolewicz, s.246,247

⁵⁶ Batt, Wolczuk, s.91

⁵⁷ Sokolewicz, s.248, 249

⁵⁸ John Fitzmaurice, Politics And Government In Visegrad Countries, St. Martin's Pres, 1998, s.53-57

Yeni anayasa ile Polonya’da kabul edilen devlet sistemi kendine özgü bir yapı oluşturmaktadır. Yarı başkanlık sisteminin çeşitli özelliklerini taşımakla birlikte esas olarak parlamenter sistemin özelliklerini taşımaktadır.

Polonya Cumhuriyetin Anayasası, “tamamen” veya “kısmen” anayasa değişikliğini usullerini birbirinden ayırtmamıştır. Anayasanın 235. maddesi anayasa değişikliği için izlenecek prosedürü ayrıntılı biçimde göstermektedir. Anayasanın I, II veya XII bölümlerine ilişkin anayasa değişiklikleri ise Senatonun onaylamasının ardından bu değişikliği isteyenlerin arzusu doğrultusunda referanduma da sunulabilecektir.

Görüldüğü gibi Polonya’da önce iktidar ve muhalefet bir araya gelerek demokratik seçimlerin yapılmasını sağlamak üzere çeşitli Anayasa değişiklikleri yapmış ve büyük çoğunlukla seçilen yeni iktidar, yeni düzenlemelerle demokrasiye geçişi hızlandırmıştır. Ancak bunların yeterli olmadığı görülmesi üzerine, yeni anayasa yapımı çalışmaları başlamış, bu süreçte ise geçici olarak bir anayasa yürürlükte olmuştur. Polonya’da da sözleşme yoluyla demokrasiye geçiş söz konusudur.

3. Eski Çekoslovakya

1989 sonbaharında demokrasi taraftarlarının sokaklara çıkması ve gittikçe artan sesleri sonucunda, Çekoslovakya’da da değişim başlamış oluyordu. Demokratlar iki şemsiye organizasyonunu kurdular. Bunlar: Çek topraklarında Civic Forum (OF)- Vatandaş Forum ve Slovak topraklarında “Public Against Violence (VNP)-Şiddete Karşı Halk”tır. Bu organizasyonlar geniş bir halk topluluğunu da arkasına alarak derhal komünist yönetimlerle görüşmelere başlamıştı. Ekim 1989’da yuvarlak masa görüşmelerinde mevcut parlamentodaki güven duyulmayan üyelerin görevlerine son verilmesi yerine OF, VNP ve diğer siyasi partilerin aday gösterdiği kişilerin atanmasına karar verildi ve bir anayasal kanunun kabul edildi. Bu federal meclisin kendi kendini temizlemesi anlamına geliyordu. Böylece serbest seçimler için yapılacak anayasa değişiklikleri için güvenilir bir parlamento oluşturulacaktı. Ayrıca, yeni bir cumhurbaşkanının seçilmesine de karar verilmişti. Havel ve Dubcek iki güçlü aday olarak ortaya çıkmıştı. OF ve VBP’nin ortak adayları olan Havel, yuvarlak masa görüşmelerindeki önemli rolünden dolayı cumhurbaşkanı seçildi. Seçim sırasında, kendi çok popüler başkanlarının seçilebilme olasılığı fazla olduğu için cumhurbaşkanının doğrudan halk oyuyla seçilmesi yönünde Komünist Partinin bir önerisi olsa da, FNP ve OF, cumhurbaşkanının demokratların ağırlığının fazla olduğu yeniden formüle edilen federal meclis tarafından seçilmesi konusunda taviz vermedi⁵⁹.

⁵⁹ Kopecky, Petr;The Czech Republic: From The Burden Of The Federal Constitution To The Constitutional Horse Trading Among Political Parties, s.320-322

Anayasa Yapım Yöntemleri

Komünist rejimin, sokağın büyük desteğiyle kuşatılmasıyla birlikte, yuvarlak masa görüşmelerinde yeni bir kurumsal organizasyon da yapılmaya başlanmıştı. 1989 yılında hukukçular tarafından çoktan geçici bir anayasa taslağı hazırlanmıştı. Ancak devrimin öncüleri, eski anayasayı bazı değişiklikler yaparak korumaya karar verdiler. Bunun nedeni ilk aşamada radikal adımların atılmasını önlemek ve ayrıca yeni bir anayasa yapımının Havel için öncelikli bir konu olmamasıydı. Komünist anayasanın, komünist rejimin temellerini oluşturan ilkeleri çıkartıldı ve yeni bazı kurumlar eklendi ve bazı kurumlar olduğu gibi muhafaza edildi. Buradaki önemli noktalardan biri, yeni bir anayasa hazırlanana kadar Federal Meclis, Çek ve Slovak Milli Konseylerinin sadece iki yıl süreyle görev yapacaklarına ilişkin düzenlemedir. Çünkü 1990 seçimleri eski rejime karşı bir plesibit niteliğinde olacak, çoğulculuğun gerçek bir yansıması olamayacaktı⁶⁰. Buna göre, kurcu bir meclis öngörülmüştü.

Haziran 1990'da yapılan seçimlerde, yüzde beşlik barajı aşarak OF ve VNP ve 7 siyasi hareket meclise girmeyi başardı. Komünist parti 150 sandalyeden 47sini alarak ikincil bir konuma geçti. 1989'da çeşitli değişiklikler yapılarak ve kanunini düzenlemelerle demokrasiye geçiş konusunda önemli adımlar atılmıştır. Komünist ideolojiye bağlılık sona ermiş, mülkiyet ilişkisinde devletin öncülüğü kaldırılmıştır. Yasama organının ise nispi temsile dayanan demokratik bir usulle seçilmesi ve yüzde beşlik bir barajın oluşturulması öngörülmüştü. Federal sistemde devletlerin kendi otonomileri arttırılmış, vergi yasası dahil olmak üzere market ekonomisine geçiş konusunda önemli adımlar atılmıştır. Anayasa mahkemesi kurulmuş ve ayrıca siyasi partiler, kiliselerin hukuki statüsü, temel hak ve hürriyetler alanında demokratik düzenlemeler yapılmıştır. Kasım 1989 ve 1992 yılının sonuna kadar 50'den fazla anayasa maddesi kabul edilmiştir. Böylece anayasal sistem büyük ölçüde değiştirilmiş oluyordu.

Serbest seçimlerden önce meclisin yapısı çok da demokratik olmayan bir yöntemle değiştirilmişti. Ancak yine de, Çekoslovakya'daki anayasa yapım süreci büyük ölçüde uzlaşma içinde gerçekleşmişti. Buna rağmen, Çek ve Slovak Cumhuriyetlerinden oluşma bir federasyon olan bu ülke anayasa yapım sürecinde devletin niteliği üzerinde anlaşma sağlayamamış, bunun üzerine 1 Ocak 1993 tarihinde ayrılmıştır.

4. Çek Cumhuriyeti

Yönetimin teklifleriyle şekillenen Çek Anayasası dikkate değer bir konsensüsle 16 Aralık 1992 tarihinde kabul edildi. Çek Ulusal konseyi gibi bazı kurumlar ve insan hakları ve özgülükleri katalogu yeni anayasaya eklendi.

⁶⁰ Kopecky, Petr s.323, 324

Yeni anayasanın oluşturulmasında, Federal Çekoslovakya'da geçmiş yıllarda sahip olunan tecrübeler anayasa koyuculara yol gösterici olmuştur. Slovakia bağımsızlığını ilan edinceye kadar uzmanlar ve siyasi partiler, anayasa çalışmalarını veya hazırladıkları taslakları federal sistemin varlığına bağlı olarak yapıyorlardı. Anayasasının hazırlanması için yeterli zaman olmadığı için, bir süreliğine Çek Anayasasının sadece temel ve üzerinde anlaşma sağlanan konulardan oluşmasına karar verildi.⁶¹ Buna göre, Federal Çekoslovakya'nın bölünmesinden sonra geçici bir süreliğine Çekoslovakya Anayasasındaki hak ve yükümlülüklerin Çek Cumhuriyeti egemenliğindeki yerlerde devam edecekti. Bu madde 31 Aralık 1992 tarihinde yürürlüğe girmiş ve yeni bir anayasa kabul edilmese bile Çek Cumhuriyeti'nin anayasal hayatının devamını sağlamıştır.

Çek Cumhuriyeti, 1 Ocak 1993 yılında bağımsızlığını resmen ilan etmiştir. Yeni anayasa Ulusal Konseyin 198 üyesinden 172'sinin kabul ve 16'sının red, 10'un çekimser oyuyla kabul edilmişti. Çek Cumhuriyetinin yeni Anayasası, Çekoslovakya Anayasasına göre önemli bir değişiklik veya uluslararası hukuka ilişkin bir yenilik getirmiyordu. Güçlü sosyal ve ekonomik haklar tanıyan Çekoslovakya insan hakları beyannamesine de atıf yapılmıştı.

Çek Anayasası, uzlaşmacı bir üslupla hazırlanmıştır ve post-komünist ülkelerin anayasaları içinde en istikrarlı ve sağlam anayasa olarak nitelendirilmektedir Bunun nedenlerinden biri de anayasa görüşmeleri esnasında, Çek politikacılarının istikrarlı düşünce ve ideolojilere sahip olmalarıdır.⁶² Bu anayasa, kendine özgü koşullar içinde yapılmış bir politik anlaşmanın ürünüdür. Sözleşme yoluyla demokrasiye geçiş söz konusudur. Otoriter iktidar ve demokratik muhalefet bir araya gelerek rejimin ana ilkeleri üzerinde anlaşmışlardır. Çek Anayasasının modern anayasaların temel özelliklerine sahiptir ve liberal ve insan hakları sözleşmelerine uygun olacak bir içeriktedir.⁶³

Çek Anayasası katı bir anayasadır. Anayasanın değiştirilmesi için nitelikli çoğunluk aranmaktadır. Üyelerin beşte üçünün ve senatörlerin beşte üçünün oyuyla değiştirilebilir. Bu katı nitelik anayasanın değiştirilemez hükümleriyle de desteklenmiştir. Şöyle ki hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik devletin gereklerine aykırı değişiklikler yapılamaz. Ayrıca anayasanın 9. maddesiyle de otoritenin, hukuk

⁶¹ Dusan Hendrych, *Constitutionalism In The Czech Republic*, Ed. Jiri Riban, James Young, The Rukle Of Law In Central Europew, Ashgate Dartmouth, England, 1999, s.24,25

⁶² Kopecky, s. 336

⁶³ Dusan, s.28

Anayasa Yapım Yöntemleri

normlarının yorumuyla ülkenin demokratik kurumlarını kaldırması veya riske atması yasaklanmıştır⁶⁴.

Çek Cumhuriyeti Anayasa değişiklikleri genel olarak dış etkiler nedeniyle değiştirilmiştir. Özellikle de, Avrupa Birliğine uyum sürecinde uluslararası hukuktan etkilenilmiş ve uyum adına çeşitli değişiklikler yapmıştır.

5. Slovakya Cumhuriyeti

1992 yılındaki genel seçimlerden sonra Federasyondan ayrılma kararı vermiş olan Yeni seçilmiş Slovakya Ulusal Konseyi, 17 Haziran 1992 tarihinde Slovakya Cumhuriyetinin bağımsızlığını resmi olarak ilan etti.

Slovakya yeni anayasa yapımı için hızla çalışmaya başladı ve birkaç taslak üzerinde yoğunlaşan tartışmalar sonucunda, 28 Temmuzda 1992'de tamamen yeni bir anayasa kabul edildi. Anayasa, halkın müzakere ve tartışmalarından sonra oylanmıştır. Hıristiyan demokratlar ve Macar partileri bu taslağa, yasama-yürütme ilişkilerini ve azınlıklar gibi konuları yeteri kadar açık ve düzgün düzenlemediği için karşı çıkmışlardı⁶⁵. Ancak, ülkede büyük ölçüde bir uzlaşma sağlanmıştır. Yine de anayasanın iktidar partisinin görüşlerini yansıttığı, bazı çelişki ve belirsizlikler içerdiği söylenmektedir.

Slovak Anayasasına göre, Anayasa, Ulusal Konsey üyelerinin beşte üçünün çoğunluğuyla değiştirilebilir veya yeni bir maddenin anayasaya eklenmesi sağlanabilir. Anayasa değişikliklerinin dışında anayasal kanunlar (constitutional acts) önemli konuları düzenlemekte ve bazı anayasa maddelerine destek olmaktadır. Referandum kurumu da ihdas edilmiştir. Ancak, toplantı yetersayısı ve diğer başka nedenlerden dolayı Slovakya'da yapılan tüm referandumlar başarısızlıkla sonuçlanmıştır. 1992 yılından beri ülkede gerçekleştirilen tek başarılı referandumun, 2004 yılında Avrupa Birliğine katılıp katılmamam konusundadır⁶⁶. Slovakya Avrupa birliğine katılım sürecinde Anayasasında çeşitli değişiklikler yapmıştır.

⁶⁴ Vaclav Pavlicek, Miluse Kindlova, Ed. Constantijn Kortmann, Joseph Fleuren Wim Voermans, Constitution Law Of 10 Eu Member States, Kluwer, Netherlands, 2006, s.II-21

⁶⁵ Fitzmaurice, s.63

⁶⁶ Alexander Brörtl, The Slovak Republic, Ed. Constantijn Kortmann, Joseph Fleuren Wim Voermans, Constitution Law Of 10 EU Member States, Kluwer, Netherlands, 2006, s.IX-16

SONUÇ

Post komünist ülkelerdeki anayasa yapım süreci kendi tarihsel, politik ve sosyal özelliklerinden dolayı her ülkede çeşitli farklılıklar göstermiştir. Bazı ülkelerle ilişkin yapılan yukarıdaki sınıflandırma da bakış açısına göre değişkenlik gösterebilir. Demokrasiye geçiş sürecinde, genel olarak bu ülkelerde, ‘demokrasi yanlısı muhalif grupların ortaya çıkması’, ‘halk ayaklanmaları’, ‘yuvarlak masa görüşmeleri’, ‘serbest genel seçimler için yeni anayasal düzenlemelerin yapılması’, ‘meclisin anayasayı hazırlaması’, ‘bir anayasa komisyonunun kurulması’, uzun ya da kısa dönemde ‘anayasanın değiştirilmesi’ veya ‘yeni bir anayasanın kabulü’ söz konusu olmuştur. Anayasalar ya bir uzlaşma ürünü olmuş ya da iktidardakilerin dayatması sonucu oluşmuştur. Anayasa yapım sürecindeki aşamalar ve izlenen tutum ülkenin demokrasiye tamamen ya da kısmen geçmesini sağlamış ve ülkenin modern dünyada yeni başlayan yolculuğunun kaderini belirlemiştir.

İncelenen ülkelerde de görüldüğü gibi halkın bu sürece duyarlı olması ve ilgi göstermesi, süreci olumlu etkilemiş ve demokratikleşme adına atılan adımlar daha sağlam olmuştur. Ancak, bu süreçte her ne kadar demokrasi yanlısı gruplar veya anti komünistler öncü rol üstlenmiş veya üstlenmeye çalışmışsalar da, süreç önemli ölçüde eski komünistlerin idaresi altında geçmiş ve iktidardakilerin istekleri doğrultusunda şekillenmiştir. Bu durum “açık denizde geminin yeniden inşasına”, eski anayasaların değiştirilerek muhafazası “gemiye denizdeyken yeni bir kat boya sürmeye” ve mevcut politikacıların anayasal kuraları düzenleyenler olması da “gemiye gemicilerin kendisinin yeniden inşa etmesine” benzetilmiştir.

Anayasa yapımı sürecinde, anayasaların, toplumun menfaatini kişisel menfaatlerinin önünde tutabilecek, popülist ve istikrarsız olmayan, yeterli bilgi ve ufka sahip kişilerin oluşturduğu ve serbest seçimle iş başına gelmiş meclislerce hazırlanması çok önemlidir. Buna rağmen, bir çok ülkede yapılan ilk serbest seçimde yine komünistlerin başarılı olduğunu görmekteyiz. Bu nedenle, serbest seçimlerden önce bir süre halkın olgunlaşmasını ve siyasi örgütlenmelerin gerçekleşmesini beklemek ve yeni parlamentonun özgürce çalışabileceği bir yasal düzenlemelerin yapılması gerekli gözükmektedir.

Anayasa yapımçıları, bu süreçte Avrupa ülkelerindeki modellerden, komünist rejim önceki anayasalardan etkilenmişler ve toplum ihtiyaçlarını da göz önüne almışlardır⁶⁷. Ülkelerin tarihi ve anayasa gelenekleri de önemli rol oynamıştır. Her ne kadar eski totaliter rejim anayasalarının değiştirilerek muhafazası bir çok yazar

⁶⁷ Elster, Offe, Preauss, 1997, s. 77-79

Anayasa Yapım Yöntemleri

tarafından eleştirilmişse de, kanımca yeni ve radikal değişikliklerin yapıldığı ve eskinin izlerini silmiş, tutarlı bir anayasa demokratikleşme için önemli bir kaynak oluşturmuştur. Yine de geçmişi tamamen geride bırakmak adına, yeni bir anayasanın yapılması toplumun yeni düzene daha olumlu ve meşru bir gözle bakmasına neden olabilecektir

Bunların yanında, bu ülkelerdeki yoksulluk, demokratik gelişmenin önündeki başlıca engeldir. Bunun nedeni, ekonomik ve demokratik gelişmelerin birbiriyle paralel gitmesidir. Ayrıca, bu ülkelerde etnik çatışmalar ve buna bağlı iç karışıklılar ve siyasal krizler gündemleri hep meşgul etmiş ve anayasa yapım sürecinde bir sorun olarak ortaya çıkmıştır.

Yukarıda incelenen ülkelerden Polonya, Romanya, Bulgaristan, Slovakya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, bu anayasalarla başlattıkları demokrasiye geçiş yolculuklarını Avrupa Birliği çatısı altına girerek devam ettirmişlerdir. Oysaki, Gürcistan 2003 yılında ‘demokrasi hareketi’ diye nitelendirilen bir ‘gül devrimi’ ile yine bir iç karışıklığa sürüklenmiş ve kendini 2008 yılında kendini bir savaşın içinde bulmuştur. Benzer bir şekilde Ukrayna da 2004 yılında “turuncu devrim” yaşanmıştır.

BOŞ

KAMU-ÖZEL ORTAKLIĞI/PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP (PPP) (KAVRAM VE HUKUKSAL ÇERÇEVE)

Yrd. Doç. Dr. Abdullah Uz*

ÖZET

Taraflarca üstlenilen risk düzeyi ve risk paylaşımına bağlı olarak, kamu alımlarından özelleştirme uygulamalarına kadar farklı mekanizmalarla özel sektörün kamu altyapı yatırımlarına ve kamu hizmetlerine katılabileceği pek çok yöntem bulunmaktadır. Ancak; sağlık, eğitim ve diğer kamu hizmetleri gibi daha önce sadece kamu otoritelerince gerçekleştirilen kamu hizmetleri ve altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesine özel sektörün katılımını sağlamak amacıyla kamu ve özel sektör arasında imzalanan bir sözleşme olarak Kamu Özel Ortaklıkları, tam bir özelleştirme modeli olmadığı gibi, salt bir kamu alımları yöntemi olarak da değerlendirilemez. Ülkeler, ihtiyaçlarına göre çeşitli PPP modelleri uygulamakta olup, bunlar arasında Yap-İşlet-Devret (YİD-BOT), Yap-İşlet (Yİ-BO) ve Yap-Kirala-Devret (YKD-BRT) modelleri sayılabilir. Avrupa Birliği hukuku düzeyinde henüz tanımlanmış olmamakla birlikte PPP kavramı, altyapı yatırımları ya da kamu hizmetlerinde finansman, yatırımların gerçekleştirilmesi, yenilenmesi, işletilmesi veya korunması amacıyla kamu ile özel sektör arasında oluşturulan işbirliği türlerine işaret etmektedir. Bu türlerden birisi olan imtiyazın ülkemizdeki uygulaması Osmanlı İmparatorluğuna kadar giden uzun bir geçmişe sahip olmasına rağmen, Türkiye’de henüz iyi tasarlanmış tek bir PPP Kanunu mevcut değildir. Bununla birlikte, yapısal güçlükleri aşmak üzere Devlet Planlama Teşkilatı’nın öncülüğünde PPP modellerini tek bir çatı altında düzenlemek amacıyla bir Kanun Tasarısı hazırlanmaktadır.

ANAHTAR KELİMELELER: Public Service, Public Private Partnership, Private Finance Initiative, Concession, Built-Operate-Transfer, Public Procurement

ABSTRACT

Depending on the level of risk and risk sharing, the variety of arrangements range from public procurement to privatization, there are numerous ways in which the private sector may involve in public infrastructure and public services. As a contractual agreement between a public sector agency and a private sector entity for the involvement of the private sector in the provision of infrastructure and

* Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri ABD Öğretim Üyesi

services which were previously the exclusive domain of public authorities, such as health, education and other social services, PPPs are not a form of privatisation or a pure public procurement. There are various PPP models that are implemented by countries. Some of them are, Build- Operate- Transfer (BOT), Build- Rent- Transfer (BRT) and Build-Operate (BO) model. Not defined at community level, yet under European community law, the term refers to the forms of cooperation between public authorities and the world of business which aim to ensure the funding, construction, renovation management or maintenance of an infrastructure or the provision of a service. Although, the implementation of concessions dates back to the Ottoman Empire there is no single and well framed PPP Code yet in Turkey. A draft PPP Law has been prepared by the State Planning Organization (SPO) in order to overcome the structural difficulties in Turkey.

KEYWORDS: Kamu Hizmeti, Kamu Özel Ortaklığı, Özel Finansman Girişimi, İmtiyaz, Yap-İşlet-Devret, Kamu Alımları

I- Giriş ve Kavramsal Çerçeve

A- Giriş

Altyapı yatırımlarına duyulan ihtiyacın giderek arttığı günümüzde OECD verilerine göre, yol, demiryolu, telekom, enerji ve su alanında yıllık 1.8 trilyon dolarlık bir yatırıma ihtiyaç duyulduğu da dikkate alındığında, kamu kurum ve kuruluşlarının kendi kaynakları ile söz konusu yatırımları gerçekleştirmesi oldukça zor görünmektedir.¹ Örneğin, bütçe açığının resmi rakamlara göre yaklaşık 100 milyar dolar olduğu Hindistan'da hükümet, önümüzdeki beş yıl içinde yatırım ihtiyacının 500 milyar dolar olduğunu açıklamıştır.²

Bu süreçte kamu kurum ve kuruluşlarının yatırım ve hizmetlerin sunulmasında giderek daha fazla özel sektörle ortaklık içerisine girdiği görülmektedir. Bütçe kısıtları, daha doğru bir ifade ile finansman yetersizliği başta olmak üzere, özel sektörün yaratıcılığı, dinamizmi, know-how gibi etkenlerle yatırım ve hizmetlerde etkinliğin artırılması, yani finansman ve/veya etkinlik³ aracı olarak kamunun özel sektörle ortaklığı söz konusu olabilmektedir. İşte bu çalışmada, yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesi için kamu ile özel sektör arasında risk paylaşımı esasına göre oluşturulan ve çok farklı uygulamaları bulunan Kamu-Özel Ortaklığı üzerinde durulacak ve bu çerçevede karşılaştırmalı bir inceleme yapılacaktır.

B- Kavramsal Çerçeve

Son 25 yılda özel sektörün kamu yatırım ve hizmetlerine katılımını ifade etmek üzere kullanılan terminoloji giderek karmaşık bir hale gelmiştir. İdeolojilerin bu kavramsal gelişimde önemli bir rolü olduğu söylenebilir. Örneğin 1980'lerde İngiltere'de Thatcher hükümetinin başlattığı özelleştirme sürecinde, özelleştirme kavramına, özel sektörün kamu yatırım ve hizmetlerinde bir şekilde yer aldığı bütün formları içine alacak şekilde geniş bir anlam yüklenmiştir. Bu bağlamda, kamu teşebbüslerinin özel sektöre satılmasından, çöplerin toplanması veya temizlik hizmeti satın alınmasına kadar uzanan bir yelpazede özelleştirme kavramına müracaat edilmektedir. Halbuki diğer AB ülkelerinde örneğin yapım işleri ya da hizmet satın alınması özelleştirme olarak nitelendirilmemektedir.

¹ PPPs in Developing Economies: Overcoming Obstacles to Private Sector Participation, Issues, Lessons and Examples, DEPFA BANK, Dublin, August 2007, s. 8

² Ibid, s. 6-7

³ Suudi Arabistan ve Birleşik Arap Emirlikleri gibi finansman sıkıntısı olmayan petrol zengini ülkelerdeki PPP uygulamalarının hedefi finansman sağlama değil, hizmet ve yatırımlarda özel sektörle işbirliğinin sağlayacağı etkinliktir.

Özellikle su sektörü ile ilgili bir kısım literatürde de, PPP ile özelleştirme birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir.⁴ Halbuki dar anlamda ya da teknik anlamıyla özelleştirme (privatisation/divestiture) kamuya ait olan varlıkların ya da hisselerin kısmen ya da tümüyle özel sektöre devredilmesini ifade etmektedir. Dolayısıyla burada bir kamu-özel ortaklığından söz edilemeyeceği kanısındayız. Zira özelleştirmede söz konusu tesis ve hizmetler tümüyle özel sektöre geçerken, PPP modellerinde böyle bir durum en azından her zaman için geçerli değildir.⁵ Ayrıca özelleştirmede ve kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde devletin üstlendiği rol de aynı değildir. Yukarıda belirttiğimiz kapsamı ile özelleştirmede, devletin rolü aktörlükten (piyasa oyunculuğundan) düzenleyen-denetleyen-yönlendiren yani regüle eden konumuna dönüşmektedir. Yani bu durumda devletin ekonomik kolluk yetkisini kullanması söz konusudur. Halbuki yatırım ve hizmetlerin özel kişilere gördürülmesinde ise hizmetin nihai sorumluluğu yine idareye ait olup, bu son durumda kamu idaresinin özel kişiler üzerinde yakın denetim ve gözetim yetkisi söz konusudur.

İşte bu tür bir kavram kargaşası içerisinde yeni bir kavram ortaya atılmıştır: Kamu –Özel Ortaklığı/Publi-Private Partnership (PPP). Aynı anlamda kullanılmak üzere özellikle Dünya Bankası tarafından, gelişmekte olan ülkeler için Private Sector Participation (PSP) kavramı geliştirilmiştir. Aslında her ikisi de hukuken ve teknik olarak kesin bir kavram değildir.⁶ Buna karşılık daha eski bir kavram olan ve uzun bir uygulama geçmişine sahip imtiyaz (concession) hukuken daha kolay tanımlanabilir bir kavram olarak görünmektedir.

Eğer literatürde PPP, PFI, PSP, PPSP, P3s, 3P, Concession, DBOT gibi farklı terminolojilerle ifade edildiği gözlenen Kamu-Özel Ortaklığının genel bir tanımında uzlaşabilirsek, bu modellerin aslında yeni bir uygulama olmadığı, sadece yeni bir üst kavram geliştirildiği hemen görülebilecektir. Gerçekten, isimlendirme ya da seçilen formülasyon dikkate alınmazsa, amaçlar aslında değişmemiştir. Yani temel amaç kamu altyapı yatırım ve hizmetlerinin yine kamunun denetim ve gözetimi altında belli bir ölçüde özel sektöre gördürülmesidir. Modeller arasında farklılaşmayı getiren şey ise, nihai amaç değil, yapılacak işin kapsam ve niteliği ile risklerin taraflar arasında nasıl ve ne oranda paylaşılacağı ve yatırım ve hizmetlerin bedelinin

⁴ Brendan McNallen: Fixing the Leaks in Brazil's Water Law: Encouraging Sound Private Sector Participation through Legal and Regulatory Reform, 9 GONZ. J. INT'L L. 146 (2006) <http://www.gonzagajil.org>.

⁵ Canadian Council for Public-Private Partnerships, www.PPPscouncil.ca/aboutpppdefinition.asp

⁶ Terminoloji konusunda ayrıntı için bkz. David Hall , Robin de la Motte and Steve Davies: Terminology of Public-Private Partnerships (PPPs) Public Services International Research Unit (PSIRU), March 2003 <http://www.epsu.org/r/237>

kimden (kullanıcılardan ya da kamudan) karşılanacağıdır. Dolayısıyla Eski Roma dönemine kadar götürebileceğimiz, 16-17. y.y.'da Fransa'da nehir kanalları ile ilgili olarak gerçekleştirilen imtiyaz yöntemi de, 19. y.y.' sonlarına doğru özellikle yerel kamu hizmetlerine ilişkin olarak hız kazanan yetkilendirme yöntemi de, İngiltere'nin 1992'de başladığı ama 1997'den sonra hızla uygulama alanı bulan PFI yöntemi de bir Kamu-Özel Ortaklığı modeli olup, aslında kamu yatırım ve hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinden başka bir şey değildir. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinin öncelikle incelenmesi, Kamu-Özel Ortaklığı uygulamasını anlamamıza önemli bir katkı sağlayacaktır.

II- Kamu Hizmetlerinin Yürütülüş Yöntemleri

A- Genel Olarak Kamu Hizmeti Kavramı

Genel olarak idari sözleşme, kamu malı, kamu görevlisi, kamulaştırma, idari yargının görev alanı gibi idare hukukunun başlıca kavramlarının tanımlanmasında ve belirlenmesinde en önemli ölçü-referans olarak kullanılan ve bu yönüyle belki de idare hukukunun en önemli kavramı olarak nitelendirilen⁷, ancak tanımlanması ve somut içeriğinin belirlenmesinde büyük güçlük yaşanan *kamu hizmeti* kavramının⁸ tarihsel süreç içerisinde “mutlakçı” (objektivist) bir anlayıştan “göreceli” (subjektivist) bir anlayışa doğru dönüşüm geçirdiği gözlenmektedir.⁹ Artık modern idare hukukunda, mutlakçı anlayışın temsilcisi olan Duguit'nin toplumsal yaşam için mutlaka gerekli olmakla birlikte özel girişim tarafından düzenli ve sürekli bir şekilde yürütülmeyen ya da yürütülemeyen faaliyetlerin niteliği gereği kamu hizmeti olduğu ve idare tarafından yürütülmesi gerektiği fikri¹⁰ doğru ama eksik bir tanımlama olarak görülmüş ve toplumsal yaşam için zorunluluk ile, özel kesimce yerine getirilmeme ya da getirilememe konusunda belirlemenin yöneticiler tarafından yapılabileceği belirtilmiş¹¹, hatta bir faaliyete ilişkin kamu hizmeti nitelendirmesi yapılabileceğinin, o faaliyet üzerine siyasi iktidarca yapılandırılan “kamu hizmetidir” etiketi ile mümkün olduğu ifade edilmiştir.¹²

⁷ Ali Ulusoy: “Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme” in *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler –Tartışmalar II*, 26 Mart 2004, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, s. 59-60,

⁸ Bu konuda ayrıntı için bkz. Onur Karahanogulları: *Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim*, Ankara 2002; Ali Ulusoy: *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, İstanbul 2004

⁹ Ibid

¹⁰ Leon Duguit: *Traite de Droit Constitutionnel*, T. II, 3. Ed. Paris, 1928, s. 61

¹¹ Alain-Serge Mescheirakoff: *Droit des Services Publics*, 2. Ed. PUF, Paris 1997, s. 52 v.d. (nakleden Ulusoy, s. 60-61.)

¹² Didier, Truchet: *Label de service public et statut de service public*, AJDA, 1982, s. 428

Bu bağlamda, önemli derecede kamu yararı içeren, özel sektör tarafından gereği gibi sunulmayan ya da sunulamayan faaliyetlerin özel bir hukuki rejime tabi tutularak yasama organınca kamu hizmeti nitelendirmesi yapılabileceği söylenebilir. Ancak burada kamu yararı ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmama koşullarının varlığının aranması gerektiği belirtilmektedir¹³ ki bu durumda tanım ve kapsamı belirsiz olan kamu yararı kavramının kamu hizmetinde referans olarak kullanılması da sorunu iyice karmaşık hale getirmektedir.¹⁴

B- Kamu Hizmetlerinin Yürütülme Usulleri

Kamu hizmeti nihai olarak idarenin sorumluluğunda olmakla birlikte, kamu hizmetlerinin mutlaka bir kamu otoritesi tarafından yürütülmesi gerekli değildir. Bir kamu hizmetinin, kamu hizmetlerinin işletilmesi usûllerinden hangisiyle işletileceğine karar verme yetkisinin, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla yasama organına ve kanunlara aykırı olmamak üzere idarî makamlara ait olduğu, hangi kamu hizmetinin hangi usûlle işletileceği sorununun tamamıyla bir yerindelik sorunu olduğu, böyle bir sorun hakkında yargı organlarının değil, sorumluluğu üstlenen yasama organı ve idarenin karar vermesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁵

Kamu hizmetlerinin işletilmesi konusunda çeşitli usûller (*modes de gestion des services publics*) söz konusudur. Bu bağlamda; bir kamu hizmeti, bizzat o hizmetten sorumlu olan kamu otoritesince yürütülebileceği gibi, başka bir kamu tüzel kişiliği eliyle ya da sorumlu olan kamu idaresinin yakın gözetim ve denetimi altında özel kişilerce de yürütülebilir. Bu son durumda özel kişinin sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla, hizmetin düzenli ve sürekli işletilmesinden ilgili kamu idaresinin sorumluluğu devam eder.

Doktrinde kamu hizmetlerinin yürütülüş yöntemleri bakımından emanet, müşterek emanet, ruhsat, iltizam, imtiyaz, vekalet gibi usuller sayılmakta ise de, pozitif hukukumuz bakımından kamu hizmetlerinin yürütülüş yöntemlerinin emanet usulü ve yetkilendirme usulü olarak iki başlık altında toplamak mümkündür.¹⁶

¹³ Ulusoy: s. 61-62.

¹⁴ Metin Günay: Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, T.C.M.B. Eğitim Müd. Tarafından Düzenlenen “Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye Semineri Notları, s. 183 v.d.

¹⁵ Kemal Gözler: İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, Dördüncü Baskı, 2006, s.532 v.d. Fransız idare hukuku bakımından da aynı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Nitekim Fransız Danıştay 4 Mayıs 1906 tarihli *Rubin* kararı ve daha sonraki kararlarında bir kamu hizmetinin işletilme usûlünü belirleme yetkisinin idareye ait olduğuna ve bu sorunun bir yerindelik sorunu olduğuna karar vermiştir. Örneğin Conseil d’État, 9 Ekim 1968, *Pigalle*, RDCE, 1968, s.481; Conseil d’État, 18 Mart 1988, *Loupias*, RDCE, 1988, s.975; Conseil d’État, 17 Aralık 1997, *Ordre des avocats à la cour d’appel de Paris*, RDCE, 1997, s.491 (Nakleden: Gözler: s. 532)

¹⁶ Ulusoy: s. 64.69. Ayrıca bkz. Gözler: s. 532 v.d.

Bilindiği gibi emanet (régie), bir kamu hizmetinin, hizmeti üstlenen kamu idaresi tarafından bizzat işletilmesi yöntemidir. Burada, hizmetin herhangi bir kamu otoritesi tarafından yürütülmesinden değil, bizzat o kamu hizmetinin nihai sorumlusu olan kamu idaresi tarafından yürütülmesi söz konusudur. Dolayısıyla bu yöntemin Kamu Özel Ortaklığı ile bağlantısı yoktur.

Doktrin ve yargı kararlarında kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yürütülmesi yöntemi için kullanılagelen imtiyaz (concession) kavramı, geniş anlamda “özel kişiler tarafından kamu hizmetlerinin yürütülmesi” yöntemlerinin hepsini (özel hukuk sözleşmesi-idari sözleşme ya da ruhsat usulü) kapsayacak şekilde kullanıldığı gibi, dar anlamda kamu hizmetinin idari sözleşme yoluyla özel kişilere gördürülmesini ifade edecek şekilde kullanılmaktadır.

Genel olarak “özel kişilerin kamu hizmeti yürütmekle yetkilendirilmesi” bakımından gerek kelimenin ayrıcalık ifade eden anlamı, gerekse tarihsel süreç içindeki kötü uygulamaları çağrıştırması nedeniyle imtiyaz kavramı yerine “yetkilendirme” kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı,¹⁷ nitekim Fransa’da da 1990 lı yılların başından bu yana “kamu hizmeti imtiyazı” (concession de service public) kavramı yerine “kamu hizmeti için yetkilendirme” (délégation de service public) kavramının kullanılmaya başlandığı ifade edilmektedir.¹⁸

III- Avrupa Birliğinde ve Birliğe Üye Ülkelerde Kamu Özel Ortaklığı

A- Avrupa Birliğinde Kamu Özel Ortaklığı

Avrupa Birliği düzeyinde kapsayıcı bir PPP tanımına yer verilmemiş, altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesi ya da hizmetlerin sunulması konusunda kamu otoriteleri ile özel sektör arasında gerçekleştirilen değişik sözleşme türlerini içine alacak şekilde bir tür “şemsiye kavram” olarak kullanılmıştır. Ancak Avrupa Komisyonu, hazırladığı Yeşil Kitapta tasarı niteliğinde bir PPP tanımı yapmaya çalışmıştır. Buna göre; PPP kamu ile özel sektör arasında altyapı hizmetlerinin finansmanı, yapımı, yenilenmesi, işletilmesi ve bakımı ile hizmetlerin sunulmasına ilişkin olarak gerçekleştirilen bir Ortaklığı yöntemidir. Bu tür bir Ortaklığın kapsamı değişken olmakla birlikte genelde, yatırım ve hizmetlerin finansmanı, tasarlanması, yapımı, işletilmesi ve bakımını içerir.

Avrupa Birliği düzeyinde PPP ye özel bir mevzuat henüz yoktur. Ancak Avrupa Birliği düzeyinde, giderek önemi artan PPP uygulamalarının hukuki çerçevesi

¹⁷ Ulusoy: s. 65-66.

¹⁸ Gözübüyük-Tan: İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 491-493

konusunda son dönemlerde bazı çalışmalar dikkat çekmektedir. Bu bağlamda Kamu Alımları Yönergeleri PPP'nin farklı formlarına nasıl ve ne ölçüde uygulanabileceği, PPP modelleri için mevcut hukuki çerçevenin daha da netleştirilmesi ya da geliştirilmesinin gerekli olup olmadığı konusunda AB Komisyonunun girişimiyle bir platform oluşturulmuştur. Bu süreçte Komisyon 2004 yılında bir Yeşil Kitap (Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions on 30 April 2004 -IP/04/593) yayınlamıştır. Yürütülen istişare (consultation) sürecinde, yeterli rekabetin Birlik üyesi ülkelerin çoğunda sağlanamadığı tespiti yapılmış ve kamu alımları ve imtiyazlarla ilgili sorunların çözümüne yönelik alternatif politikalar ve düzenlemeler geliştirilmesi gereği vurgulanmıştır.

Topluluk Hukukuna bakıldığında, yatırım ve hizmetlerin kamu otoritelerince bizzat ya da özel sektör eliyle yürütülmesi konusunda üye ülkeleri tamamen serbest bıraktığı görülmektedir. Ancak eğer kamu otoriteleri eğer yatırım ve hizmetlerin üçüncü kişilere gördürülmesine karar verirse, bu durumda imtiyaz ve kamu alımları mevzuatı uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda doktrinde ve Divan kararlarında Kamu alım sözleşmesi (public contracts) olarak nitelendirilebilecek olanların ilgili Yönergelere tabi olacağı, bayındırlık imtiyazı (works concessions) niteliğinde olanların ikincil düzenlemelerin bazı hükümlerine tabi olacağı, hizmet imtiyazı (service concessions) niteliğinde olanların ise Yönergelere tabi olmayacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte, ikincil mevzuat kapsamında olsun ya da olmasın kamu otoritelerinin üçüncü kişilerle girişeceği yatırım ve hizmetlere ilişkin bütün sözleşmelerin, özellikle saydamlık, eşit muamele, ölçülülük ve karşılıklı tanıma ilkeleri başta olmak üzere Avrupa Topluluğu Anlaşmasının kural ve ilkelerine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir.

PPP modelleri Avrupa Birliği ülkelerinde, üye ülkelerin hukuki çerçeveleri ve uygulanan sektörlere göre değişkenlik göstermekle birlikte giderek yaygınlaşmaya başlamıştır. PPP uygulamaları bakımından İngiltere, Fransa ve İtalya gibi bazı ülkelerin bu alanda oldukça ilerde oldukları gözlenirken, özellikle Birliğe yeni katılan ülkelerde söz konusu uygulamaların giderek artan düzeyde kullanılmaya başlandığı görülmektedir.

AB üyesi ülkeler, PPP uygulamasının yaygınlığı ve tecrübe bakımından üç kategoride değerlendirilmektedir: Birinci grupta İngiltere, Fransa, Almanya ve İtalya gibi PPP uygulamasında ileri düzeyde olan ülkeler (advanced PPP adopters); İkinci grupta İspanya, Potekiz, bir ölçüde Hollanda gibi PPP uygulamaları orta düzeyde olanlar (Intermediate PPP adopters); son olarak da Lüksemburg, İsveç,

Belçika ve Yunanistan gibi, PPP uygulamasına -belli sektörler hariç- geç başlayanlar (latecomers)¹⁹

Birlişe yeni katılan Polonya gibi ülkelerde PPP uygulamalarında yaşanan başarısızlıklara neden olarak; yeterli deneyime sahip kamu personelinin bulunmayışı ve daha da önemlisi, başlangıçta gerçekçi olmayan bir şekilde yüksek belirlenen hizmet talebinin yeterli düzeyde gerçekleşmemesi nedeniyle, talep riskinin kamu otoriteleri üzerinde kalması ve böylece projenin kamuya maliyetindeki artış gösterilmektedir.

Üye ülkeler bakımından PPP modellerinin uygulandığı sektörler bazında bir değerlendirme yapılacak olursa, demiryolu ve yol altyapı projelerinde oldukça başarılı sonuçlar veren PPP modellerinin sağlık, eğitim, cezaevleri gibi yatırımlar bakımından uygunluğu ve iyi sonuç verip vermeyeceğine ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi, bu alandaki uygulamaların çok eski bir geçmişe sahip olmaması nedeniyle, şu an için oldukça zor görünmektedir. Ancak İngiltere örneğinde sağlık alanındaki PPP uygulamalarının büyük ölçüde başarılı sonuçlar vermeye başladığı belirtilmektedir.

Bununla birlikte sağlık, güvenlik, eğitim gibi çekirdek kamu hizmeti alanlarında yaratıcı PPP modelleri uygulanmaya başlansa da, bu alanlarda PPP uygulanması konusu hala bir tabu olarak görülmekte ve söz konusu yatırım ve hizmetlerin kamu otoriteleri tarafından yürütülmesi yönünde üye ülkelerin vatandaşlarında yaygın bir beklenti dikkat çekmektedir. Bu bağlamda, kamu görevlileri bakımından işini kaybetme endişesi ile kamu hizmetlerinde görülebilecek aksaklıklar etkili olmaktadır. Aslında PPP modellerinin bahsi geçen sektörlerde nasıl ve ne ölçüde bir başarı ve refah sağlayacağı konusunda bir değerlendirme yapmak da henüz mümkün değildir.

Genel olarak bir değerlendirme yapılacak olursa; kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle yürütülmesine ilişkin olarak ortaya çıkan refleksin temelinde; düzenlilik, süreklilik, değişkenlik gibi kamu hizmetlerine egemen olan temel ilkelerin aşındırılacağı ve kamu hizmetlerinin nicelik ve niteliğinde sorunlar yaşanacağı endişesi bulunmaktadır. Bu endişe Fransa'da olduğu gibi, bir ölçüde Fransa'nın etkisiyle İngiltere'de ve hatta California'da yaşanan enerji krizi nedeniyle Amerika Birleşik Devletleri'nde de söz konusudur.²⁰

¹⁹ Public - Private Partnerships National Experiences in The European Union DG Internal Policies of the Union 10.02.2006 *Briefing Note Ip/A/Imco/Sc/2005-160, s.2-5*

²⁰ Tim Scales and Noël Chahid-Nourai: Project finance in France International Financial Law Review <http://www.iflr.com/?Page=17&PUBID=213&ISS=16395&SID=514603&SM=&SearchStr=>

B- Bazı Üye Ülkelerde Kamu Özel Ortaklığı

1- İngiltere: PFI (Private Finance Initiative)

İngiltere’de dünyanın diğer ülkelerinde olduğu gibi, 1990 ların başında kamu altyapı hizmetlerini gerçekleştirmeye yetecek kamu fonlarının bulunamaması, hükümeti yenilikçi çözümlere zorlamış ve bu süreçte özel sektör finansmanına yönelik isteksizliğe son verilmiştir. Bu bağlamda geliştirilen Özel Finansman Modeli (PFI), kamu kurum ve kuruluşlarını varlıkların sahibi ve işleticisi konumundan, hizmetleri özel sektörden satın alan konumuna geçirmiştir. Aslında PFI yeni bir fikir değildir. Başta Fransa olmak üzere, İtalya, İspanya özel finansman modelini uzunca bir süredir, otoyol yapımında kullanırken, Avustralya, Yeni Zelanda ve ABD özel finansman modeli ile hapishane, yol ve hastane binalarının yapımında kullanmıştır.

Burada gözardı edilmemesi gereken husus, PFI’ın özel sektörden bir borç alma yöntemi olmadığıdır.²¹ PFI, Value for Money yani maliyet etkin (cost-effective) bir model olarak, özel sektörün yenilikçi yaklaşımını, performans artışı getiren, etkinlik kazandıran ve böylece potansiyel olarak vergi yükümlülerine büyük faydalar sağlayan yönetim tecrübesini kamu yatırım ve hizmetlerine aktarmaktadır. Bu bağlamda özel sektör, yatırımları gerçekleştirirken, kamu da belirlenen standartlarda sunulan hizmetler için ödeme yapmaktadır.

İngiltere’de PFI modeline, resmi olarak 1992 Kasımında Norman Lamont tarafından geçilmiştir.²² Bu tarihten sonra, kamu yatırımlarının özel sektöre finansmanı “Ryrie Rules” ile sınırlandırılmıştır. Özel sektör finansman modeli ile hükümet başlıca iki avantaj elde etmiştir. Öncelikle klasik tedarik yöntemlerinde sıkça karşılanan süre aşımı, yani yatırımların zamanında gerçekleştirilememesi ve maliyet aşımı, yani projenin beklenenden daha büyük bir maliyete ulaşması gibi kötü tecrübeler, PFI’ın maliyet etkin (value for Money) olması ve projelerin zamanından önce sonuçlandırılması ile artık daha az yaşanmaya başlanmıştır. İkinci olarak, risklerin optimum bir şekilde paylaşılması beraberinde etkinlik ve düşük maliyet getirmiştir.

Ancak 1992-1997 arası dönemdeki PFI uygulamalarında çeşitli aksaklıklar ortaya çıkmıştır. Buna neden olarak; gerek kamu gerekse özel sektör için PFI modelinin nasıl işleyeceği konusundaki belirsizlikler, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar

²¹ PFI: Meeting the Investment Challenge, HM Treasury, July 2003, www.hm-treasury.gov.uk/media/648B2/PFI604.pdf

²² Norman Lamont, Chancellor of the Exchequer, Autumn Statement, vol. 208, col. 996 (12 nov. 1992).

nedeniyle yürütülen müzakereler, istekliler tarafından ortaya konacak yenilikçi yaklaşımları sınırlandıracak ölçüde ayrıntılı olarak düzenlenen şartnameler, risk paylaşımı konusunda hükümetin gerçekçi olmayan görüşleri, küçük ölçekli projeler için PFI uygulamasının beraberinde getirdiği yüksek maliyetli ihale süreci, özel sektörün sağlayacağı katma değer konusunda kamu otoritelerinin isteksizliği gibi faktörler gösterilmektedir.²³

İngiltere’de, 1997 sonrası dönemde PFI uygulamaları ile ilgili olarak çeşitli organizasyonların kurulduğu görülmektedir. Bu çerçevede Treasury Taskforce (TTF), Partnerships UK (PUK) (%51 özel sektöre, %49’u kamuya ait bir şirkettir), Office of Government Commerce (OGC) ve 4Ps (Yerel İdarelere PFI konusunda tavsiyelerde bulunmak ve yardımcı olmak amacıyla oluşturulmuştur) gibi kuruluşlar PFI uygulamalarında aktif rol oynamıştır.

Şu anda İngiltere’de PFI uygulamalarının toplam kamu yatırımları içindeki payı yaklaşık %12 düzeyindedir. Diğer bir ifade ile kamu yatırımlarının yaklaşık %12 si PFI modeli ile gerçekleştirilmektedir.²⁴

2- Fransa: Contrat de Partenariat (Ortaklık Sözleşmesi)

Başta PFI modeli ile İngiltere olmak üzere bazı AB ülkelerinde başarıyla uygulanması, kamu yatırım ve hizmetlerinin finansmanında yaşanan problemlerin aşılması, hizmetlerin özel finansman yoluyla etkin bir şekilde sunulabilmesi gibi avantajları nedeniyle alternatif bir model olarak görülen Kamu Özel Ortaklığı, Fransa için kavram olarak yeni olsa bile uygulama olarak oldukça uzun bir geçmişe sahiptir.

İmtiyaz uygulamaları konusunda oldukça uzun bir tecrübeye sahip Fransa’da yasama organı, kamu-özel sektör arasındaki yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerin modernize edilmesi amacıyla bir düzenleme (Ordonnance) yapması için hükümete 2 Temmuz 2003 tarih ve 2003-591 sayılı yasa²⁵ ile yetki vermiş ve bu bağlamda, 17 Haziran 2004 tarihinde çıkartılan 2004-559 sayılı KHK ile Fransa yeni ve genel bir Kamu Özel Ortaklığı “Contrat de Partenariat” (Ortaklık Sözleşmesi) rejimine geçmiştir. Yine aynı düzenleme ile, Ortaklık Sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkların

²³ Bastian, Heinecke: Involvement of Small and Medium Sized Enterprises in the Private Realisation of Public Buildings, Freiberg, 29 July 2002, www.tu-freiberg.de/~wwwfak6/files/paper/winter1.pdf?PHPSESSID=863a398834670991be6196328284d366

²⁴ *Public-Private Partnerships*, International Monetary Fund, March 12, 2004, Appendix I, p.37.

²⁵ Loi No. 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement a simplifier le droit), JORF 3 Temmuz 2003, www.legifrance.gouv.fr

Fransız hukuku uygulanmak kaydıyla tahkim yoluyla çözümü konusunda tarafların sözleşmeye hüküm koyabilmesini öngörmüştür. Böylece ilk defa kamu kurumlarının uluslararası nitelik taşımayan sözleşmelerde tahkime gidemeyeceği genel ilkesine bir istisna getirilmiştir. Ancak bazı senatörler ve sivil toplum kuruluşlarınca, kamu kurumlarının tahkime gidemeyeceği genel ilkesinden ayrılma sonucunu doğuracak bir düzenleme konusunda yasama organı tarafından yetki verilmediği belirtilerek KHK'nın yetki kanununa aykırı olduğunu ileri sürülmüştür. Fransız Danıştay (Conseil d'Etat) 29 Ekim 2004 tarihli kararında söz konusu düzenlemenin geçerli olduğunu, ayrıca, genelde büyük yatırımları içeren uzun süreli sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğini belirtmiştir.²⁶

IV- Türkiye'de Kamu Özel Ortaklığı ve Hukuksal Çerçevesi

Diğer ülkelerde olduğu gibi, Türkiye'de de Kamu hizmetlerinin sunumuna özel sektörün katılımı çeşitli şekillerde gerçekleşmiş, bu bağlamda; imtiyaz, iltizam, Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ), İşletme Hakkı Devri gibi yöntemler günümüze kadar uygulanmıştır.

Türkiye, bazı Kamu-Özel Ortaklığı modellerini ilk uygulayan ülkelere biri olmasına rağmen, modelin uygulandığı yaklaşık 25 yıllık dönem incelendiğinde, özel sektör katılımının istenen seviyelere ulaşmadığı, hayata geçirilen Kamu-Özel Ortaklığı projelerinde ise başta risk paylaşımı olmak üzere çeşitli nedenlerle genelde sorunlar yaşandığı görülmektedir. Nitekim, enerji ve havayolu ulaşımı sektörlerinde gerçekleştirilen uygulamalar haricinde, Kamu-Özel Ortaklığı projelerinin yaygın bir şekilde uygulandığı ve başarılı olduğu başka bir sektör bulunmamaktadır.

Pozitif düzenlemeye bakıldığında Kamu hizmetine ilişkin imtiyazların bugün de geçerliliğini koruyan 10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile düzenlendiği görülmektedir.²⁷ Osmanlı döneminde yaygın olarak kullanılan imtiyaz yöntemine Cumhuriyet döneminde bir kaç örnek dışında başvurulmamış ve kamu hizmetleri daha çok devlet eliyle gerçekleştirilmiştir. Ancak zamanla kamu hizmetlerine duyulan ihtiyaçla birlikte kamu hizmetlerinin nitelik ve nicelik olarak gösterdiği artış, devlet tarafından yatırımlara ayrılan kaynakların yetersiz kalmasına sebep olmuş, bu kaynakların etkin bir şekilde kullanılmasında görülen eksiklikler ile klasik yönetim anlayışıyla kamu

²⁶ Ayrıntı için bkz. Pierre Heitzmann: The Contract de Partenariat: A New Form of French Public Private Partnership Allowing The Use of Arbitration to Adjudicate Disputes, The International Construction Law Review, 2006, Volume:23, Part 1, s. 20-38

²⁷ Tan'a göre, 1910 tarihli bu yasanın bugün için uygulama alanı fiilen kalmamıştır. Bkz. Tan, "Kamu Hizmeti İmtiyazından 'Yap-İşlet-Devret' Modeline", AÜSBFD, C.47, S.3-4, s.321.

hizmetlerinin istenen kalite ve düzeyde gerçekleştirilememesi nedeniyle alternatif modellerin uygulanması gündeme gelmiştir. Bu çerçevede, 1980'li yıllardan itibaren çeşitli yasal düzenlemelerle, kamu hizmetlerinin özel sektör eliyle fakat imtiyaz yönteminden farklı modellerle gerçekleştirilmesine çalışılmış ancak bu yasal düzenlemeler, Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Bu bağlamda; konuyla ilgili çeşitli yasal düzenlemeler şöyle özetlenebilir:

- 4/12/1984 tarih ve 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”la enerji sektöründe YİD modeli ile İşletme Hakkı Devri Modeline ilişkin ilk yasal düzenleme yapılmıştır.
- 3096 sayılı Kanundan sonra, otoyolların ve üzerindeki hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesi konusunda özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketlerinin YİD modeline göre görevlendirilebilmesini düzenleyen 28/5/1988 tarih ve 3465 sayılı “Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun” 2/6/1988 tarih ve 19830 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
- YİD modeline bir hukuki temel kazandırmak amacıyla 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi Hakkında Kanun” 13/6/1994 tarih ve 21959 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konmuştur.
- Enerji sektöründe 8/6/1996 tarih ve 22660 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 96/8269 sayılı “Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı” ile Yap-İşlet (Yİ) modeli düzenlenmiştir. 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun” 19/7/1997 tarih ve 23054 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. 4283 sayılı Kanun ile; hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller kapsam dışında bırakılarak; yalnızca termik santraller için, Yap-İşlet Modeli ile, üretim şirketlerine, mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere, tesis kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına dair esas ve usuller düzenlenmiştir. 4283 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesince “imtiyaz” niteliğinde kabul edilen YİD modelinin aksine, kamu hizmetini gördürme yönteminin bir türü olan “izin (ruhsat)” sistemi çerçevesinde, Yİ modelini düzenlemeyi hedeflemiştir.

- 21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 33 üncü maddesindeki düzenleme ile Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğünün (DHMI) işletiminde bulunan hava alanları ile Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde yaptırmış olduğu ve işletimini özel sektöre verdiği terminalleri ve gerekli diğer tesisleri, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Düzenlenmesine Dair Kanunda belirtilen kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi yöntemlerini kullanarak ihale yoluyla özel hukuk tüzel kişilerine 49 yılı geçmemek üzere devredebileceği belirtilmektedir. Kamu-Özel Ortaklığına ilişkin olarak yapılan bu düzenlemeyle YİD modelinin işletme kısmının süresi uzatılmış, ayrıca söz konusu yerlerin özel hukuk tüzel kişilerine kiralanabileceği belirtilerek, özel sektörün işletmecilik konusundaki deneyimlerinden faydalanmak ve kamu hizmetinin daha etkili ve verimli olarak görülmesini sağlamak amaçlanmıştır.
- 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile 2813 sayılı Telsiz Kanunu çerçevesinde telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için bakanlık ve işletmeci arasında yapılan sözleşme imtiyaz kabul edilmiştir.
- 1/3/1994 tarih ve 21864 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve 3291 sayılı Özelleştirme Kanununa 5 ek madde ekleyen 2/2/1994 tarih ve 3974 sayılı Kanun ile; Türkiye Elektrik Kurumunun hisse ve varlıklarının satılarak özelleştirilmesi (Ek Md. 1-4) ile bu Kanuna dayanarak veya özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almak için yapılacak sözleşmelerin “özel hukuk hükümlerine” bağlı olacağına ve “imtiyaz sözleşmesi” sayılmayacağına ilişkin konular düzenlenmiştir.
- 24/11/1994 tarih ve 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun özelleştirme yöntemlerini sıralayan 18. maddesi işletme hakkının verilmesini düzenlemektedir.
- 1982 Anayasasında değişiklik yapan 13/8/1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla Anayasanın 47 inci maddesine eklenen iki fıkra ile bir yandan kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterilmesi, öbür yandan kamu tüzel kişilerinince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceğinin kanunla belirlenmesi öngörülmüştür. Diğer taraftan, Anayasanın 125 inci maddesinin

birinci fıkrasına eklenen hükümle, kamu hizmeti imtiyazı şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesinin öngörülebileceği belirlenmiştir. Anayasanın 155 inci maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle de Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme yetkisi düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür.²⁸

- *Anayasaya uyum yasaları çerçevesinde 21/1/2001 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyumsuzluklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. Diğer taraftan 2575 sayılı Danıştay Kanunu ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda kamu hizmeti imtiyazına ilişkin gerekli değişiklikler de yapılmıştır.*
- *2005 tarih ve 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun ile, yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine 49 yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılacağı öngörülmüştür.*

Yukarıda özetlenen Kamu-Özel Ortaklığına yönelik yasal düzenlemelerin dağınıklığı, belli bir sistematik çerçevede bulunmayışı ile Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından çeşitli dönemlerde verilen iptal kararları nedenleriyle söz konusu alanın Anayasaya uygun olarak çerçeve bir kanunla düzenlenmesi ihtiyacını ortaya çıkardığı, bu doğrultuda gerçekleştirilecek düzenleme ile Kamu-Özel Ortaklığı sürecinin sağlıklı işleyebileceği istikrarlı bir yasal zeminin oluşturulması amacıyla DPT Müsteşarlığı'nın koordinasyonu ile bir kanun tasarısı taslağı hazırlanmıştır.

V- Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi İle Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Üzerine

Hazırlanan Kanun tasarısı taslağı ile, Kamu-Özel Ortaklığı kavramının tanımlanması, ilgili mevzuatının yeknesaklaştırılması, Kamu-Özel Ortaklığı modellerinin tanımlanması ve modellere esneklik getirilmesi, Mevcut Kamu-Özel Ortaklığı mevzuatı ile düzenlenmeyen eğitim, kültür ve genel idare altyapısı gibi alanların da eklenmesiyle kapsamın genişletilmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede

²⁸ Danıştay'a 1924 (m.51) Anayasası ile imtiyaz şartlaşmaları hakkında düşünce bildirmek, 1961 (m., 140) ve 1982 (m., 155) Anayasaları ile de "imtiyaz şartlaşmalarını incelemek" yetkisi verilmiştir.

Kamu-Özel Ortaklığı sürecine ilişkin objektif kriterler getirilmiş, Kamu-Özel Ortaklığı projelerinden sorumlu merkezi bir birim kurulması öngörülmüş ve başarılı Kamu-Özel Ortaklığı projelerinin temel unsuru olan etkin risk paylaşımına ilk olarak değinilmiştir.

Kamu-Özel Ortaklığı modelleri kamu ve özel sektör arasında paylaşılması gereken önemli riskleri içermektedir. Projenin toplam maliyetini en aza indirmek için riskler hangi tarafça en iyi şekilde çözülecekse riski o tarafın üstlenmesi gerekir. Kamu-Özel Ortaklığı projelerinde, başlıca riskler inşaat riski, işletme riski, talep riski, idari riskler, siyasi riskler ve hukuki riskler olarak sıralanabilir. Risklerin en iyi yönetebilecek tarafça üstlenilmesi esası doğrultusunda, inşaat aşamasındaki maliyet artışı ve inşaatın zamanında bitirilememesi gibi risklerden oluşan inşaat riskinin, görevli şirketin işletmeyle ilgili yükümlülüklerini yerine getirememesi ve asgari hizmet standartlarına ulaşamaması gibi riskleri içeren işletme riskinin özel sektörde üstlenilmesi gerektiği genelde kabul edilmektedir.

Uygulamalara bakıldığında, çerçevesi uygulama sözleşmesinde belirtilmek kaydıyla, talep riskinin özel sektör ve kamu arasında paylaşıldığı görülmektedir. İdari, hukuki ve siyasi riskler ise, genelde kamu tarafından alınan kararlardan kaynaklandığı için, kamu tarafından üstlenilen riskler olarak kabul görmektedir.

Anayasanın 47. maddesinin son fıkrasında yer alan “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmü uyarınca hangi kamu hizmetlerinin özel sektör kuruluşları aracılığı ile yürütülebileceği ilgili maddelerde düzenlenmiştir. Bu çerçevede özel sektör tarafından Kamu-Özel Ortaklığı çerçevesinde ödenen beri gerçekleştirilen hizmetlerin sayılmasının yanında bilgi teknolojileri, turizm, konut, eğitim, kültür, sağlık, kentsel dönüşüm, adalet, güvenlik ve genel idare altyapısı ve araştırma-geliştirme gibi alanlar ve hizmetler de sayılmıştır. Adalet, güvenlik, sağlık ve eğitim hizmetlerinin sadece alt yapıya yönelik yatırımlarının gerçekleştirilmesinde bu kanun kapsamında Kamu-Özel Ortaklığı modellerinden yararlanılabilecektir.

Taslakta Kamu-Özel Ortaklığı modeli olarak imtiyaz usulüne yer verilmemiş ancak yap-işlet-devret, yap-işlet, yap-kirala-devret, işletme hakkının devri gibi yöntemlere yer verilmiştir.

Öte yandan Kamu kuruluşları tabii oldukları mevzuatları çerçevesinde Kamu-Özel Ortaklığı modeli kapsamında, kamunun sermaye payı %49’u geçmeyecek şekilde özel sektör ile ortaklık kurulabilecektir. Taslağa göre, Kamu-Özel Ortaklığı modellerinde, açık ihale, belli istekliler arasında ihale, rekabetçi diyalog ve müzakere

usullerinden birisi kullanılabilir. Böylece Avrupa Birliği Müktesebatı ile uyumlu olarak, Kamu-Özel Ortaklığı ihalelerinde uygulanmak üzere ilk defa, rekabetçi diyalog usulü getirilmiştir. Buna göre, işin tahsisinde rekabetçi diyalog usulünün kullanılabilmesi için, öncelikle projenin karmaşık olması gerekmektedir. Bilindiği üzere, hukuki ve mali unsurların belirlenmesi Kamu-Özel Ortaklığı projelerinin en önemli sorunlarından birisidir. Örneğin, yap-işlet-devret projelerinde sadece projenin yapım maliyeti değil, işletim ve bakım maliyetleri de yer almaktadır. Bunun yanı sıra, hizmetin kalitesi, standardı, düzenliliği, sürdürülebilirliği ve fiyatı da başlangıçta garanti altına alınmalı ve bu sorumlulukları en iyi taşıyacak istekli seçilmelidir. Bu tür durumlarda rekabetçi diyalog daha uygun sonuç üretebilme potansiyeline sahiptir.

Diğer taraftan, Kamu-Özel Ortaklığı projelerinde düzenlenecek ilanlarda şikayetlerin incelenmesi konusunda Kamu İhale Kurumu yetkili kılınmış ve şikayetlerin incelenme usullerinin bu Kanun hükümleri doğrultusunda hazırlanacak yönetmelikte belirleneceği düzenlenmiştir.

Öte yandan yapılacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve yapılacak sözleşmelerin süresinin hiçbir şekilde 49 yılı geçemeyeceği öngörülmüş, taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin görevli ve yetkili olduğu hükme bağlanmış ancak ihtilafların çözümünde sözleşmede yer almak kaydıyla daha hızlı bir yöntem olan tahkime de başvurulabileceği bu durumda Türk Hukukuna göre hüküm verileceği belirtilmiştir.

Kamu-Özel Ortaklığı sürecini, proje seçimi aşamasından projelerin kamuya devrine kadar geçen süreçte, projeleri koordine edecek, izleyecek ve değerlendirecek, kamunun finansal yükümlülüklerini dikkate alacak merkezi bir birimin olmaması, bu sebeple uygulamada bazı aksaklıkların görülmesi ve uluslararası örneklerde merkezi bir birimin varlığı gibi nedenlerle bu süreci etkin bir şekilde yönetecek bir birimin oluşturulması öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere hazırlanan taslak son 20 yıldır yaşanan sorunları ortadan kaldırma iddiası ile ortaya çıkmış olsa da başlı başına bir inceleme konusu yapılabilecek bir kısım problemleri içinde barındırmaktadır. Ancak Kamu-Özel Ortaklığı konusunda var olan mevzuat dağınıklığını ortadan kaldırması ve Anayasanın 47. maddesi uyarınca kamu yatırım ve hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi ya da devredilmesi ile ilgili bazı önemli hususları ayrıntılı olarak düzenlemesi bakımından olumlu bir gelişme olarak nitelendirilebilir.

VI- Sonuç Yerine

Bütçe kısıtları, daha doğru bir ifade ile finansman yetersizliği başta olmak

üzere, özel sektörün yaratıcılığı, dinamizmi, know-how gibi etkenlerle yatırım ve hizmetlerde etkinliğin artırılması, yani finansman ve/veya etkinlik aracı olarak kamunun özel sektörle ortaklığı söz konusu olabilmektedir.

Özellikle altyapı yatırımlarının, yatırımlara ayrılan geleneksel kamu fonlarını büyük ölçüde tükettiği gelişmekte olan ülkelerde, altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesi için gerekli finansman ihtiyacı, bu modellere olan ilgiyi giderek artırmaktadır. Söz konusu altyapı projeleri için kullanılması gereken fonların büyüklüğü, finansmanı, projelerin tasarımı, inşaatı, bakımı ve işletilmesi konularında karşılaşılan güçlüklerin yanı sıra bu tür projelerin sahip olduğu karmaşık yapılar idarenin karar ve uygulama aşamalarında önemli değişiklikleri gerekli kılmaktadır. Bu amaçla çeşitli ülkeler mevzuatlarını Kamu-Özel Ortaklığı modeline uygun şekilde güncelleştirme yoluna gitmiş ve sadece modellere yönelik faaliyet gösteren özel birimler kurmuşlardır.

Kamu-Özel Ortaklığı modelleri başlangıçta, ülkelerin altyapı yatırımlarının karşılanması için ihtiyaç duyulan finansmanı sağlamak üzere kullanılmakla birlikte, günümüzde özel sektörün verimli işletmecilik becerilerinden yararlanılacağı, kamunun ise yatırımların koordinasyonu, genel planlama, denetleme ve politika belirleme gibi alanlarda odaklaşmasının sağlanacağı bir model olarak görülmektedir.

Avrupa Komisyonu, Kamu-Özel Ortaklığı modelinin sunduğu daha düşük ömür boyu proje maliyeti, daha etkin risk dağılımı, yatırımların gerçekleşme hızında artış, artan hizmet kalitesi, kaynakların kullanımında etkinlik, yeni gelir kaynaklarının yaratılması, daha etkin kamu yönetimi anlayışı gibi sağladığı avantajları dikkate alarak Kamu-Özel Ortaklığı uygulamalarına bazı temel misyonlar yüklemektedir. Bunlar; ilave finansman sağlama, alternatif yönetim ve uygulama becerileri geliştirme, tüketiciye ve toplumun geneline daha yüksek değer sağlama, ihtiyaçların daha doğru şekilde belirlenmesini ve kaynakların daha etkin kullanılmasını sağlama olarak özetlenebilir.

Bununla birlikte, Kamu-Özel Ortaklığı-PPP mucize yaratan bir araç değildir. Yani her bir proje için, ilgili hizmet ya da yatırım bakımından gerçek bir katma değer sağlayıp sağlamayacağı, diğer geleneksel sözleşmelerle karşılaştırılarak (PPP Comparator) tespit edilmelidir. Ülkemiz bakımından, bu alanda hazırlık süreci devam eden mevzuatın, yukarıda belirtilen hususlar da göz önünde bulundurularak ve olumsuz tecrübeler de dikkate alınarak kaleme alınması, Kamu-Özel Ortaklığı uygulamalarındaki başarı için oldukça önemlidir.

YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDA
KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU

Doç.Dr.İlhan ÜZÜLMEZ*

ÖZET

Hürriyete karşı suçlar, kişilere karşı işlenen suçlar içerisinde önemli bir yer tutmaktadır. Hürriyete karşı suçlar denilince, tehdit ve konut dokunulmazlığının yanı sıra kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, yani hürriyeti tahdit ilk akla gelen suç tipleri olmaktadır. Kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetini koruma altına alan bu suç tipi 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 109-110. maddelerinde düzenlenmiştir. Tüzel kişiler hakkında öngörülen güvenlik tedbirine ilişkin 111. madde ise, sırf kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçuna özgü bir düzenleme değildir. Tehdit, şantaj ve cebir kullanma suçlarının yanı sıra kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna özgü ortak bir hüküm niteliği taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: TCK m. 109, Hürriyeti Tahdit, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma,

DIE ZUSAMMANFASSUNG

Straftaten gegen die Freiheit hat einen wichtigen Platz in den Straftaten gegen die Person. Unter die Straftaten gegen die Freiheit wird die Freiheitsberaubung neben die Bedrohung und den Hausfriedensbruch verstanden. Diese Straftat, die die Freiheit beschützt irgendwohin zu gehen oder in einem Ort zu bleiben ist in TCK Art. 109-110 geregelt. TCK Art. 111, der die Versicherungsmassnahmen über die juristische Person regelt, ist nicht eine Vorschrift, die nur die Freiheitsberaubung befasst. TCK Art. 111 ist eine gemeinsame Vorschrift, die die Freiheitsberaubung neben die Bedrohung, die Erpressung und die Nötigung befasst.

Der Schlüsselbegriff: TCK Art. 109, die Freiheitsberaubung

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Türk Ceza Kanununun özel hükümlere ilişkin ikinci kitabının ikinci kısmında kişilere karşı suçlar düzenlenmiştir (m. 81 vd.). Kanunun bu kısmında on bölüm halinde kişiye ait değerlerin ihlaline yönelik fiiller yaptırım altına alınmıştır. İkinci kısmın yedinci bölümünde kişinin önemli değerlerinden birisi olan hürriyete yönelik suçlar düzenlenmiştir. Aşağıda hürriyete karşı suçlar kapsamında TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu incelenecektir.

I- SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Türk Ceza Kanununun 109. maddesi “(1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Bu suçun; a) Silahla, b) Birden fazla kişi tarafından birlikte, c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı, f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır. (4) Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır. (6) Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır” şeklinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilini yaptırım altına almıştır.

Bu madde içerik itibarıyla 765 sayılı TCK'nın 179. maddesi ile örtüşmekle birlikte¹, yeni düzenlemenin suçun unsurlarını daha açık bir hale getirdiği söylenebilir. Örneğin, 765 sayılı Kanunun 179/1. maddesinde geçen “gayrimeşru surette” ibaresi ceza hukuku terminolojisine uygun bir şekilde “hukuka aykırı olarak” şeklinde; “kişi hürriyeti” ibaresi “bir yere gitmek veya bir yerde kalmak” şeklinde ifade edilmiştir. Kişi hürriyeti, bir yere gitmeyi veya bir yerde kalmayı da içine alan üst bir kavram olarak kullanılabilirdiğinden, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın neyi ifade ettiğinin maddede belirli hale getirilmesi yerinde olmuştur². Böylece yeni kanun “belirlilik ilkesine” uygun bir düzenleme yapmıştır.

¹ Suç tipinin 765 sayılı TCK'daki şekli bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **Recep Gülşen**, Hürriyeti Tahdit Suçları (TCK. M. 179–187), Ankara 2002. 39 vd.

² **İlhan Üzülmöz**, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar”, Kazancı Hukuk, İşletme Ve Maliye Bilimleri, 2005/5, s. 103.

Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

Bunun dışında, 765 sayılı Kanun bu suçun tehdit, kötü muamele veya hile icrası yoluyla yahut öç almak veya dini veya milli bir maksatla, 499. maddedeki haller dışında çıkar sağlamak amacıyla veya siyasi veya ideolojik veya sosyal görüş ayrılıklarından kaynaklanan herhangi bir amaçla veya mağduru askerlikte kullanmak üzere başka bir ülkeye teslim etmek şeklinde işlenmesini ve bu suçun silahla veya birden çok kişi tarafından birlikte işlenmesini (m. 179/2, 3) ve bu fiilin usul ve fîru veya karı koca arasında, TBMM üyelerine karşı veya vazifesinden dolayı bir memura karşı işlenmesini veya bu fiil nedeniyle mağdurun şahsının veya sıhhatine ya da malına zarar gelmesini (m. 180) nitelikli hal olarak kabul etmişken; 5237 sayılı Kanunda suçun cebir, tehdit ve hileyle işlenmesi ilk nitelikli hal grubunu oluşturmakta; suçun silahla, birden fazla kişi tarafından müşterek fail sıfatıyla birlikte, bir kişiye karşı yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi diğer nitelikli hal grubu olarak yer almaktadır (m. 109/3). Suçun cinsel amaçla işlenmesi diğer bir nitelikli haldir (m. 109/5). Suçun mağduru ekonomik bakımdan önemli bir kayba uğratması hali suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır (m. 109/4). Suçun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilerek gerçek içtima hükmüne yer verilmiştir (m. 109/6).

Ayrıca 5237 sayılı Kanunun 109. maddesi, 765 sayılı Kanunda ayrı maddelerde düzenlenen bağımsız suçları kapsar şekilde formüle edilmiştir. Gerçekten, eski TCK'da ayrı bir suç tipi olarak yer alan memurlar tarafından işlenen hürriyeti tahdit suçu (m. 181), kişiyi hürriyetin yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak 109. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinde; yine eski TCK'da ayrı bir suç tipi olarak yer alan küçüklerin kaçırılması ve alıkonulması suçu (m. 182), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali olarak 109. maddenin 2. fıkrasının (f) bendinde düzenlenmiştir. Ayrıca, yeni TCK eski TCK'da yer alan ceza ve tutukevi personeli tarafından mahkumlar ve tutuklular aleyhine işlenen hürriyeti tahdit suçlarına bu bölümde yer vermemiş, bu suçlardan bazılarını dördüncü kısmında adliyeye karşı suçlar arasında (m. 289 vd.) düzenlemiştir. Yine eski Kanunda 499. maddede düzenlenen adam kaldırma suçu da yeni TCK'nın 109. maddesinde cezalandırılan fiiller arasına dâhil edilmiştir³.

Yeni TCK'nın etkin pişmanlık başlığını taşıyan 110. maddesi 765 sayılı Kanunun

³ Üzülmöz, Hürriyete Karşı Suçlar, s. 103.

180/2. maddesinin karşılığını oluşturmaktadır. Bunun dışında Kanunun 111. maddesinde hürriyetten yoksun kılma suçunun işlenmesiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirinin uygulanacağı belirtilmiştir.

II- KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmayı cezalandıran bu hükümle, kişinin dış hürriyeti olarak adlandırılan, kişilerin kendi arzu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme, yer değiştirme hürriyeti korunmak istenmiştir⁴. Buna göre; suç ile korunan hukuki değer kişilerin bir yerde kalma veya bir yere gitme konusunda irade oluşturabilme ve bu konuda tercihte bulunma serbestisidir⁵. Kanunda kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmasından bahsedilmektedir. Dolayısıyla, bu suç ile potansiyel hareket hürriyeti, yani bir yere gitme veya bir yerde kalma konusunda irade oluşturma hürriyeti korunmaktadır⁶. Fakat 109. maddenin formülasyonundan aktüel hareket özgürlüğünün korunduğu sonucunu çıkarmak daha kolaydır. Bu nedenle, aslında burada korunan değer dış hürriyet olduğunu söylemek yeterlidir. Böylelikle, aynı zamanda bu suçla aktüel hareket özgürlüğünün korunduğu da belirtilmiş olmaktadır.

III- SUÇUN UNSURLARI

A- Tipikliğin Objektif (Maddi) Unsurları

1- Fail ve Mağdur

TCK'nın 109. maddesinde farklı bir özellik aranmadığından bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir⁷. Fiilin kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı

⁴ **İlhan Üzülmöz**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007, s. 24; **Nevzat Toroslu**, Ceza Hukuku Özel Kısım, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 81; **Herbert Tröndle/Thomas Fischer**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Auflage, München, § 239, kn. 2.

⁵ Bkz. TCK 109. madde gerekçesi. Ayrıca bkz. **Eckhard Horn**, § 239, Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch (Rudolphi Hans Joachim/Eckhard Horn/Erich Samson/Hans-Ludwig Günther), Band II, 4. Auflage, Berlin, Juli, 1990, kn. 2; **Erol Cihan**, "Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit) (TCK. m. 179)", İÜHF. C.: XLI, 1975/1-2, s. 49-51.

⁶ Bu suç tipiyle korunan hukuki değer ne olduğu hususunda Alman doktrin ve uygulamasında görüş ayrılığı vardır. Çoğunluktaki görüş suç tipiyle potansiyel hareket etme hürriyetinin korumaya alındığını savunurken, azınlıktaki görüş ise aktüel hareket etme hürriyetinin korunduğunu belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karl Heinz Gössel/Dieter Dölling**, Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 2. Auflage, Heidelberg 2004, § 19, kn. 2 vd.; **Urs Kindhäuser**, Strafgesetzbuch, Lehr Und Praxiskommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2005, § 239, kn. 1; **Tröndle/Fischer**, § 239, kn. 2 vd.

⁷ **Cihan**, s. 51.

nüfuz kötüye kullanılarak işlenmesi (m. 109/3, d), aynı şekilde üstsoy, altsoy ve eşe karşı işlenmesi (m. 109/3, e) cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli halleri oluşturmaktadır⁸.

Hürriyetten yoksun kılma mağdur bakımından özellik arz etmeyen, herkese karşı işlenebilen bir suçtur. Başka bir anlatımla, isnat yeteneğine sahip olup olmadığına bakılmaksızın her insan bu suçun mağduru olabilir⁹. Bununla birlikte mağdur olabilmek için sırf iradi olarak yer değiştirme yeteneğine sahip olmanın yeterli olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Suç ile potansiyel hareket hürriyetinin korunduğunu savunanlar, yer değiştirme yönünde irade oluşturabilecek ve bunu icra edebilecek durumda olanların, gerçekte yer değiştirmeye yönelik iradelerinin varlığı gerekmeksizin suçun elverişli konusu (mağduru) olduğunu kabul etmektedirler¹⁰. Buna göre, bir yere gitme veya bir yerde kalma konusunda aktüel bir irade oluşturulması aranmadığından, suçun oluşumu için mağdurun hürriyetinin sınırlandığını hissetmesi gerekli değildir¹¹. Örneğin; (A)'nın (B)'yi uzunca bir süre odaya kilitlemesi ve fakat (B)'nin bunun farkına varmaması gibi¹².

Buna karşılık, sırf belli bir yönde hareket etme hususunda irade oluşturabilecek ve bunu icra edebilecek durumda olmayı yeterli görmeyip bu suç ile aktüel hareket hürriyetinin korunduğunu savunan azınlıktaki görüş ise, mağdurun belli bir yere gitme veya bir yerde kalma yönünde irade oluşturmuş kişi olabileceğini savunmaktadırlar¹³. Ancak bu görüşü savunanlar farazi hareket etme iradesinin varlığının kabul edildiği hallerde de suçun oluşacağını kabul etmektedirler¹⁴. Mağdurun hareket etme yönünde irade oluşturabileceğinin ama failin etkisi ile gerçekleştirilmekten vazgeçtiğinin

⁸ **Mehment Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2008, s. 321.

⁹ **Kindhäuser**, § 239, kn. 4; **Cihan**, s. 52.

¹⁰ **SK-Horn**, § 239, kn. 2a; **Albin Eser**, § 239, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2006, kn. 3; **Volker Krey**, Strafrecht Besonderer Teil, C.: 1, 12. Auflage, Stuttgart 2002, § 4, kn. 315; **Fritjof Haft**, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Auflage, München 2005, s. 165. *Eser*, suç tipiyle potansiyel hareket hürriyetinin korunduğunu savunmakla birlikte, uyku halinde bulunanların veya bilinçsiz durumdaki sarhoşların bu durumları devam ettiği sürece suç bakımından elverişli konuyu oluşturmayacaklarını savunmaktadır. Bkz. **S/S-Eser**, § 239, kn. 3.

¹¹ **Wilfried Küper**, Strafrecht Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, 6. Auflage, Heidelberg 2005, 141.

¹² **Haft**, s. 166.

¹³ **Gunther Arzt/Ulrich Weber**, Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld 2000, § 9, kn. 13.

¹⁴ **Küper**, s. 141–142.

kabul edilebildiği hallerde farazi hareket etme iradesinin engellenmesinden bahsedilmektedir. Mağdurun, failin manevi baskısı nedeniyle icra edemeyeceğini düşünerek güncel hareket etme iradesi oluşturmadığının belirlendiği hallerde de suçun oluşacağı kabul edilmektedir. Failin, mağduru bilinçsiz hale getirdiği veya onun bu durumunun devamını sağladığı hallerin de, hareket etme yönündeki farazi iradenin engellenmesi anlamına geldiği belirtilmektedir¹⁵.

Kanaatimizce, bu suç tipiyle aktüel hareket hürriyetinin korunduğunu kabul etmek, suçun oluşumunu fail tarafından gerçekleştirilen fiile değil de, mağdurla ilgili bir duruma, yani onun irade oluşturmasına bağlı hale getirmesi nedeniyle kabul edilemez. Gerçekten bu suç tipinde, failin hürriyeti sınırlamaya yönelik fiilinin, mağdurun hareket etme hürriyetini önemli bir zaman dilimi içinde sınırlaması gerekir. Buna göre, fail tarafından hürriyeti sınırlamaya yönelik olarak hareketin icra edilmesi ve mağdurun hareket etmek isteyip bunu gerçekleştirememesi halinde suç oluşacaktır. Hareket etme yeteneğine sahip kişinin iradeyi failin hürriyeti sınırlamaya yönelik hareketiyle birlikte veya ondan daha sonra oluşturması önemli değildir. Oysa bu suç ile aktüel hareket hürriyetinin korunduğu kabul edilecek olursa, önce mağdurun bir yere gitme veya bir yerde kalma yönünde irade oluşturması ve fail tarafından bunun icrasının engellenmesi zorunlu hale gelmektedir. Bu ise, mağdur tarafından oluşturulan iradenin icrası safhasında fail tarafından gerçekleştirilen engellemeye yönelik sonraki hareketlerin değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Buna karşılık, suç ile potansiyel hareket hürriyetinin korunduğu kabul edilince, fail tarafından hürriyeti sınırlamaya yönelik olarak gerçekleştirilen hareketlerle henüz mağdurun iradesinin oluşmadığı bir safhada suçun icrasına başlanmış olacağına ve bunun neticesinde mağdurun hürriyetinden yoksun hale gelmesiyle birlikte suçun tamamlanacağına işaret edilmiş olmaktadır. Bu nedenle, belli bir yere gitme veya belli bir yerde kalma yönünde irade oluşturma yeteneğine sahip her kişinin bu suçun mağduru olabileceğini düşünmekteyiz.

Buna göre, akıl hastalığı nedeniyle hareketlerini iradi olarak yönlendirme yeteneği olmayanların ve bir yaştan altındaki çocukların hareketin elverişli konusunu oluşturmayacağı açık ise de¹⁶, kendini bilemeyecek derecede sarhoş olanların ve uykuda bulunanların durumu tartışmalıdır¹⁷. Suç ile aktüel hareket hürriyetinin korunduğunu savunanların kendilerini bilemeyecek (iradi olarak hareket edemeyecek) şekilde sarhoş olanların veya uykuda bulunanların kendine gelip hareket etme yönünde irade

¹⁵ SK-Horn, § 239, kn. 4.

¹⁶ Gössel/Dölling, § 19, kn. 6-7; Kindhäuser, § 239, kn. 4.

¹⁷ Ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 322.

oluşturmadıkça, bu suçun mağduru olamayacağını kabul etmektedirler¹⁸. Doktrinde, bu suç ile potansiyel hareket hürriyetinin korunduğunu savunanlardan bazıları da¹⁹, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmanın neticeli bir suç olduğunu ve bu neticenin ilk olarak mağdurun bir yere gitmek isteyip gidemediği anda ortaya çıkacağını, dolayısıyla fiilin icrası sırasında mağdurun irade oluşturabilecek durumda olmasının gerekli olmadığını, örneğin failin kapıyı kilitlemesinden hemen sonra uyanıp gitmek isteyen mağdurun gidemediği hallerde de suçun oluşacağını belirtmektedir. Kanaatimizce, uykuda da olsa, sarhoş da olsa, ortada uyandığında veya kendine geldiğinde hareket etme yönünde irade oluşturma yeteneği bulunan bir kişi vardır ve bu kişinin hürriyetini sınırlamaya yönelik işlenmiş bir fiil söz konusudur. Bu nedenle, bu kişilerin hürriyetini sınırlamaya yönelik fiillerin de bu suçu oluşturduğu hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak tamamlanmış bir hürriyeti sınırlamadan bahsedilebilmesi, bu kişilerin uyanıp veya ayılıp istedikleri yönde hareket edememeleri halinde mümkündür. Hemen belirtelim ki, burada ayılmaktan maksat sarhoşun sarhoşluğun etkisinden kurtulması değil, iradi olarak hareket etme yeteneğini yeniden kazanmasıdır.

Hareket etme hürriyetinden kısmen yoksun bulunan kişilere karşı da bu suç işlenebilir. Bu kişilerin kendilerine tanınan özgürlük alanı içinde hareket etmelerinin engellenmesi halinde suç oluşacaktır. Örneğin bir tutuklu veya mahkûmun bağlanarak oda içerisinde hareket kabiliyetinin engellenmesi gibi²⁰.

2- Hareketin (Suçun) Konusu

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda hareketin konusunu belirli bir kimsenin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyeti oluşturmaktadır. Görüldüğü gibi bu suçta hareketin konusu ile korunan hukuki değer örtüşmektedir. Ancak, suçun konusu belli bir kişiyle ilişkilendirilmesi itibarıyla korunan hukuki değerden farklı bir değerlendirmeye tabi tutulabilmektedir²¹.

3- Fiil

Suç, bir kimsenin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılmasıyla işlenir. Yoksun bırakmak, bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinin sınırlanması²², diğer bir ifadeyle hareket etme hürriyetinin

¹⁸ Kindhäuser, § 239, kn. 4.

¹⁹ SK-Horn, § 239, kn. 3.

²⁰ Toroslu, Özel Kısım, s. 82.

²¹ Önder, Özel Hükümler, s. 27.

²² Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 345.

engellenmesidir. Suç, kişinin bir yere gitmesinin veya bir yerde kalmasının engellenmesiyle işlenebileceğinden seçimlik hareketlidir²³.

Herhangi bir şekilde kişinin bulunduğu yerden ayrılmasına engel olmak suçun ilk seçimlik hareketini ve görünüm şeklini oluşturmaktadır. Kişinin bulunduğu yerden ayrılmasını, yani fiziki olarak yer değiştirmesini engellemeye yönelik hareketlerin gerçekleştirilmesi gerekir.

Fiziki hareket hürriyetinin kaldırılmasının, bu hürriyetin kullanımının tamamen durdurulmasının yoksun bırakmayı oluşturduğu hususunda herhangi bir duraksama yoktur. Ancak fiziki hareket hürriyetinin sınırlanması her zaman yoksun bırakma anlamına gelmez²⁴. Buna göre, mağdurun, istediği biçimde ve türde bulunduğu yerden ayrılmasının engellenmesi suçun oluşumu için yeterli değildir. Örneğin kişinin belli bir yere istediği konforda gitmesinin engellenmesi hürriyetinden yoksun bırakma değildir²⁵. Tam ve mutlak engelin varlığı gerekli olmayıp mağdurun engelleri kolaylıkla aşamayacak, istediği gibi hareket edemeyecek durumda olması yeterlidir. Örneğin failin mağdurun belli bir yönde gitmesini engellemek için zor ve alışılmışın dışında yollar bırakması halinde suç oluşur. Fail çıkışı olan bir yere kapatmakla birlikte mağdurun çıkışı bilmediği için faydalanamadığı veya çıkış için öngörülen mekanizmayı çalıştırmadığı veya çıkış için öngörülen yolun zor veya tehlikeli olduğu hallerde de suç oluşacaktır²⁶. Buna karşılık, mağdurun bildiği çıkışın kapalı veya kullanılamaz olduğunu zannettiği haller engelleme olarak kabul edilmemektedir²⁷. Suç, mağdurun yer değiştirmesini mümkün kılan araçların kullanmasının engellenmesi suretiyle de işlenebilir. Örneğin felçli bir kimsenin tekerlekli sandalyesini almak onun hareket hürriyetini sınırlamaktır²⁸.

Suç, kişinin bir yerde kalmasını engellemek suretiyle de işlenebilir. Kişinin bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılması suçun diğer seçimlik hareketini oluşturmaktadır. Bu ihtimalde, fail, mağdurun belli bir yerde kalmayönünde oluşturduğu iradesinin icrasını engellenmeye yönelik olarak hareketini gerçekleştirmektedir. Diğer deyişle bu durumda fail mağduru iradesine aykırı bir surette bulunduğu yerden ayrılmaya zorlamaktadır. Suçun oluşumu mağdurun bulunduğu yerde kalma

²³ **Veli Özer Özbek (Koray Doğan)**, İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.: II, Ankara 2008, s. 718.

²⁴ **Arzt/Weber**, § 9, kn. 17.

²⁵ **SK-Horn**, § 239, kn. 5.

²⁶ **Gössel/Dölling**, § 19, kn. 12; **S/S-Eser**, § 139, kn. 5; **Toroslu**, Özel Kısım, s. 83.

²⁷ **Gössel/Dölling**, § 19, kn. 12.

²⁸ **S/S-Eser**, § 139, kn. 3; **Teczan/Erdem/Önok**, s. 346.

talebinin meşru olmasına bağlıdır. Maddede mağdurun hangi vasıtalar kullanılarak kalmak istediği yerden ayrılmaya zorlanacağı belirtilmediğinden fail herhangi bir hareketle bu sonuca ulaşabilir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ihmali hareketle işlenmeye elverişli suçlardandır. Örneğin kişinin yanlışlıkla kapattığı kapıyı durumu fark etmesine rağmen açmaması halinde ihmali hareketle kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmış olacaktır²⁹. Ancak TCK’da ihmali hareketle işlenebilecek suçlar ayrıca gösterildiğinden (örn. TCK m. 83), bunun dışında kalan suçların ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği tartışmalı hale gelmiştir³⁰. Kanunda ihmali hareketin cezalandırılabilirliğine ilişkin genel bir hüküm bulunmadığından ve bu suçun ihmali hareketle işlenebileceği belirtilmediğinden suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince bu suçun ihmali hareketle işlenmesi mümkün değildir³¹.

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma sırf hareket suçlarındandır. Buna göre, failin, mağdurun hürriyetini sınırlamaya yönelik hareketi gerçekleştirilmesi ve bunun neticesinde mağdurun hürriyetini sınırlamış olması gerekmektedir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma, aynı zamanda kesintisiz suçlardandır. Suç, kişinin bir yere gitme ve bir yerde kalma hürriyetinin önemsiz sayılamayacak bir zaman dilimi için sınırlanmasıyla tamamlanır ve mağdur yeniden hürriyetini elde edince sona erer³².

Yargıtay kararlarına yansıyan kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma fiillerinden bazıları aşağıdaki gibidir: “... sanık Ramazan Kıyat’ın ise mağduru zorla araca bindirip yumrukladığı, “seni öldürürüm yine bırakmam, kızı buluncaya kadar bizimle berabersin” diyerek tehdit ettiği, mağdurun kapıyı açıp gitmek istemesi üzerine araçtan kaçmasını engelledikleri, şehir merkezinde seyir halinde iken bir ara mağdura gelen kısa mesajda “hangi firmaya bindiler, kimi kaçırdı” yazdığını gören sanıkların mağduru yeniden dövmeye ve sorgulamaya başladıkları, mesajın mağdurun Hekimhan’da oturan arkadaşı Emrah’tan geldiğini, Arzu ile Yücel’in

²⁹ Gössel/Dölling, § 19, kn. 16.

³⁰ Bkz. Teczan/Erdem/Önok, s. 346.

³¹ Bu hususta bkz. Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 1. Bası, Ankara 2008, s. 323; Özbek/Doğan, TCK İzmir Şerhi, C.: 2, s. 718. Suçun ihmali hareketle işlenebileceği yolundaki karşı görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. Özel Hükümler, s. 316; Toroslu, Özel Kısım, s. 82; Ali Kemal Yıldız, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Açıklamalar-Değerlendirmeler Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları, İstanbul 2007, s. 235; Çetin Arslan/Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 499.

³² S/S-Eser, § 139, kn. 11; Krey, § 4, kn. 319; Gössel/Dölling, § 19, kn. 5; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 318 vd.

de oraya gideceklerini ve kaçma olayından mağdur Serdal'ın da bilgisi olduğunu anlayınca 85 km uzaklıktaki bu ilçeye gitmeye karar verdikleri, mağdurun yolda da sanık Ramazan Kıyat tarafından ölümle tehdit edildiği ve aracı kullanan sanık İsmet dışındaki diğer sanıklar tarafından dövüldüğü, sanıkların gittikleri ilçede bir süre Arzu ve diğerlerini aramalarına karşın bulamayınca polis karakoluna gidip o tarihte henüz reşit olmayan Arzu'nun kaçırıldığını ihbar edip bulunmasını istedikleri, bu sırada kolluk görevlilerinin caddedeki araçta bulunan mağdur Serdal'ı yaralı halde görmeleri üzerine olayın açıklığı kavuştuğu...³³, "... müşteki Serdal'ın yağma suçu sırasında ağzının, ellerinin ve ayaklarının bağlanması..."³⁴, "müştekiyi... her iki sanığın kollarına girerek iradesi dışında sanık Gürsan'ın evine götürüp müessir fiilde bulunarak yaklaşık 1 saat kadar zorla alıkoyması"³⁵, "...müştekinin işten ayrılmak istediğini belirtmesi üzerine bunu engellemek amacıyla kaldığı evin kapısını dışarıdan kilitle"mesi"³⁶, "... sanıkların sevk ve idarelerinde bulunan araca (müdahili) zorla bindir"meleri³⁷.

4- Suçun Nitelikli Unsurları

a- Genel Olarak

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekline göre cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli halleri, 109. maddenin 2, 3 ve 5. fıkralarında düzenlenmiştir. Hürriyeti sınırlamanın, cebir, tehdit veya hile kullanılarak icra edilmesi cezanın artırılmasını gerektiren ilk nitelikli hali oluşturmaktadır (m. 109/2). Suçun; silahla, birden fazla kişi tarafından birlikte, yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanılmak suretiyle, üstsoy, altsoy veya eşe karşı, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, işlenmesi daha önceki fıkralara göre verilen cezaların bir kat artırılmasını gerektiren diğer nitelikli hal kategorisini oluşturmaktadır (m. 109/3). Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın cinsel amaçla işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren son nitelikli hali oluşturmaktadır (m. 109/5).

³³ Yarg. CGK. 23.01.2007, 275/9 (Gürsel Yalvaç, Karşılaştırmalı-Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanununun, Ankara 2008, s. 868.

³⁴ Yarg. 8. CD. 18.09.2007, 7698/5939 (Yalvaç, s. 870). Aynı yönde bkz. 6. CD. 01.06.2006, 18006/5478 (Yalvaç, s. 881).

³⁵ Yarg. 8. CD. 16.07.2007, 4215/5658 (Yalvaç, s. 871).

³⁶ Yarg. 8. CD. 12.09.2006, 218/6638 (Yalvaç, s. 880).

³⁷ Yarg. 8. CD. 23.05.2007, 937/4193 (Yalvaç, s. 872).

b- Fiili İşlemek İçin veya İşlendiği Sırada Cebir, Tehdit veya Hile Kullanılması

Kanun koyucu fiili işlemek için, yani amaç suçu oluşturan hürriyeti sınırlamanın gerçekleştirilebilmesi için vasıta olarak cebir, tehdit veya hile kullanılmasını veya kişiyi hürriyetinden yoksun bıraktıktan sonra bu fiilin icrasının devam ettiği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılmasını cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Bu nitelikli hal ile bir bileşik suç oluşturulmuş, cebir ve tehdit kullanılması kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmayı nitelikli hale getiren unsurlar olarak düzenlenmiştir.

Yeni Ceza Kanununun sisteminde cebrin mahiyetini belirleyebilmek için *cebir kullanma suçu*nu düzenleyen 108. maddenin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Hemen belirtelim ki, 108. maddede cebrin tanımı yapılmamış, ancak zorlama amacıyla cebir kullanılması halinde faile kasten yaralama suçundan hareketle ceza verileceği belirtilmek suretiyle, cebrin aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturan hareketlerden ibaret olduğuna işaret edilmiştir. Madde gerekçesinde cebre maruz kalan kişinin bu fizik gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir yönde davranmaya zorlandığından bahsedilmek suretiyle, cebrin kasten yaralamayı oluşturan acı veren türdeki hareketlerden ibaret olduğu belirtilmiştir. Buna göre, fizik gücün vermiş olduğu acıdan kaynaklanan zorlamalar cebri oluşturmaktadır³⁸. Bu çerçevede, kişinin hürriyetini sınırlayabilmek için veya sınırladıktan sonra ona karşı bedenen hissedilen fizik güç kullanımı 109/2. maddeye uygun nitelikli hali oluşturacaktır. Nitekim Yargıtay bir kararında 109/2. fıkradaki cebrin, yalnızca maddi cebri ifade ettiğini, somut olayda maddi cebrin ne suretle gerçekleştiğinin karar yerinde gösterilip tartışılmadan bu nitelikli halin uygulanmasını hukuka aykırı bulmuştur³⁹.

Bir kişi tehditle de hürriyetinden yoksun hale getirilebilir veya hürriyetinden yoksun durumdayken tehdiye maruz kalabilir. Tehdit, gerçekleştirilmesi failin isteğinin yerine getirilmemesi kaydına bağlı bir kötülüğün mağdura bildirilmesini ifade etmektedir⁴⁰. Tehdit, yöneldiği konu itibarıyla objektif olarak mağduru failin istediğini yerine getirmeye uygun ve elverişli olmalıdır. Objektif olarak mağduru korkutmaya elverişli bir kötülük bildiriyle, hürriyetinin sınırlanmasına katlanmak zorunda bırakılması veya hürriyeti sınırlanmış bir vaziyette iken bu durumun devamının tehditle sağlanması 102/2. maddeye uygun bir tehdidi oluşturacaktır.

³⁸ Bu hususta bkz. **Üzülmöz**, Tehdit, Şantaj ve Cebir, s. 46 vd.

³⁹ Yarg. 5. CD. 07.02.2006, 19137/691 (**Yalvaç**, s. 883).

⁴⁰ **Eser-S/S**, Vorbemerkung zu den §§ 234, kn: 30; **Ernst Träger/Gerhard Altwater**, §240, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, § 240, kn. 56.

Kişi, hürriyetinden hile vasıtasıyla yoksun hale getirilebilir. Hile, bir şahsın belirli bir beyanda, davranışta bulunmasını sağlamak amacıyla yapılan ve o kişide yanlış bir zan oluşturan veya var olan yanlış zannı devam ettiren kasti aldatici ve yanıltıcı davranışlardan oluşmaktadır⁴¹. Hilede, mağdur gerçeği bilseydi, kendisinden beklenen davranışı yapmayacağı bir durum bulunduğundan kişi hürriyetinin ihlali söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, hile sonucunda ortaya çıkan netice zor kullanarak veya tehdit ederek elde edilen neticeden farksız bulunmakta, yani cebirle veya tehditle ulaşılabilecek sonuca hile ile varılmaktadır⁴². Buna göre, kişi maruz kaldığı hileyle, yani kandırılarak hürriyetinden yoksun hale getirilebilir. İradesi hile ile ifsat edilerek bir kişinin hürriyetinden yoksun hale getirilmesi veya hile ile kişinin hürriyetinden yoksunluğun devam ettirilmesi 109/2. fıkraya uygun nitelikli hali oluşturmaktadır. Örneğin, annesinin öldüğü söylenerek kişinin memleketine gönderilmesi gibi.

c- Suçun Silahla İşlenmesi

Kanun koyucu silahlı olunmasının hürriyetin sınırlanması suçunun işlenmesinde sağladığı kolaylığı dikkate alarak bu nitelikli hali kabul etmiştir. Gerçekten, failin silahlı olması mağdurun hürriyetinin sınırlanmasına göstereceği mukavemeti bertaraf etmekte ve failin kolaylıkla işlenmesini sağlamaktadır⁴³. Nitelikli halin uygulanmasını gerektiren bir silahın bulunup bulunmadığı, suçun icrasında kullanılan vasıtanın TCK'nın 6/1. maddenin (f) bendinde beş grup halinde sıralanan maddelerden olup olmadığına bakılarak belirlenecektir. Buna göre, “*f) Silah deyiminden; 1. Ateşli silahlar, 2. Patlayıcı maddeler, 3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, 4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, 5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler, ... anlaşılır*”.

Bu nitelikli halin uygulanması bakımından suçun “silahla işlenmesi” ile neyin kastedildiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴⁴, suçun silahla işlenmesinden maksat, failin icrası sırasında ve bunu gerçekleştirmek için kullanılmış olmasıdır. Salt silahın varlığı bu nitelikli halin uygulanması bakımından yeterli değildir. Diğer görüştekiler ise⁴⁵,

⁴¹ **Cihan**, s. 60; **Adem Sözüer**, Tehdit Suçu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: LIV, 1991-1994/1-4, s. 126; **Erika Schmidt**, Die Nötigung als selbständiger Tatbestand und als Tatbestandselement im Strafgesetzbuch, Bern 1969, s. 68; **Walter Kern**, Die Nötigung Nach Art. 181 des Schweizerischen Strafgesetzbuch, Zurich 1942, s. 77; **Üzülmez**, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma, s. 57.

⁴² **Cihan**, s. 62-63.

⁴³ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, s. 326.

⁴⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 354.

⁴⁵ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, s. 327.

silahın görünür bir şekilde failin üzerinde bulunmasını nitelikli halin uygulanması için yeterli saymaktadır. Kanaatimizce de, fiili işlediği sırada silahın sırf failin üzerinde olması bu nitelikli halin gerçekleştiğinin kabulü için yeterli sayılmamalıdır. Fail, silahtan failin icrasını kolaylaştıracak tarzda faydalanmış olmalıdır. Bu faydalanmanın ne şekilde gerçekleştiği önemli değildir⁴⁶. Örneğin kişinin direncini kırmak için ceketin altında duran silahın gösterilmesi veya görünmesini sağlamaya yönelik hareketlerin yapılması halinde de bu nitelikli hal gerçekleşir.

d- Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Kanun koyucu, mağdurun mukavemetini kırmasını, mağdur üzerindeki etkisini ve suçun icrasını kolaylaştırmasını dikkate alarak, hürriyeti sınırlamanın birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesini, yani suçun iştirak halinde işlenmesini nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Ancak bentte geçen “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” ibaresini, müşterek failliği düzenleyen 37/1. maddedeki “suçun kanuni tarifindeki fiili birlikte gerçekleştirenler” olarak anlamak gerekir. Bu nedenle, nitelikli halin uygulanabilmesi bakımından, birden fazla kişinin müşterek faillik statüsü içinde suçun icrasına katılmış olmaları gerekmektedir. Esasen madde gerekçesinde birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi ibaresinin müşterek faillığe karşılık geldiği açıkça belirtilmiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma fiilinin birden fazla kişinin katılımıyla birlikte işlendiği hallerde, müşterek failliğin şartlarının oluşup oluşmadığı her somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak ve her bir failin suçun işlenişine olan katkısı fonksiyonel anlamda değerlendirilerek belirlenmelidir. Bu değerlendirme sonucunda müstakil failin işlediği fiile azmettiren veya yardım eden olarak katılımın bulunduğu sonucuna ulaşırsa bu nitelikli hal uygulanmamalıdır⁴⁷.

e- Suçun Belirli Kişilere Karşı İşlenmesi

Kanun koyucu, suçun “üstsoy, altsoy veya eşe karşı”, “çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı” ve “kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle” işlenmesini de nitelikli hal olarak kabul etmiştir.

Üstsoy, altsoy ve eş kavramlarının içeriği Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenmelidir. Medeni Kanunun 17. maddesine göre, biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı vardır. Bir kimsenin kendisinden geldiği (ürediği) kişilerle arasında üstsoy, bir kimsenin kendisinden gelenlerle (üreyenler) arasında

⁴⁶ Bkz. Özbek/Doğan, TCK İzmir Şerhi, C.: 2, s. 720.

⁴⁷ Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 354; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 327; Toroslu, s. 85.

ise altsoy hısımlığı vardır. Üstsoy ve altsoy durumunda olanların hürriyetinden yoksun bırakılması suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Altsoy, çocuk olabileceği gibi onsekiz yaşının doldurmuş kişiler de olabilir.

Karı veya kocadan birinin diğerini hürriyetinden yoksun hale getirmesi de cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hali oluşturmaktadır. Bu suç bakımından fail ile mağdur arasında karı veya koca ilişkisinin bulunup bulunmadığı Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenecektir. Başka bir anlatımla kanun önünde evli olanlar arasında işlenen fiiller bu bende uygun nitelikli hali oluşturmaktadır.

f- Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi

Bir kamu görevlisine karşı, yerine getirdiği görevi nedeniyle hürriyetinden yoksun bırakma fiilinin işlenmesi, suçun cezasının artırılmasını gerektiren diğer nitelikli hali oluşturmaktadır. Fiilin, sırf kamu görevlisi sıfatını taşıyan kişiye karşı işlenmesi nitelikli halin uygulanabilmesi bakımından yeterli değildir. Kamu görevlisine karşı yerine getirdiği görev nedeniyle, yani ifa ettiği görev dolayısıyla işlenmiş olmalıdır. İşlenen fiille kamu görevlisinin yerine getirdiği görev arasında illiyet bağının varlığı tespit edilmelidir. Bunun dışında, fiilin kamu görevlisine karşı görevi ifa ettiği sırada değil, daha sonra olsa da ifa edilen görev dolayısıyla işlenmesi yeterlidir⁴⁸.

Faili, fiili icraya sevk eden neden, kamu görevlisinin yerine getirdiği görevdir. Dolayısıyla suçun bu seçimlerlik nitelikli unsuru için, failin saiki önem taşımaktadır. Bu nedenle, nitelikli halin oluşumu için yerine getirdiği görev dolayısıyla bizzat kamu görevlisinin kendisinin hürriyetinden yoksun bırakılması gerekli değildir. Kamu görevlisinin yerine getirdiği görevden dolayı bir yakınının hürriyetinden yoksun bırakılması da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Örneğin bir hâkimin verdiği karara tepki olarak oğlunun kaçırılması halinde suçun nitelikli şekli oluşur⁴⁹.

g- Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Kamu görevlisinin üstlendiği görevin kendisine sağladığı başkalarını etkileyebilme gücünü kötüye kullanarak diğer bir kişiyi hürriyetinden yoksun hale getirmesi suçun diğer nitelikli şeklini oluşturmaktadır. Sırf kamu görevlisi sıfatına sahip olmak yeterli değildir, ayrıca yerine getirilen kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmış olmalıdır. Bu nedenle, gerçekte aykırı bir şekilde kendisini

⁴⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 327–328; Tezcan/Erdem/Önok, s. 355; Toroslu, Özel Kısım, s. 86.

⁴⁹ Bkz. Madde gerekçesi.

kamu görevlisi olarak gösterip bir kimseyi hürriyetinden yoksun hale getiren kişi, fiili hileyle işlemiş olacağından 109/2. madde hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulacaktır⁵⁰.

Bu nitelikli halin oluşumu için, kamu görevlisinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma yetkisine sahip olması şart değildir⁵¹. Kişinin üstlendiği kamu görevini yerine getirebilmesi için kendisine tanınan başkalarını etkileyebilme, onlar üzerinde otorite kurma yetkisini, hürriyetin sınırlanması yönünde kötüye kullanması yeterlidir⁵².

h- Suçun Çocuğa, Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyi Karşı İşlenmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma fiilinin, onsekiz yaşından küçüklere karşı veya bedeni veya psikolojik durumu itibarıyla kendini savunamayacak durumda olan kişiyi karşı işlenmesi suçun diğer nitelikli halini oluşturmaktadır. Kanun koyucu, çocuklara ve bedenlen veya ruhen kendini savunamayacak durumda bulunanlara karşı fiilin işlenmesindeki kolaylığı dikkate alarak bu nitelikli hali kabul etmiştir. Çocuk, failin altsoyu ise 3. fıkranın “e” bendine göre hareket etmek gerekir.

ı- Suçun Cinsel Amaçla İşlenmesi

Kanun koyucu suçun cinsel amaçla işlenmesini suçun cezasında yarı oranında artırım yapılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Kanun koyucu sadece cinsel amaçtan bahsetmiş, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan birine doğrudan atıf yapmamıştır. Dolayısıyla bu düzenlemeyi, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmanın cinsel saldırı, cinsel istismar ve cinsel taciz niteliğindeki fiillerin gerçekleştirilmesine imkân sağlamak için icra edildiği halleri kapsar şekilde düşünmek gerekmektedir⁵³.

⁵⁰ **Toroslu**, Özel Kısım, s. 86.

⁵¹ Karşı görüş için bkz. **Toroslu**, Özel Kısım, s. 86.

⁵² “Görevli C. Savcısı olan sanığın, otomobil ile giderken yol verip vermeme konusunda tartıştığı yakınlar Recep ve Ömer’in memuriyet nüfuz ve yetkisini kullanarak, görevli polis memurlarına talimat verip karakola aldırması ve burada kötü muamelede bulunması biçimindeki eyleminin, 765 sayılı Yasanın özel hüküm niteliğindeki 181/1–2 ve 237 sayılı TCY. nın 109/1–3 madde ve fıkralarına uyan suçu oluşturduğu gözetilerek, 5237 sayılı Yasanın 7/2, 5252 sayılı Yasanın 9/3 madde ve fıkraları uyarınca 765 ve 5237 sayılı TCY. larının anılan hükümlerinin karşılaştırılıp sanık yararına olan yasa hükümleri saptanarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,” Yarg. 4. CD. 08.10.2007, 4074/8017 (**Yalvaç**, s. 870).

⁵³ “Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; sanığın takip ettiği müştekiyi pasaj içinde zorla tutmak şeklindeki eylemi cinsel amaçla gerçekleştirildiğinin kanıtlanmadığı gözetilmeksizin 5237 sayılı TCK.nun 109/5 madde ve fıkrası hükmü uyarınca artırım yapılarak sanığa fazla ceza tayini, Bozmayı gerektirmiş,” Yarg. 8. CD. 26.5.2008, 6606/6236 (Karar UYAP sisteminden alınmıştır).

B- Tipikliğin Sübjektif Unsurları

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma kasten işlenebilen suçlardandır. Suçun, 109/1–3. maddelerinde düzenlenen temel ve nitelikli şekillerinin oluşumu için kastın dışında başkaca manevi unsurun varlığı aranmamıştır. Buna karşılık, suçun 109/5. maddede düzenlenen nitelikli şeklinin oluşumu için failin cinsel amaçla hareket etmiş olması, yani cinsel bir amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakması aranmıştır⁵⁴.

Suçun oluşumu için varlığı aranan kast, failin hareketinin diğer bir insanın bir yere gitme veya bir yerde kalma yolundaki iradesini engelleyeceğini bilmesi veya en azından mümkün görmesi halinde vardır⁵⁵. Dolayısıyla suç doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kast ile de işlenebilir. Suçun olası kastla işlendiği hallerde 21/2. maddeye göre cezada indirim yapılacaktır.

C- Hukuka Aykırılık Unsuru

1- Genel Olarak

Bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmanın cezalandırılabilmesi, bu fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunmaması halinde mümkündür. Bu suç tipi bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma (m. 25/1), görevin ifası (m. 24/1), hakkın kullanımı (m. 26/1) ve ilgilinin rızası (m. 26/2) gündeme gelebilir. Ancak öncelikle suçun kanuni tarifinde geçen “hukuka aykırı olarak” ibaresinin ne anlama geldiğinin açıklanması gerekir.

Hemen belirtelim ki, suçun kanuni tanımında yer alan “hukuka aykırı olarak” ibaresinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Türk doktrininde de baskın olan bir görüş, suç tanımlarında yer alan bu tür ibarelerle fiilin hukuka aykırılığı ayrıca gösterilmektedir. Bu durum, “hukuka özel aykırılık” olarak nitelendirilmektedir. Yapısında hukuka özel aykırılığa yer veren bu tür suçlarda, bu unsurun kastın kapsamına girdiği, dolayısıyla suçun oluşabilmesi için failin hukuka özel aykırılığı bilerek hareket etmesinin gerektiği kabul edilmektedir. Bunun dışında, bünyesinde hukuka özel aykırılığa yer veren suçların, doğrudan kastla işlenebileceği, olası kastla bu suçların işlenmesinin mümkün olmadığı savunulmaktadır⁵⁶.

Fiilin hukuka aykırılığının suç tanımında ayrıca belirtilmesine yüklenen işlevi ikili bir ayırım çerçevesinde değerlendirmeyi savunan bizim de taraftar olduğumuz diğer görüşe göre ise, şayet hukuka aykırılık kanuni tarife maddi unsurlardan birini

⁵⁴ Ayrıca bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, s. 331; **Toroslu**, s. 84.

⁵⁵ **SK-Horn**, § 239, kn. 10.

⁵⁶ Bkz. **İzzet Özgeç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008, s. 280-281; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 349; **Özbek/Doğan**, TCK İzmir Şerhi, C.: 2, s. 723.

nitelendirmek için konulmuşsa, kastın konusunu oluşturur. Buna karşılık, hukuka aykırılığın suçun genel unsuru olarak tipte yer aldığı hallerde, suçun kanuni tanımına ilişkin bir unsur olarak kabul edilmediği için kastın konusunu değil, kusurluluğun konusunu oluşturur. Kanun koyucu, bu şekilde hâkimi özellikle olayda bir hukuka uygunluk sebebinin var olabileceğini düşünmesi noktasında ikaz etmektedir. Kısacası kanuni tarifteki bu ifade, kusur alanına ait olan haksızlık bilinci bakımından bir bağlantı noktası oluşturmaktadır⁵⁷.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda geçen “hukuka aykırı olarak” ibaresi suç tipindeki bir unsuru nitelendirmemekte, suç tipinin bütününe yönelik olarak bir ifade olarak kanunda yer almaktadır. Dolayısıyla, bu ibareyle, kanun koyucu hâkimi somut olayda failin fiili işlerken bir hukuka uygunluk sebebinin varlığını ve ayrıca failin haksızlık bilincine sahip olup olmadığını araştırmaya yöneltmek istemiştir. Hukuka aykırılığın tüm suç tipine yönelik olduğunun kabul edildiği bu gibi hallerde, konu haksızlık bilinci kapsamında kaldığı için, bu tür hukuka aykırılıklar kastın kapsamı dışına çıkacak ve failin somut olayda bu kastla hareket edip etmediği de araştırılmayacaktır. Ayrıca bu tür suçların olası kastla işlenebilmesinin de yolu açılmış olacaktır⁵⁸. Ancak hemen belirtelim ki madde gerekçesinde, maddede geçen hukuka aykırı olarak ibaresinin, hukukun izin vermediği hâlleri ifade ettiği belirtilmiştir.

2- Meşru Savunma

Kişinin, gerek kendisinin gerekse başkasının hakkına yönelmiş haksız bir saldırıyı savuşturmak için saldırganın hürriyetini sınırlaması halinde, bu fiil meşru savunma kapsamında gerçekleştirildiğinden 109. maddedeki suçu oluşturmayacaktır. Saldırıya uğrayanın gerçekleştirdiği bu fiil, güvenliği sağlanıncaya kadar meşru kalmakta devam eder⁵⁹. Bu sınırın aşılması halinde, 27/1. madde düzenlemesi çerçevesinde kasten işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmadan sorumluluk gündeme gelecektir.

⁵⁷ **Koca/Üzülmez**, s. 175–176; **S/S-Cramer/Sternberg-Lieben**, § 15, kn. 21; **Johannes Wessels/Werner Beulke**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 36., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2006, § 5, kn. 135; **Bernd Heinrich**, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Stuttgart 2005, kn. 135.

⁵⁸ Nitekim Alman Ceza Kanununun kişiyi hürriyetinden yoksun kılmayı cezalandıran 239. maddesinin 1998 yılında değiştirilmezden önceki hali “*Kim hukuka aykırı olarak ...*” şeklinde başlamaktaydı ve bu dönemde doktrinde madde metninin hemen girişinde yer alan hukuka aykırı olarak ibaresinin kastla herhangi bir ilgisinin bulunmadığı, bunun haksızlık bilinci kapsamında değerlendirilmesi gereken bir düzenleme olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. **SK-Horn**, § 239, kn. 10.

⁵⁹ Bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Özel Hükümler, s. 333; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 347.

3- Görevin İfası (m. 24/1) ve Hakkın Kullanılması (m. 26/1)

Ceza Muhakemesi Kanununun 90. maddesinde, kişiye suç işlerken rastlanması, suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçma ihtimalinin bulunması veya hemen kimliğini belirleme imkânının bulunmaması halinde herkese yakalama yetkisi verilmiştir. İşlenen suç, soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı ise, yakalamanın yapılabilmesi için durumun ilgililere bildirilmesi üzerine şikâyet hakkının kullanılmış olması gerekmektedir. Bu yetkinin kullanımı çerçevesinde suçüstü halinde veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişiyi kaçma ihtimali veya hemen kimliğini belirleme imkânının bulunmaması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakan kişinin bu fiili hakkın kullanımı (m. 26/1) hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalacağından suç oluşturmayacaktır.

Yine Ceza Muhakemesi Kanununun 90/2. maddesinde kolluk görevlilerine, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisi verilmiştir. Bu hükme göre bir şahsı hürriyetinden yoksun bırakan kolluk görevlisi görevin ifası hukuka uygunluk nedeni (m. 24/1) çerçevesinde hareket etmiş olacağından fiili suç teşkil etmeyecektir.

Bunun dışında Medeni Kanunun 339. maddesinde, velayet hakkı kapsamında ana ve babanın çocuğun bakımı konusunda onun menfaatini göz önünde bulundurarak gerekli kararları alabileceği kabul edildikten sonra, çocuğun ana ve babasının rızası dışında evi terk edemeyeceği belirtilmiştir. Velilere çocuğu üzerinde tedip hakkı tanıyan bu düzenlemelere göre, anne ve baba çocuğun bakımı ve tedibi kapsamında gerekiyorsa çocuğun hürriyetini sınırlandırabilecektir. Tedip hakkı kapsamında gerçekleştirilen velayeti altındaki çocuğun hürriyetini sınırlama hukuka uygun olduğundan 109. maddedeki suçu oluşturmayacaktır. Ancak, tedip gayesi ile çocuğun hareket serbestisi sınırlanırken süre ve uygulama açısından ölçülü davranılmalıdır⁶⁰. Başka bir anlatımla tedip hakkı kötüye kullanılmamış olmalıdır⁶¹. Tedip hakkının çocuğun hürriyetini sınırlama şeklinde kullanıldığı hallerde ölçünün kaçırılması, örneğin çocuğun günlerce kilitli ve tek başına bırakılması, hukuka uygun bir davranışı oluşturmayacaktır. Tedip hakkının sınırının aşıldığı bu gibi hallerde 109. maddenin yanı sıra 232/2. madde de ihlal edilmiş olur ve failin sorumluluğunu fikri iştima hükümlerine göre belirlemek gerekir⁶².

⁶⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 334.

⁶¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 349.

⁶² Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 334-335; Tezcan/Erdem/Önok, s. 349; Özbek/Doğan, TCK İzmir Şerhi, C.: 2, s. 725.

4- İlgilinin Rızası

TCK'nın 26/2. maddesinde, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmeyeceği belirtilmiştir. Buna göre, kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkına ilişkin olarak kanuna, ahlâka ve kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla geçerli bir şekilde açıkladığı rıza üzerine işlenen fiil hukuka uygun olacağından cezalandırılmayacaktır. Bir yere gitme veya belli bir yerde kalma hürriyeti, belli şartlar altında kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulabileceği haklar kategorisinde yer almaktadır. Ancak hukuk düzeni önemine binaen kişiye tanımış olduğu hürriyetleri bizzat kişinin kendisine karşı dahi koruyacak tedbirleri almış ve bu konuda ilgilinin rızasının geçerlilik şartlarını belirlemiştir. Buna göre, kişi hürriyetlerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Bu çerçevede kendisine tanınan hak ve hürriyetlerden tamamen vazgeçme anlamına gelen kölelik ve esarete ya da kişinin şahsiyetinden feragat etmesi anlamına gelebilecek benzer hallere gösterilen rıza geçerli değildir. Bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetini kullanmaktan vazgeçme, yani bir başkası tarafından bu hürriyetlerin kullanılmasının sınırlandırılmasına gösterilen rıza, kölelik ve esaret kapsamında kalmadığından geçerlidir⁶³.

İlgilinin hürriyetinden yoksun kalmaya yönelik rızasının fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarabilmesi, geçerli bir rıza açıklamasının varlığına bağlıdır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmayı yaptırım altına alan 109. maddede, rızaya ehliyet ve rıza beyanının gerçekleştiriliş usulü konusunda özel bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla bu hususta genel kurallardan hareket etmek zarureti bulunmaktadır. Ceza hukukunda, rızaya ehliyet yaşının kanunlarda ayrıca belirlendiği haller dışında anlama yeteneğine sahip her kişinin rızaya ehil olduğu kabul edilmektedir. Kural olarak vazgeçtiği hakkın anlamını, kapsamını ve önemini algılayabilecek durumda olan kişinin gösterdiği rızanın geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Kişi hürriyetinin sınırlandırılması suçu bakımından bu genel kuraldan hareketle, algılama yeteneği gelişmiş küçüklerin verdiği rıza üzerine işlenen fiilin hukuka aykırı olmayacağını kabul etmek gerekir. Kanaatimizce kişi hürriyetini sınırlama suçu bakımından kanun koyucunun rıza ehliyeti konusunda belirlediği bir yaş sınırı bulunmamaktadır. Buna göre, hürriyeti sınırlamanın cinsel amaçlı olarak işlendiği hallerde dahi, algılama yeteneğine sahip küçüğün rızası fiili suç olmaktan çıkaracaktır⁶⁴. Kişi hürriyetinin cinsel bir amaçla sınırlandırılmasının nitelikli hale getirilmesi, kanun koyucunun cinsel suçlar konusunda ilgilinin rızası için koyduğu yaş sınırlamalarının burada da geçerli olacağı anlamına

⁶³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 335.

⁶⁴ Özbek/Doğan, TCK İzmir Şerhi, C.: 2, s. 724.

gelmez. Kanun koyucu, burada sadece hürriyeti sınırlamanın cinsel bir amaçla işlenmesini, failin farklı bir şekilde değerlendirmesini gerektiren hal olarak, işlenen fiilin haksızlık içeriğini artıran ve bu nedenle cezada artırım yapılmasını gerektiren bir hal olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla somut olayda, küçüklere yönelik olarak rıza üzerine işlenen cinsel amaçlı hürriyeti sınırlamanın ve bunun akabinde rıza üzerine gerçekleştirilen cinsel davranışların farklı değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini düşünmekteyiz. Buna göre, yaşı ne olursa olsun algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmiş bir çocuğun gösterdiği rıza üzerine gerçekleştirilen hürriyetin sınırlanması, bu arada cinsel amaçlı olarak sınırlama 109. maddedeki suçu oluşturmayacaktır. Buna karşılık, 103. madde hükmüne göre onbeş yaşından küçük bir çocuğu rızası üzerine kaçıran kişi çocuk üzerinde cinsel istismarı oluşturan davranışlarda bulunacak olursa, onbeş yaşından küçüklerin cinsel istismara yönelik rızaları geçerli olmadığından, cinsel istismar suçu oluşacaktır. Yukarıda açıklanan gerekçelerle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızasının geçerli olmadığını savunan⁶⁵, yine ilgilinin rızasına sadece 15–18 yaş grubunda yer alan çocuklar bakımından etki tanıyan görüşlere katılmıyoruz⁶⁶. Yine aynı gerekçelerle Yargıtay’ın bu suç tipi bakımından ilgilinin rızasını 15 yaşını tamamlayanlar ve 15 yaşından küçük olanlar ayırımına göre değerlendirmesinin yerinde olmadığını düşünüyoruz. Katılmamakla birlikte, Yargıtay’ın 15 yaşını tamamlamış çocukların cinsel amaçlı olarak hürriyetlerinin sınırlanmasına gösterdikleri rızanın geçerli olduğu⁶⁷ ve 15 yaşından küçüklerin rızalarına ise itibar edilmeyeceği yolunda istikrar kazanmış kararlar verdiğini belirtmek gerekir⁶⁸.

Hemen belirtelim ki, kişi hürriyetinin sınırlanması suçunda ilgilinin rızası bakımından algılama yeteneğine sahip olmanın dışında herhangi bir ölçütün temel

⁶⁵ Yıldız, Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, s. 238.

⁶⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 336–337.

⁶⁷ “... Hükümlünün, suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip (sezgin küçük) mağdure Fatma Özdemir’i rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetini kısıtlamaktan ibaret eylemi 5237 sayılı TCY’nın 109/1-3/f-5. maddesi kapsamında olup, mağdurenin aynı Yasanın 26/2. maddesi kapsamındaki rızası fiili suç olmaktan çıkararak hukuka uygun hale getirmektedir. Bu nedenle Özel Dairenin kararı isabetli olup Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.” Yarg. CGK 11.03.2008, 253/52 (Osman Şirin/Halim Aşaner/Özcan Güven/Gürsel Yalvaç/Muzaffer Özdemir/Kemalettin Erel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2008, s. 338–343). Yarg. 5. CD 27.03.2007, 2512/2289 (Yalvaç, s. 875–876).

⁶⁸ “15 yaşından küçük mağdure, cinsel ilişkiye girmek için kaçırılıp alıkonulmasında, göstermiş olduğu rıza, 5237 sayılı TCK.nun 26/2. maddesi kapsamında hukuka uygunluk sebebi sayılamayacağı, hükümlünün eyleminin aynı yasanın 109. maddesine göre uç oluşturacağı gözetilmeden önceki mahkumiyet hükmünün ortadan kaldırılmasına ve hükümlünün beraatine karar verilmesi,” Yarg. 5. CD 23.01.2007, 13982/127 (Yalvaç, s. 877).

Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

alınamayacağı yolundaki görüşümüzü TCK'nın 234. maddesine 5560 sayılı Kanunla eklenen 3. fıkra da desteklemektedir. Gerçekten söz konusu 234/3. maddede “*Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” denilmektedir. Kanuni temsilcisinin bilgi veya rızası dışında evi terk etmek, bir başkasıyla evi terk ederek gitmeyi de, yani kaçmayı da kapsamaktadır. Kanun koyucu çocuğun rızasına dayansa bile herhangi bir şekilde evini terk eden çocuğu ailesini ve yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişinin şikâyet üzerine cezalandırılmasını kabul etmiştir. Dolayısıyla algılama yeteneğine sahip bir çocuğu kendi rızasıyla bile olsa kaçırarak hürriyetini sınırlayan kişi, 109. maddeden değil, 234. maddedeki haber vermeme yükümlülüğünü cezalandıran ihmali suçtan sorumlu tutulacaktır.

IV- KUSURLULUK

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda kusurluluk bakımından genel kurallar geçerlidir. Bu suç bakımından, kusurluluğu etkileyen hallerden; hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (m. 24/2–4) ve zorunluluk hali (m. 25/2), meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması (m. 27/2), cebir ve tehdidin etkisinde olma (m. 28/1) ve geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma (m. 34/1) teorik olarak gündeme gelebilir.

V- CEZAYI ETKİLEYEN ŞAHSİ SEBEP

TCK'nın 110. maddesinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebep olarak etkin pişmanlık müessesesi düzenlenmiştir. Buna göre, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakırsa cezanın üçte ikisine kadar indirilecektir.

Maddede etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için bulunması gereken şartlar; tamamlanmış kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma fiilinin varlığı, bu fiil nedeniyle henüz soruşturmaya başlanmamış olması, bu fiilin işlenirken veya işlendiği sırada mağdurun şahsına zarar verilmemiş olması, mağdurun güvenli bir yerde bırakılarak fiilin sonlandırılması şeklinde belirlenmiştir.

Etkin pişmanlık, mahiyeti itibarıyla tamamlanmış suçlar bakımından uygulama alanı bulan cezayı etkileyen şahsi sebeptir. Bu nedenle, teşebbüs aşamasındaki kişiyi

hürriyetinden yoksun kılma fiilleri bakımından ancak gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir. Dolayısıyla somut olayda, mağdurun önemsiz sayılamayacak bir süre için hürriyetinden yoksun hale getirilmiş olması, yani suçun tamamlanması ve daha sonra serbest bırakılmış olması gerekmektedir⁶⁹.

Failin bu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilmesi, işlenen bu fiil nedeniyle henüz soruşturmaya başlanmamış olması gerekmektedir. Soruşturma, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden itibaren başlayıp iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade etmektedir. Buna göre, soruşturma makamlarının işe el koymasından sonra mağdurun güvenli bir yerde de olsa serbest bırakılmasının ceza sorumluluğu üzerine herhangi bir etkisi yoktur.

Diğer şart bu fiil işlenirken veya işlendiği sırada mağdurun şahsına zarar verilmemiş olmasıdır. Mağdurun şahsına zarar verilmemesi, onun bedensel olarak herhangi bir zarar görmemiş olmasını ifade etmektedir. Vücut dokunulmazlığının her türlü ihlalini şahsi zarar kapsamında değerlendirmek gerekir⁷⁰ Cinsel maksatla kaçırılan kişiye dokunmaksızın serbest bırakan fail de bu etkin pişmanlık hükmünden yararlanacaktır.

Nihayet etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için varlığı aranan son şart, mağdurun güvenli bir yerde serbest bırakılmış olmasıdır. Buna göre; mağdur, onu yeni tehlikelere maruz bırakacak yerde serbest bırakılmış ise, etkin pişmanlık hükmü uygulanmayacaktır. Örneğin, mağdurun تنها bir yerde tek başına bırakılması halinde bu etkin pişmanlık hükmü uygulanmamalıdır. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği her somut olayda ayrıca değerlendirilecek bir konuyu oluşturmaktadır⁷¹.

VI- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A- Teşebbüs

Hürriyeti sınırlama sırf hareket suçu olup mağdurun oluşturduğu irade yönünde yer değiştirmesine engel olunması veya bulunduğu yerden ayrılmaya zorlanmasıyla tamamlanır. Suçun tamamlanması bakımından sınırlamanın belli bir süre devam etmesi aranmış değildir⁷². Kesintisiz suç olan kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmaya teşebbüs, ancak suçun tamamlanmasına kadar mümkündür. Bu suçta icra hareketlerinin tamamlanması ile bitmesi farklı zamanlarda olabileceğinden, fiilin tamamlandığı ve fakat halen icrasının devam ettiği sırada üçüncü şahıslar tarafından

⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 358; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 338.

⁷⁰ Ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s. 339.

⁷¹ Yıldız, 242.

⁷² S/S-Eser, § 139, kn. 11.

Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

icranın sona erdirilmesi teşebbüsü oluşturmaz⁷³. Bu durumda da tamamlanmış suç söz konusudur.

Buna göre, failin mağduru hürriyetinden yoksun bırakmak için icra hareketlerine başlayıp elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı hallerde teşebbüs söz konusu olacaktır. Örneğin, mağdurun üzerine kapıyı kitlerken birilerinin gelmesi üzerine fiilini tamamlayamaması halinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Aynı şekilde failin içeride uyumakta olan mağdurun üzerine kapıyı kilitlediği, ancak mağdur uyanmadan gelen diğer bir kişi tarafından kapının açıldığı hallerde de henüz icra hareketi tamamlanmadığından teşebbüs söz konusu olacaktır.

Hemen belirtelim ki, doktrinde, hareket hürriyetinin tamamen kaldırılmadığı, buna karşılık serbest hareketin zorlaştırıldığı hallerde de teşebbüsün kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁴.

B- İştirak

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda kural olarak iştirakin her şekli mümkündür. Buna göre, suçun kanuni tarifinde yer alan fiili bizzat gerçekleştiren, yani fiil üzerinde tek başına hâkimiyet kuran kişi müstakil faildir. Bu fiili almış oldukları birlikte suç işleme kararı çerçevesinde işleyenler, yani fiil üzerinde müştereken hâkimiyet kuranları ise müşterek faildirler⁷⁵. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmanın müşterek faillerce birlikte işlenmesi, suçun nitelikli halini oluşturmaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma kesintisiz bir suç olduğundan, kanaatimizce fiilin icrası sona erinceye kadar bu suça müşterek fail olarak katılmak mümkündür⁷⁶. Örneğin (A), (B)'yi iki gün hürriyetinden yoksun bıraktıktan sonra, arkadaşı (C)'yi çağırıp (B)'yi iki gün süreyle onun gözetimine bırakması halinde, (C) işlenmekte olan bir suça müşterek fail olarak katılmış olacaktır.

⁷³ **Koca/Üzülmez**, s. 142.

⁷⁴ **S/S-Eser**, § 139, kn. 11.

⁷⁵ “1)- Yakınana ait ticari araca müşteri olarak binen sanıklardan Abdullah'ın, tehdit etmek suretiyle aracın direksiyonuna geçtiği, mağdurun rızasına aykırı olarak araçla onu Özbağ beldesindeki ıssız tepelik alana götürdükleri, burada zorla cep telefonu ile 20 YTL parasını yağmalayarak, tekrar aynı beldeye dönüp bıraktıklarının oluş ve kabulden anlaşılması karşısında; süreç içerisinde yakınanın hukuka aykırı olarak hürriyetinden yoksun bırakıldığı gözetilmeden, atılı suçtan hükümlülükleri yerine yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde karar verilmesi,
2)- Sanık Esat Yerli'nin, diğer sanık Abdullah Özçiçek ile önceden yaptıkları plan doğrultusunda yaptıkları işbölümü gereği suça doğrudan katıldığı düşünülmeden, hakkında 5237 sayılı TCY. nin 37/1. maddesi yerine aynı Yasanın 39/1-2-c maddesi ile uygulama yapılması,” Yarg. 6. CD. 25.10.2007, 1172/10887 (**Yalvaç**, s. 870).

⁷⁶ **Gössel/Dölling**, § 19, kn. 25; **Arzt/Weber**, § 9, kn. 36. Ayrıca bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 142.

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda dolaylı faillik de mümkündür. İradesine hâkim olduğu aracı vasıtasıyla diğer bir kişiyi hürriyetinden yoksun hale getiren kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Örneğin, bir yere gitmesini istemediği kimseyi asılsız ihbar ile polise yakalatan kişi, bu kimseye yönelik olarak diğer suçların yanı sıra kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu da işlemiş olacaktır⁷⁷.

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçuna azmettiren veya yardım eden olarak katılmak⁷⁸ da mümkündür. Kesintisiz bir suç olan kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmaya yardım eden olarak suçun icrasına başlanmadan önce veya suçun icrasının devam ettiği sırada iştirak edilebilir. Azmettirme ise, ancak suçun icrasına başlamadan önce mümkün olabilir⁷⁹. İcrasına başlanan kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda azmettirme, ancak suçun nitelikli şekilleri bakımından tartışılabilir. Kanaatimizce, *suçun temel şeklini icra eden faile suçun nitelikli şeklini işleme yönünde karar verdiren kişiyi diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla azmettiren olarak sorumlu tutmak mümkündür*.

C- İçtima

Kanun koyucu, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmayı yaptırım altına aldığı 109. maddede içtima ile ilgili özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Bunun dışındaki hallerde suçların içtimaı bakımından genel kurallar geçerlidir.

TCK'nın 109/6. maddesine göre, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun işlenmesi amacıyla veya işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri gerçekleştirilmişse, fail hakkında ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Suçu işleyebilmek için veya işlendiği sırada cebir kullanılması (kasten yaralama)⁸⁰, 109/2. fıkırdaki nitelikli hal olarak düzenlenmiş

⁷⁷ **Ayhan Önder**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 28.

⁷⁸ “Hürriyetinden yoksun kılınan mağdureyi evine almaktan ibaret sanık Şevki'nin eyleminin 5237 sayılı Yasanın 39. maddesine uyan yardım etme niteliğinde olduğu gözetilmeden, asıl fail gibi sorumlu tutulması suretiyle fazla ceza tayini,” Yarg. 5. CD. 28.05.2007, 3453/4063 (**Yalvaç**, s. 872). “Sanıklar A.İ ile M.İ'nin suçun işlenmesi sırasında fiil üzerinde ortak hâkimiyetlerinin bulunmadığı, kaçırılan mağdure ve diğer sanıkların evinde kalmasına müsaade etme, yerlerini güvenlik güçlerinden gizleme ve evlenmelerini temin için müşteki ile görüşerek aracı olma şeklinde kabul edilen eşlemlerinin suçun işlenmesine yardım etme niteliğinde olduğu ve 5237 sayılı Yasanın 39. maddesine temas ettiği nazara alınmadan ve ayrıca ek savunma hakkı da verilmeden haklarında 37. madde uygulanarak fazla ceza tayini,” Yarg. 5. CD. 16.04.2007, 740/2908 (**Yalvaç**, s. 874).

⁷⁹ **Gössel/Dölling**, § 19, kn. 25. Ayrıca bkz. **Koca/Üzülmöz**, s. 142.

⁸⁰ Hemen belirtelim ki, 109/2. fıkradaki cebri, kasten yaralamanın temel ve nitelikli şeklini kapsar şekilde anlamak gerekir. Zira kanun koyucu 109/6. maddede doğrudan kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekilden failin ayrıca sorumlu tutulacağını öngörmek suretiyle

Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

ve suçun unsuru haline getirilmiştir (bileşik suç). Dolayısıyla, icra edilen cebrin kasten yaralamanın tabii sonucu dışında kalan başkaca neticelere (ağır neticelere) yol açması halinde (m. 87), faili nitelikli hürriyetten yoksun bırakmanın yanı sıra neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralamadan da sorumlu tutmak gerekecektir. Tabiatıyla kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekliinden failin sorumlu tutabilmesi için TCK'nın 23. maddesinin göz önünde bulundurulması gerekir.

Failin fiili işlemek için veya işlediği sırada tehdit icra etmesi de, nitelikli hal olarak suçun unsuru haline getirildiğinden (m. 109/2) bileşik suç hükümleri çerçevesinde konunun değerlendirilmesi gerekir.

Bunun dışında, suçun cinsel bir amaçla işlendiği hallerde, kanun koyucunun nitelikli hal olarak göz önünde bulundurduğu husus, failin sırf bu amaçla fiili gerçekleştirmesidir. Bunun dışında, fail, hürriyetinden yoksun bıraktığı kişiye karşı cinsel saldırı, cinsel istismar veya cinsel taciz şeklindeki hareketler gerçekleştirmişse, ayrıca bu fiillerden de sorumlu tutulacaktır (gerçek içtima)⁸¹. Buna göre, evlenme maksadıyla kız kaçırma olaylarında failin amacına ulaşabilmek için mağduru cinsel ilişkiye zorlaması halinde, fail hem 109/5. maddeye hem de mağdurun yaşına göre 102/2 veya 103/2. maddelere uygun bir fiili gerçekleştirmiş olacak ve her bir suçtan ayrıca cezalandırılacaktır⁸².

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma zincirleme suç şeklinde de işlenebilir. Aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişinin farklı zamanlarda hürriyetinden yoksun bırakıldığı hallerde zincirleme suç söz konusu olur (m. 43/1)⁸³.

Failin, tek fiile birden fazla kişiyi hürriyetinden yoksun bırakması halinde aynı

kasten yaralamanın temel veya nitelikli şekillerinin unsurlar kapsamında kaldığını kabul etmiştir. Dolayısıyla somut olayda bu gerçek içtima hükmünün uygulanabilmesi bakımından araştırılacak olan husus, 102/4. maddede olduğu gibi suçun işlenebilmesi için zorunlu olan dereceyi aşar şekilde cebir kullanılıp kullanılmadığı değil, kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususudur. Bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 361.

⁸¹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 361.

⁸² “Hükmün gerekçesinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlendiği oluşu uygun olarak kabul edildiği ve bu nedenle artırım yapılacağı belirtildiği halde cezaları belirlenirken 5237 sayılı Yasanın 109/5 maddesinin uygulanmaması suretiyle noksan ceza tayini ile gerekçede çelişkiye düşülmesi,” Yarg. 5. CD. 16.04.2007, 740/2908 (**Yalvaç**, s. 874).

⁸³ “Sanık hakkında, mağdureyi 08.08.2005 tarihinde rızasıyla kaçırıp alıkoymak suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlediği iddiasıyla 08.12.2005 tarihinde Sultanbeyli Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açıldığı, bu dava açılmadan sanığın 12.10.2005 tarihinde yeniden atılı suçu işlediği anlaşılmalı, sanığın her iki davaya konu eylemlerinin zincirleme tek suç oluşturabileceği nazara alınarak her iki davanın birleştirilmesi, şayet karar kesinleşmiş ise delil olarak dosyaya konulduktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yarg. 5. DC. 16.05.2007, 12125/3714 (**Yalvaç**, s. 872).

neviden fikri içtima söz konusu olur (m. 43/2). Örneğin, failin birden fazla kişinin üzerine kapıyı kilitletiği hallerde, aynı suç tek fiille birden fazla kişiye karşı işlemiş olmaktadır⁸⁴.

Bunun dışında, hürriyetinden yoksun bırakma bazı suçların icrası sırasında zorunlu olarak eşlik eden bir fiil olarak yer alabilir. Örneğin, cinsel saldırı suçunda failin fiilini icra edebilmesi için zorunlu olarak mağduru hürriyetinden yoksun hale getirmesi söz konusudur. Bu gibi hallerde, farklı neviden fikri içtima hükmüne göre hareket etmek gerekmektedir (m. 44/1)⁸⁵.

Failin, diğer bir kimsenin bir yere gitmesini veya bir yerde kalmasını cebir kullanmak suretiyle engellemesi, 108. madde anlamında bir şey yapmaya veya yapmamaya zorlama teşkil etmektedir. Ancak, cebir 109/2. maddede suçu nitelikli hale getiren unsur olarak düzenlendiği için bileşik suç söz konusudur. Bu gibi hallerde TCK'nın 42. maddesi hükmü gereğince fail sadece 109/2. maddeden sorumlu tutulacaktır.

VII- NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ KİŞİYİ HÜRRIYETİNDEN YOKSUN BIRAKMA

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmaya yönelik fiil, mağduru hürriyetinden yoksun bırakmanın dışında, ayrıca onun ekonomik bakımından önemli bir kayba uğramasına neden olması neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenmiştir⁸⁶. Hürriyeti sınırlamaya yönelik fiilin yol açtığı bu ağır neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için taksirin varlığı yeterlidir. Ancak bu ağır neticenin fail tarafından kasten gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bu şekilde, hem kasten hem taksirle işlenmesi mümkün olan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç denilmektedir⁸⁷. Bu netice sebebiyle ağırlaşmış halin gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi, ekonomik bakımdan önemli bir kaybın söz konusu olması gerekir. Kaybın önemli olup olmadığı somut olayda hâkim tarafından tayin edilecektir.

⁸⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 361; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Özel Hükümler, s.

⁸⁵ Bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 361–362.

⁸⁶ Doktrinde 109/4. maddedeki düzenlemenin suçun nitelikli halini (ağırlaştırıcı sebep) oluşturduğu belirtildikten sonra, ortaya çıkan bu sonuçtan dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için taksirinin varlığının yeterli olduğunun kabul edilmesi (bkz. **Yıldız**, s. 240–241; **Toroşlu**, Özel Kısım, s. 87) suç teorisinin esaslarıyla bağdaşmamaktadır. Zira kasten işlenebilen bir suçta cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal öngörülmüş ise, failin sorumlu tutulabilmesi için bu haller bakımından da kastın varlığı aranır. Kastın nitelikli hali kapsamadığı, yani failin nitelikli haller bakımından kasten hareket ettiği tespit edilmedikçe bundan dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir.

⁸⁷ Bu hususta bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 218.

Hürriyeti sınırlanan kişinin ekonomik bakımdan önemli bir kaybının söz konusu olduğu hallerde, fail hakkında temel suç tipinin gerektirdiği hapis cezasının yanı sıra ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış halden dolayı bin güne kadar adli para cezasına hükmolunacaktır. Böylelikle kanun koyucu, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda görünüşte içtima ilişkisi nedeniyle failin sadece ağır neticeden sorumlu olacağı yolundaki teorik prensibe⁸⁸, 109/4. maddeyle bir istisna getirmiş olmaktadır.

VIII- YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULÜ

Suçun temel şekli için, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. TCK'nun 109. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen nitelikli şeklinin söz konusu olduğu hal bakımından, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Maddenin 3. fıkrasında öngörülen nitelikli hallerin varlığı halinde, 1 ve 2. fıkraya göre belirlenecek ceza bir kat artırılabilecektir. Suç cinsel amaçla işlenmiş ise, yine 1, 2 ve 3. maddelere göre belirlenecek ceza yarı oranında artırılacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma takibi şikâyete bağlı olmayan, re'sen kovuşturulan bir suçtur. Bunun dışında kişiye hürriyetinden yoksun bırakma kesintisiz bir suç olduğu için, davaya bakmaya yer itibariyle yetkili mahkeme, kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesidir (CMK m. 12/2). Bunun dışında, zamanaşımı kesintinin gerçekleştiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır (TCK m. 66/6).

Bunun dışında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır (m. 111).

SONUÇ

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinde 765 sayılı TCK'nın 179. maddesine göre unsurları itibariyle belirlilik ilkesine uygun bir şekilde formüle edilmiştir. Bunun dışında, yeni Kanunun 109. maddedeki formülasyon 765 sayılı Kanunda ayrı maddelerde düzenlenen değişik suçları kapsamına almaktadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağduru iradi hareket etme yeteneğine sahip herkes olabilir. Bu nedenle, suçun mağdurunun kimler olabileceği yolundaki tartışmanın somut olayda iradi hareket etme yeteneğine sahip bir kişinin bulunup bulunmadığının tespitiyle halledilebileceğini düşünmekteyiz.

Bu suç tipi ile potansiyel hareket hürriyeti korumaya alınmıştır. Buna göre, mağdurun

⁸⁸ Bkz. Koca/Üzülmez, s. 221.

hareket etme veya belli bir yerde kalma yönünde irade oluşturup oluşturmadığına bakılmaksızın, failin hürriyeti sınırlamaya yönelik fiili ile icra hareketlerine başlanmış olacak, daha sonra mağdurun hareket edememesi üzerine suç tamamlanmış olacaktır. Bu suç tipi ile aktüel hareket hürriyetinin korunduğunun kabul edilmesi halinde ise, öncelikle mağdurun bir yere gitme veya bir yerde kalma yönünde irade oluşturması ve bunun icrasının fail tarafından engellenmiş olması aranacaktır. Bu ise, suçun oluşumunu fail tarafından gerçekleştirilen fiile değil, mağdurun irade oluşturmasına bağlı hale getireceğinden kabul edilemez.

Ayrıca bu suç tipinin ilgilinin rızası açısından özellik arz etmediğini düşünmekteyiz. Zira 109. maddede, rızaya ehliyet ve rıza beyanının gerçekleştiriliş usulü konusunda özel bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla bu hususta genel kuraldan hareketle, vazgeçtiği hakkın anlamını, kapsamını ve önemini algılayabilecek durumda olan kişinin gösterdiği rızanın geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Kişi hürriyetinin cinsel bir amaçla sınırlanmasının suçun nitelikli hallerinden birini oluşturması, kanun koyucunun cinsel suçlar konusunda ilgilinin rızası için koyduğu yaş sınırlamalarının bu suç tipi bakımından da geçerli olacağı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, burada sadece hürriyeti sınırlamanın cinsel bir amaçla işlenmesini, failin farklı bir şekilde değerlendirmesini gerektiren hal olarak, işlenen fiilin haksızlık içeriğini artıran ve bu nedenle cezada artırım yapılmasını gerektiren bir hal olarak kabul etmiştir. Bu nedenle, küçüklere yönelik olarak rıza üzerine işlenen cinsel amaçlı hürriyeti sınırlamanın ve bunun akabinde rıza üzerine gerçekleştirilen cinsel davranışların farklı değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Ayrıca çocuğun rızasına dayansa bile herhangi bir şekilde evini terk eden çocuğu ailesini ve yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişinin şikâyet üzerine cezalandırılacağını öngören TCK'nın 234. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemenin bu görüşümüzü desteklediğini düşünmekteyiz. Buna göre, algılama yeteneğine sahip bir çocuğu kendi rızasıyla bile olsa kaçırarak hürriyetini sınırlayan kişi, 109. maddeden değil, 234. maddedeki haber vermeme yükümlülüğünü cezalandıran ihmali suçtan sorumlu tutulacaktır.

İDARİ YARGI VE YARGICI: HANGİ GELECEK?

Doç. Dr. Hasan Nuri YAŞAR*

1. İdari yargı

İdari yargı¹, *sui generis* bir kurum olarak Devrim sonrası Fransız hukuku içinde ortaya çıkmıştır ve Fransız Devrimi'nin bir seçimidir, bir gelenektir². Biraz yakından bakılmasıyla bile, yürütme organının “basit” yargı olarak algılanan *adli yargının* kapsamı dışında tutulması kararlılığı hemen sezilir. Diğer bir deyişle, idari yargı, yürütmenin, adli yargıya karşı güvensizliğinin bir eseri³ olarak kuvvetler ayrılığı ilkesinin Devletin ayrıcalıklı olduğu anlayışına bağlı olan bir “gelenek” ışığında yorumlanmasıyla ortaya çıkmıştır. Chapus'a göre, idari yargının var oluş nedeni, İdarenin yargılanmasıdır ancak, “idarenin yargılanması ilkesi, gene idare etmektir”⁴. Carré de Malberg'e göre, yürütmenin dolayısıyla idarenin bağımsızlığı ilkesini öne çıkaran politik yaklaşımın ürünü olan idari yargı, “adli yargının idareye müdahalesini, egemen olmasını istemeyen Fransız hukukunun tutarlı bir sonucudur”⁵. İdari yargı böylece politik bir tercihi üzerine oturmuş ve yargının tarafsızlığı ilkesiyle çatışan bir kurum olarak, birçok bakımdan meşruiyet sorununu etrafında bulmaktadır.

2. İdari yargı ve yargıç: meşruiyet problemi

Yargıçlık görevinin yerine getirilmesi, hiç kuşkusuz bir iktidar (güç) gerektirir. Ancak, bütün iktidarlar gibi yargıcın iktidarı da mutlak değildir ve yine bütün iktidarlar gibi bir meşruiyete ihtiyaç duyar. *Her toplumda yargı gerekliliktir ve yargıç meşruiyetini, gerçekte, öncelikle bizzat bu gereklilikte bulur.* Demokratik bir ülke de, meşruiyetin kaynağı halkın iradesidir. Yasama ise yetkisini doğrudan doğruya genel seçimlerden almanın meşruiyetine sahiptir. Diğer kuvvetler meşruiyetlerini

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

¹ BARTHELEMY H., *Droit administratif*, Librairie Arthur Rousseau, 1916; HAURIO M., *Précis de Droit administratif et de Droit public*, Rec. Sirey, 1927; BONNARD Roger, *İdarenin Kazai Murakebesi*, çev. A. R. Turnagil, İstanbul, 1939; VIGUIER Jacques, *Le contentieux administratif*, Dalloz, 1998, s. 14 vd; YAŞAR Nuri, *İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısal Emir*, (Doçentlik Tezi) Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.

² RIVERO Jean –WALINE Jean, *Droit administratif*, Dalloz, 1998, s. 137.

³ CHABANOL Daniel, *Le juge administratif*, L.G.D.J., 1993, s. 25.

⁴ CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome I, Montchrestien, 1995, s. 677.

⁵ CARRE de MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Recueil Sirey, 1920, Tome I, s. 775.

yasamaya göre kazanırlar ve bu da dolaylı bir meşruiyettir. Fakat bu yaklaşımın yargıç bakımından kolaylıkla kabul edilemeyecek bir temel açmazı vardır, o da bütün meşruiyetlerin kaynağının seçime dayanması ve böylece meşruiyetin çoğunluk kavramı üzerine kurulmuş olmasıdır. Oysa yargıcın meşruiyetinin seçim sonuçlarına, dolayısıyla çoğunluğun iradesine dayandırılması kabul edilemez⁶. O halde burada yeniden yargılama kurumunun “gerekliliği”ne dönmek ve yargıcın yasamaya da *gerekli* olduğunu görmek gerekir.

Richelieu’nun adli yargıyı idari işlere bulaştırmaktan menetmesiyle açığa çıkan ikili yargı düzeni, Tocqueville göre, idarenin yargısal işlere “bulaşmasının en nadir ve en traniği olan, hükümetin idare önünde yargılanmak gibi bir yetkiye sahip olmasına yol açmıştır”⁷. Bu durum, idari yargıcın yargının gerekliği inancından hiçbir meşruiyet alamayacağı ortadadır. İdari yargıç, her zaman üç açıdan meşruiyet sorunuyla karşı karşıyadır: *ilki* idari yargının ilk oluşumundaki orijinalliğe (gerekliğe dayalı), *ikincisi* idare hukukunun üretimine, *üçüncüsü* ise yargılamanın taraflarıyla arasındaki güvene ilişkindir⁸.

Kaçınılmaz biçimde ortaya çıkan “gereklilik ilkesi”ni idari yargıya uyguladığımızda, sonuçlar farklı bir mekânda olduğumuzu kolaylıkla göstermektedir. Çünkü *idari yargı, gerekliğin yarattığı toplumsal bir meşruiyete değil, bu gerekliğin idari bakış açısıyla çarpıtıldığı politik bir tercihe dayanmaktadır*. İdari yargıcın esas görevi, Devletin, gerçek kişiler karşısında, sıradan hukuksal sorunların tarafları gibi, husumete maruz kalmasının önlenmesidir. Dolayısıyla, idari yargıç, sadece hakkın yerini bulmasını değil, Devletin bundan yara almamasını da sağlamakla görevlendirilmiştir. Bu nedenle, politik bir temeli olan idari yargı, bu idari bakışın toplum tarafından onaylanmasının yaratacağı meşruiyete duyduğu ihtiyaçtan hiçbir zaman kurtulamamış, yargıcın meşruiyeti, her zaman etkinliğinin toplumda yarattığı saygıya ve kabule bağlı kalmıştır⁹. Yargıcın meşruiyetini sağlayan bir diğer önemli nokta, *davacının idari yargıca duyduğu güvende* yatmaktadır. Ne yasama ne de yürütme yargıca ihtiyacı olan meşruiyeti sağlayabilir. Yargıca meşruiyetini sağlayan, ülkemizde sanıldığı gibi tersine, statüsü değildir. Statünün rolü, yargıca sadece yargılama fonksiyonunu gerektiği gibi yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyduğu

⁶ **WIEDERKEHR Georges**, “*Qu’est-ce qu’un juge*” in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l’honneur de Roger PERROT*, Dalloz, 1996, s. 575.

⁷ **TOCQUEVILLE**, aktaran **GAUDEMET Yves**, “*Crise de juge et contentieux administratif en droit français*” in *Crise du juge*, L.G.D.J., 1990, s. 90; **ANDERSEN Robert**, “*Crise du juge et contentieux administratif en droit belge*”, in *Crise du juge*, L.G.D.J., 1990, s. 107-135.

⁸ **GAUDEMET**, “*Crise du juge et...*”, s. 107-135.

⁹ **HAURIO**, aktaran **OBBERDORFF Henri**, *L’exécution par l’administration des décisions du juge administratif*, These pour le Doctorat d’Etat en Droit, 1981, s. 71.

İdari Yargı ve Yargıcı: Hangi Gelecek?

garantileri (güvenceleri) sağlamaktır. Yargıca meşruiyetini sağlayan, ona başvurular nezdinde yarattığı güven duygusudur. İdari yargının *idare hukukunu yaratmaktaki tekeline gelince*, günümüzde bu sadece bir illüzyondan ibarettir. İdari yargıç, artık kamu idarelerine yönelik tek yargı yeri olma özelliğinin sonucu olan “idari yasa koyucu” ve idari uzlaşmazlıkların hakemi” olma tekeline¹⁰ kaybettiği gibi ve sıkı bir rekabet altında girmiştir. Zira bir taraftan Fransa’da Anayasa Konseyi (Conseil Constitutionnel), ülkemizde Anayasa Mahkemesi, diğer yandan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) idari işlemlerin hukukiliği sorununa ilişkin kararlar veriyorlar¹¹. Ayrıca Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, üye ülkelerde idare hukukunun çehresini değiştirecek kararlara imza atmaktadır. Üstelik bu kurumlar, yerel idari gerekleri dikkate bile almıyorlar. Şimdi doğal olarak idari yargı organlarının kararlarının bu ulusalüstü yargı organların kararlarıyla uyum içinde olma zorunluluğu, idari yargının klasik tanımını tehdit etmektedir.

İdari yargıcın bugünkü haliyle hukuk devletinin doğal yargıcı olmak iddiasını zayıflatan başka özellikler de barındırmaktadır. Bunlardan *ilki* idari yargıcın hukukçu olma gerekliliğinin reddedilmesi yanında, yukarıda belirtilen idarecilik tecrübesine de sahip olma iddiasında boşa çıkmış olmasıdır. *İkincisi*, idari yargıcın birçok yargı dışı görevinin bulunmasıdır. Hatta bu tür görevlerin, istisnai ve geçici olmayıp genel bir kural olması ve süreklilik arz etmesidir. Diğer bir deyişle İdareyle olan yakın ilişkisinin sürdürülmesidir¹². *Üçüncüsü*, idari yargıcın yargılama mevzuuna olan yakınlığı sorunudur. Chapus’a göre, idari yargıç, sadece idare hukukunda uzmanlaşmış yargıç olmayıp, idareci ruhunu anlayan, kişisel olarak İdarenin etkinlik gerçeğini, ihtiyaçlarını ve sorunları bilen bir “idareci-yargıç”tır¹³. Diğer bir deyişle, idari yargıç idari uyuşmazlığın taraflarından birine yakındır.

Kanımcıca, yargıcın idareye olan bu yakınlığı kolaylıkla geçiştirilecek türden bir sorun değildir. Hemen herkes tarafından kabul edilen görüşe göre, yargıç sadece yargılayan değil, yargılama konusuyla da uzak yakın bir ilişkisi bulunmayandır. Diğer bir deyişle, yargıç uyuşmazlığının dışındadır ve uyuşmazlık konusundan ancak önüne gelince haberdar olur. Bu durum yargıcın bağımsızlık ve tarafsızlığının temel dayanaklarını bulmaya ve dolayısıyla da saygın ve seçkin kılmaya yarar¹⁴. Yine

¹⁰ GAUDEMET, “*Crise du juge et...*”, s. 98.

¹¹ Bkz. AKILLIOĞLU Tekin, “*İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku-Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Rolü*”, Danıştayın Kurulunun 132. Yıldönümü ve İdari Yargı Günü Sempozyumunda (Ankara, 11 Mayıs 2000) sunulan bildiri.

¹² Bu durumun yaratacağı riskler konusunda bkz. VIGUIER, *ibid.*, s. 24 vd.

¹³ CHAPUS, *ibid.*, s. 676.

¹⁴ WIEDERKEHR, *ibid.*, s. 583.

idari yargıya ilişkin bir diğer sorun, yargılama konusuyla ilgili olarak istişari görüş bildirme ihtimalidir. İHAM, idari yetkilerin olduğu gibi istişari yetkilerin kullanımını da yargılama konusuyla ilgili olarak tartışmış ve istişari görüş bildirdikten sonra aynı konuda yargılama yapan Luxembourg Conseil d'Etat'sını mahkûm eden bir karar vermiştir¹⁵.

Son olarak, idari yargının idareye yol göstermek ve hükümet etmesini kolaylaştırmak için kurulduğu, böylece politik bir işlevi olduğu¹⁶ görüşüne dönelim. Peki, hangi politik rolü benimseyecektir? Fransa'da, Weil'e göre, Conseil d'Etat, geniş anlamda (*lato sensu*) bir liberal eğilim taşımakta ve bu eğilimi, hürriyetler ile kamu düzeni çeliştiğinde, "otoriter ve devletçi Fransız toplumunun, özgürlüklere her durumda minimumda olsa bir yer verdiğini" asla unutmamaktadır¹⁷. Ülkemizde idari yargının politik tercihleri fragmenter, yani bütünlükten yoksundur. Liberal Conseil d'Etat'nın tersine, ülkemizde idari yargıç, liberal mi, devletçi mi, yoksa konuya ilgisiz mi belli değildir. Kamu hizmetlerinin görülmesini ele alırken dünyadan haberdar mı bu da belli değildir. Kamu hizmeti gibi önemli bir sorunu, yasama organını tahrik ederek bütünüyle tahkimin kollarına atması, hayatın akışını izlemediğini gösteriyor. Bu nokta, saf anlamıyla yargılama fonksiyonuna ilişkin ilkelerden ne denli uzaklaşıldığını kolaylıkla ortaya koyar. Anglo-sakson geleneğine uygun olarak tek yargı usulünü tercih eden ve bunu herkesin kabul ettiği gibi başarılı biçimde uygulayan Amerikan anlayışı, yargıcın politik işlevine yabancıdır. Strauss'a göre, tek yargı lehinde tercih, "(...) yargıcın siyasallaşmasına karşı da bir ölçüde koruma sağlar", ve yargıç "günlük yaşamda belli bir siyasal programa itaat etmeyecek kadar çok geniş ölçekte meseleler ve sorumluluklarla yüz yüze gelmekte (olduğundan)" siyasal sorunlar zaman zaman bu denetimi etkilese de, "idari işlem ve eylemlerin denetimi" yargıcın "geniş yargısal sorunlulukların yanında tali" kalmaktadır¹⁸.

Fransa 1872 yılında Conseil d'Etat'yı kısa bir süreliğine de olsa kapatmak zorunda kalmıştı. Bugün var olma nedenleri kadar, ortadan kaldırılma nedenleri de güncelliğini korumaktadır. Fransa'da idari yargıya karşı değişik gerekçelerle üç temel itiraz getirilmektedir¹⁹: *ilk itiraz*, tek yargıcın yargılama masraflarını

¹⁵ CEDH, 28 septembre 1995, Procola c/luxembourg, AJDA, 1996, s. 383. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **POTVIN-SOLIS Laurence**, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, L.G.D.J., 1999.

¹⁶ Bkz.. LOSCHAK, zikredildi; **FRANÇOIS Bastien**, "Le juge, le droit et la politique" in Revue française de Droit constitutionnel, 1990, no: 1, s. 49-69.

¹⁷ WEIL, bkz. **LOSCHAK**, *ibid.*, in *Préface*. s. XII - XIV.

¹⁸ **STRAUSS Peter L.**, "Amerikan (İdari) Devletinde Hukukun Üstünlüğü" in II. Ulusal İdare Hukuku Kongresinde sunulan bildiri, *ibid*, s. 90-91.

¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **CHABANOL**, "Le juge...", zikredildi.

İdari Yargı ve Yargıcı: Hangi Gelecek?

azaltacağı yönündedir. *İkinci itiraz*, ikili yargının bütün uyuşmazlıkları karmaşık hale getirdiğine ilişkindir. *Üçüncü* itiraz idari yargının İdareyi gözeterek yurttaşların hak ve özgürlüklerini ihmal ettiği yolundadır. Bu bütün bu itirazlar, sivil ve askeri idari yargı ikiliği gibi bir ikinci bölünme yaratmış olan ülkemiz bakımından daha fazla geçerlidir. Fransa ve ülkemiz “hikmet-i hükümet” (raison d’Etat) teorileriyle meşgul olurken, İHAM ve ATAD yoluyla, onlarca Avrupa ülkesinin hukuk düzeni yeniden dizayn edilmektedir. İngiliz hukuki liberalizminin bittiği yer olan Taç’a karşı yürütmenin durdurulması kararı verme yasağı, Avrupa Adalet Divanı (ATAD)’nın kararıyla hayata geçmiştir.

Kanımcıca, bugün idari yargının varlık nedenini yeniden sorgulamak ve varlığını meşrulaştıran gerekçeleri gözden geçirmekten kaçınmamak gerekir. Ulusalüstü yargı organlarının bile geniş halk kitlelerinin desteğinden yararlandıkları, kararlarıyla bu desteği sürekli genişlettikleri bir zamanda, idari yargı sadece yasal ve dolayısıyla politik bir meşruiyetle yetinemez. Artık bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasının daha başka bir anlamı var.

3. Ülkemizde idari yargının geleceği var mıdır?

Anayasa düzenlemeleri karşısında bu sorunun anlamı yoktur. Ancak, anayasa hükümlerinin kalıcılığı da bu hükümlere duyulan ihtiyaca bağlıdır. Dolayısıyla, meşruiyet, kurallarla ona uyanlar arasında interaktif bir biçimde gelişir.

İdari rejime sahip olmayan ülkeler ile idari rejime bağlı ülkeler arasındaki en esaslı fark, yargıçların kimliğine ve yargılama prosedürüne ilişkindir. İdari rejime sahip olmayan ülkeler, idari işlemlere, Fransız hukukuna benzer önem atfetmelerine karşın, bunların yargılanmasını tek yargı uygulamasıyla, gerçek anlamıyla “hakim”in görevleri arasında saymışlardır. Oysa idari yargıçlık sıfatı, Fransa’da hukukçu olmayanlar, ülkemizde ise hukukçu olmadığı gibi, düne kadar idareci, muhasebeci, işletmeci, pazarlamacı vs. olmak için hazırlanmakla beraber bu alanda bile bir tecrübe sahibi olmayan bir kişinin bir yarışma sınavını geçerek idari yargı kurumuna girmesiyle kazanılmaktadır. Dolayısıyla, yargıçla hukuk öğretiminin temeli olan yargılama hukuku eğitimi arasındaki ilişki zayıf hatta kopuktur.

Bunun doğal sonucu olarak, idari yargı kurumları, idari kararın hukukiliği arayışından önce ‘idarenin gerekleri’ gibi daha politik bir yerindelik anlayışına bağlı bulunmaktadır. Fransa’da geleneksel olarak belli bir düzeyde işlerlik kazanmış bu yöntem, zaman içinde özellikle hukuk devleti ilkesinin gelişmesiyle, örneğin Alman hukuk sistemi karşısında son derece yetersiz ve arkaik kalmıştır²⁰. Ülkemizin 1868

²⁰ Bu konuda bkz. YAŞAR, *İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısız Emir*, zikredildi.

yılında mukayeseli hukukun henüz gelişmediği dönemde yaptığı, bütünüyle politik bir tercih ile Fransa ile tıpa tıp aynı sayılabilecek bir idari yargılama kurumunu Şurayı Devlet adıyla oluşturmuş, bu kurum 1924 Anayasasına kadar hiçbir varlık göstermeden bütün zaaflarıyla ve zorla yaşatılmıştır. 1961 Anayasasıyla, Danıştay'ın yargı erki içine alınması, 1971 de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kurulması, 1982 yılından sonra ilk derece idari yargı kurumlarının oluşması, Danıştay'ın bir temyiz organına dönüşme eğilimine girmesi gibi birçok değişim ve dönüşüm meydana gelmiş, ancak yine de idarenin etkin bir denetimini sağlamak mümkün olmamıştır.

Bugün birçok bakımdan idari yargıyı tartışmak zorunludur. *İlk olarak*, yukarıda açıklandığı gibi bugünkü haliyle idari yargıcın, yargıç olmak bakımından aldığı eğitim son derece yetersizdir. Sürekli biçimde, adli yargıçların eğitim eksikliğinden bahsedilen ve hukuk eğitiminin daha nitelikli verilmesi gereğine vurgu yapılan, ülkemizde, idari yargıçlarımız çoğunluğu, adli yargıçlar için zayıf ve niteliksiz görülen hukuk eğitimini bile almamaktadır. *İkinci olarak*, ülkemizin, idari rejim oluşturmasının tarihsel bir zorunluluk olduğu söylenemez. Zira ülkemizin Şurayı Devletin ilk kurulduğu yıllarda dahi idareyi denetlemek bakımından Fransa'dan daha eski ve özgün bir "yargılama" geleneğine sahip olduğunu düşünüyorum. Tek yargı düzeninde, idari uyumsuzluk alanında uzmanlaşmış yargıçların bu görevi layıkıyla yerine getiremeyeceğini düşünmek anlamlı olmaz. *Üçüncü nokta*, idari gerekleri gözetmesi amaçlanan yargıçların çok önemli bir kısmı idari tecrübeden bile kesin biçimde mahrum bulunmalarıdır. Ayrıca, idari gereklerin gözetilerek, yargılamanın en başında davanın tarafları arasında bir eşitsizlik yaratılması günümüz adil yargılanma ve insan hakları anlayışına aykırıdır. Hukuk devletinin bugünkü anlamı "idari gerekleri gözetme" önceliğini, yargıçlık niteliğiyle taban tabana zıt bir eğilim olarak görmektedir. *Dördüncü husus*, idari yargıcın hukukçu olmayanlar arasından seçilmelerinin gerekçesi sayılan, idari uyumsuzlukların hukuk bilgisi dışında başkaca "bilgi" gerektirdiği görüşüdür. Bu gerekçe bütünüyle tartışmalıdır. Şöyle ki, bugün artık adli yargıçlar geçmişle asla mukayese kabul etmeyecek çetrefil sorunların çözümüyle uğraşmaktadır. Özellikle sermaye piyasası, ticari şirketler ve milletlerarası özel hukuk alanında ortaya çıkan uyumsuzluklar hem parasal değerleri hem de tarafları bakımından idari uyumsuzluklardan daha az çetrefil değildir. Bunları çözen yargıcın, idari yargıçlık mesleğine girinceye kadar hukukçu olma eğilimi bile taşımayan idari yargıçlardan hangi nedenle daha yetersiz sayılacağını anlamak mümkün değildir. Üstelik bu yargıç, kabul edelim ki, idari yargıçtan daha kapsamlı ve derinlemesine inen bir İdare Hukuku ve İdari Yargılama Usulü öğrenimi görmekte, ayrıca idari yargıcın bilgisi dışında kalmakla birlikte, İYUK'un yollama yaptığı Medeni Usul Hukukunu da son derece geniş ve ciddi bir öğrenimini kişiliğinde toplamaktadır.

İdari Yargı ve Yargıcı: Hangi Gelecek?

Son olarak belirtmeli ki, ülkemizde, idari yargı, geçmişte adli yargının uğradığı akibete uğramış ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üretilerek, Devrim Fransa'sında adli yargıya duyulan güvensizliğe bir de sivil idari yargıya güvensizlik eklenmiştir. Bütün bunlar, idari gerekleri öne çıkarmanın aslında, yargılama kavramının anlamını zayıflatmaya hizmet ettiğini ve hatta bizzat idari yargıya kendi silahıyla vurmaya yol açtığını göstermektedir. İdari yargı temel hak ve hürriyetlerin idari müdahalelere karşısında en sağlıklı korumayı bulabileceği bir yargı düzeninin aracıdır. Bu nedenle idari yargı düzeninin bu amaca göre yeniden düzenlenmesi gerekir.

İdari yargının gerekliliğine giderek daha çok inanmakla beraber belirtmek gerekir ki, Sivil ya da askeri idari yargı organları bugünkü varlık ve işlevleriyle DGM'lerin İdare Hukuku alanında izdüşümü durumundadır. Eğer ülkemizde, idari yargının işlevi ve etkinliği Almanya ve onu yakından takip etmeye çalışan Fransa düzeyine gelmeyecek ise, bir DGM'yi kaldırıp diğerini muhafaza etmenin anlamını sorgularken, Bilgi Edinme Kanunu ile sırasını bekleyen İdari Usul Kanununun beklenen yararın bu ortamdan sağlanamayacağını da akılda tutmak gerekir. İdari yargıda birşeyleri değiştirmek gerektiği açıktır: önce muhafaza edileceklerin neler olduğuna karar vermek gerekir. Fakat Paul Valéry'nin dediği gibi, "muhafazakarları yıkan muhafaza edecekleri arasından yaptıkları yanlış seçimdi"²¹ sözünü unutmadan...

²¹ GAUDEMET, "Crise du juge et...", s. 105.

BOŞ

ÇEŞİTLİ PARLAMENTER HÜKÜMET SİSTEMİ UYGULAMALARINDA VE TÜRKİYE'DE BAŞBAKANIN GÖREVE GELMESİ

Dr. Bülent YAVUZ*

ÖZET

Başbakanın tayinine ilişkin olarak anayasal ya da yasal düzenleme nasıl olursa olsun, sağlıklı işleyen bir parlamenter hükümet sisteminde Başbakanın kim olacağına ilişkin kararı verecek olan, genel seçimleri kazanan siyasi parti ya da koalisyon hükümeti ortağı siyasi partiler olacaktır. Hal böyle olmakla birlikte, Başbakan adayının, bir başka deyişle parlamentoda çoğunluğun desteğini sağlama ihtimali olan parti genel başkanının birden fazla olması durumunda problemle karşılaşmaktadır. Anayasanın Başbakanı seçme yetkisini devlet başkanına verdiği durumlarda, devlet başkanının tarafsızlığına gölge düşürmeden, hükümeti kurma yetkisini hangi alternatife vereceği hususu son derece önemlidir.

Anahtar Kelimeler: başbakan, parlamenter sistem, hükümet sistemleri, başbakanın atanması, yürütme,

ABSTRACT

(Consuming Office of the Prime Minister in Different Applications of Parliamentary Government Systems and in Turkey)

Regardless of the legal or constitutional arrangement relating to the assignment of the Prime Minister, in an operational parliamentary government system, it is the political party or those composing a coalition government who won the election to determine the prime minister. Nonetheless, some problems arise when there is more than one candidate for Prime Ministry, that is, more than one political party leaders who have the possibility to build up the following of the majority of the parliament. When a constitution entitles the head of the state with electing the Prime Minister, it is quite impotent which of the alternatives the head of the state will authorize for erecting a new government, without shading his/her impartiality.

Key Words: prime minister, parliamentary system, government systems, appointment of prime minister, executive

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Çağımızdaki gelişmeler takip edildiği zaman anlaşılmaktadır ki, parlamenter hükümet sisteminde hâkim unsur tereddütsüz Başbakanıdır. Bu durum özellikle tek parti iktidarının görüldüğü hallerde daha belirgin hale gelmektedir. Bir siyasi parti, parlamentoda tek başına hükümeti kurabilecek bir sandalye sayısına sahip olduğu takdirde, Başbakan, hem yürütme organında hem de yasama organında istediği kararların çıkmasını sağlayabilmektedir. Özellikle disiplinli partilerin bulunduğu bir sistemde bu sonuç daha rahat görülebilir. Hal böyle olunca, parlamenter hükümet sisteminde kişiselleşmiş bir iktidarın Başbakanın şahsında toplanacağını söylemek mümkündür. Bu şartlar altındaki bir Başbakan, başkanlık hükümeti sistemindeki başkandan dahi daha güçlü bir konuma sahip olacaktır.

Günümüz parlamenter hükümet sisteminde Başbakan, sadece “primus inter pares” yani eşitler arası birinci değildir. Gerek hukuken gerekse siyasi açıdan çok kuvvetli hale gelmiştir. Yürütme organı içinde en güçlü kişinin Başbakan olduğunu söylemek mümkündür. Bundan dolayıdır ki hükümetler Başbakanların isimleriyle anılır hale gelmiştir¹. Günümüz parlamenter hükümet sistemlerinde Başbakanın bazen “eşit olmayanlar üzerinde birinci” (first above unequals), bazen “eşit olmayanlar arasında birinci” (first among unequals), bazen de “eşitler arasında birinci” (first among equals) olduğu ifade edilmektedir. Başbakanın eşitler arasında birinci olması saf parlamenter hükümet sistemi için söz konusudur. Uygulamada ise eşitler arasında birinci olması, nadiren görülen bir durumdur².

Parlamenter hükümet sistemini benimsemiş çeşitli ülkelere baktığımızda Başbakanın ‘kabine şefi’, ‘bakanlar konseyi başkanı’, ‘şansolye’ gibi isimlerle de anıldığını görmekteyiz³.

¹ Juan J. LINZ, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?”, *The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective*, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994, s.67.; Larry JONSTON – Munroe EAGLES, *Politics: An Introduction to Modern Democratic Government*, Broadview Press, 2004., s.247.; Servet ARMAĞAN, 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978., s.21.; Mustafa ERDOĞAN, *Anayasacılık Parlamentarizm Silahlı Kuvvetler, Siyasal Kitabevi*, Ankara, 1993. s.41-42.

² Giovanni SARTORI, “Neither Presidentialism Nor Parliamentarism”, *The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective*, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994. s.109.

³ Arend LIJPHART, “Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations.”, in: *The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective*, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994. s.91.; Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001., s.404.

Yürütme içinde hâkim unsur konumunda bulunan Başbakanın kim olacağı hususu, özellikle hükümet krizi olarak nitelendirilen dönemlerde Başbakanın belirlenmesi ve hükümetin kurulması önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Parlamenter hükümet sisteminde Başbakanı atama yetkisi genellikle Devlet Başkanına aittir. Devlet Başkanının bu yetkisini kullanırken göz önünde bulundurması gereken hususların neler olduğunu tespit etmekte yarar vardır. Bu makale ile Başbakan'ın çeşitli parlamenter hükümet sistemi uygulamalarında ve Türkiye'de göreve geliş şekilleri incelenmiştir.

I. GENEL OLARAK PARLAMENTER HÜKÜMET SİSTEMİNDE BAŞBAKANIN GÖREVE GELİŞİ

Parlamenter hükümet sisteminde Başbakan, genellikle devlet başkanı tarafından, parlamento üyeleri arasından seçilir⁴. Ancak bu parlamenter hükümet sistemi için zorunlu bir unsur değildir⁵. Başbakanı atama yetkisi Devlet Başkanının karşı-imza kuralına bağlı kalmadan tek başına kullanabileceği yetkiler arasında sayılır⁶. Ancak Almanya'da⁷ ve Japonya'da olduğu gibi doğrudan meclis tarafından, İsrail'de 1996-2001 yılları arasında uygulandığı gibi doğrudan halkoyu ile⁸, Kore'de olduğu gibi

⁴ LIJPHART, s.92.; Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000., s.517.; Turan GÜNEŞ, Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1956., s.62.

⁵ LIJPHART, s.100.

⁶ Kemal GÖZLER, Cumhurbaşkanlığı-Hükümet Çatışması, (Cumhurbaşkanı Kararnameleri İmzalamayı Reddedebilir mi?), Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000., s.52.; GÖZLER, (2000), s.517.

⁷ Attila ÖZER, Anayasa Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003., s. 135-136.; Almanya'da Başbakanı seçme yetkisi parlamentoya verilmiş olmasına karşın, Devlet başkanının da parlamentoya bir Başbakan adayını teklif etme yetkisi vardır. Bu yetki devlet başkanına Anayasa tarafından verilmiş bir haktır.

⁸ İsrail'de 1996-2001 yılları arasında Başbakanın doğrudan halk tarafından iki türlü çoğunluk sistemi ile seçildiği bir hükümet sistemi uygulanmıştır. Bu şekilde seçilen Başbakanın kuracağı hükümetin yasama organından güvenoyu alması zorunlu idi. Bu sistemde Cumhurbaşkanı da yasama organı tarafından seçilmekte idi. Bu sistemde yasama organı güvensizlik oyu ile hükümeti düşürdüğü takdirde kendisini de feshetmiş olmaktadır. Diğer taraftan, Başbakan, Cumhurbaşkanının da onayını alarak Meclisi feshetme yetkisine sahiptir. Ancak meclisin bu şekilde feshedilmesi halinde Başbakanın kendisinin de seçime gitmesi şartı getirilmiştir. Hükümet istikrarını getirmeyi amaçlayan bu sistem başarılı olamadığı için 2001 yılında yapılan değişikliklerle klasik parlamenter hükümet sistemine uygun olan 1992 öncesi sisteme geri dönmüştür. Böylece, halkoyu ile seçilen yasama organı içinden bir milletvekili Cumhurbaşkanı tarafından hükümeti kurmakla görevlendirilecek, bu milletvekili başkanlığında kurulan Bakanlar Kurulu programını Meclise sunacak, Meclisten alınan güven oyu ile birlikte hükümet kurulmuş olacaktır. İsrail'de kabul edilen yeni sistemin 1992 tarihli Temel Kanun'daki düzenlemeden tek farkı kurucu güvensizlik oyunu kabul etmiş olmasıdır. Buna göre mevcut hükümeti düşürebilmek için Meclis üye tam sayısının salt çoğunluğu ile yeni bir Başbakan belirlemek zorunludur. (Erdal ONAR, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?", İçinde: Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005., s.80.); Ayrıca, İsrail hükümet sistemine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Erdal ONAR, **İsrail'in Kendine Özgü Bir Hükümet Sisteminden Eskisine Geri Dönüşü**, Ankara, 2003.)

Devlet Başkanının teklifi üzerine yasama organının onaması ile⁹, İsveç'te olduğu gibi meclis başkanı tarafından seçildiği farklı uygulamalara¹⁰ rastlanabilmektedir. Başbakanın parlamenter hükümet sisteminin geleneğine aykırı olarak, farklı usullerle seçilmesi, “parlamenter rejimin rasyonalizasyonu” olarak adlandırılmaktadır¹¹.

Devlet başkanı, Başbakanı seçerken hukuken serbesttir. Ancak kurulacak hükümetin yasama organının güvenine ihtiyaç duyacak olması, devlet başkanını yasama organından çoğunluğun desteğine sahip birini Başbakan olarak seçmeye siyasi açıdan zorlamaktadır¹². Her ne kadar bir yetki olarak, Başbakanı seçme yetkisi hukuken devlet başkanına verilmiş olsa da, sonunda parlamentonun güvenoyu şart olduğu için, fiilen Başbakanın kim olacağını belirleyecek irade yasama organına aittir. Bu durum parlamenter hükümet sisteminin ayırt edici unsurları arasında sayılmaktadır¹³.

Başbakanın tayinine ilişkin olarak anayasal ya da yasal düzenleme nasıl olursa olsun, sağlıklı işleyen bir parlamenter hükümet sisteminde Başbakanın kim olacağına ilişkin kararı verecek olan, genel seçimleri kazanan siyasi parti ya da koalisyon hükümeti ortağı siyasi partiler olacaktır. Hal böyle olmakla birlikte, Başbakan adayının, bir başka deyişle parlamentoda çoğunluğun desteğini sağlama ihtimali olan parti genel başkanının birden fazla olması durumunda problemle karşılaşmaktadır. Anayasanın Başbakanı seçme yetkisini devlet başkanına verdiği durumlarda, devlet başkanının tarafsızlığına gölge düşürmeden, hükümeti kurma yetkisini hangi alternatife vereceği hususu son derece önemlidir¹⁴. Belçika, Danimarka, Hollanda, Norveç gibi bazı ülkelerde, devlet başkanına Başbakanı seçme konusunda yardımcı olan, kimin hükümeti kurabileceğini araştırıp tespit etmekle görevli olan, “informateur” diye adlandırılan kişi vardır¹⁵.

⁹ LINZ, (1994) s.30.

¹⁰ ONAR, (2005), s.74-75.; TEZİÇ, (2001), s.409.; GÖZLER, (2000), s.517.

¹¹ “Parlamenter rejimin rasyonalizasyonu kavramını anayasa hukukuna kazandıran yazar Mirkine – Guetzewitch’tir. (GÜNEŞ, s.64.); TURHAN, (1989), s.56.

¹² Mehmet TURHAN, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır 1989., s.51.; TEZİÇ, (2001), s.410.

¹³ Alan SIAROFF, “Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction”, European Journal of Political Research, Vol. 42., Issue 3., Mayıs 2003., s.288.

¹⁴ Vernon BOGDANOR, **Multi-Party Politics and the Constitution**, London, 1983, s.120.; Rodney BRAZIER, **Choosing A Prime Minister**, Public Law, Autumn, 1982, s.416,417. (TURHAN, (1989), s.71.’den naklen.)

¹⁵ TURHAN, (1989), s.71.

II. İTALYA'DA BAŞBAKANIN GÖREVE GELMESİ

Parlamentar hükümet sistemini uygulayan diğer ülkelerde olduğu gibi, İtalya'da da Başbakanı seçip atama yetkisi Anayasanın 92. maddesi tarafından Cumhurbaşkanına verilmiştir¹⁶. Bu yetkinin sembolik bir yetki olduğu kabul edilmektedir. Cumhurbaşkanının Başbakan atama ve hükümetin kurulması konusunda çok etkin bir rolünün olduğu söylenemez¹⁷. Eğer tek başına iktidara gelmiş bir siyasi parti varsa, Başbakanın seçilmesi ve atanması konusunda bir tereddüt olmayacaktır. Ancak bir partinin tek başına iktidara gelmesine imkân tanımayan bir seçim sonucu ile karşılaşıldığı takdirde, Başbakanın seçimi ve atanması konusunda tereddütler ortaya çıkmaktadır. İtalya'da uygulanmakta olan sistem bir partinin tek başına iktidara gelmesine pek olanak tanımadığı için, Devlet Başkanının Başbakan seçimi önemli hale gelmektedir. Ancak, seçim sisteminde 1993 yılında yapılan değişiklikten sonra, Cumhurbaşkanının Başbakanı belirleme fonksiyonu biraz daha azalmıştır. Çünkü seçim sonuçları koalisyon hükümetini zorunlu kılsa bile, seçim öncesi koalisyon anlaşmaları, hükümetin nasıl kurulacağını ve kimin Başbakan olacağını ortaya koymaktadır¹⁸. Yine de Cumhurbaşkanının özellikle siyasi kriz veya buhran anlarında fonksiyonunun arttığını söyleyebiliriz¹⁹.

İtalya'da Cumhurbaşkanı, Başbakanı seçme konusunda yaşadığı zorluğu çeşitli yollarla aşabilmektedir. Cumhurbaşkanının en sık kullandığı yöntem, eski Cumhurbaşkanlarını, Meclisin eski ve yeni başkanlarını, eski Başbakanları ve parlamentodaki grupların başkanlarını dinleyip, görüşlerini aldıktan sonra karar vermektir²⁰.

Cumhurbaşkanının kullanabileceği bir başka yöntem de, eğer parlamentoda çoğunluğu sağlayabilecek partilerin hükümetin kurulması konusunda varmış oldukları bir mutabakat varsa, ona göre karar vermektir²¹. Koalisyon mutabakatı

¹⁶ Hilary PARTRIDGE, *Italian Politics Today*, Manchester University Press, 1998., s.31.; Constantijn A. J. KORTMANN- J. C. E, Van den BRANDHOF– Lukas PRAKKE– Hans van den BRANDHOF, *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Kluwer, 2004., s.507.; Orhan ALDIKAÇTI, *Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı*, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1960., s.107.

¹⁷ Mikko MATTILA - Tapio RAUNIO, “Does Winning Pay? Electoral Success and Government Formation in 15 West European Countries.”, *European Journal of Political Research*, Vol. 43., 2004., s.269.

¹⁸ Massimo VILLONE, *Siyasal Sistemler (Demokratik Parlamenter Sistem, Başkanlık-Yarı Başkanlık Sistemi, Tek-Çift Meclis) Konulu konferansta sunduğu tebliğ, Uluslar arası Anayasa Hukuku Kurultayı*, Ankara 2001., s.339.

¹⁹ KORTMANN- BRANDHOF – PRAKKE – BRANDHOF, s.507, 515.

²⁰ PARTRIDGE, s.31.; Attila ÖZER, *Batı Demokrasilerinde ve Türkiye’de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri*, Ankara 1981., s.130-131.

²¹ ÖZER, (1981), s.131-132.

da iki şekilde yapılabilmektedir: Partiler genelde seçimlerden sonra koalisyon pazarlıklarına başlamaktadırlar. Bir Başbakan adayı üzerinde anlaşmaya vardıkları takdirde Cumhurbaşkanı o adayı Başbakan olarak tayin etmektedir. İkinci olarak, partiler, daha seçimler yapılmamışken, seçimlerden önce koalisyon görüşmeleri yapıp, anlaşmaya varabilirler. Koalisyon anlaşmasını yapan partiler, kimin Başbakan olacağına da karar verebilirler. Bu durumda koalisyon anlaşmasına varan partilerin Başbakan olması konusunda anlaşmış kişi adeta seçimlere Başbakan adayı olarak katılmaktadır. Bir anlamda genel seçimlerde seçmenler Başbakan ve hükümet seçimini yapmaktadırlar. Koalisyon anlaşmasına varan partiler, seçimde parlamentodaki sandalyelerin çoğunluğunu kazandıkları takdirde, adeta seçmenler tarafından belirlenmiş bir Başbakan söz konusu olacaktır. Böylece, Başbakanın halkın oylarına dayanan meşruiyeti sayesinde otoritesi de güçlenmiş olacaktır. Nitekim 1996 seçimleri öncesinde varılan koalisyon anlaşmasında Başbakan olarak Prodi ismi benimsenmişti. Seçimlerden sonra da gerekli çoğunluk sağlanmış ve Prodi Başbakan olmuştu. Aynı yöntemin 2001 seçimlerinde de uygulandığını görmekteyiz. Seçim öncesi varılan koalisyon anlaşmasında Başbakan adayı olarak gösterilen Berlusconi, seçimden sonra gerekli çoğunluk sağlandığı için Başbakanlık koltuğuna oturmuştur²².

Koalisyon hükümetlerinde kimin Başbakan olacağı konusunda ilk aklı gelen ihtimal, seçimlerde en çok oyu alan partinin genel başkanının Başbakan olmasıdır. Ancak, İtalya’da bu yönde uygulama nadiren görülmektedir. İtalyan geleneğinde Başbakanlar, –seçimlerde en çok oyu alan parti olmasa bile- Hıristiyan Demokratlardan çıkmaktadır²³.

Parlamente hükümet sistemini uygulayan diğer ülkelerin aksine, İtalya’da Başbakan olabilmek için parlamente olmak zorunlu değildir²⁴.

III. FRANSA’DA BAŞBAKANIN GÖREVE GELMESİ

Fransa’da 1958 Anayasası’na göre, Cumhurbaşkanı’nın sahip olduğu önemli yetkilerin başında yasamaya karşı sorumlu olan Başbakanı ve Bakanlar Kurulunu atamak ve azletmek yetkisi gelir²⁵. Anayasa’nın 8. maddesine göre, Başbakan,

²² Martin J. BULL- James L.NEWEELL, *Italian Politics: Adjustment Under Duress*, Blackwell Publishing, 2005., s.128.

²³ MATTILA- RAUNIO, s.273.

²⁴ ÖZER, (1981), s.133.

²⁵ KORTMANN- BRANDHOF – PRAKKE – BRANDHOF, s.251.; Ersin KALAYCIOĞLU, “Başkanlık Rejimi: Türkiye’nin Diktatörlük Tehidiyle Sınırı”, Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s.17-18.; HOWARTH-VAROUXAKIS, s.40.

Başbakanın Göreve Gelmesi

Devlet Başkanı tarafından parlamentoda yeterli çoğunluğun desteğini alacak kişiler arasından seçilir ve atanır. Başbakanın bakan olarak seçtiği kişiler, Cumhurbaşkanı tarafından atandıktan sonra hükümet programı veya genel politikası belirlenerek Anayasanın 49. maddesinin 1. fıkrasına göre Millet Meclisinden güvenoyu istenir²⁶. Hükümetin güvenoyu almış sayılması için basit çoğunluk yeterlidir²⁷. Fransa’da, hükümet kurulduktan sonra, göreve başlarken güven oylaması yapılması yönünde bir zorunluluk yoktur. Anayasanın 49. maddesinin 1. fıkrasında bahsedilen güvenoyunun göreve başlarken yapılması gereken zorunlu bir güven oylaması olmadığı kabul edilmektedir. Bu konuda çeşitli tartışmalar yaşansa da uygulama bu yöndedir²⁸. IV. Cumhuriyet Anayasası’nda Başbakanın atanması ve güvenoyu alması farklı düzenlenmişti. Bu Anayasaya göre, Cumhurbaşkanı önce bir Başbakan adayı seçer, bu aday kabinesini oluşturur, Millet Meclisinden güvenoyu alındıktan sonra Cumhurbaşkanı tarafından Başbakan ve Bakanlar atanıp göreve başlardı²⁹.

Anayasanın 19. maddesine göre, Cumhurbaşkanı’nın Başbakan atama yetkisi, karşı-imza kuralına tabi olmadan tek başına kullanabileceği bir yetkidir³⁰.

Normal dönemde, Cumhurbaşkanı aynı zamanda Millet Meclisinde sandalyelerin çoğunluğunu elde etmiş partinin de genel başkanı olduğu için, Başbakanı seçme konusunda belli oranda serbestiye sahiptir. Partinin ileri gelenlerinden herhangi birini Başbakan olarak seçebilir³¹. Bu seçim konusunda da genellikle herhangi bir problemle karşılaşmaz.

Cohabitation döneminde ise Cumhurbaşkanı’nın Millet Meclisindeki dengeleri daha dikkatli bir şekilde gözetmesi gerekir. Cumhurbaşkanı, Millet Meclisinden çoğunluğun desteğini elde edebilecek bir Başbakan atamalıdır. Atanacak Başbakan da genellikle muhalefet partisinin genel başkanı olacaktır. Cohabitation döneminde genel olarak büyük partilerden birinin genel başkanı Cumhurbaşkanı olurken, bir diğeri de Başbakan olmaktadır³². Bu genellemenin tek istisnası 1993 yılında

²⁶ ÖZER, (1981), s.75-76.; Esat ÇAM, Devlet Sistemleri, İstanbul, 1993., s.165, 168.; KORTMANN-BRANDHOF – PRAKKE – BRANDHOF, s.251.; Tuvana GÜLCAN, 1958 Fransız Anayasasının Öngördüğü Hükümet Modeli, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003., s.50.; Nur ULUŞAHİN, İki Başlı Yürütme Yapılanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.154-155.

²⁷ GÜLCAN, s.84.

²⁸ GÜLCAN, s.55.

²⁹ ALDIKAÇTI, (1960), s.108.

³⁰ GÖZLER, (2000a), s.52.

³¹ MATTILA- RAUNIO, s.269.; David HOWARTH- Georgias VAROUXAKIS, Contemporary France: An Introduction to French Politics and Society, Oxford University Press, London, 2003, s.43.

³² Robert ELGIE, “Cohabitation: Divided Government French Style”, **Divided Government in the Comparative Perspective.**, Robert ELGIE ed., Oxford University Press, 2001, s.106.

yaşanmıştır. Chirac, Cumhurbaşkanı olmayı planladığı için, Başbakan olmayı kabul etmemiştir³³.

Cumhurbaşkanının partisi ile Meclisteki çoğunluğa sahip partinin farklı olması durumunda, Cumhurbaşkanı krizi aşabilmek için muhalefet partisi genel başkanını Başbakan atamayı tercih etmediği takdirde, meclisi fesih yetkisini kullanabilir³⁴. Nitekim 1981 ve 1988’de Mitterand bu yöntemi tercih etmiştir³⁵. Eğer yeni seçimlerde de Mecliste çoğunluğunu muhalefet partisi kazanırsa Cumhurbaşkanının önünde iki seçenek kalmaktadır: Ya istifa edecektir ya da Meclisten güvenoyu alabilecek hükümeti kuracak bir kimseyi Başbakan olarak seçecektir³⁶. Bu durumda Cumhurbaşkanı, Başbakan belirleme fonksiyonunu Meclisteki aritmetiği ve siyasi gelişmeleri göz önünde bulundurarak yerine getirecektir. Seçimlerden sonra oluşan meclis aritmetiği, koalisyon hükümetini zorunlu kıldığı zaman partiler arasında yapılacak koalisyon protokolü, Cumhurbaşkanı’na fazla bir tercih şansı bırakmamaktadır. Nitekim 1986, 1993 ve 1997’de Cumhurbaşkanı, koalisyon anlaşmaları doğrultusunda Başbakan seçmek zorunda kalmıştır³⁷.

IV. ALMANYA’DA BAŞBAKANIN GÖREVE GELMESİ

Weimar Anayasası zamanında Başbakan doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından seçilmekte idi. Bu dönemde Cumhurbaşkanlarının Meclisten güvenoyu alabilmek için gerekli çoğunluğun desteği olup olmadığını araştırmadan Başbakan seçiminde bulunmuş olmasına bir tepki olarak, Bonn Anayasası, Başbakanın seçimi konusunda Federal Meclise yetki vermiştir.

Anayasanın 63. maddesine göre, Cumhurbaşkanı, Federal Meclisteki çoğunluğu dikkate alarak bir Başbakan adayını Federal Meclise teklif eder. Bu aday, Federal Mecliste çoğunluğun desteğini aldığı takdirde Cumhurbaşkanı tarafından Başbakan olarak atanır³⁸.

Başbakanı teklif etmek, Cumhurbaşkanı için bir haktır. Anayasanın 58. maddesine göre bu yetki Cumhurbaşkanı tarafından karşı-imza kuralına tabi olmadan

³³ HOWARTH-VAROUXAKIS, s.43.

³⁴ N. Ezra SULEIMAN, “Presidentialism and Political Stability in France”, LINZ, Juan J-VALENZUELA, Arturo eds., in: The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives, Vol.1 (Baltimore and London: The John Hopkins University Pres, 1994), s.145.

³⁵ GÜLCAN, s.55.

³⁶ SULEIMAN, s.145.

³⁷ ULUŞAHİN, (2007), s.165-166.

³⁸ ALDIKAÇTI, (1960), s.109.; ÇAM, s.296.

Başbakanın Göreve Gelmesi

tek başına kullanılabilir bir yetkidir³⁹. Ancak, siyasi partilerin seçimlerden önce belli Başbakan adayları üzerinde anlaşmaya vardıklarını ya da koalisyon protokolü yaptıklarını deklare etmesinden dolayı, Cumhurbaşkanının bu hakkı formalite haline gelmiştir⁴⁰. Uygulamada Cumhurbaşkanı ya doğrudan ya da Federal Meclis tarafından önerilen kişiyi Başbakan adayı olarak teklif etmektedir. Pozitif düzenleme ve uygulaması birlikte değerlendirildiğinde Başbakanı seçme konusunda Federal Meclisin yetkili olduğu⁴¹ sonucunu çıkarmak mümkündür.

Anayasanın 63. maddesi Başbakanın nasıl seçilip atanacağını ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Buna göre, yukarıda ifade ettiğimiz gibi Cumhurbaşkanı bir Başbakan adayını Federal Meclise teklif eder. Bu tekliften sonra Başbakan Federal Meclis tarafından üç turda seçilir. Federal Meclis, birinci turda Cumhurbaşkanının teklif ettiği adayı mutlak çoğunlukla seçmediği takdirde, ondört gün içinde mutlak çoğunluk ile bir Başbakan seçmek zorundadır. Bu da sağlanamazsa üçüncü tur oylama yapılır. Bu defa Federal Meclis, adi çoğunlukla bir Başbakan seçebilir. Cumhurbaşkanı, Federal Meclis tarafından mutlak çoğunluk ile Başbakan seçilen kişiyi atamak zorundadır. Diğer taraftan, Federal Meclisin mutlak çoğunluk ile bir Başbakan seçemeyip, adi çoğunlukla Başbakan seçmesi durumunda Cumhurbaşkanının önünde iki seçenek vardır; Başbakan olarak seçilen kişiyi atamak ya da adi çoğunlukla seçilen kişiyi Başbakan olarak atamayı reddederek Federal Meclisi feshetmek⁴². Anayasanın bu düzenleme şekline anlaşılıyor ki, Cumhurbaşkanının Başbakan seçme yetkisi mutlak değildir. Cumhurbaşkanının teklif ettiği aday Mecliste mutlak çoğunluğu sağlayamazsa Cumhurbaşkanının istediği kişiyi Başbakan seçme imkânı ortadan kalkmaktadır. Bonn Anayasası'nın Cumhurbaşkanının Başbakan atama yetkisini bu şekilde sınırlandırmasının altında, Weimar Cumhuriyeti döneminde Devlet Başkanının bıraktığı kötü hatıraların tesirinin yattığı⁴³ ifade edilmektedir.

Anayasanın 51. maddesi'ne göre Başbakanın talebi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından meclisin feshi kararı verilebilir. Bu durumda meclis, yeni bir Başbakanı üye tam sayısının salt çoğunluğu ile seçtiği takdirde, fesih kararı hükümsüz hale gelmektedir⁴⁴. Dolayısıyla, Başbakanın seçildiği hallerden birisi, fesih yetkisinin kullanılması halinde ortaya çıkmaktadır.

³⁹ GÖZLER, (2000a), s.52.

⁴⁰ ÖZER, (1981), s.102-104.

⁴¹ Graham ALLEN, The Last Prime Minister: Being Honest About the UK Presidency, 2003, s.19.

⁴² ALDIKAÇTI, (1960), s.109.; Cem EROĞUL, Çağdaş Devlet Düzenleri, İmaj Yayınevi, Ankara, 2001, s.231.; ÇAM, s.296.; ÖZER, (1981), s.104-105.

⁴³ ALDIKAÇTI, (1960), s.109.

⁴⁴ ALDIKAÇTI, (1960), s.119.

Federal Meclisin Başbakanı seçtiği bir başka durum da kurucu güvensizlik oyu verilmesinde karşımıza çıkmaktadır. Anayasanın 67. maddesine göre, Federal Meclisin mevcut Başbakana karşı güvensizlik oyu verebilmesi için yeni bir Başbakan adayını seçmesi zorunludur.

V. İNGİLTERE’DE BAŞBAKANIN GÖREVE GELMESİ

İngiliz parlamenter hükümet sisteminde Başbakan, Kral tarafından Avam Kamarası üyeleri arasından seçilir ve atanır⁴⁵. Başbakanın Avam Kamarasından seçilmesi zorunluluğu XX. Yüzyılda ortaya çıkmıştır. Daha önceki dönemlerde Lordlar Kamarasından da Başbakan seçildiği görülmüştür⁴⁶. Başbakanı atama yetkisi Kral’ın karşı-imza kuralına bağlı kalmadan tek başına kullanabileceği yetkiler arasında sayılır⁴⁷.

Kral, Başbakanı seçerken hukuken serbesttir. Ancak kurulacak hükümetin yasama organının güvenine ihtiyaç duyacak olması, Kral’ı Avam Kamarasından çoğunluğun desteğine sahip birini Başbakan olarak seçmeye siyasi açıdan zorlamaktadır⁴⁸. Her ne kadar bir yetki olarak, Başbakanı seçme yetkisi hukuken Kral’a verilmiş olsa da, sonunda parlamentonun güvenoyu şart olduğu için, fiilen Başbakanın kim olacağını belirleyecek irade yasama organına aittir⁴⁹. Bu durum parlamenter hükümet sisteminin ayırt edici unsurları arasında sayılmaktadır⁵⁰.

Yukarıda da belirtildiği gibi, 1937 yılında çıkarılan “Ministers of the Crown Act” ile Başbakan ve muhalefet liderine bütçede yüksek miktarda maaş tahsis edilmesi öngörülmüştür. Kanunda böyle bir düzenlemenin yapılmasıyla birlikte, İktidar ve muhalefet partisi liderlerinin kanuni bir statü kazandıklarını, kanunun iktidar partisi liderini bir anlamda Başbakan olarak ifade ettiğini söylemek mümkündür. Kanunun bu düzenlemesinden Kral’ın Avam kamarasında sandalyelerin çoğunluğunu elde etmiş partinin liderini Başbakan tayin etmesinin zorunlu hale geldiği sonucu çıkarılmaktadır⁵¹.

Başbakanın tayinine ilişkin olarak hukuki düzenleme nasıl olursa olsun, sağlıklı işleyen bir parlamenter hükümet sisteminde Başbakanın kim olacağına ilişkin

⁴⁵ ALLEN, s.19.; GÖZLER, (2000), s.517.; ÇAM, s.32-33.; GÜNEŞ, s.62.

⁴⁶ ÇAM, s.42.

⁴⁷ GÖZLER, (2000a), s.52.; GÖZLER, (2000), s.517.; ÇAM, s.32-33.

⁴⁸ Jeremy WALDRON, *The Law*, Routhledge (UK), 1990, s.59.; ÖZER, (1981), s.87-88.; TURHAN, (1989), s.51.; TEZİÇ, (2001), s.410.; ÇAM, s.32-33.

⁴⁹ MATTILA- RAUNIO, s.269.; SIAROFF, s.288.

⁵⁰ SIAROFF, s.288.

⁵¹ ÇAM, s.42.

Başbakanın Göreve Gelmesi

kararı verecek olan, genel seçimleri kazanan siyasi parti ya da koalisyon hükümeti ortağı siyasi partiler olacaktır. Zaten genel seçimler de Başbakan adayları arasında geçen bir yarış şeklinde cereyan etmektedir. Seçmenler oy verirken bir anlamda Başbakan olarak kimin görev yapmasını istediklerini belirtmektedirler⁵². İngiltere’de uygulanan seçim sisteminin de etkisiyle, seçim sonuçları genellikle Başbakanın kim olacağını ortaya koymaktadır⁵³. Hal böyle olmakla birlikte, Başbakan adayının, bir başka deyişle parlamentoda çoğunluğun desteğini sağlama ihtimali olan parti genel başkanının birden fazla olması durumunda problemle karşılaşılmaktadır⁵⁴. Nitekim 1974 ve 1976–1979 yılları arasında hiçbir parti meclisteki sandalyelerin mutlak çoğunluğunu elde edememiştir⁵⁵. Böyle bir ihtimalle karşılaşıldığı takdirde Kral’ın bir nebze de olsa serbestiye sahip olduğu kabul edilir. Tek bir partinin gerekli çoğunluğu sağlayamaması durumunda Kral, parlamentoda temsil edilen partilerden koalisyon hükümeti kurmalarını ister. Kral, partilerin bu konuda anlaşarak verdikleri karara uyar⁵⁶. Görüldüğü üzere bir partinin tek başına hükümeti kuramaması durumunda dahi Kral, Başbakanı seçme konusunda tamamen serbest değildir.

Mevcut Başbakanın istifa etmesi durumunda kimin Başbakan olacağı konusunda da tereddüt oluşabilir. Nitekim İngiltere’de seyrek de olsa böyle bir problemle karşılaşmıştır. Bu durumda iktidar partisinin yeni genel başkanını seçmesiyle birlikte belirsizlik de ortadan kalkacaktır. Yeni genel başkan aynı zamanda Başbakan olarak atanacaktır⁵⁷. Bu husus daha çok parti içi ilişkiler ili ilgilidir⁵⁸. Parti içinde genel başkanın belirlenmesi durumunda sorun ortadan kalkacaktır.

VI. TÜRKİYE’DE BAŞBAKANIN GÖREVE GELMESİ

1876 Anayasası’nın ilk şekline göre, Sadr-ı Azamın göreve gelmesi konusunda tek yetkili padişahdır. Padişah tarafından tayin edilen Sadr-ı Azam ve Nazırların meclislerden güvenoyu almaları gibi bir durum da söz konusu değildir. Sadr-ı Azam olabilmek için meclis üyesi olma zorunluluğu yoktur. Padişah tarafından atama yapıldığı andan itibaren Sadr-ı Azam ve Nazırlar göreve başlamaktadırlar⁵⁹.

⁵² ÖZER, (1981), s.88.; Mustafa ERDOĞAN, “Başbakanlık Hükümeti mi?”, AÜSBF Dergisi, C.XLIV, 3-4, 1989, s.235.

⁵³ BORTHWICK, s.74.

⁵⁴ BOGDANOR, s.120.; BRAZIER, s.416,417. (TURHAN, (1989), s.71.’den naklen.)

⁵⁵ BORTHWICK, s.76.

⁵⁶ ÖZER, (1981), s.88-89.

⁵⁷ WALDRON, s.59.

⁵⁸ BORTHWICK, s.76.

⁵⁹ ÖZER, (1981), s.12.; ARMAĞAN, s.6.

1876 Anayasası'nın 7. maddesi, "...Vükelanın azil ve nasbı ...hukuk-u mukaddese-i Padişahi cümlesindedir" diyerek açıkça Sadr-ı Azam ve Nazırların göreve gelmeleri ve görevden alınmaları konusunda tek yetkilinin padişah olduğunu belirtmiştir⁶⁰. Uygulamada ise ilk zamanlar, Harbiye ve Bahriye Nazırlarının doğrudan padişah tarafından, diğer nazırların ise Sadr-ı Azam tarafından seçilip padişaha sunulması, akabinde padişah tarafından atanmaları gibi bir usulün benimsendiği görülmektedir. Daha sonraki dönemlerde ise bütün nazırların Sadr-ı Azam tarafından seçilmesi ve Padişah tarafından atanması usulü teamül haline gelmiştir⁶¹. 1876 Anayasası'nın 7. maddesi, "...Vükelanın azil ve nasbı ...hukuk-u mukaddese-i Padişahi cümlesindedir" diyerek açıkça Sadr-ı Azam ve Nazırların (bugünkü anlamıyla Başbakan ve bakanların) göreve gelmeleri ve görevden alınmaları konusunda tek yetkilinin padişah olduğunu belirtmiştir⁶². Uygulamada ise ilk zamanlar, Harbiye ve Bahriye Nazırlarının doğrudan padişah tarafından, diğer nazırların ise Sadr-ı Azam tarafından seçilip padişaha sunulması, akabinde padişah tarafından atanmaları gibi bir usulün benimsendiği görülmektedir. Daha sonraki dönemlerde ise bütün nazırların Sadr-ı Azam tarafından seçilmesi ve Padişah tarafından atanması usulü teamül haline gelmiştir⁶³. 1876 Anayasasında 1909'da yapılan değişiklikten sonra nazırların Sadr-ı Azam tarafından seçilmesi ve Padişah tarafından atanmasına ilişkin teamül Anayasa'nın 27. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca değişiklikle 30. maddede güven oylamasına yer verilmiştir. Artık Padişah, güvenoyu alamayacak bir kimseyi Sadr-ı Azam olarak seçemeyecektir⁶⁴. Siyasi sorumluluk kurumuna da Anayasada yer verilmiş ve parlamenter hükümet sistemine uygun bir sistem ortaya çıkmıştır. Artık Anayasa metni, Bakanlar Kurulunun oluşturulmasıyla ilgili olarak parlamenter hükümet sistemine tam anlamıyla uyan bir hükme kavuşmuştur⁶⁵.

1921 Anayasası Meclis hükümeti sistemini öngördüğü için bu dönemde parlamenter hükümet sisteminde olduğu gibi bir Başbakanlık makamı yoktu. Ancak, yine de Anayasanın 9. maddesinde İcra Vekilleri Heyeti ve bu heyetin başkanı düzenlenmişti. Anayasanın 9. maddesi, İcra Vekilleri Heyetinin kendi üyeleri arasından bir başkan seçeceğini öngörmekteydi. Ancak, 8.7.1922 tarihli ve 244 sayılı kanun ile İcra Vekillerinin Sureti İntihabına Dair kanun, İcra Vekilleri Reisi

⁶⁰ GÖZLER, (2000), s.34.; ARMAĞAN, s.6.; ÖZER, (1981), s.12.

⁶¹ ARMAĞAN, s.6.

⁶² ÖZER, (1981), s.12.; GÖZLER, (2000), s.34.; ARMAĞAN, s.6.

⁶³ ARMAĞAN, s.6.

⁶⁴ ÖZER, (1981), s.117.; ARMAĞAN, s.6-7.

⁶⁵ ARMAĞAN, s.6-7.

Başbakanın Göreve Gelmesi

ve İcra Vekillerinin TBMM tarafından seçilmesi yönünde değişiklik yapılmıştır⁶⁶. Bu düzenlemeyle birlikte İcra Vekilleri Reisi yani Başbakanın meclis tarafından doğrudan seçilmesi usulü benimsenmiştir.

1921 Anayasasında 29 Ekim 1923 tarihinde yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanlığı makamı ihdas edilmiş, “Başvekil”in Milletvekilleri arasından “Reisicumhur” tarafından seçileceği, diğer “Vekil”lerin de meclis üyeleri arasından Başvekil tarafından seçileceği, bundan sonra “Heyet-i Umumiye”nin Reisicumhur tarafından Meclisin tasvibine sunulacağı düzenlenmiştir. Böylece Cumhurbaşkanı, Başbakan, Bakan, Bakanlar Kurulu ve yasama organına karşı siyasi sorumluluk gibi kavramlar Anayasal tarihimizdeki yerini almaya başlamıştır.

1924 Anayasası'nın 7. maddesi, Meclisin yürütme yetkisini kendi içinden seçeceği bir Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği bir Bakanlar Kurulu marifetiyle kullanacağını; 44. madde, Başbakanın Cumhurbaşkanı tarafından Meclis üyeleri arasından tayin edileceğini; diğer Bakanların Başbakan tarafından Meclis üyeleri arasından seçilerek Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanı'nın onayı ile Meclise sunulacağını; hükümetin Meclisten güven isteyeceğini düzenlemiştir.

1924 Anayasası döneminde Meclis-Parti ayniyeti ve disiplinli parti yapısından dolayı uygulamada hükümetin kurulması hususunda esas rolü Cumhurbaşkanı'nın oynadığı; Cumhurbaşkanı'nın arzusunun büyük etkisinin olduğu⁶⁷ ifade edilmektedir.

1961 Anayasası, 102. maddesinde Bakanlar Kurulunun, Başbakan ve Bakanlardan oluştuğunu, Başbakanın Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanacağını düzenlemiştir.

1982 Anayasası da 1961 Anayasası'nın kurduğu sisteme paralel olarak, 109. maddesinde “Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlardan kurulur Başbakan, Cumhurbaşkanı'nca, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atanır.” hükmüne yer vermiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere milletvekili olmak Başbakan olarak atanabilmek için ön şarttır. Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre, Cumhurbaşkanı'nın Başbakan atama işleminin⁶⁸ karşı-imza kuralına tabi olmadığı, tek başına yapılabilecek

⁶⁶ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Suna KİLİ, Türk Anayasa Metinleri, Ankara, 1982, 1982.

⁶⁷ R. Galip OKANDAN, Umumi Amme Hukuku, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1976, s.367.; ARMAĞAN, s.14.

⁶⁸ Cumhurbaşkanı'nın Başbakan atama yetkisi ve görevi ile ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. Abdullah UZ, **Parlamentar Hükümet Sisteminde ve Türkiye'de Devlet Başkanının Başbakanı Atama Yetkisi ve Görevi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1998.

işlemler arasında olduğu⁶⁹ hatta karşı-imza kuralına tabi tutmanın sakıncalı olacağı⁷⁰ ifade edilmektedir. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun hazırladığı Anayasa metninde Başbakanın milletvekili olma zorunluluğu yoktu. Milletvekili olmayanlar da Başbakan olarak atanabilecekti. Bu düzenleme, Danışma Meclisinde eleştirilmiş ve sonunda günümüzde de varlığını devam ettiren Başbakanın sadece milletvekilleri arasından atanabilmesi yönündeki hüküm kabul edilmiştir. Anayasa Komisyonu başkanı Orhan ALDIKAÇTI, komisyon tarafından hazırlanan metni savunurken, bu yöndeki düzenlemenin olağanüstü dönemler düşünülerek, kriz dönemlerinden çıkabilmek için meclis dışından Başbakan atanabilmesi gibi bir çözümün getirildiğini söylemiştir⁷¹. Buna karşılık Akif ERGİNAY, hem Cumhurbaşkanı hem de Başbakanın meclis dışından göreve gelmesi gibi bir ihtimali ileri sürerek, bu düzenlemenin parlamenter hükümet sistemi ve seçimle oluşan meclis ile çeliştiğini ifade etmiştir⁷². Ayrıca parlamenter hükümet sisteminin en önemli unsuru sayılabilecek siyasi sorumluluğun Başbakan tarafından iyi anlaşılabilmesi ve bir an bile unutulmaması için Başbakanın meclis içinden seçilmesi büyük öneme sahiptir⁷³.

Başbakanın hatta bakanların bile meclisten çıkması gerektiği, bunun parlamenter hükümet sisteminin özüne daha uygun olduğu doktrinde genel kabul gören bir görüştür. Mehmet TURHAN, parlamenter hükümet sisteminde, Başbakanın sorumlu olmasının tek başına yeterli olmadığını, bunun yanında meclisten kaynaklanmasının da gerekli olduğunu ifade etmektedir. O'na göre, 1961 Anayasası'nın gerekçesindeki "Başbakanın seçmenler önünde sorumluluğunun tecelli edebilmesi için meclislerden olması zarurî" ifadesi doğru bir tespittir⁷⁴.

Anayasa, 109. maddesinde Başbakanın TBMM üyeleri arasından atanacağını açıkça belirttiğine göre, Başbakan olabilmenin ön şartı Milletvekili olmaktır. Milletvekili olmayan ve dolayısıyla Milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmayan bir kimsenin Başbakan olması hukuken mümkün değildir⁷⁵.

⁶⁹ Ahmet KERSE, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1973, s.102.; Kemal N. ÖZTÜRK, "Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Geleneği", AİD, C.25., S.1., Mart 1992., s.78.

⁷⁰ Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s.288.

⁷¹ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.9., s.419.

⁷² Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.9., s.420.

⁷³ ARMAĞAN, s.21.

⁷⁴ TURHAN, (1989), s.126.; ARMAĞAN, s.32.

⁷⁵ Mehmet TURHAN, "Başbakanın Seçimi ve Atanması", AİD, C.26, S.3, Eylül 1986- 1993., s.27.; TURHAN, (1995), s.279.; GÖZLER, (2000), s.586.

Başbakanın Göreve Gelmesi

Anayasa'nın 109. maddesindeki “Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlardan kurulur. Başbakan, Cumhurbaşkanınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atanır.” hükmünün aslında yerinde bir düzenleme olmadığı söylenebilir. Çünkü Anayasa, Cumhurbaşkanı tarafından yapılacak bir “Başbakan ataması”ndan bahsetmesine rağmen yapılan işlem, “bir milletvekilini hükümeti kurmakla görevlendirme” olarak tarif edilebilir. Zira Başbakanın atanması, hükümeti kurma görevinin bir milletvekiline verilmesi anında değil, topyekun Bakanlar Kurulu listesinin Cumhurbaşkanı tarafından atanması anında gerçekleşmektedir. Zaten, Bakanlar Kurulu olmadan bir Başbakandan bahsetmek mümkün değildir⁷⁶. Ayrıca, bir milletvekiline hükümeti kurma görevi verildiğinde mevcut hükümet ve Bakanlar Kurulu hala görevini sürdürmektedir. Hal böyle olunca, Cumhurbaşkanının bir milletvekiline hükümeti kurma görevi vermesini “Başbakan ataması” olarak ifade etmek doğru değildir⁷⁷. Ayrıca hükümeti kurmakla görevlendirilen milletvekilinin bu görevi sonuçlandırabilip sonuçlandıramayacağı da meçhuldür. Hükümeti kurma görevini başarıp başaramayacağı belli olmayan bir milletvekilinin Başbakan olarak atanmasından bahsetmek yerinde bir düzenleme değildir⁷⁸. Zaten uygulamaya baktığımız zaman Cumhurbaşkanının “Başbakan olarak atanmadan” değil de “Bakanlar Kurulunun yeniden teşkili için ...görevlendirilmesinden” bahsedildiğini⁷⁹ görmekteyiz. Bu şekilde yapılan görevlendirme sonrasında, Bakanlar Kurulu oluşturulup, liste Cumhurbaşkanına sunulduğu takdirde, Cumhurbaşkanı Bakanlar Kurulu ile birlikte Başbakanı da atayacaktır. Atama işleminin ancak Bakanlar Kurulu listesinin Cumhurbaşkanına sunulmasından sonra gerçekleşebileceğini kabul etmek gerekir⁸⁰. Ayrıca, yeni hükümetin kurulma sürecinde mevcut Başbakan ve Bakanlar Kurulu hala görevi başındadır. Bir Milletvekiline hükümeti kurma görevi verilmesiyle birlikte Başbakan atamasının yapıldığı kabul edildiği takdirde, aynı anda iki Başbakanın görevde olması gibi bir gariplik ortaya çıkar ki bunu kabul etmek mümkün değildir⁸¹.

Anayasa'nın 109. maddesinin “Başbakan ataması” lafzı ile “hükümeti kurmakla görevlendirilme” uygulaması arasında bir çelişki olduğunu kabul etmek gerekir. Zira Anayasanın lafzına göre hareket edilecek olursa, en iyi ihtimalle, önce bir

⁷⁶ TURHAN, (1993), s.29.

⁷⁷ Ender Ethem ATAY, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006. S.175-176.

⁷⁸ Mehmet TURHAN, Siyaset ve Anayasa, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1995, s.282-284.

⁷⁹ Bu yönde bir uygulama için 9. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'in DSP Genel Başkanı Bülent Ecevit'i 3 Mayıs 1999'da görevlendirmesi örnek gösterilebilir. Bu örnek için bkz. R.G. 3.5.1999, S.23684, Mükerrer.

⁸⁰ TURHAN, (1995), s.284.

⁸¹ GÖZLER, (2000), s.563.

milletvekiline hükümeti kurma görevi verilecek, ardından da –eğer hükümeti kurmada başarı sağlınırsa- sırasıyla Başbakan atanacak, Başbakanca bakanlar seçilecek ve Bakanlar Kurulunun ataması yapılacaktır. Bu durumda Bakanlar Kurulu ataması yapılmamış bir Başbakanın ne işe yarayacağı ise merak konusudur. Ayrıca bu kadar karmaşık bir uygulamaya gitmenin de bir mantığı yoktur. Bu çelişkiyi gidermek için Anayasanın 109. maddesinin lafzını uygulamaya uygun hale getirmekte yarar vardır. Böylece mevzuat ile uygulama arasındaki çelişkidenden kurtulmak ve karmaşık olmayan bir uygulamaya kavuşmak mümkün hale gelecektir.

Her ne kadar Anayasanın 109. maddesinin lafzına göre, Cumhurbaşkanı, TBMM içindeki herhangi bir milletvekilini Başbakan olarak seçme ve atama yetkisine sahipse de, bu yetki sınırsız bir yetki değildir. Çünkü Başbakanın ve onun kurduğu hükümetin parlamentodan güvenoyu alması gerekir. Güvenoyu alma zorunluluğu, Cumhurbaşkanının ancak parlamentodan güvenoyu alabilecek hükümeti kuracak bir milletvekilini Başbakan olarak seçmesi ve atamasını zorunlu kılar⁸². Eğer Cumhurbaşkanı, sahip olduğu yetkinin sadece lâfzî boyutunu düşünüp, kurduğu hükümetle güvenoyu alamayacak bir milletvekilini Başbakan olarak seçip atarsa, kurulan hükümetin güvenoyu alamaması durumunda tarafsızlığını kaybedecektir. Tarafsızlığını kaybetmekle kalmayacak, otoritesinin sarsılması ve bir anayasa bunalımının ortaya çıkmasına meydan verecektir⁸³.

Bazı yazarlar⁸⁴, Cumhurbaşkanının herhangi bir Milletvekilini Başbakan atama yetkisinin hukuken olduğunu, ancak bu yetkiyi kullanmasının mümkün olmadığını, Cumhurbaşkanının Başbakan atarken parlamenter hükümet sisteminin siyasi icapları ile bağlı olduğunu belirtmektedirler.

TBMM’de güvenoyu için yeterli çoğunluğa sahip tek partinin veya partiler koalisyonunun varlığı durumunda, Cumhurbaşkanının o parti ya da partiler koalisyonunun işaret ettiği milletvekilini Başbakan olarak seçmesi gerektiği⁸⁵ ifade

⁸² Attila ÖZER, *Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim*, Ankara, 2002, s.117.; ÖZER, (1981), s.142-143.; ÖZBUDUN, (1998), s.293.; GÖZLER, (2000), s.586.; ARMAĞAN, s.32; TURHAN, (1989), s.126.; ATAY, (2006), s.175. ; Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s.236.; Salih ÖNDER, *Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007., s.87.

⁸³ ARMAĞAN, s.32; TURHAN, (1989), s.126.

⁸⁴ İlhan ARSEL, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, AÜHF Yayını, Ankara 1965, s.396; KERSE, s.103.

⁸⁵ Mustafa ERDOĞAN, **1982 T.C. Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Hukuki Konumu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1986., s.100.; ÖZER, (1981), s.142-143.; ÖZBUDUN, (1998), s.293.; TURHAN, (1989), s.126.; GÖZLER, (2000), s.586.

Başbakanın Göreve Gelmesi

edilmektedir. Asıl problem, bir parti ya da partiler koalisyonunun, TBMM içinde güvenoyu için yeterli çoğunluğa ulaşamaması durumunda Cumhurbaşkanının nasıl bir tercihte bulunacağıdır. Cumhurbaşkanının, partiler çoğaldıkça ve parlamento içinde bir partinin tek başına çoğunluğu sağlayamaması durumunda hükümetin kurulmasında ve Başbakanın tespitinde etkinliği artmaktadır⁸⁶. Cumhurbaşkanının böyle bir durumda tarafsızlığına gölge düşürmemesi ve kriz çözücü bir rol oynaması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki TBMM içinde hiçbir parti ya da partiler koalisyonunun tek başına güvenoyu alamaması durumunda Cumhurbaşkanının nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda sabit kurallar koymak mümkün değildir. Çünkü her somut durumun kendine özgü koşulları vardır ve Cumhurbaşkanının da tercihlerini o somut durumun koşullarına göre yapması gerekir⁸⁷. Cumhurbaşkanının Meclis içindeki en güçlü partinin genel başkanını Başbakan olarak atama zorunluluğu yoktur. Cumhurbaşkanının Meclisten güvenoyu alma ihtimali en kuvvetli olan milletvekiline hükümeti kurma görevi vermesi gerekir. Bu hukuki bir zorunluluk olmasa da parlamenter hükümet sistemi ve aklın gereklerinin ortaya koyduğu bir çözüm yoludur⁸⁸. Azınlık hükümetlerini de bu çerçevede değerlendirebiliriz. Eğer azınlık hükümetini dışarıdan destekleyecek bir kesimle beraber mecliste güvenoyu alabilecek bir parti mevcutsa Cumhurbaşkanı bu partinin genel başkanına hükümeti kurma görevini verebilir⁸⁹.

Burada tartışılması gereken bir husus da şudur: Acaba Meclis içinde güvenoyu alabilecek çoğunluğa sahip parti ya da partiler koalisyonu olduğu zaman, Cumhurbaşkanının parti genel başkanını Başbakan olarak ataması bir zorunluluk mudur? Akla gelen ilk çözüm partinin genel başkanını Başbakan olarak atamaktır. Bir diğer çözüm yolu ise partilerin içtüzüğüne kimin Başbakan olarak seçileceği ile ilgili hüküm koymaktır. Eğer Meclis içinde yeterli çoğunluğu sağlamış bir parti varsa, bu partinin içtüzüğünde düzenlenmiş yönteme göre Başbakan tayin edilecektir⁹⁰.

⁸⁶ ALDIKAÇTI, (1960), s.139.

⁸⁷ ARMAĞAN, s.33-34.; TURHAN, (1989), s.126-127.

⁸⁸ Nitekim 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonraki ilk genel seçimlerde hiçbir parti Meciste salt çoğunluğu edemedi, tek başına hükümeti kurma imkanını kazanamamıştır. Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel, mecliste en çok sandalye Adalet partisinde olduğu halde hükümeti kurma görevini İsmet İnönü'ye vermiş, kurulan koalisyon hükümeti altı ay görev yapmış, daha sonra Başbakan İsmet İnönü istifa etmiştir. Akabinde yeni hükümetin kurulması görevi yine İsmet İnönü'ye verilmiştir. Bütün bunların sebebinin "ancak İnönü'nün hükümeti kurabilecek olması ve Millet Meclisinin güven oyu verebileceği bir hükümetin başka kimse tarafından kurulamayacağı inancının yaygın bulunması" olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşler için bkz. KERSE, s.104-105.

⁸⁹ ÖZER, (1981), s.143-144.; GÖZLER, (2000), s.586-587.; ARMAĞAN, s.33.

⁹⁰ ARMAĞAN, s.33.

Eğer bir koalisyon hükümeti kurulacaksa, bu durumda koalisyon protokolüne göre hareket etmek uygun olan çözümdür. Hükümetin koalisyon hükümeti ya da azınlık hükümeti olması durumunda sorun biraz daha karmaşık hale gelmektedir. Bu durumda Mecliste temsil edilen diğer partilerin desteğini alabilmede parti genel başkanının kişiliği de rol oynamaktadır. Genel başkan değiştiği takdirde koalisyon anlaşması veya hükümetin dışarıdan desteklenmesi yönündeki anlaşma bozulabilir.

Koalisyon hükümetlerinin bir zorunluluk halini aldığı durumlarda koalisyon protokolünde belirtilen kişinin Başbakan olarak atanmasının uygun çözüm yolu olduğunu yukarıda belirttik. Ancak, koalisyonu oluşturacak partiler, Başbakanı belirlemede problemle karşılaşabilirler. Özellikle de koalisyon ortağı olacak partilerin güçlerinin birbirine yakın olması durumunda, Başbakanın hangi partiden olacağı önemli bir problemdir. Nitekim ülkemizde 24 Aralık 1995 tarihinde yapılan seçimden sonra böyle bir problemle karşılaşılmıştır; 53. hükümet CHP'nin dışarıdan desteklediği ANAP-DYP koalisyonu şeklinde kurulmuştur. Başbakanın ANAP'tan mı yoksa DYP'den mi olacağı konusundaki anlaşmazlık, “dönüşümlü Başbakanlık” formülü ile çözümlenmiştir. Aynı çözüm 54. hükümet için de düşünülmüştür. Burada akla gelen soru şudur: Acaba Cumhurbaşkanı böyle bir anlaşma ile bağlı mıdır? 54. hükümetle ilgili olarak, dönemin Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel, protokolde öngörüldüğü gibi koalisyonun birinci devresinde RP Genel Başkanını Başbakan olarak tayin ettiği halde, ikinci devrede DYP Genel Başkanını Başbakan olarak atamamıştır.

6 Haziran 1977 seçimleri sonrasında Millet Meclisinde 213 sandalyeye sahip olan CHP Genel Başkanı hükümeti kurmakla görevlendirilmişti. Oysa güvenoyu alabilmesi için en az 226 Milletvekilinin desteğine ihtiyacı vardı. AP, MSP ve MHP partileri kendi aralarında hükümeti kurma konusunda anlaşmıştı halde Cumhurbaşkanı böyle bir tercihte bulunmuştu. Cumhurbaşkanı'nın bu tutumu diğer partiler tarafından tepkiyle karşılanmış ve güvenoyu alınamayacağı kesin olmasına rağmen bu tercihin Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştü. Hükümeti kurmakla görevlendirilen CHP Genel Başkanının kurduğu hükümet Meclisten güvenoyu alamayınca, Cumhurbaşkanı, AP Genel Başkanına hükümeti kurma görevini vermek mecburiyetinde kalmıştır⁹¹. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, her ne kadar Cumhurbaşkanı'nın böyle bir tercihte bulunması hukuken mümkün ise de siyasi açıdan mahzurlu görülebilir. Zira Servet ARMAĞAN'ın ifadesiyle bu tercih Anayasaya aykırı olmasa bile “Seçmen iradesinin saptırılması⁹²” olarak değerlendirilebilir.

⁹¹ ÖZER, (1981), s.143.; ARMAĞAN, s.34.

⁹² ARMAĞAN, s.34.

Başbakanın Göreve Gelmesi

Yukarıda açıklanan yöntemler normal dönemlere özgü çözüm yollarıdır. Acaba buhran dönemlerinde Cumhurbaşkanı farklı bir çözüm yolu benimseyebilir mi? Meclis içinde yeterli çoğunluğun desteğini alamamış bir Milletvekiline hükümeti kurma görevi verebilir mi? Ülkemizde geçmişteki uygulamalara baktığımızda bu şekilde yöntemler denenmiştir. Örneğin 12 Mart Muhtırası sonrası Millet Meclisinde Adalet Partisi çoğunlukta olduğu halde Adalet Partisinden olmayan bir “Partiler Üstü Hükümet” kurulmuştur. Ancak siyasi partiler –özellikle de Cumhuriyet Halk Partisi- tarafından bu çözüm yolu şiddetle eleştirilmiştir⁹³.

Mevcut Başbakanın ve dolayısıyla hükümetin istifa etmesi durumunda kimin Başbakan olacağı konusunda da tereddüt oluşabilir. Bu durumda parti genel başkanlığından da istifa etmiş olabilir. Mecliste mutlak çoğunluğa sahip olan iktidar partisinin yeni genel başkanını seçmesiyle birlikte belirsizlik de ortadan kalkacaktır. Yeni genel başkan aynı zamanda Başbakan olarak atanacaktır. Bu husus daha çok parti içi ilişkiler ile ilgilidir⁹⁴. Parti içinde genel başkanın belirlenmesi durumunda sorun ortadan kalkacaktır.

SONUÇ

Parlamente hükümet sistemini uygulayan ülkelere baktığımız zaman Başbakanı seçme ve atama yetkisinin genel itibariyle Devlet Başkanına verildiğini görmekteyiz. Devlet başkanı, Başbakanı seçerken hukuken serbesttir. Ancak kurulacak hükümetin yasama organının güvenine ihtiyaç duyacak olması, devlet başkanını yasama organından çoğunluğun desteğine sahip birini Başbakan olarak seçmeye –en azından- siyasi açıdan zorlamaktadır. Her ne kadar bir yetki olarak, Başbakanı seçme yetkisi hukuken devlet başkanına verilmiş olsa da, sonunda parlamentonun güvenoyu şart olduğu için, fiilen Başbakanın kim olacağını belirleyecek irade yasama organına aittir. Bu durum parlamente hükümet sisteminin ayırt edici unsurları arasında sayılmaktadır.

Başbakanın tayinine ilişkin olarak anayasal ya da yasal düzenleme nasıl olursa olsun, sağlıklı işleyen bir parlamente hükümet sisteminde Başbakanın kim olacağına ilişkin kararı verecek olan, genel seçimleri kazanan siyasi parti ya da koalisyon hükümeti ortağı siyasi partiler olacaktır. Hal böyle olmakla birlikte, Başbakan adayının, bir başka deyişle parlamentoda çoğunluğun desteğini sağlama ihtimali olan parti genel başkanının birden fazla olması durumunda problemle karşılaşmaktadır. Anayasanın Başbakanı seçme yetkisini devlet başkanına verdiği

⁹³ ARMAĞAN, s.33-34.; KERSE, s.104.

⁹⁴ BORTHWICK, s.76.

durumlarda, devlet başkanının tarafsızlığına gölge düşürmeden, hükümeti kurma yetkisini hangi alternatifte vereceği hususu son derece önemlidir.

İtalya'da Cumhurbaşkanı, Başbakanı seçme konusunda yaşadığı zorluğu çeşitli yollarla aşabilmektedir. Cumhurbaşkanının en sık kullandığı yöntem, eski Cumhurbaşkanlarını, Meclisin eski ve yeni başkanlarını, eski Başbakanları ve parlamentodaki grupların başkanlarını dinleyip, görüşlerini aldıktan sonra karar vermektir. Ülkemizde de hükümeti kurma noktasında kimin görevlendirileceği noktasında tereddüt olduğu takdirde böyle bir yöntemin kullanılmasında yarar vardır.

Cumhurbaşkanının kullanabileceği bir başka yöntem de, eğer parlamentoda çoğunluğu sağlayabilecek partilerin hükümetin kurulması konusunda varmış oldukları bir mutabakat varsa, ona göre karar vermektir. İtalya'da koalisyon mutabakatı iki şekilde yapılabilmektedir: Partiler genelde seçimlerden sonra koalisyon pazarlıklarına başlamaktadırlar. Bir Başbakan adayı üzerinde anlaşmaya vardıkları takdirde Cumhurbaşkanı o adayı Başbakan olarak tayin etmektedir. İkinci olarak, partiler, daha seçimler yapılmamışken, seçimlerden önce koalisyon görüşmeleri yapıp, anlaşmaya varabilirler. Koalisyon anlaşmasını yapan partiler, kimin Başbakan olacağına da karar verebilirler. Bu durumda koalisyon anlaşmasına varan partilerin Başbakan olması konusunda anlaşığı kişi adeta seçimlere Başbakan adayı olarak katılmaktadır.

1982 Anayasası'nın 109. maddesinin lafzına göre, Cumhurbaşkanı, TBMM içindeki herhangi bir milletvekilini Başbakan olarak seçme ve atama yetkisine sahiptir. Eğer Cumhurbaşkanı, sahip olduğu yetkinin sadece lâfzî boyutunu düşünüp, kurduğu hükümetle güvenoyu alamayacak bir milletvekilini Başbakan olarak seçip atarsa, kurulan hükümetin güvenoyu alamaması durumunda tarafsızlığını kaybedecektir. Tarafsızlığını kaybetmekle kalmayacak, otoritesinin sarsılması ve bir anayasa bunalımının ortaya çıkmasına meydan verecektir.

TBMM'de güvenoyu için yeterli çoğunluğa sahip tek partinin veya partiler koalisyonunun varlığı durumunda, Cumhurbaşkanının o parti ya da partiler koalisyonunun işaret ettiği milletvekilini Başbakan olarak seçmesi gerekir. Asıl problem, bir parti ya da partiler koalisyonunun, TBMM içinde güvenoyu için yeterli çoğunluğa ulaşamaması durumunda Cumhurbaşkanının nasıl bir tercihte bulunacağıdır. Cumhurbaşkanının, partiler çoğaldıkça ve parlamento içinde bir partinin tek başına çoğunluğu sağlayamaması durumunda hükümetin kurulmasında ve Başbakanın tespitinde etkinliği artmaktadır. Cumhurbaşkanının böyle bir durumda tarafsızlığına gölge düşürmemesi ve kriz çözücü bir rol oynaması gerektiği kabul

Başbakanın Göreve Gelmesi

edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki TBMM içinde hiçbir parti ya da partiler koalisyonunun tek başına güvenoyu alamaması durumunda Cumhurbaşkanı nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda sabit kurallar koymak mümkün değildir. Çünkü her somut durumun kendine özgü koşulları vardır ve Cumhurbaşkanı'nın da tercihlerini o somut durumun koşullarına göre yapması gerekir. Cumhurbaşkanı'nın Meclis içindeki en güçlü partinin genel başkanını Başbakan olarak atama zorunluluğu yoktur. Cumhurbaşkanı'nın Meclisten güvenoyu alma ihtimali en kuvvetli olan milletvekiline hükümeti kurma görevi vermesi gerekir. Bu hukuki bir zorunluluk olmasa da parlamenter hükümet sistemi ve aklın gereklerinin ortaya koyduğu bir çözüm yoludur. Azınlık hükümetlerini de bu çerçevede değerlendirebiliriz. Eğer azınlık hükümetini dışarıdan destekleyecek bir kesimle beraber mecliste güvenoyu alabilecek bir parti mevcutsa Cumhurbaşkanı bu partinin genel başkanına hükümeti kurma görevini verebilir.

KAYNAKÇA

ALDIKAÇTI, Orhan: Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1960.

ALLEN, Graham: The Last Prime Minister: Being Honest About the UK Presidency, 2003.

ARMAĞAN, Servet: 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978.

ARSEL, İlhan: Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, AÜHF Yayını, Ankara 1965.

ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

BULL, Martin J.- NEWELL, James L.: Italian Politics: Adjustment Under Duress, Blackwell Publishing, 2005.

ÇAM, Esat: Devlet Sistemleri, İstanbul, 1993.

ELGIE, Robert: “Cohabitation: Divided Government French Style”, in: Divided Government in the Comparative Perspective., Robert ELGIE ed., Oxford University Press, 2001.

ERDOĞAN, Mustafa (1993):Anayasacılık Parlamentarizm Silahlı Kuvvetler, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1993.

ERDOĞAN, Mustafa (1989): “Başbakanlık Hükümeti mi?”, AÜSBF Dergisi, C.XLIV, 3-4, 1989.

EROĞUL, Cem : Çağdaş Devlet Düzenleri, İmaj Yayınevi, Ankara, 2001.

GÖZLER, Kemal (2000): Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.

GÖZLER, Kemal (2000a): Cumhurbaşkanı-Hükümet Çatışması, (Cumhurbaşkanı Kararnameleri İmzalamayı Reddedebilir mi?), Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref-KİLLİ, Suna: Türk Anayasa Metinleri, Ankara, 1982.

GÜLCAN, Tuvana: 1958 Fransız Anayasasının Öngördüğü Hükümet Modeli, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003.

Başbakanın Göreve Gelmesi

GÜNEŞ, Turan : Parlatenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1956.

HOWARTH, David-VAROUXAKIS, Georgias: Contemporary France: An Introduction to French Politics and Society, Oxford University Press, London, 2003.

JONSTON, Larry-EAGLES Munroe: Politics: An Introduction to Modern Democratic Government, Broadview Press, 2004.

KALAYCIOĞLU, Ersin: “Başkanlık Rejimi: Türkiye’nin Diktatörlük Tehdiidiyle Sınavi”, Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005.

KERSE, Ahmet : Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1973.

KERSE, Ahmet : Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1973.

KORTMANN, Constantijn A. J.- BRANDHOF, J. C. E, Van den – PRAKKE, Lukas – BRANDHOF, Hans van den: Constitutional Law of 15 EU Member States, Kluwer, 2004.

LIJPHART, Arend (1994): “Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations.”, in: The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994.

LINZ, Juan J.: “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?”, The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994.

MATTILA, Mikko- RAUNIO, Tapio: “Does Winning Pay? Electoral Success and Government Formation in 15 West European Countries.”, European Journal of Political Resourch, Vol. 43., 2004.

OKANDAN, R. Galip: Umumi Amme Hukuku, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1976.

ONAR, Erdal (2005): “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünölmeli midir?”, İçinde: Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005.

ONAR, Erdal (2003): İsrail'in Kendine Özgü Bir Hükümet Sisteminden Eskisine Geri Dönüşü, Ankara, 2003.

ÖNDER, Salih: Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

ÖZBUDUN, Ergun (1998): Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.

ÖZER, Attila (2003): Anayasa Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.

ÖZER, Attila (2002): Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim, Ankara, 2002.

ÖZER, Attila (1981): Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri, Ankara 1981.

ÖZTÜRK, Kemal N.: "Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Geleneği", AİD, C.25., S.1., Mart 1992.

PARTRIDGE, Hilary: Italian Politics Today, Manchester University Press, 1998.

SARTORI, Giovanni: "Neither Presidentialism Nor Parliamentarism", The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994.

SIAROFF, Alan: "Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction", European Journal of Political Research, Vol. 42., Issue 3., Mayıs 2003.

SULEIMAN, N. Ezra : "Presidentialism and Political Stability in France", LINZ, Juan J-VALENZUELA, Arturo eds., in: The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives, Vol.1 (Baltimore and London: The John Hopkins University Pres, 1994)

TEZİÇ, Erdoğan : Anayasa Hukuku, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001.

TURHAN, Mehmet (1995): Siyaset ve Anayasa, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1995.

TURHAN, Mehmet (1993): "Başbakan Seçimi ve Atanması", AİD., C.26., S.3., (Eylül 1993.)

TURHAN, Mehmet(1989): Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır 1989.

Başbakanın Göreve Gelmesi

ULUŞAHİN, Nur: İki Başlı Yürütme Yapılanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

UZ, Abdullah: **Parlamente Hükümet Sisteminde ve Türkiye’de Devlet Başkanının Başbakanı Atama Yetkisi ve Görevi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1998.

VILLONE, Massimo: Siyasal Sistemler (Demokratik Parlamente Sistem, Başkanlık-Yarı Başkanlık Sistemi, Tek-Çift Meclis) Konulu konferansta sunduğu tebliğ, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ankara 2001

WALDRON, Jeremy: The Law, Routhledge (UK), 1990.

BOŞ

“YETKİ GENİŞLİĞİ” İLKESİ ÜZERİNE BİR İNCELEME
(A RESEARCH ABOUT THE PRINCIPLE OF DECONCENTRATION)

Dilşat YILMAZ*

ÖZET

1982 Anayasasının 126. maddesi uyarınca, ilerin idaresi yetki genişliği ilkesine dayanmaktadır. Merkeze ait karar alma ve uygulama yetkisinin taşradaki yöneticilere devri anlamına gelen yetki genişliği ilkesi, yetki devrinin bir versiyonu olup, bir yönetim tekniğidir. Yetki genişliği ilkesi, kamu hizmetlerinde sürat ve etkinliği sağlamak bakımından son derece önemli bir rol oynamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Merkezi İdare, taşra yönetimi, vali

ABSTRACT

With respect to the article 126 of 1982 Constitution, the administration of provinces is based on the principle of the deconcentration. The principle of deconcentration means transfer of central making decision and carrying out authority to the provincial administrators is a type of transfer of authority and also a administration technique. The principle of deconcentration has a great importance on the point of providing speed and activity of public services.

Key Words

The Central Administration, Provincial Administration, Governor.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlisi.

I. “YETKİ GENİŞLİĞİ”KAVRAMI

Yetki genişliğini genel olarak tanımlamak gerekirse, “bir yerin veya bir hizmetin başında bulunan görevliye, aslında merkeze ait olan karar alma ve uygulama gibi kamu gücünden kaynaklanan yetkilerin tanınmasıdır”¹. “Tevsii mezuniyet” olarak da ifade edilen kavram, Fransızca “déconcentration” sözcüğü ile karşılanmaktadır, ancak Fransızca sözcüğün tam karşılığının yetki genişliği olmadığı, “yoğunluğu azaltma” yani merkezi idareye ait yetkilerdeki temerküz başka bir ifade ile yetkilerdeki yoğunlaşmayı azaltma olduğu yazarlarca ifade edilmektedir(adem-i temerküz)². Bugün genellikle “yetki genişliği” kavramının kullanılması sebebiyle, çalışmamızda da bu ifade kullanılacaktır.

Yetki genişliği kurumu, ortaya çıkması, aslında bir yönetim tekniği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere, merkezden yönetim şekillerinden biri olan “merkeziyetçilik”te, yetkilerin tamamının merkezde toplanmıştır, yönetime ilişkin temel kararlar merkez tarafından alınmakta, ülkeye yayılmış idare ajanlarının rolü ise, merkezden alınan kararların uygulanması olmaktadır³. Merkeziyetçiliğin sebep olduğu kırtasiyecilik, işlerin aksaması gibi sakıncaları önlemek için akla gelen olasılıklardan biri hizmetlerin yerel yönetimlere devri olmuştur. Fakat merkezden yönetimin ülke yönetiminde birliği ve yeknesaklığı sağlaması gibi yararları sebebiyle bu sistemden tam olarak da vazgeçilmek istenmemiştir. Bu durum, merkeziyetçiliğin olumsuz yönlerini bertaraf eden bir yöntem bulunmasını gerekli hale getirmiştir. İşte bu gerekliliği, “yetki genişliği” ilkesi karşılamaktadır.

Yetki genişliği uygulaması ya kanunla ya da kanuna uygun şekilde gerçekleştirilen yetki devri ile uygulanmaktadır. Yetki genişliği aslında, “yetki devri” uygulamasının bir şeklini oluşturmaktadır.

Yetki genişliği sisteminin iki uygulama şekli bulunmaktadır. Bunlardan ilkinin oluşturan ve “yersel yetki genişliği” olarak da ifade edilen sistemde merkezi idarenin bazı yetkileri mahalli bölge idarelerine verilmiştir. Bu uygulama Fransa’da doğup gelişmiştir. Bu uygulamanın tipik şekli, ülkemizde de söz konusu olan “valilik(il) sistemi”dir⁴. Bu sistemde “ülke, idari bakımdan “il” adı verilen bölümlere ayrılır. İllerin başında genellikle merkezi idare tarafından atanan, fakat hem devleti hem de hükümeti tümüyle temsil eden ve tamamına karşı sorumlu olan bir yönetici bulunur.

¹ DERDİMAN R. Cengiz, “Kamu Yönetiminde Yetki Genişliği”, AİD, C.28, S.4, s. 66.

² GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 2007, s. 68.

³ ATAY E. Ethem, İdare Hukuku, Turhan Yayınevi, 2006, s. 153.

⁴ AKALIN T. Tamer, “ 1982 Anayasası ve Merkezi İdarenin Taşra Yönetiminde Yetki Genişliği İlkesi”, TİD, S. 371, s. 110.

“Yetki Genişliği” İlkesi Üzerine Bir İnceleme

Bu yöneticiler, aslında merkeze ait bulunan birtakım yetkileri merkez adına ve fakat merkeze danışmadan kullanmak yetkisine sahiptirler”⁵. Merkezin yetkilerinin bir kısmının genellikle tüzelkişiliğe sahip ve belli hizmetleri görmekle görevli kuruluşlara devri de yetki genişliğinin diğer bir uygulama şekli olan “fonksiyonel yetki genişliğini” oluşturmaktadır. Ancak bazı yazarlar, bu kabule karşı çıkmakta ve bu uygulamayı yetki genişliği olarak kabul etmemektedirler⁶. İl (valilik) sistemi için de iki türlü uygulama söz konusu olmaktadır. Bunların ilki Fransa’daki uygulamayı yansıtan ve valinin yürütmeden sorumlu tek kişi olduğu, bakan ile aracısız temas edebildiği “kapsayıcı valilik” sistemidir ki, bizdeki sistem de bu yöndedir⁷. İkincisi ise valinin sadece iç işleri bakanlığının ildeki hizmetlerinden sorumlu olduğu ve İtalya’da uygulaması görülen “sınırlı valilik” sistemidir⁸.

II. “YETKİ GENİŞLİĞİ” İLKESİNİN ÖZELLİKLERİ

Anayasamızın 126. maddesinde belirtildiği üzere ülkemizde de “il” bazında söz konusu olan “yetki genişliği” sisteminin özelliklerine bakalım: Yetki genişliğinin söz konusu olması halinde yetkiyi kullanan kimseler, merkezin hiyerarşisine tabi olup, merkez örgütü içinde sayılmaktadırlar. Kamu kudreti aslında hala merkezi idarenin elinde bulunmaktadır; çünkü “yetki genişliği verilen makam devlet kamu tüzelkişiliğini kullanmaktadır”⁹. “Genişletilmiş yetkilere sahip görevlinin, merkeze bağlı hiyerarşik kademe olarak kullandığı bu yetkilerin merkezin kararları ile eylem ve işlemlerinden hiçbir farkı yoktur”¹⁰. Bu yetkililer sadece kendilerine bırakılan alanlarda yetkilerini doğrudan kullanabilirlerse de, merkezin hiyerarşisine tabi olup, hiyerarşi yetkisinin olağan sonucu olarak, merkezin emir ve direktiflerine uymak zorundadırlar¹¹. Fakat merkezdeki yöneticiler, yetki genişliği aracılığıyla taşradaki yöneticiye bırakılan alanlarda, asla onların yerine geçerek işlem yapamazlar yani kendi iradelerini onların iradeleri ile ikame edemezler; sadece onlara emir ve talimat verebilir, yapılmış işlemler üzerinde tasarrufta bulunabilirler.

⁵ KALABALIK Halil, “Yetki Genişliği Yerinden Yönetim Sisteminin Bir Uygulaması Sayılır mı?”, TİD, S. 413, s.133.

⁶ KALABALIK, Yerinden Yönetim, s. 131, AKALIN, s. 111.

⁷ KALABALIK, Yerinden Yönetim, s.133, Kapsayıcı valiliğin temeli, bu sistemin kurucusu olan Napolyon’un, kendisi tarafından atanan ve kendine karşı sorumlu olan tek bir yönetici istemesidir. Bkz TOSUN Mustafa, Türkiye’de Valilik Sistemi, TODAİE, 1970, s. 4.

⁸ KALABALIK, Yerinden Yönetim, s. 134.

⁹ AKYILMAZ Bahtiyar, İdare Hukuku, Sayram, 2004, s. 110.

¹⁰ DİRDİMAN, s. 67.

¹¹ AĞAR Şefik Can, İdari Hiyerarşi Kudreti, Sulhi Garan Matbaası, 1970, s. 49.

“Yetki genişliği uygulamasında, yetkiyi merkez adına kullanan amir, bu yetkiyi merkezi idarenin yürütmekle ödevli olduğu bir hizmetin (milli bir kamu hizmetinin) yürütülmesi için kullanmaktadır. Yetkinin kullanılması ile yürütülen hizmetin giderleri merkezi idare bütçesinden karşılanmaktadır. Yürütülen hizmet dolayısıyla elde edilen gelirler de merkezi idare bütçesinin gelirleri arasına katılmaktadır. Nihayet, yetkinin kullanılması ile yürütülen hizmete tahsis edilmiş bulunan mallar da ya merkezi idarenin mülkiyetindedir; ya da merkezi idarenin hüküm ve tasarrufu altındadır”¹².

Yetki genişliğinin özellikleri başlığı altında ele alınması gereken bir husus da hangi konularda yetki genişliği uygulamasının söz konusu olması gerektiğidir. Çok önemli kararların merkezce; günlük, cari kararları ise alt kademece alınması hususunda zaten bir görüş birliği vardır. Bu konuda görüş birliği olmayan konu, çok önemli ya da çok önemsiz olmayan, yani orta derecede önemli kararlarda ne yapılacağı hususudur. Bu konuda bazı kriterler ileri sürülmektedir. Orta derecede önemli bir kararın alınmasında aciliyet bulunması halinde, kararın elinde en çok bilgi bulunan kademe tarafından alınmasının zaman kaybını önleyeceği, maliyetin daha düşük olacağı makamın tercih edilmesi gerekeceği, en küçük kararların dahi merkezce alınmasının alt kademede teşebbüs yeteneğini ortadan kaldıracığı şeklinde açıklamalar yapılmaktadır¹³. Sonuç olarak orta derecedeki kararlarda yetki genişliğinin ne dereceye kadar kullanılması gerektiği konusunda net bir çözüm ve kesin formüller bulma şansı da yoktur.

Alt kademedeki görevlilere karar alma yetkisini veren yetki genişliği, takdir yetkisini de içinde barındırmaktadır. Yetki genişliği konusunda kural getiren düzenlemeler, yöneticilere hareket etme serbestisi tanımaktadırlar. Diğer bir ifadeyle “yetki genişliği esasına uygun olarak kanunlarla konulan yetkiler yöneticilere serbest hareket edebilmek alanı verirler. Takdir yetkisi, bu alan içinde kalarak, yöneticilere, karşılaştıkları somut olayların çözümünde alternatifler içinden seçilecek kararı alma ve uygulama imkanı verir”¹⁴. Karar alma, uygulama ve bunlar için genel düzenleyici işlem de dahil bütün işlemleri yapabilme yetkisi, takdir yetkisinin ne denli geniş boyutlarda olduğunu göstermektedir. Çok geniş bir alana tekabül eden bu takdir yetkisi, hukuka uygun olarak kullanılma durumundadır. Takdir yetkisine dayanarak yapılan idari işlemler de, Anayasamızın 125. maddesinde ifade edildiği şekliyle, idarenin diğer işlemleri gibi hukuka uygunluk bakımından yargı organlarınca

¹² GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj, 2004, s. 61.

¹³ TC İçişleri Bakanlığı- İç Düzen Yayınları, S. 11, s. 47 vd.

¹⁴ DERDİMAN, s. 73.

“Yetki Genişliği” İlkesi Üzerine Bir İnceleme

denetleneceklerdir. Takdir yetkisini kullanan taşra yöneticisi, bu yetkisini eşitlik, kamu yararı ve hizmet gerekleri gibi ilkelere uygun olarak kullanmak zorundadır.

Yetki genişliğinin bir özelliği de, yetki devrinin bir versiyonu olmakla beraber, yetki devrinden bazı özellikleri itibarıyla ayrılmasıdır: Yetki devri kanunda açıkça belirtilmek ve buna engel bir kural olmadıkça her kademedeki görevliye yapılabilirken, yetki genişliğinde söz konusu olan devir, hiyerarşi basamaklarında daha üst derecede yer alan bir görevliye yapılmaktadır. Sürekli bir nitelik taşıyan yetki genişliği daha geniş bir alanı kapsarken, geçici nitelikte olan yetki devrinde daha sınırlı bir alanda devir söz konusu olmaktadır. İki kurum arasındaki bu farklar sebebiyle, yetki genişliğinin uygulama alanı nispeten sınırlı olmaktadır¹⁵. Bu noktada yetki genişliğinin “yerinden yönetim” sayılıp sayılamayacağı da değerlendirilmelidir .“Yetki genişliği merkez memurlarının yetkilerinin genişletilmesinden, bunların bazı hallerde kendi başlarına icrai kararlar alabilmelerine izin verilmesinden ibarettir. Yetki genişliğine haiz memurlar bu yetkilerini ancak merkez adına kullanabilirler, kendi adlarına kullanamazlar; yerinden yönetimde icrai karar alma kudreti bu yetkiyi elinde bulunduran şahıs ya da organdır. Bunlar temsil ettikleri bölge veya hizmet namına karar alırlar”¹⁶.Yerinden yönetimde ayrı bir tüzelkişilik söz konusu iken, yetki genişliği halinde devlet tüzel kişiliğinin kendisi söz konusudur¹⁷.Yetki genişliğinde merkez hiyerarşisi söz konusu iken, yerinden yönetim durumunda idari vesayet yetkisi kullanımı söz konusu olmaktadır. Bu açıklamalar göstermektedir ki daha önceleri doktrinde tartışılmış olan yetki genişliğinin yerinden yönetimin bir türü olup olmadığına verilecek yanıt olumsuzdur.

Yetki genişliği ilkesi, yukarıda da açıklanan özelliklerine bağlı olarak birtakım yarar¹⁸ ve sakıncaları haizdir. Kurumun yararı olarak, kırtasiyeciliğe ve zaman kaybına engel olması, ülke yönetiminde bütünlüğün sağlanması ve yöneticilerin atama yoluyla gelmeleri sebebiyle, becerikli olma olasılığının daha fazla olması, geleceğin devlet adamlarının bu şekilde yetiştirilmesi gösterilirken; sakıncası olarak da yerinden yönetiminin faydası olarak ifade edilen mahalli menfaatlerin korunmasının zayıflaması, yetki verilen makamların görevlerini benimsememeleri halinde bunu kötüye kullanmaları olasılıklarının olması, farklı bölgelerdeki bireylerin

¹⁵ AYILMAZ, s. 110.

¹⁶ AKALIN, s. 111.

¹⁷ AKALIN, s. 111.

¹⁸ Yetki genişliği ilkesinin kendinden beklenen faydayı sağlayabilmesi bakımından taşra teşkilatının personel ve kaynaklar açısından durumu son derece önemlidir. Bkz PAYASLIOĞLU T. Arif, Merkezi İdarenin Taşra Teşkilatı Üzerinde Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1966, s. 137.

kamu hizmetlerinden aynı derecede yararlanamamaları, yerinden yönetimin bazı yararlarının yok olması gösterilmektedir¹⁹.

III. TÜRK HUKUKUNDA YETKİ GENİŞLİĞİ

“Yetki genişliği” kurumu, birleştiriciliği ve bütünleştiriciliği aracılığıyla uyumlu hizmet sağlanması amacının güdülmesi sebebiyle, ülkemiz açısından son derece köklü bir geçmişe sahiptir²⁰. Osmanlı’da, uygulanan arazi rejiminin bir parçası olan has sisteminin özelliklerinden dolayı yetki genişliğinin uygulandığı ifade edilmektedir. Yetki genişliği Osmanlı Devletinde hukuki olmaktan çok, uygulama zorunluluklarının bir sonucudur²¹. Osmanlı’dan devralınan “yetki genişliği” uygulaması, Anayasalarımızda da ifadesini bulmuştur. 1921 Anayasası açısından baktığımızda, Anayasa’da yetki genişliğine ilişkin bir düzenleme yer almamakla beraber, Anayasanın 10. maddesinde Türkiye’nin coğrafi durum ve iktisadi ilişkiler bakımından vilayetlere, vilayetlerin kazalara, kazaların da da nahiyelere ayrıldığı, devam eden maddelerinde de iller ve nahiyelerin tüzelkişiliğe ve özerkliğe sahip olduğu ifade ediliyordu²², fakat Anayasanın bu hükümleri uygulama alanı bulamadı²³. Cumhuriyetin ilanından sonra 1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununun yani 1924 Anayasasının 89. maddesinde, 1921 Anayasasına benzer şekilde Türkiye’nin coğrafi durumu ve ekonomik ilişkileri bakımından illere, illerin de ilçelere onların da bucaklara ayrıldığını ifade etmekte idi²⁴. Görüldüğü üzere 1924 Anayasası, 1961 ve 1982²⁵ Anayasalarından farklı olarak, tıpkı 1921 Anayasası gibi illerin alt bölümlerini de düzenlemekte idi. 1924 Anayasasının 91 maddesinde, illerin “yetki genişliği” ve “görev ayrılığı” esaslarına göre idare olunacağını düzenlemiştir²⁶. 1924 Anayasasının bu hükümleri ve zamanını ihtiyaçlarına uygun olarak 18 Nisan 1929 tarihli ve 1426 sayılı Vilayat İdaresi Kanunu kabul edildi. Bu kanundan sonra, 1949 yılında

¹⁹ TC İçişleri Bakanlığı-İç Düzen Yayınları, S. 11, s. 45.

²⁰ KALABALIK Halil, “ Türkiye’de Alan(Taşra) Yönetimi, İçinde Bulunduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, TİD, S. 425, s. 74.

²¹ Osmanlı’daki bu sistem zamanla bazı değişikliklere uğramış ve adem-i merkezîyet idaresi de uygulanmaya başlamıştır. Bkz KALABALIK, Yerinden Yönetim, s. 139.

²² Bkz KİLİ Suna-GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2000, s. 101., Bkz KALABALIK, Taşra Yönetimi, s. 90.

²³ KALABALIK, Taşra Yönetimi, s. 90.

²⁴ Bkz KİLİ-GÖZÜBÜYÜK, s. 139., KALABALIK, Taşra Yönetimi, s. 90.

²⁵ Danıştay pek çok kararında, yetki genişliği ilkesinin Anayasa’nın temel ilkelerinden biri olduğunu ifade etmiştir. Bkz D1D, 16.10.2006, E. 2006/958, K.2006/885, DBB, D2D, 24.05.2005, E. 2004/1326, K. 2005/1786, DBB, D6D, 27.01.03, E. 2001/6486, K. 2003/679, DBB. 1985/2443

²⁶ Bkz KİLİ-GÖZÜBÜYÜK, s. 139. KALABALIK, Taşra Yönetimi, s. 90.

“Yetki Genişliği” İlkesi Üzerine Bir İnceleme

1924 Anayasasındaki ilkeler temel alınarak, 5442 sayılı “İl İdaresi Kanunu” ile il idaresi yeniden düzenlendi²⁷. 1924 Anayasası , yetki genişliği ilkesine yer vermesi bakımından, 1961 ve 1982 Anayasaları ile benzerlik arz etmektedir, çünkü 1961 Anayasasının 115. maddesi ile 1982 Anayasasının 126. maddesinde de il idaresinin “yetki genişliği” esasına dayandığı, açıkça ifade edilmektedir.

1924 Anayasasındaki bu ilkeler ile 1961 ve 1982 Anayasalarının getirdiği sistem ile bazı farklar içermekte idi: 1961 ve 1982 Anayasalarında 1924 Anayasasından farklı olarak “çeşitli hükümler(mevaddı müteferrika)” başlığı altında değil “yürütme” başlığı altında düzenlenmiştir²⁸. 1924 Anayasasının 89. maddesinde Türkiye’nin illere, illerin ilçelere, ilçelerin bucaklara ayrılacağı belirtilmiş iken yani alt kademeler de Anayasada belirtilmiş iken, 1961 Anayasasının 115. ve 1982 Anayasasının 126. maddelerinde Türkiye’nin illere ayrıldığı, bu ayrımın merkezi idare kuruluşu bakımından olduğu ifade edilmiş, illerin alt kademelerini belirleme yetkisi ise coğrafi, ekonomik durum gerekleri ve de kamu hizmetlerinin gerekleri hususlarına göre olmak koşuluyla yasa koyucuya bırakmıştır²⁹. 1924 Anayasası iller ve alt kademeler için yapılacak ayrımın coğrafi ve ekonomik duruma göre yapılacağını belirtirken, 1961 ve 1982 Anayasaları bu koşullara ek olarak kamu hizmetlerinde verimin sağlanmasını aramaktadır.

1982 Anayasasının 126. maddesinde illerin alt kademeleri konusunda takdir yetkisi yasa koyucuya bırakılmış olduğu ve yasa koyucu bu yetkisini kullanmamış olduğu için³⁰, bu kademelemede 1949 tarih ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu dikkate alınmaktadır. 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 1. maddesi uyarınca, iller ilçelere, ilçeler de bucaklara bölünmüştür. Aynı Kanun’un 3. maddesinde de illerin “yetki genişliği” esasına dayandığı ifade edildikten sonra, il genel idare teşkilatının il, ilçe ve bucak bölümlerine uygun olarak düzenleneceği ifade edilmiştir. İl İdaresi Kanunu, değişikliklerle de olsa bugün hala yürürlüktedir, fakat 1924 Anayasasına dayanılarak hazırlanan, daha sonra değişiklikler geçirmiş olsa da, mevcut Anayasamız ile bağdaşmayan hükümler içermektedir³¹.

1982 Anayasasının 126. maddesinde, sadece “illerin” yetki genişliği esasına dayalı olduğu ifade edilmektedir. Bu ifadenin sonucu ise, ilçe ve bucak idareleri

²⁷ Türk Hukukunda yetki genişliğine ilişkin süreç hakkında bkz KALABALIK, Halil, Taşra Yönetimi, s. 90-91.

²⁸ KALABALIK, Taşra Yönetimi, s. 91.

²⁹ KALABALIK, Taşra Yönetimi, s. 92.

³⁰ 1961 Anayasası döneminde de, il idaresinin alt kademeleri hakkında düzenleme yapma yetkisi yasa koyucuya bırakılmış idi. Ancak yasa koyucu bu yetkisini o dönemde de kullanmamıştır.

³¹ KALABALIK, Taşra Yönetimi, s. 91.

yöneticileri için yetki genişliği ilkesinin söz konusu olamayacağıdır. Bu noktada belirtilmesi gereken bir durum daha vardır: 1982 Anayasasının 126. maddesinin 3. fıkrasında ‘kamu hizmetlerinde verim ve uyumu sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabilir’ şeklinde bir kural getirilmiştir³². Ancak bu yapılanmalar için yetki genişliği ilkesi kabul edilmemiştir. 1961 Anayasasının 115. maddesinde ise, belli kamu hizmetlerinin görülmesi amacıyla birden çok ili içine alan çevrede kurulabilecek olan yapılanmaların yetki genişliğine sahip olduğu açıkça ifade edilmektedir³³. 1982 Anayasasının 126. maddesinin 3. fıkrasındaki bu durum doktrinde, sadece il idaresinin “yetki genişliği”ne dayanmasının, merkezi idarenin taşradaki esas örgütünün il olduğunun göstergesi olduğu şeklinde ifade edilmektedir³⁴. 1961 ve 1982 Anayasaları arasında bu noktada dikkat çeken bir fark da, 1961 Anayasasında belirtilen yapılanma, birden çok ili içine alabilen bir yapılanma iken, 1982 Anayasasında söz konusu olan yapılanma, merkezi idare teşkilatı olmak durumundadır³⁵. Günümüz uygulamasına bakıldığında ise, merkezi idareden ziyade, hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının bu tür bir yapılanmaya gittikleri görülmektedir³⁶. Bu noktada ayrıca Türkiye’de bir ara gündeme gelen ve “koordinatör valilik” olarak da bilinen bölge valiliği hususuna değinmek gerekmektedir. “Bölge valisi, bölgedeki valilerin içinden seçilmekte ve kendi ilindeki valilik statüsünü de muhafaza etmektedir. Bölge valisi ,bölgesi ile ilgili ekonomik meselelerde bir teşebbüs ve karar organı olarak hareket etmekte ,idari konularda sadece koordinatörlük yapmaktadır”³⁷. 4 Ekim 1983 günü 18181 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bölge Valiliği Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’ TBMM’ce reddedilmiş ve yürürlük kazanamamıştır. Bölge valiliği uygulaması, gündeme geldiği dönemde bir çok eleştiriye konu olmuş ve bu uygulamanın ancak büyük iller için fonksiyonel olabileceği ifade edilmiştir.

Yetki genişliği konusunda yaşanan tartışmalardan biri de, yürürlüğe giremeyen bir metin olsa da Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkındaki Kanun Tasarısı ile gündeme gelmiştir. Bu tasarı, bazı bakanlıkların taşrada örgütlenmesine son vermekte idi . Tartışma, bu durumun anayasal bir ilke olan yetki genişliğini yok edip etmediği yönünde yaşanmıştır. Doktrinde bazı yazarlar; bu durumu yetki genişliğini yok ettiğini ve bunun Anayasaya aykırı olduğunun iddia

³² Bkz KALABALIK, Taşra Yönetimi, s. 93.

³³ KALABALIK, Taşra Yönetimi, s. 91.

³⁴ GÜNDAY, s. 414.

³⁵ KALABALIK, Taşra Yönetimi, s. 92.

³⁶ GÜNDAY, s. 414.

³⁷ KALABALIK, Yerinden Yönetim, s. 134.

“Yetki Genişliği” İlkesi Üzerine Bir İnceleme

ederken³⁸, diğer yazarlar ise; Anayasal bu ilkenin yok edilmediğini, tasarı yasalaşırsa, bundan böyle bu yetkinin, taşra teşkilatı mevcut olan Bakanlıklar düzeyinde devam edeceğini, anayasal açıdan her bakanlığın mutlaka taşra teşkilatının bulunmasının zorunlu olmadığını ifade etmektedir³⁹.

IV. SONUÇ

Merkeziyetçiliğin işlerin aksaması, kırtasiyecilik gibi sakıncaları yanında devlet bütünlüğünü sağlama konusundaki faydası bu sistemden vazgeçilmeden, belirtilen sakıncaları da gideren bir ara çözüm bulunmasını gerekli kılmıştır. Bu amaca hizmet eden “yetki genişliği” uygulaması, Cumhuriyet Anayasalarımızda yer aldığı gibi, Osmanlı döneminde, mevcut toprak sisteminin sonucu olarak uygulanan bir teknik olmuştur. 1982 Anayasasının 126. maddesi ile sadece illere verilen yetki genişliği, valilere milli kamu hizmetlerine ilişkin olarak merkeze danışmadan karar alma ve uygulama yetkisini vermektedir. Bu sayede kamu hizmetleri etkin olarak yerine getirilmektedir ve yerine getirilen hizmet merkezi idare adına yapılmakta, hizmetten sağlanan gelirler merkezi idareye ait olurken, harcamalar da merkezi idare tarafından üstlenilmektedir.

Yetki devri kurumunun bir versiyonu olan bu teknik, merkeze ait olan karar alma yetkisini, taşra teşkilatının başındaki yöneticiye tanımakla, hizmetlerin aksamasına engel olmak amacını gütmektedir. Tekniğin etkin olarak işlemesi taşradaki yöneticilerin yetenekleri, mali olanaklar gibi birtakım faktörlerle doğru orantılı olsa da, salt tekniğin kendisi dahi, idari işleyişe hız kazandırmaktadır. Tekniğe ilişkin bazı aksaklıklar eleştiri konusu olsa, birtakım değişiklik önerileri ortaya konsa da, yetki genişliği ilkesi, idari teşkilatın vazgeçilemez bir parçasını oluşturmaktadır.

³⁸ GÜLER A. Birgül, “Kamu Yönetimi Temel Kanunu Üzerine”, Hukuk ve Adalet, Nisan- Haziran 2004, s.50.

³⁹ ULUSOY Ali, “Kamu Yönetimi Reformu Hakkında Bir Değerlendirme”, Hukuk ve Adalet, Nisan- Haziran 2004, s. 141.

KAYNAKÇA

- AĞAR Şefik Can,** İdari Hiyerarşi Kudreti, Sulhi Garan Matbaası, 1970.
- AKALIN Tamer,** “1982 Anayasası ve Merkezi İdarenin Taşra Yönetiminde Yetki Genişliği İlkesi”, TİD, S. 371.
- AKYILMAZ Bahtiyar,** İdare Hukuku, Sayram, 2004.
- ATAY E. Ethem,** İdare Hukuku, Turhan, 2006.
- DERDİMAN Cengiz,** “Kamu Yönetiminde Yetki Genişliği”, AİD, C. 28, S. 4.
- GÜLER A. Birgül,** “Kamu Yönetimi Temel Kanunu Üzerine”, Hukuk ve Adalet, Nisan- Haziran 2004.
- GÜNDAY Metin,** İdare Hukuku, Ankara, 2004.
- GÖZLER Kemal,** İdare Hukuku, Ekin, 2007.
- KALABALIK Halil,** “Yetki Genişliği Yerinden Yönetim Sisteminin Bir Uygulaması Sayılır mı?”, TİD, S. 413.
- KALABALIK Halil,** “Türkiye’de Alan (Taşra) Yönetimi, İçinde Bulunduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, TİD, S. 425.
- KİLİ Suna- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref,** Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasaları, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2000.
- PAYASLIOĞLU Arif,** Merkezi İdarenin Taşra Teşkilatı Üzerinde Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1966.
- TOSUN Mustafa,** Türkiye’de Valilik Sistemi, TODAİE, 1970.
- ULUSOY Ali,** “Kamu Yönetimi Reformu Hakkında Bir Değerlendirme”, Hukuk ve Adalet, Nisan- Haziran 2004.
- İl Genel Yönetimi ve İçişleri Bakanlığı Merkez Örgütünde Yetki devri, İçişleri Bakanlığı İç Düzen Yayınları, S. 11.**

OSMANLI KLASİK DÖNEMİNDE İDEOLOJİ, DİN VE SİYASİ MEŞRUIYET ÜZERİNE KISA BİR DEĞERLENDİRME

Dr.Yılmaz YURTSEVEN*

ÖZET

Osmanlı Devleti'nin klasik dönemi, kurumsallaşmanın gerçekleştiği dönemdir. Bu dönemde Osmanlı Devleti orijinal kimliğine kavuşmuş, yönetim anlayışı, ideolojik söylem, siyasi iktidara meşruiyet sağlayan kavramlar belirginleşmiştir. Osmanlı Devleti'nin ideolojik söylemi veya dünya görüşünün içi klasik dönemde din, geleneksel olgular ve kısmen de etnik köken ile doldurulmaya çalışılmıştır. Söz konusu olgular bir yandan devletin dünya görüşünü yansıtırken diğer yandan Osmanlı siyasi iktidarının yönetimde haklı olma iddiasını güçlendirecek değer yargıları haline dönüşmüştür. Osmanlı hukuk sisteminin İslam hukuku temeline oturuyor olması, devletin ideolojik söylemini önemli ölçüde etkilemiştir. Ayrıca klasik Osmanlı siyasi iktidarı, İslam dinine ve onun hukuk sistemine olan bağlılığını bir meşruiyet zemini olarak değerlendirmiştir. Bu çerçevede din-devlet/siyasi iktidar ilişkilerinde hassas bir denge kurulmaya çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER

Osmanlı Siyasi İktidarı, Meşruiyet, İdeoloji, Din, Osmanlı Hukuku

ABSTRACT

The classical age of Ottoman State is period which occurred institutionalizing. In this period, Ottoman State reached its original identity and its administration understanding, ideological vision and notions which provide legitimate to political power was clarified. Ottoman State's ideological vision consisted of religion, traditional facts and partly ethnical origin. These facts not only reflected the State's ideological vision but also became value judgments which support Ottoman political power's legitimacy. Islamic law considerably influenced both Ottoman law system and ideological vision. Further Ottoman political power employed as legitimacy tool its belonging to Islam religion and Islamic law system. In this context, in relationships the religion between the state and the political power has been tried to set balance.

KEYWORDS

Power of Ottoman Empire, Legitimacy, İdeology, Religion, Ottoman Law

* S.Ü. Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi A.B.D. Araştırma Görevlisi.

I. GİRİŞ

Tarihin akışı içerisinde Osmanlı İmparatorluğu, kendine özgü, siyasi, idari ve iktisadi bir yapılanma olarak dikkat çeker. Zamanın hızlandığı bir süreçte, kökleri Orta Asya steplerine dayanan göçebe bir kavmin, orijinal bir medeniyet oluşturma çabaları, bir bakıma söz konusu imparatorluk ile zirveye ulaşmıştır da denilebilir. Kuşkusuz, bu medeniyetin oluşum süreci içerisinde birbirinden çok farklı kültür ve medeniyetlerin (Fars, Arap-İslam, Roma-Bizans) de etkisi olmuştur. Ancak kanaatimizce üzerinde önemle durulması gereken nokta, Osmanlı siyasi otoritesini bir ideal etrafında yoğunlaştıran dinamiklerin neler olduğudur. Bir başka deyişle, “dünya devleti” olma iddiasının içini nelerin doldurduğudur.

Bu kısa çalışmada, genelden özele bir değerlendirme yapmaya çalışılacak, ideoloji kavramının resmîlik boyutu, bir başka deyişle “resmî ideoloji”, Osmanlı siyasi iktidarı bağlamında inceleme konumuz olacaktır. Dolayısıyla, Osmanlı Devleti’nin de bir “resmî ideoloji”si var mıydı? Var ise bu ideolojiye esas olan inanç, düşünce veya ilkeler nelerdir? Osmanlı siyasi iktidarı ile din arasında nasıl bir ilişki söz konusuydu? Osmanlı’da siyasi iktidar-din ilişkileri düzeni nasıldı? İslam, Osmanlı resmî ideolojisi içerisinde ne kadar etkili ve önemli idi? Burada bu soruların cevapları bulunmaya çalışılırken, iktidar, ideoloji, İslam ve siyasi meşruluk olgularının Osmanlı klasik dönemindeki¹ izdüşümleri mercek altına alınacaktır.

II. KLASİK DÖNEMDE OSMANLI DÜNYA GÖRÜŞÜ

Sosyologların ve siyaset bilimcilerin de vurguladıkları gibi soyut bir nitelik taşıyan ideoloji, kesin olarak tanımlanması güç bir kavramdır. Bu noktadan hareketle, “resmî ideoloji” kavramının da zor belirlenebilir bir kavram olduğunu söylemek mümkündür. Bunun sebebi, soyut bir nitelik taşıması, dolayısıyla maddî alana yansiyabilmiş boyutlarının pek fazla göz önünde bulunmaması olduğu kadar, resmî ideolojiyi doğrudan ve açıkça anlaşılır bir şekilde ifadelendirecek maddî verilerin yetersizliği olabilir. Buna rağmen resmî ideolojiler her zaman var olmuş ve olmaya da devam edecektir².

¹ Osmanlı Devleti’nin kuruluşundan 1600’lü yılların başına kadar devam eden süreç, genel olarak “klasik dönem” olarak nitelendirilmektedir. Klasik Dönem, Osmanlı uygarlığının ve siyasi iktidarının kendine özgü özelliklerinin ve belirleyici vasıflarının olduğu, devletin ve siyasi iktidarın kurumlaştığı dönemi ifade etmektedir. Öyle ki, İstanbul’un fethinin gerçekleştiği XV. Yüzyılın ortalarından başlayarak XVI. Yüzyıl boyunca Osmanlı siyasi iktidarı tüm kurumlarıyla gelişimini sağlamış ve sistemini karakterize etmiştir. Tarihçilerin genellikle 1600 yılına kadar sürdüğünü kabul ettikleri bu dönemden sonra Osmanlı Devleti durağan bir yapıya bürünmüş, ardından gerileme ve çözülme süreci başlamıştır.

² OCAK Ahmet Yaşar, Osmanlı Toplumunda Zındıklar ve Mülhidler, İstanbul 1998, s. 71-72.

Resmî ideoloji; bir devletin kendisine, üzerinde egemen olduğu toprağa ve bu toprak üzerinde yaşayan tebaasına (ya da vatandaşlarına), ilişkide bulunduğu diğer ülkelere ve ideolojilere bakış ve onları algılayış tarzı, dünya görüşü, zihniyet yapısı ve o devletin yükselttiği değerler sisteminin bütünüdür³. Bu tanımdan yola çıkarak, Osmanlı Devleti'nin bir resmî ideolojisinin olup olmadığı sorusunu sormak gerekmektedir.

Yukarıdaki resmî ideoloji tanımından hareketle Osmanlı Devleti'nin de bir resmî ideolojiye sahip olduğunu söylemek kanaatimizce mümkün görünmektedir. Çünkü bir devletin, dolayısıyla siyasi iktidarın dünyaya bakışını, kendi toplumu ve dış dünyayla ilişkilerini düzenleyen bir kurallar bütününe sahip olması, tüm iç ve dış politikalarını bu değerler manzumesi üzerine biçimlendirmesi, var olan bütün organizasyonunu yine bu kurallara göre düzenlemesi ve bu kurallara yönelik tüm muhalif sorgulamaları şiddetle reddetmesi, onun bir ideolojiye sahip olduğunun önemli göstergeleridir. Bunlara ek olarak devlet, var olan bu kurallar veya değerler bütününe toplum tarafından da kabul görmesi için her türlü önlemi almaya çalışır. Çünkü söz konusu değerler, toplumca kabul gördüğü ölçüde ideoloji resmî bir boyut kazanabilecektir. Bu bağlamda kanaatimizce Osmanlı Devleti de bir “resmî ideoloji”ye sahiptir, denilebilir. Tarihin belirli bir döneminde oldukça geniş bir coğrafya, birbirinden farklı dil, din ve ırktan toplulukları bir çatı altında toplayabilmenin kuşkusuz dayandığı bir temel itici güç, bir ideal olmalıdır. Burada özellikle vurgulanması gereken nokta, “Osmanlı resmî ideoloji”sinin içini dolduran değerler ya da dinamikler nedir? Sorusudur.

Bilindiği gibi Osmanlı Devleti, hukukî açıdan İslam hukuku, başka bir deyişle “Şeriat” temeli üzerine kurulu bir devlettir. Her ne kadar, Osmanlı Devleti'nde Şer'î hukukun yanında, Örfî hukukun⁴ da var olduğu, dolayısıyla düalist bir hukuk sisteminin geliştiği ileri sürülse de, kural olarak Örfî hukukun Şer'î hukuka aykırı olamayacağı tezi de ortadadır. Ayrıca din, Osmanlı siyasi iktidarı için daima önemli bir meşruluk aracı olmasının yanında, bir toplumsal değer yargısından öte iktidar için önemli bir güç sembolü de olmuştur. Bu bağlamda; Osmanlı “resmî ideolojisi”nin oturduğu temellerden belki de en önemlisinin “inanç” olduğunu söylemek çok iddialı bir yaklaşım olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü Osmanlı Devleti, daha kuruluş aşamasındayken din-devlet birlikteliği içinde olmuştur. Dönemin şartları dikkate alındığında bu, doğal bir durumdur: İlk hükümdar Osman Bey'in çevresindekilerin

³ OCAK, s. 72; ALKAN Ahmet Turan, “Osmanlı'dan Cumhuriyete Müdevver Resmi İdeoloji Unsurları Hakkında”, *Düşünen Siyaset*, Ağustos-Eylül 1999 sy. 7-8, İstanbul 1999, s. 129-130.

⁴ Örfî hukuk, siyasi otoritenin Şer'î sınırlar çerçevesinde hukuk kuralı koymasıdır.

önemli bir bölümünü Şeyh Edebalı, Dursun Fakih, Elvan Çelebi vd. gibi manevî yönleriyle öne çıkmış kimseler oluşturmaktaydı. Ayrıca, Osmanlı Beyliği ilk kez kurulan bir Türk devleti olmadığı için, böyle bir zemin yenilenen devletin geleneği içerisinde zaten mevcuttu. Yeni devlet henüz beylik aşamasındayken var olan bu durum, neredeyse devletin yıkılışına kadar devam etmiştir. Gerileme süreci içerisinde yapılan reform uygulamalarında bile siyasi iktidar, bir meşruiyet bunalımına yol açmamak için devlet-din ilişkisini asla koparmamaya çaba göstermiştir⁵.

Osmanlı resmî ideolojisinin büyük ölçüde inanç temeli üzerine oturduğu düşüncesi, gerek teori gerekse uygulama açısından değerlendirilip analiz edilmesi gereken bir konudur. Osmanlı Devleti henüz bir beylik durumundayken, geleneksel kurallar (töre) ile dini inanışlar uygulamaya yön vermiştir. Öyle ki, Osmanlı siyasi anlayışında devlet de en az din kadar kutsal bir olgu olarak kabul görmüştür. Bu, Osmanlı İmparatorluğu'nda devletle dinin Abbasiler dahil, tarihte hiçbir İslam devletinde olmadığı kadar birbiri ile iç içe geçmesinden, başka bir deyişle, devletle dinin özdeşleşmesinden kaynaklanmaktadır. Konuya daha somut bir yaklaşımla bakıldığında şunu söyleyebilmek mümkündür: Osmanlı Devleti'nde devlet ve din yan yana iki farklı daire değildir; din dairesi devlet dairesinin bütünüyle içindedir. Dolayısıyla, bu özdeşlikte devlet, dini içine alan ve onu kuşatan büyük dairedir. Bu çerçevede Osmanlı resmî ideolojisi, devlet ile dinin, ya da siyaset ile İslam'ın ayrılmaz bir şekilde birbiriyle iç içe girdiği bir zihniyet olarak ortaya çıkmaktadır⁶. Fakat kanaatimizce, bu “iç içe geçmiş zihniyet” açıklaması Osmanlı Devleti'nin bir teokratik Şeriat devleti olduğu anlamında yorumlanmamalıdır. Çünkü İslam, Osmanlı siyasi geleneği içerisinde belirleyici bir unsur, bir ideolojik temel olmakla birlikte, din adamlarının siyaset ve devlet yönetimine özellikle dâhil edilmemeye gayret gösterildiği görülmektedir. Dînî ulemanın başı olan şeyhülislamın gerek yargı yetkisine sahip olmaması gerekse Divân-ı Hümâyûn üyesi olmayışı⁷, kanaatimizce rejimin teokratik bir esasa tam olarak oturmadığının önemli bir göstergesi olarak düşünülebilir. Ayrıca, dînî otoritenin verdiği fetvaların, siyasi iktidarı bağlayıcı bir özellik taşımadığını da burada vurgulamak gerekir. Fakat siyasi iktidarın politikalarına meşruiyet kazandırmak için fetva kurumuna önem vermesi, devleti ilgilendiren hemen her konuda (savaş ilanı, dış politika, iktisadî ve sosyal hayata ilişkin düzenlemeler, vs.) dînî otoritenin vereceği fetvalara başvurulması gözardı edilmemesi gereken bir olgudur.

⁵ SEZEN Yümmi, “Osmanlı'da Din-Devlet İlişkilerinin Teorik ve Teolojik Bağlarıyla Uyum”, Osmanlı, c. 6, Ankara 1999, s. 44.

⁶ OCAK, s. 73.

⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. MUMCU Ahmet, Divan-ı Hümayun, Ankara 1986.

Osmanlı Devleti'nin bir din devleti olup olmadığı konusunda bir başka önemli nokta da ülke üzerinde yaşayan gayrimüslim tebaaya yönelik tutumdur. Devletin kuruluşundan yıkılışına kadar geçen süreçte gayrimüslim tebaanın hakları korunmuş, kendilerine ciddi bir zorlamada bulunulmamıştır. Gerçekten de devşirme-kul sistemi dışında kendilerine ne din değiştirmeleri ne de yaşam tarzları yönünde bir zorlama getirilmemiştir. İslam hukukundan kaynaklanan ve toplumsal yaşama dair bir takım sınırlamaların getirildiği doğrudur. Ancak bu sınırlamalar onların etnik, kültürel ve sosyolojik varlıklarını yok sayma ya da engelleme şeklinde olmamıştır⁸. Günümüzde eski Osmanlı coğrafyasına bakıldığında buralarda yaşayan halkların etnik kimlikleri koruyor olmaları, dahası “uluslaşma” sürecini hızlı bir biçimde gerçekleştirmeleri söz konusu durumu kanıtlayan gelişmelerdir.

Günümüzde din-devlet ilişkileri irdelenirken, Osmanlı tecrübesinin laiklikle tezat oluşturan bir örnek gibi algılanması, Osmanlı ideolojisinde İslam'ın kapsama alanını tam olarak kestirememekten kaynaklanmaktadır. Varlık sebebini İslamî kültürden alınmış bir dille açıklayan devlet ideolojisi, son tahlilde devlete yüklenen fonksiyona vurgu yapmaktadır. Bu fonksiyon, “devlet-i ebed müddet” ve nizam-ı alem” gibi, analiz edildiğinde dünyevî içerik taşıdığı açık olan görevlerden oluşmaktadır:

“Devlet-i ebed müddet”, devletin ömrünün vade biçilemeyecek kadar sonsuz olduğu fikrini deklare etmektedir⁹. Bu anlayış, Osmanlılar için devlet düşüncesinin anlamını ortaya koymaktadır. Devlete atfedilen “sonsuzluk” sıfatı, ona karşı duyulan bağlılığın ve saygının bir yansıması olarak değerlendirilebilir. Devlete sonsuzluk tanınırken, bir ideolojik söylem olarak devletin “kutsallaştırılması” söz konusudur. Devlet üstün güçtür; koruyan, kollayan ve hatta “baba” olandır. Doğu toplumlarının pek çoğunda yerleşik bir kültür ve hatta gelenek olan “babaya itaat” kavramını burada düşünmek gerekir.

“Nizam-ı alem” ise tanımlanması konusunda günümüzde, henüz görüş birliğine ulaşılammış bir kavramdır. Kimi yazarlar nizâm-ı âlemi “devletin birliği, bütünlüğü, beşerî bir ideal ve Osmanlıların kendilerini tarif ederken kullandıkları bir kavram” olarak tanımlamaktadırlar¹⁰. Bazıları ise nizâm-ı âlem ile kamu düzeninin

⁸ Gayrimüslim Osmanlı tebaasının hukuki statüsü ve genel durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT Gülnihal, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), Ankara 1996; ERCAN Yavuz, Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler, Ankara 2001.

⁹ ALKAN, s. 133; UNAN Fahri, İdeal Cemiyet İdeal Devlet İdeal Hükümdar, Ankara 2004, s. 50.

¹⁰ TURAN Osman, Türk Cihan Hakimiyeti Mefkûresi Tarihi, c. 1-2, İstanbul 1998, s. 325; ÖZCAN, s. 17-18.

vurgulandığını ileri sürmektedir¹¹. Diğer bir yazar, söz konusu kavramın “Osmanlı dünyasını temsil ettiğini” belirtirken¹², bir başka görüşe göre nizâm-ı âlem, “sadece siyasi düzeni ifade etmeyip, bunun da ötesinde, toplumsal hayatın bütün boyutlarını karşılamak için kullanılan bir kavram”dır¹³. İdeolojik bir söylem ve meşruluk kriteri olarak kavram, kanaatimizce de huzurun, kamu düzeninin ve asayişin korunmasını vurgulamaktadır. Nitekim II. Mehmed, kardeş katli meselesini “nizâm-ı âlem için”¹⁴ gerekli gördüğünü belirtmektedir. Bu amaçların gerçekleştirilmesi için Osmanlı siyasi iktidarı kutsal bir yönelişe müracaat etmiştir.

Osmanlı siyasi iktidarının kullandığı ideolojik söylemin önemli paradigmalarından birisini de “Îlây-ı Kelimetullah” (Allah’ın adını yüceltme) doktrini oluşturmaktadır. Söz konusu doktrin, Osmanlı fetih siyasetinin hareket tarzını ve temel motivasyonunu ifade etmiştir. Ayrıca gaza ve cihad kavramlarının itici gücünü de bu söylem oluşturmuştur. Devletin enerjisini harekete geçirmek ve yönetilenlere resmî siyasetin isabet ve meşruluğu hakkında sarsılmaz bir kanaat telkin etmek için bu söylemin ne derece ideolojik bir argüman olduğu açıktır. Ne var ki, “Îlây-ı Kelimetullah” söyleminin Osmanlı gerilemesine paralel olarak daha az kullanıldığı da bir gerçektir. Bununla birlikte, özellikle devletin çöküş aşamasında söz konusu söylem, cihad ve gaza ruhuyla sentezlenerek, siyasi elitin “devleti kurtarmak” argümanına dönüşmekten de kurtulamamıştır¹⁵.

Görülüyor ki, Osmanlı siyasi iktidarının önemli meşruluk kriterlerinden biri olan din, aynı zamanda devletin ortaya koyduğu “resmî ideoloji”nin de esasını oluşturmaktadır. Bu, bir bakıma “dinin de devlet için” olduğu şeklindeki bir düşünceyi akla getirmektedir. Ancak burada “devlet” ile kastedilen “siyasi iktidar” olmalıdır. Çünkü, kanaatimizce “resmî ideoloji”yi kullanacak ve “kollayacak” olan

¹¹ ÖZ Mehmet, “Klasik Dönem Osmanlı Siyasi Düşüncesi”, İslamî Araştırmalar, c. XII, sy. 1, Ankara 1999, s. 29-30. Gencer, Nizâm-ı âlem’in dar anlamda kamu düzenini, geniş anlamda ise dünyanın düzen ve asayişini ifade ettiğini ileri sürmektedir. GENCER Bedri, “Osmanlı Siyasi Felsefe ve Rejimi-Kuruluşunun 700. Yıldönümü Münasebetiyle Bir İcmal”, Akademik Araştırmalar, sy. 4-5, İstanbul 2000, s. 130. Belirtilen yorumlarla ilgili olarak ayrıca bkz. YILMAZ Coşkun, “Osmanlı Siyaset Düşüncesinde Kavramlar”, Türkler, c. 11, Ankara 2002, s. 34 vd.

¹² HADJ Rıfa’at Abou el-, Modern Devletin Doğası, 16. Yüzyıldan 18. Yüzyıla Osmanlı İmparatorluğu (çev. Oktay Özel-Canay Şahin), Ankara 2000, s. 53.

¹³ GÖRGÜN Tahsin, “Osmanlı’da Nizâm-ı Âlem Fikri ve Kaynakları Üzerine Bazı Gözlemler”, İslamî Araştırmalar, c. XIII, sy. 2, Ankara 2000, s. 187.

¹⁴ “*Ve her kimesneye evladından saltanat müyesser ola, karındaşların nizâm-ı âlem için katl etmek münasibdir. Ekser ulema dahi tecviz etmiştir. Anınla amel olalar*”, Fatih’in Teşkilat Kanunnamesi, m. 37, AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri c. 1, İstanbul 1990, s. 328.

¹⁵ ALKAN, s. 134.

siyasi iktidarın kendisidir. Dolayısıyla, bir yandan iktidarın meşruluk dayanağı olma fonksiyonunu yerine getiren din, öte yandan iktidarın tüm tavır, davranış ve politikalarına yön veren “resmî ideolojisi”nin temel altyapısını oluşturmaktadır. Bu nedenle din, Osmanlı siyasi iktidarının “olmazsa olmaz”ı durumundadır.

Osmanlı resmî ideolojisi çerçevesinde İslam’ın fonksiyonunu sorgularken, önemli bir tartışma konusu ortaya çıkmaktadır. Bu, Osmanlı siyasî iktidarının dinden pragmatik amaçlar elde etmek, bir başka deyişle, dînî argümanları kendi politikaları doğrultusunda kullanıp kullanmamak konusunda nasıl bir tavır sergilediği meselesidir. Kapsam itibariyle başlı başına bir çalışma konusu oluşturacak bu tartışmayı genel hatlarıyla da olsa değerlendirebilmek kanaatimizce pek kolay görünmemektedir. Bununla birlikte çok önemli saydığımız bu tartışmayı, Osmanlı siyasi iktidarının uygulamalarından örneklerle az da olsa analiz edebilmek yararlı olacaktır.

İslam, Osmanlı siyasi iktidarına yön veren, iktidarın politikalarını dayandırma ihtiyacı hissettiği belki de en önemli meşruiyet dayanağı olmuştur. Yönetilenlerin dine olan hassasiyetleri de siyasi iktidarın bu tavrında gözardı edilemez. Osmanlı Devleti’nin siyasî ömrü çerçevesinde iktidarın İslam olgusunu belki “işine geldiği gibi” değil ancak devlet çıkarları veya siyasi meşruluk arayışlarının gerektirdiği ölçüde kullandığını söyleyebilmek, kanaatimizce mümkündür. Siyasi iktidarın kimi uygulamaları, bu düşüncüyü doğrular niteliktedir. Örneğin, Osmanlı Devleti siyasi, ekonomik, coğrafi ve askeri bakımlardan en güçlü olduğu dönemlerde diğer devletlerle ilişkilerini ve dış politikasını tek taraflı olarak kendisi belirlemiştir¹⁶. Bunu yaparken, kuşkusuz dayandığı temel, “güç” unsurudur. Ancak meseleye dînî bir argüman eklemeyi de ihmal etmemiştir. Bu argüman, İslam hukukunda dünyanın “Darü’l Harb” ve Darü’l İslam” olarak iki kutba ayrılması¹⁷ ve görüntü itibariyle dış politikanın bu iki kavramın mücadelesi şeklinde algılanmasıdır.

¹⁶ Konuya ilişkin geniş bilgi için bkz. AKYILMAZ Gül, Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya 2000.

¹⁷ Dünyanın Darü’l İslam ve Darü’l Harb şeklinde taksimi ne Kur’an-ı Kerim’de ne de Sünnet’te yer almamaktadır. Ancak İslamiyetin ilk günlerinde Medineli Müslümanlarla Mekkeliler arasında temelini savaşın oluşturduğu ilişki biçimi fukahayı (hukukçuları), ülkeleri ve devletleri Darü’l İslam ve Darü’l Harb şeklinde bir ayrıma sevk etmiştir. YAMAN Ahmet, İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler, Ankara 1998, s. 96-97. “Darü’l İslam” ve Darü’l Harb” kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL Ahmet, İslam Hukukunda Ülke Kavramı Darü’l İslam-Darü’l Harb, İstanbul 1984.

Darü'l Harb¹⁸ ve Darü'l İslam¹⁹ kavramları, Osmanlı siyasi iktidarının ve geleneksel Osmanlı “fetih ülküsü”nün özüne uygun söylemler olarak değerlendirilebilir. Ayrıca yine İslamî söylemler olan “gazâ” ve “cihad” kavramları “fetih ülküsü”ne dînî bir karakter kazandıran, bir bakıma bu harekete meşruiyet sağlayan kavramlar olarak değerlendirilebilir. Çünkü Darü'l Harb, gaza ve fetih ülküsünün eyleme dönüşeceği alan olmuştur. “Küfre karşı cihad” şeklinde sloganlaştırılabilecek bir argümanın devletin her bakımdan güçlü olduğu dönemlerde etkili bir söylem olarak kullanılabilirdiği ortadadır. Dolayısıyla, Osmanlı siyasi iktidarının söz konusu dönemlerde dış politikayı bu esaslar çerçevesinde değerlendirip, tek taraflı olarak belirlemesi, İslamî argümanları işine geldiği gibi kullanmaktan öte, bu kavramlardan meşruiyet zemini olarak yararlanma amacı gütmek şeklinde düşünülebilir.

Yoğun toprak kayıpları ve devletin Avrupa karşısında zafiyete uğramaya başlamasıyla dış politik tavrı değişmiş, “Darü'l Harb” olarak tanımlanan Hıristiyan Avrupalı devletlerle “diplomatik ilişkiler” kurulmaya başlanmıştır. Söz konusu ilişkileri dînî argümanlarla destekleme ihtiyacı, bu dönemde daha belirgin olarak ortaya çıkmıştır. Çünkü, Osmanlı Devleti'nin Hıristiyan ülkelerle normal diplomatik ilişkiler kurması, savaş hali dışında ittifaklar yapması, gerek devlet adamları, gerekse ulemeden tepkiler görebilmiştir²⁰. Doğal olarak, bu tip ilişkilerin geleneksel yapıya uymadığı biçiminde yadırgayıcı düşüncelerin ya da itirazların yükselmesi, dönemin şartları düşünüldüğünde muhtemeldir. Bunun en belirgin göstergeleri, Avrupalı devletlerle yapılan anlaşma metinlerinin üzerine, Şeriat'e uygunluğunu göstermek amacıyla yazılan ayet ve hadisler olmuştur²¹. Kanaatimizce Osmanlı siyasi iktidarı, gerileme ve zafiyetle birlikte, dînî argümanlardan daha fazla yararlanma yoluna gitmiş, zafiyetten kaynaklanan meşruiyet ve ideoloji sorununu yine geleneksel

¹⁸ İslam'ın siyasi egemenliğinin dışında kalan, yönetim ve hukuk düzeninin İslamî olmadığı her ülke, “Darü'l Harb” olarak kabul edilmiştir. ÖZEL, s. 78; YAMAN, s. 103.

¹⁹ Bir ülkenin dar'ül İslam kabul edilmesinde temel ölçü idare ve icraatın İslamî olması, kısacası ülkenin İslam esaslarına göre yönetilip, İslam hukukunun uygulanmasıdır. ÖZEL, s. 78. Serahsî, el-Mebsud adlı eserinde Darü'l İslam'ı, “Müslümanların idare ve hakimiyeti altındaki yerlerdir ki bunun alameti Müslümanların o bölgede emniyet içinde yaşamalarıdır” şeklinde tanımlamaktadır. YAMAN, s. 98.

²⁰ AKYILMAZ, s. 59.

²¹ Örneğin III. Selim döneminde izlenen denge siyaseti gereğince Rusya ve Avusturya'ya karşı Prusya ile ittifak yapılmak istenince büyük tartışmalar çıkmış, bir grup ulema böyle bir ittifakın Şeriat'e aykırı olduğunu savunmuşlardır. Bu sebeptendir ki 1204/1790 yılında Prusya ile yapılan ittifak antlaşmasının başına devrin şeyhülislamının emri ile eski ordu kadısı Abdullah Efendi'nin yazmış olduğu bir ayet-i kerime sureti eklenmiştir. BOA, HHT, No. 1417, k 1204/1790, naklen, AKYILMAZ, s. 59, dipnot 38; Yine BOA, HHT, No. 319, t. 1185/1771 tarihli Sulh ve muahedenin (uluslar arası antlaşma) Kur'an ve hadisten deliller gösterilmek suretiyle cevazına ait mütalaaların yer aldığı bir belgenin resmî kayıtlarda bulunması son derece kayda değer bir durumdur. AKYILMAZ, s. 59, dipnot 38.

yollarla, din ile çözümlenmeye çalışmıştır. Çünkü din, yeni düzeni yadırgayacak kitlelerin sorgulamalarını en aza indirecek bir dayanak olarak Osmanlı siyasi iktidarının sığınabileceği yegâne sığınak olmaya devam etmektedir.

Osmanlı resmî ideolojisi inanç esası üzerine oturmakla birlikte, tarihi bir birikime de sahiptir. Kurulduğu ve geliştiği coğrafyada Osmanlı Devleti, pek çok medeniyetin ve kültürün izlerini taşımaktadır. Özellikle egemenlik kavramı ile ilgili olarak, gerek eski Türk devlet ve siyaset geleneği, gerek İslam siyasi geleneği ve gerekse daha çok yayıldığı coğrafyanın da etkisiyle Bizans siyasi geleneği, bir “Osmanlı resmî ideolojisi”nin oluşmasına etki eden kültür ve medeniyet birikimleridir. Bu noktada Bizans siyasi geleneği hakkında ayrıntıya girmek kanaatimizce yararlı olacaktır.

Osmanlıların Bizans siyasi geleneği ile doğrudan temasları doğal olarak henüz çok küçük bir uç beyliği halindeyken başlamıştır. Ancak bu siyasi geleneğin Osmanlı resmî ideolojisi üzerindeki gözle görülür etkileri kuşkusuz, İstanbul’un fethiyle belirginleşmiştir.

Kurumsal anlamda kimi Bizans uygulamalarının Osmanlı devlet teşkilatında da uygulamaya konduğu bilinmektedir. Ancak konumuz açısından önemle vurgulanması gereken nokta, Bizans etkilerinin özellikle egemenlik ve iktidar alanında görüldüğüdür. Özellikle Fatih’in şahsında tipik örneğini bulan ve Kanunî Sultan Süleyman ile zirveye ulaşan klasik “Osmanlı padişahı” tipinin oluşmasında Bizans’ın “imperium” (bölünmez, mutlak otorite) anlayışının rolünü dikkate almamak mümkün değildir. Ayrıca ulemanın merkeze bağlı dini bir bürokrasi modeline göre teşkilatlandırılarak, dinin bütünüyle merkezî yönetimin kontrolüne alınması Bizans’tan etkilenmiş bir uygulama olarak değerlendirilebilir²².

Osmanlı resmî ideolojisinde İslam, bir taraftan siyasi egemenliğin yayılmasında ideolojik bir araç rolünü üstlenirken, diğer taraftan bu hüviyetiyle, merkezî yönetimin bir siyaset aracı olarak ortaya çıkmaktadır. Dinin devlet kontrolündeki bu konumu, Osmanlı Devleti’nin bir teokrasi olduğu yönündeki görece yaygın kanaatin çok gerçekçi olmadığına açık bir göstergesi olarak algılanmalıdır. Çünkü Osmanlı Devleti’nde İslam, devletin dışında ve devlete hakim bir konumda değil, devletin kontrolünde ve devlete bağımlıdır²³. Teorik ve örgütsel açıdan şeyhülislam, bir papa veya patrik gibi, hiçbir ruhani otoritenin ya da kilise benzeri bir kurumun temsilcisi değildir. O, padişaha bağlı, sadece dini bürokrasinin en üst makamında

²² OCAK, s. 78; UNAN, s. 36-37.

²³ OCAK, s. 96.

oturan bir devlet memurudur²⁴. Bu sayede Osmanlı Devleti, tarihi boyunca bir yandan İslam'ı resmî ideolojisinin itici gücü yaparken, diğer yandan da onu devlete bağlı ulema sayesinde hep siyasi otoritenin kontrolünde tutabilmiş, bu yolla merkezî yönetimden ayrı bir güç odağı olmasını engelleyebilmiştir²⁵. Yavuz Selim ile birlikte hilafetin Osmanlılara geçmesi bile İslam'ın bu konumunu değiştirecek bir katkı sağlayamamıştır. Ancak hilafet, dünyevî siyasi iktidar olan padişahın otoritesini daha da kutsallaştırıp pekiştirerek padişahı daha da üst bir konuma yükseltmiştir. Çünkü Osmanlılar'da hilafet, Memlûklular'da olduğu gibi hükümdardan ayrı bir kişilikle değil, bizzat hükümdar tarafından temsil edilmiştir²⁶. Dolayısıyla resmî ideolojinin esası olan İslam, hilafetin de elde edilmesiyle, hem ideolojinin temel vasıtası olmaya

²⁴ İNALCIK Halil, An Economic and Social History of the Ottoman Empire, Volume One 1300-1600, Cambridge 1994, s. 172. Ancak şeyhülislamın ve dolayısıyla ulema sınıfının söz konusu statüleri her zaman böyle devam etmemiştir. Gerileme ile başlayan bozulma ve yozlaşma süreci içerisinde ordunun kapıkulu kanadı (yeniçeriler) ile zaman zaman birlikte hareket ederek siyasi iktidara etkili bir muhalefet sergiledikleri, hatta padişahı tahtından indirdikleri görülmüştür. Üstelik, bu tip hareketlerde ulemanın dayanağı yine din olmuştur. Padişahı tahttan indirmenin gerekçelerini “Şeriaten uzaklaştığı, adalet vasfını yitirdiği” gibi İslami argümanlarla ifade edebilmişlerdir. İlginç olan nokta, siyasi iktidarı devirmeye kalkanların meşruiyet zeminini yine dinde arıyor olmalarıdır. Çünkü padişaha toplum tarafından bir bakıma atfedilmiş olan kutsallığın ulema da farkındadır. Yapılan eylemlerde, “dinden uzaklaşmış bir hükümdarı halkın başından atma” biçiminde bir propagandaya sığınmış, eylemlere bu yönde bir meşruiyet kazandırma eğilimi sergilenmiştir. Bir meşruiyet krizi görüntüsü sergileyen bu olaylarda ilginç olan bir başka nokta da yönetilenlerin neredeyse hiçbir şekilde dahlinin bulunmayışıdır. Dolayısıyla meşruiyet krizi sadece görüntüden ibaret kalmaktadır. Konu ile ilgili olarak bkz. ÜÇOK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996, s. 189-190. Osmanlı uygulamasında ulema ve diğer askeri kanadın çabalarıyla tahttan indirilmiş pek çok padişah bulunmaktadır; II. Osman (1622, öldürülmüştür), İbrahim (1648, öldürülmüştür), IV. Mehmet (1687), II. Mustafa (1703), III. Ahmet (1730), III. Selim (1807, öldürülmüştür), IV. Mustafa (1808, öldürülmüştür), Abdülaziz (1876), II. Abdülhamid (1909, fetva yanında Meclis-i Mebusan'dan da karar çıkmıştır). Bu sona uğrayan padişahlardan Abdülaziz hakkında verilen şeyhülislam fetvası dikkate değerdir: “Emirülmüminin olan Zeyd muhtelişuur ve umuru siyasiyeden bibehe olup emvali miriyeyi mülk ve milletin takat ve tahammül edemeyeceği mertebe masarifi nefsanıyesine sarf ve umuru diniye ve dünyeviyeyi ihlal ve teşviş ve mülk ve milleti tahrir edip bekası mülk ve millet hakkında mızır olsa, hal'i lazım olur mu? El-cevab: Ohur”, KARAL Enver Ziya, Osmanlı Tarihi Islahat Fermanı Devri 1856-1861, c. VI, Ankara 1954, s. 108.

²⁵ OCAK, s. 94; ALKAN, s. 133. Bu konuda Grenard'ın yorumu ilgi çekicidir: “... imtiyazlar, din adamları sınıfına büyük bir nüfuz kazandırmakta, fakat asla onu tehlikeli bir hale getirmemektedir. Devletinkinden farklı olarak kendisine has bir otoritesi yoktur. Öğretir ve muhakeme eder. Fakat iktidarı yoktur. Dinin en lüzumlu merasimlerini icra edecek hususî bir imtiyazı yoktur. Din adamı sınıfına has mukaddes bir karakteri yoktur; din adamları müderrislerden mürekkep bir sınıftır; onlar Allah'ın yeryüzündeki mümessili değildir. Her dini vazifeye tayin ve azilleri yapan padişahdır. Bu vazifeleri ifa edenler veya etmek isteyenler ayrı bir sınıftır ve kendi imtiyazları onları bu vazifelerin hudutları içine kapatmaktadır. Bu imtiyazlar, onları bu hudutlardan ayrılmaktan, dini şartlar altında gördükleri işlerle kabul-i telif olmayan siyasi mevkiler isteyerek, vakarlarını, istikallerini ve mallarını lekelemekten men eder.”, GRENARD Fernand, Asya'nın Yükselişi ve Düşüşü, Ankara 1992 s. 88.

²⁶ OCAK, s. 96.

devam etmiş, hem de siyasi iktidarın geleneksellikle bezenmiş dini meşruluk temelini güçlendirici bir etki yapmıştır.

III. KLASİK DÖNEMDE SİYASİ İKTİDAR VE DİN

A. Genel Olarak

Osmanlı Devleti, egemenliği altında çok farklı etnik ve dini kökene sahip topluluklar barındırmakla birlikte, karakteristik olarak bir İslam devletidir. Osmanlı hukuk sistemi İslam hukukuna ve özelden İslam'ın Sünnî-Hanefî yorumuna dayanmaktaydı²⁷. Ancak bu yapı başlangıçtan itibaren ortaya çıkmamış, tedricî bir gelişmenin sonucu olarak oluşmuştur.

Erken dönem Osmanlı sultanlarının ve yönettikleri toplulukların göçebe hayat tarzlarının sonucu olarak, daha ziyade popüler ve heterodoks eğilimli bir tasavvufî İslam anlayışına sahip oldukları, sultanların yakın çevrelerinin bu anlayışı paylaşan derviş ve tarikat adamlarından oluştukları bilinmektedir. Bu dönemdeki hukuk uygulamalarına daha çok eski yönetim geleneklerinin (töre, örf) kaynaklık ettiği de bilinen bir olgudur²⁸. Fakat, beylikten devlete geçiş sürecinde var olan İslam anlayışının kurumlaşma açısından yeni yapıya fazla bir katkısının olmaması nedeniyle, Sünnî İslam yönünde bir dönüşümün yaşandığı da tarihî realiteler arasındadır. Bu dönüşüm, Emevî, Abbâsî ve Selçuklu dönemlerinde uygulama imkanı bulmuş, gelişmiş ve kurumsallaşmış bir modeli beraberinde getirmiştir. Bu modelin “Ehl-i Sünnet ve'l-Cemaat” şeklinde formüle edilmiş biçimi, yeni Osmanlı siyasi sistemi için ideal bir örnek oluşturuyordu. Sünnî gelenek aynı zamanda kendisini İslam'ın en iyi ve en doğru yorumu olarak sunuyor, bu da kitabî bir İslam eğitiminin sürdürüldüğü medreselerden yetişen din adamlarına kapıların açılması anlamına geliyordu. Osmanlı kurumlarının oluşma sürecinde medrese kökenlilerin etkisi bilinmektedir. Nitekim ilk Osmanlı kadısı Dursun Fakih ile ilk defa vezirliğe getirilen Çandarlılar hep medrese kökenli din adamlarıydılar. Öte yandan Osmanlıların egemenliğinde olan coğrafya üzerinde yaşayan Müslümanların önemli çoğunluğu

²⁷ Karaman'a göre, Osmanlıların Sünnî-Hanefî yorumunu tercihlerinde, buldukları coğrafyanın yakın geçmişinin sosyo-kültürel ve dini yapısı önemli rol oynamıştır. Bu coğrafyada yaşayan Müslüman nüfusun ve özellikle Türklerin çoğunluğunun Hanefî mezhebine bağlı olduğunu belirten yazar, bu tercihin uygulamada bir takım sıkıntılara da yol açtığını ileri sürmekte ve bunların nasıl aşıldığına dair örnekler de vermektedir. Bkz. KARAMAN Hayrettin, “Osmanlı Hukukunda Mezhep Tercihi”, Osmanlı, c. 6, Ankara 1999, s. 187 vd.

²⁸ UNAN, s. 37-38; KARATEPE Şükrü, “Osmanlı'da Din-Devlet İlişkisi”, Osmanlı, c. 6, Ankara 1999, s. 57; Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. HASSAN Ümit, Osmanlı Örgüt-İnanç-Davranış'tan Hukuk-İdeoloji'ye, İstanbul 2005, s. 71 vd.

Sünnî düşünceye sahip kimselerden oluşmaktaydı²⁹. Bu bilgiler, Osmanlıların zaman içerisinde dayanaklarını ve kurumlarını Sünnî İslam'ın geçmişinde arayan bir devlet haline dönüşmelerinin sebepleri hakkında önemli ipuçları vermektedir.

Osmanlı Devleti'nde Sünnî İslam'ın yorum ve uygulayıcıları olan medrese kökenli ulemanın beslendiği kaynaklar, doğal olarak klasik İslam dünyasında ve Osmanlıların sınırları dışında ortaya konulmuş eserlerdi. Söz konusu klasik kaynakların siyaset, din ve devlet kavramlarına yaklaşımları, Osmanlı siyasi iktidarının meşruiyet söyleminde kullanması için oldukça uygun argümanlardı³⁰. Bu bağlamda, İslam düşünürü Gazâlî, din ile siyasi iktidarın ikiz kardeş olduklarını vurgularken³¹, Büyük Selçuklu veziri ve devlet adamı Nizamü'l-Mülk Gazâlî'nin düşünceleriyle örtüşen fikirler ileri sürmüştür³². Dolayısıyla Osmanlılar, çok erken devirlerden itibaren kendilerini “İslam dininin koruyucuları olarak” görmeye başlamışlardır. Konuyla ilgili olarak Oruç Bey'in Osmanlı sultanları için dile getirdiği şu ifadeler dikkate değerdir: “(Osmanlı Sultanları) Hakk Te'âlâ buyruğu üzere yürüyicilerdir. Fî sebîli'llâh gazâ mâlını cem' idüp Hakk yolına sarf idicilerdir. Sırât-ı müstakîm (doğru yol) üzere olup Hakk'tan yana müteveccihlerdir. Dîn yoluna gayretlülüdür; dünyâyâ mağrûr değillerdir; şerî'at yolın gözedicilerdir; gurûr ehlinden intikâm alıcılardur; garîbleri sevüp, fukarâyâ ihsân idüp, âlimleri terbiyet kılıcılarıdur. Şarkdan garba değin İslâm dînini açmağa kasd idicilerdir. Hakk Te'âlâ'nun keremine sığınup Hakka müşrik olanları ve İslâm'ı kabûl itmeyüp İslâm ehline kasd iden küffâr-ı hâksârı kırıcılarıdur. Bu âl-i Osmân, Oğuz neslindendir. Din yolunda kavîlerdir, i'tikâdları muhkemlerdir.”³³.

Yukarıdaki ifadeler, klasik Osmanlı siyasi iktidarının ideoloji, egemenlik ve siyasi meşruiyet anlayışı ile dünya görüşü hakkında ipuçları vermektedir. Öncelikle, gazâ ve cihad kavramlarına vurgu yapılırken, Osmanlıların dinin koruyucusu, kollayıcısı

²⁹ UNAN, s. 38-39; KARATEPE, s. 57.

³⁰ UNAN, s. 39.

³¹ “... Din ile sultanlık (devlet idaresi) arkadaştır, ikizdir. Din asıl (kök)'dür, padişah (hükümet) onu korur. Kökü olmayan yıkılmağa mahkûm olduğu gibi korunmayan temeller de yıkılır, yok olur. Mülkün tamamlanması ve korunması hükümetle mümkündür. Husûmetlerde mülkü korumak ve nizâmı kurmak da fıkıhla halledilir.”, İMAM GAZÂLÎ, İhyâü 'Ulûmi'd-Dîn (çev. Ahmet Serdaroğlu), c. 1, İstanbul 1974, s. 51.

³² “Padişaha lazım olan en değerli şey dürüst dindir. Zira din ve padişahlık kardeş gibidirler: Memleketinde her ne zaman bir karışıklık olsa, dinde de bozukluk olur; kötü din sahipleri ve müfsidler (toplumda fesat çıkaranlar)baş gösterirler; her ne zaman ki, din bozulur, memleket karışır; müfsidler, kuvvetlenirler, padişahı güçsüz kılarlar.”, NİZAMÜ'L-MÜLK, Siyasetname (çev. M. Atlan Köymen), Ankara 1982, s. 76.

³³ ORUÇ BEY, Tevârîh-i Âl-i Osman (yayınlayan: F. Babinger), Hannover 1925, s. 79-80'den naklen, UNAN, s. 40-41.

ve yayıcısı oldukları ileri sürülmüştür. Ayrıca dikkat çekici bir nokta da Osmanlı hanedanının “Oğuz nesli”ne dayandığına ilişkin düşüncedir. Dolayısıyla, klasik Osmanlı siyasi iktidarının meşruluk söylemini oluşturan bu ipuçları, siyasi meşruluk ve dünya görüşünün sadece dini boyutunu değil, etnik ve geleneksel boyutunu da göz önüne sermektedir. Kanaatimizce, hanedanın elindeki bu malzeme, iktidarın meşruluğuna katkı yapacak önemli propaganda vasıtaları olduğu gibi, bir çeşit resmî ideoloji söylemini de oluşturmaktadır. Bu bağlamda, klasik dönem Osmanlı siyasi iktidarının meşruiyet dinamiklerini, dini sembollerin ağır bastığı geleneksel otorite anlayışıyla açıklamaya çalışmak, amacını aşan bir değerlendirme olarak görülmemelidir. Çünkü dönemin tarih yazımında bile, söz konusu vasıtaların nasıl bilinçli bir şekilde kullanıldığı ortadadır.

Din, siyasi iktidar için vazgeçilmez bir ideolojik malzeme olmasının yanında, Osmanlı hanedanının iktidarına meşruiyet sağlayan önemli bir aktöre de dönüşmüştür³⁴. Bunun yanı sıra, etnik kökenin de vurgulanması, içe dönük propaganda açısından dikkate değer bir noktadır. “Oğuz nesli”nden olmak, hanedanın kendini yönetilenlere kabul ettirmesi ve bir çeşit “haklılık iddiası” için önemli sayılmaktadır. Ancak bu argümanın yönetilenlere sunulması için belirli bir altyapının hazırlanmış olması gerekir. Söz konusu altyapı, “Oğuz nesli”nin bir takım üstün meziyetlerle donatılarak topluma anlatılmasıdır. Yönetilenlerin (toplum) “Oğuz nesli”nin üstün meziyetlerine büyük oranda inanmış olması, bu sembolün artık bir meşruluk vasıtası ve resmî bir söylem olarak kullanılması için gerekli ortamın hazır olması anlamına gelecektir. Üstelik “Oğuz nesli”ne “Allah’ın yeryüzündeki gölgesi olmak” şeklindeki dini söylem de eklenince, siyasi iktidarın yönetiminde “haklı olmak” iddiası güçlü dayanaklarla kuvvetlenmiş bir zemine oturacaktır.

Siyasi otoritenin dini referansları iktidarını meşrulaştırıcı biçimde yorumlaması veya dini referansların siyasi pragmatizmin aracı olması, Osmanlıların icat ettikleri bir şey değildir. Klasik İslamî-siyasi düşüncenin, ulü’l-emre (siyasi otorite) itaati va’zeden anlayışı Osmanlılar’dan önce ortaya konulmuştur. Ayrıca bu, sadece İslam dünyasına özgü bir durum da olmamıştır. Hıristiyanlıkta da merkezî otoritenin güçlü olduğu yerlerde ve dönemlerde³⁵ din, benzer şekillerde yorumlanmış ve siyasi düşünce

³⁴ Berkes, Osmanlıların bir “İslam Devleti İdeolojisi”ne sahip olmadıklarını ileri sürmektedir: “Bir din devleti olarak İslam Devleti ideolojisini yürütmek Osmanlı tarihinde hiç görülmemiştir. Ulemanın bir siyasi akım karşısında “bu dini bir iştir; bir doktrin ya da ilahiyat işidir; devleti ilgilendirmez” dedikleri zaman da devlet adamları bunları hiç dinlememişlerdir.”, BERKES Niyazi, Türkiye’de Çağdaşlaşma, İstanbul 1978, s. 25.

³⁵ Konuyla ilgili örnekler için bkz. BARKER Ernest, Bizans Toplumsal ve Siyasi Düşünüştü (çev. Mete Tuncay), Ankara 1995.

için pragmatik bir vasıtaya dönüştürülmüştür. Aslında, modern öncesi toplumlarda hukukun ilahi referans dışında bir kaynağa yönelmesi söz konusu değildir. Nitekim, feodal Avrupa’da da kilise ile siyasi otoriteler arasındaki çatışma bir otorite alanı çatışması olup, ilahi referanslarla ilahi olmayan referansların mücadelesi değildir. Bu çerçeveden bakıldığında, güçlü bir merkezî otoritenin hakim olduğu Osmanlı İmparatorluğu’nda siyasi iktidarın İslamî referansları dilediği gibi kullanmasından farklı sonuçlar çıkarmaya çalışmak, pratikte çok anlamlı gözükmemektedir. Osmanlı hukuk sisteminden yola çıkılarak İslam’ın klasik siyaset ve devlet yorumları üzerinde fikir yürütülebilir. Ancak bu yorumların çerçevesinden bakarak Osmanlı’da dindışı olanın ne olduğu konusunda sağlıklı tespitler yapabilmek de güçleşecektir. Zira, söz konusu çerçeveden yapılacak siyaset ve devlete dair yorumlar, en başından siyasi otoriteyi ilahi bir zeminde meşrulaştırma gayretleri olarak belirecektir³⁶. Dolayısıyla, Osmanlı Devleti’nde İslam’ın siyasi iktidara meşruiyet sağlayan bir dinamik halini alması ve devletin dünya görüşünü oluşturan belki de en önemli unsur olması, dönemin şartları göz önünde bulundurulduğunda, oldukça doğal bir sonuçtur.

B. Siyasi İktidar, Din ve Meşruiyet İlişkisinde Şeyhülislam

Dini norm ve değerlerin etkili olduğu bütün toplumlarda din adamları üstün ve saygın bir statüye sahip olmuşlardır. Osmanlı toplumunda da şer’î hukukun en üst düzey yorumlayıcısı ve uygulayıcısı olan İlmiye sınıfı seçkin ve itibarlı bir konuma sahipti. İlmiye sınıfının başı kabul edilen Şeyhülislam, Osmanlı Devleti’nde siyasi iktidar-din ilişkileri düzeninin önemli süjelerinden biri olmuştur. Yukarıda da belirtildiği gibi İslamiyet, Osmanlı siyasi iktidarına meşruiyet kazandıran bir kriter olarak kabul edildiğinden, Osmanlı şeyhülislamı da bu meşruiyet ilişkisinde önemli bir konuma sahip olmuştur. Özellikle, XVI. Yüzyıldan itibaren göreve gelen güçlü şeyhülislamlar, siyasi ve idari mekanizmayı önemli ölçüde etkilemişlerdir³⁷.

1. Siyasi Meşruluk Bağlamında Şeyhüislamlık ve Fetva Kurumu

Şeyhülislamlar Osmanlı tarihinde hiçbir zaman Dîvan-ı Hümâyûn üyesi olmamışlardır. Ancak zaman zaman vermiş oldukları fetvalar, Osmanlı siyasi iktidarını derinden etkileyecek izler bırakabilmiştir. Bir İslam devleti (ifade, teokratik devlet anlamında kullanılmamıştır) olarak Osmanlı Devleti, esas itibarıyla Şeriât’ın üstünlüğü ilkesini izlemiş, uygulamalarında Şer’î hukukun otoritesi olan

³⁶ MERT Nuray, “Osmanlı Laiktir, Laik Kalacak”, Türkiye Günlüğü, sy. 58, Ankara 1999, s. 40.

³⁷ KARATEPE, s. 59-60. Şeyhülislam ile ilgili olarak bkz. YAKUT Esra, Şeyhülislamlık Yenileşme Döneminde Devlet ve Din, İstanbul 2005; PIXLEY M. Michael, “Erken Osmanlı Tarihinde Şeyhülislamın Gelişimi ve Rolü” (çev. Nuri Çevikel), Türkiye Günlüğü, sy. 60, Ankara 2000, s. 99-106.

şeyhülislamın onayını almayı zorunluluk veya önemli bir teamül olarak görmüştür. Örneğin, bir Hıristiyan devlete kapitülasyon verilirken veya bir madde değiştirilirken mutlaka şeyhülislamın fetvasına ihtiyaç duyulmuştur³⁸.

İslam hukuk tarihinde Hicrî IV. Yüzyılın ortalarında başlayıp, XIII. Yüzyılın sonlarına kadar devam eden dönem “taklit dönemi” olarak adlandırılmıştır. Bu dönemdeki hukukî faaliyetlerin ayırıcı özelliği, hukukî problemlere içtihatlarla yeni çözümler üretmek değil, önceki dönemde (mezheplerin teşekkül dönemi-müçtehid imamlar devri) ortaya çıkmış olan fıkıh mezheplerinin ortaya koyduğu yorumları genişletmek ve daha anlaşılır hale getirmek olmuştur³⁹. Bu çalışmalar, fetva kurumunun işletilmesiyle geliştirilmiştir. Bir fıkıh terimi olarak fetva, “bir fakihin (İslam hukukçusu) sorulan bir fikhî soruya verdiği cevap” anlamına gelmektedir. Osmanlı hukuk sisteminde çok daha gelişmiş bir kuruma dönüşen fetva, şeyhülislam veya müftülerin dînî sorular hakkında verdikleri yazılı cevaplar halini almıştır⁴⁰.

Fetvâ, mahkeme kararının, bir başka deyişle kadı hükmünün aksine, yerine getirilmesi zorunlu bir hüküm değildir. Fetvanın misyonu, uygulamada, soru sahibine her zaman takip etmesi gerekmeyen, sadece yetkili bir hukukî tavsiye sağlamaktadır⁴¹. Ancak Osmanlı uygulamasında padişah ve önemli devlet görevlilerinin şeyhülislama sordukları sorulara yönelik olarak verilen fetvalara “fetavay-ı şerîfe” denmiş ve fetvayı isteyen kişi kendisini bu fetva ile bağlı hissetmiştir⁴². Görülüyor ki söz konusu fetvalara uyulması konusunda fetvanın muhatapları “kendilerini bağlı hissetmek” gibi “manevî bir zorunluluk” ile hareket etmektedirler. Bu bağlamda, fetvaya uymak konusunda İslam hukukunca getirilmiş kesin bir kuralın olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Şeyhülislamın vermiş olduğu fetvaların bir kısmı, Müslüman tebaanın dini, hukukî ve cezâî sorunlarına yönelik “özel fetvalar”dır. Bu fetvaların hukuken bir

³⁸ İNALCIK Halil, “Şerî’ât ve Kanun, Din ve Devlet”, Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet, İstanbul 2000, s. 39 vd. Fetvalara savaş ilanlarında da başvurulmuştur. Örneğin, Osmanlı Devleti 1516 yılında Şeyhülislam Zenbîlî Ali Cemalî Efendi’nin fetvasıyla Mısır’a savaş ilan etmiştir. Bu fetvada, Osmanlılara karşı giriştiği eylemler nedeniyle, kendisine “mülhid” (dinden çıkan) sıfatı verilen Şah İsmail’in yanında yer alan Memlûklara karşı savaşmanın, “mülhidlere destek olan onlardan sayılır” hükmü gereğince caiz olduğu belirtilmiştir. YAKUT, s. 35.

³⁹ CİN Halil/ AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003, s. 79; AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2005, s. 58.

⁴⁰ ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 57.

⁴¹ HEYD Uriel, “Osmanlı’da Fetva Müessesesinin Bazı Tezahürleri” (çev. Fethi Gedikli), Hukuk Araştırmaları Dergisi, c. 9, sy. 1-3, İstanbul 1995, s. 313.

⁴² FEDAYÎ Cemal, “Osmanlı Devleti’nde Şeyhülislamlık Kurumu”, Osmanlı c. 6, Ankara 1999, s. 448; CİN/ AKYILMAZ, s. 152.

bağlayıcılığı söz konusu değildir⁴³. Bir kısmı ise siyasi iktidarın her türlü siyasi, idarî ve hukukî sorularına (kanun koyma⁴⁴, görevden azil, siyaseten katl, mali hukuk ve arazi hukuku⁴⁵ vb.) ilişkin konularla, savaş açma, elçi gönderme ve ittifak yapma⁴⁶ gibi devletlerarası ilişkileri içeren “genel fetvalar”dan oluşmaktadır. Genel fetvalar, şeyhülislamlık makamına siyasi iktidar karşısında güç ve prestij sağlamıştır. Ancak, unutmamak gerekir ki şeyhülislam, siyasi iktidarın iradesi ile işbaşına gelen ve yine onun emrinde çalışan bir memurdur. Siyasi iktidarın tek başına sahibi olan padişahı, şeyhülislamın fetvasına uymaya zorlayacak dünyevî bir üstün otorite veya yaptırım söz konusu değildir. Bu konuda şeyhülislamın tek güvencesi kendi kişiliği ve direnme gücü olmuştur. Müslüman halkın desteğini kazanan şeyhülislamın kişiliği ve direnme gücü çok önemlidir. Örneğin, Ebussuud Efendi ve Zenbilli Ali Cemali Efendi gibi karizmatik şeyhülislamlar, Yavuz Selim ve Kanunî gibi güçlü padişahlara bile direnebilmişlerdir⁴⁷. Bu çerçevede Osmanlı siyasi iktidarının kendisini

⁴³ FEDAYÎ, s. 448; REPP, s. 17 vd; CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, c. 1, Konya 1995, s. 226; KARATEPE, s. 60; AKGÜNDÜZ Murat, Osmanlı Devleti’nde Şeyhülislamlık, İstanbul 2002, s. 226 vd. Konumuzun kapsamı bakımından “özel fetvalar” üzerinde durulmayacaktır.

⁴⁴ Padişahın yasama yetkisine ilişkin olarak Şeyhülislam Pîr Mehmed’in verdiği fetva: “...Gerçi şer’î maslahat değildir... Ancak bu makûlede ulû’l-emr’e müracaat olunur. Nice me’mur ise öyle olur. Nizâm-ı memleket için olan emr-i âlîye itaat vacibdir”, AKGÜNDÜZ Ahmet, “Osmanlı Kanunnamelerinin Şer’î Sınırları”, Osmanlı, c. 6, Ankara 1999, s. 408.

⁴⁵ Ebussuud Efendi’nin arazi hukukuna dair pek çok fetvası bulunmaktadır. Mîrî arazinin tanımına ilişkin şu örnek ilgi çekicidir: “*Arz-ı mîrî, arz-ı öşrî midir, yoksa haracî midir? Ve tasarruf eden re’ayanın bey’ eylemeleri ve rehın komaları ve miras değmesi ve şüif’a câri olması şer’an câiz midir? El-cevâb: Asla câiz olmaz. Ne öşrîdir ve ne haracîdir... Buna mutasarrıf olanlar malik değillerdir. Memlektettir. Alınan eğerçi arzın haracîdir amma arza rakabesi beytî’l mâl için alıkonmuştur, re’ayaya temlik olunmamıştır.*”, DÜZDAĞ M. Ertuğrul, Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında XVI. Asır Türk Hayatı, İstanbul 1972, s. 167.

⁴⁶ Örneğin, Reisülküttâb Raşid Efendi ile Prusya elçisi arasında beş madde halinde hazırlanan ittifak andlaşması, Şeyhülislam Hamidzade Mustafa Efendi ile Anadolu ve Rumeli kazaskerlerinin fetvası ve Padişah III. Selim’in hatt-ı hümayûnundan sonra resmiyet kazanmıştır. Söz konusu andlaşma senedinin üzerine yazdığı hatt-ı hümayûnda padişah, “*Semâhatlû Şeyhülislam ve Kazasker Efendilerin fetavây-ı şerifeleri ile ve sadrazam rey’iyle ve cümle ricâl-i devletin ittifakıyla râbıta ve meşrû olan iş bu sened Prusya Elçisi’ne i’tâ oluna izn-i hümayûnumdur*” diyerek, böyle konularda ilmiyenin görüşüne verilen önemi vurgulamıştır. AKGÜNDÜZ Murat, s. 236. Benzer şekilde, Müslüman olmayan bir ülke ile ittifak yapılırken fetva alınması, 1914’te İngiltere, Fransa ve Rusya karşısında Osmanlı Devleti’nin Almanya ile ittifak yapmasında da söz konusu olmuştur: “...*Bu suretle harb-ı hazırdâ İngiltere ve Fransa ve Rusya ve Sırbıye ve Karadağ hükümetleriyle zâhirlerinin taht-ı idarelerinde olan Müslümanların Hükümet-i Seniyye-yi İslâmîyye’ye mu’în bulunan Almanya ve Avusturya aleyhinde harb itmeleri Hilafet-i İslâmîyye’nin mazarratını mucib olacağından ism-i azim olmağla azâb-ı elime müstehak olurlar mı? Beyân buyrula. El-Cevâb: Allahü a’lem, olurlar.*”, YAKUT, s. 14.

⁴⁷ FEDAYÎ, s. 448; KARATEPE, s. 60. Örneğin, Kanunî’nin şeyhülislamı Ebussuud Efendi, “*Padişahın emri ile nâmeşru olan nesne meşru hale gelmez, haram, emirle helal olmaz*” diyerek padişaha kafa tutabilmiştir. CİN/AKYILMAZ, s. 152, dipnot 259. Ayrıca Zenbilli Ali Cemali Efendi’nin gayrimüslim tebaa ile ilgili olarak Yavuz’a direnmesine ilişkin bir başka örnek için bkz. LYBYER Albert Howe, Kanuni Sultan Süleyman Devrinde Osmanlı İmparatorluğu’nun Yönetimi (çev. Seçkin Cılızoğlu), İstanbul 2000, s. 193-194.

şeyhülislam fetvasıyla “bağlı hissetmesi”, kanaatimizce “bir meşruiyet arayışı” olarak değerlendirilebilir. Nitekim, idarî çalışmaları Kur’an ve hadisler çerçevesinde yeniden tanımlamaya çalışmış olan Ebussuud Efendi’nin, Osmanlı padişahlarının Şeriat hükümlerini tam olarak uygulayan, dine bağlı idareciler oldukları imgesini yaratmayı hedeflediği söylenebilir. Söz konusu şeyhülislam, Kanuni’ye atfettiği “yüce kelamı bildiren kişi” unvanıyla da padişaha itaatsizliğin Allah’a itaatsizlik anlamına geldiğini belirtmek istemiştir⁴⁸.

Şeyhülislamın özellikle siyaseten katl’e ilişkin fetvaları da genel fetvalar kapsamında yer almıştır. Siyaseten katilde, asıl olarak bir yargılama sonucu fetva alınması ve fermanın bu fetvaya dayandırılması kabul edilmiştir. Bununla birlikte hükümdar veya vekili, kendi anlayışına göre yaptırdığı soruşturma sonucunda siyaseten katl hükmüne varırsa, vereceği fermanı fetvaya dayandırıp dayandırmama konusunda kendisini daha serbest görmektedir⁴⁹. Örneğin, Sultan İbrahim dönemi sadrazamlarından Hezârpâre Ahmed Paşa, kendisinin padişahı fesada sevkettiğini ileri süren ocak ağalarının gayreti ile Şeyhülislam Abdürrahim Efendi’den alınan fetva ile katledilmiştir⁵⁰.

Kimi zaman şeyhülislam, padişahların istekleri üzerine en sadık arkadaşlarının katli için bile fetva verebilmişlerdir. Buna en iyi örnek, Şeyhülislam İsmail Asım Efendi’nin III. Mustafa’nın emri üzerine çok güvendiği kendi arkadaşı Hâlimi Paşa için fetva vermesidir⁵¹. Kimi zaman da şeyhülislam fetvalarıyla padişahın hal’ ve katli edilmesine cevaz verilmiştir. Şeyhülislam Hacı Abdürrahim Efendi’nin ocak ağalarıyla işbirliği yaparak Sultan İbrahim’in önce hal’ine, sonra katline fetva vermesi bu grup fetvalar arasındadır⁵².

Sonuçta şeyhülislam, fetvalarını İslam hukuku ilkeleri çerçevesinde, onun nasslarından ve bu nasslara dayanılarak ortaya konulan icmâ faaliyetlerinden yola çıkarak vermiştir. Osmanlı siyasi iktidarının belki de en önemli meşruiyet dayanağı

⁴⁸ IMBER Colin, “Erken Osmanlı Tarihinde İdealler ve Meşruiyet” (çev. Sermet Yalçın), Kanuni ve Çağ İ Yeniçağda Osmanlı Dünyası (editörler: Metin Kunt-Christine Woodhead), İstanbul 2002, s. 152.

⁴⁹ MUMCU Ahmet, Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl, Ankara 1985, s. 111-112.

⁵⁰ AKGÜNDÜZ Murat, s. 240. 1224/1808 tarihli bir telhiste, siyaseten idamları söz konusu olan ve buna ilişkin padişahın onayı istenen firarîler için, padişah hatt-ı hümayûnuyla fermandan önce fetva alınmak gerektiğine işaret edilmektedir: “...ferman fetvâya mutabık olmak münasibdir, mugayeret olmasın. Reis Efendi gidip isti’lâm eylesin” denmektedir. AYDIN Mehmet Akif, “Osmanlı’da Hukuk”, Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi (ed. Ekmeleddin İhsanoğlu), c. 1, İstanbul 1999, s. 386, dipnot 39.

⁵¹ UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Tarihi, c. IV/2, Ankara 1994, s. 486, dipnot I; YAKUT, s. 35.

⁵² UZUNÇARŞILI, c. III/I, s. 238-239; YAKUT, s. 35.

⁵³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti’nin İlmiye

olan İslam'a ve temelini bu dinden almakta olan Osmanlı hukuk sistemine gösterdiği hassasiyetin fetvaların bağlayıcılığında etkili olabileceğini vurgulamak gerekir.

Klasik Osmanlı bürokratik yapısı içerisinde şeyhülislam, devletin dînî kanadını temsil etmekle birlikte, veziriazam gibi padişahın yardımcı elemanlarından biridir. Bilindiği gibi, Osmanlı'da şeyhülislam dini, veziriazam ise devleti, bir başka deyişle "ehl-i örf"ü temsil etmektedir. Devlet protokolü içerisinde, örneğin bayramlarda, padişahın ayakta bayramlaştığı iki makam sahibi vardır ki bunlar veziriazam ve şeyhülislamdır. Devlet yönetiminde doğrudan icrâî bir yetkiyi haiz olmamakla birlikte, şeyhülislamın padişah huzurunda böyle bir muamele ile karşılanması, kanaatimizce yine Osmanlı Devleti'nin Şer'î nitelikli özelliğiyle açıklanabilir. Bununla birlikte, protokol sıralamasında şeyhülislamın yeri veziriazamdan sonra gelmektedir.

Padişahın "vekil-i mutlak"ı olan veziriazamın protokol olarak şeyhülislamdan üstün olması, Osmanlı Devleti gibi dini motiflerin ağır bastığı bir devlet için dikkat çekicidir. Ayrıca, şeyhülislam atanması konusunda padişaha teklifte bulunma yetkisinin veziriazamda olması ve Osmanlı bürokrasisi içerisinde şeyhülislamın sadece veziriazamı ziyaret etmekle yükümlü bulunması konunun bir başka ilginç yönüdür. Uygulamada zaman zaman padişahların şeyhülislamı doğrudan atadıkları da görülmekle birlikte bu, istisnâî bir durumdur. Bu bakımdan dünyevî siyasi iktidarın dini otoritenin üzerinde olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır⁵³. Buna karşılık, veziriazamın görevden alınmasında veya siyaseten katli ile cezalandırılmasında şeyhülislamın fetvası önemli rol oynamıştır⁵⁴. Bu konuda dünyevî otorite ile dini otorite arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı görülmektedir.

Şeyhülislamı ve şeyhülislamlık kurumunu Osmanlı bürokrasisi içerisinde güçlü konuma getiren fetva kurumu, kardeş katli meselesinden, padişahların hal' edilmesine (tahttan indirilme) kadar pek çok siyasi kararda etkili bir rol oynamıştır. Nitekim, kardeş katli ile ilgili olarak Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi'ne koyduğu hükümden yer alan "ekser ulemanın tecviz ettiği"ne (âlimlerin çoğunluğunun onayladığı) ilişkin ifade, -"ekser ulema"nın kimlerden oluştuğu açık olmasa da- fetva kurumunun ne kadar önemli ve etkili olduğunun⁵⁵ bir göstergesidir. Uygulamada

Teşkilatı, Ankara 1984, s. 189 vd; DURSUN Davut, Yönetim-Din İlişkileri Açısından Osmanlı Devletinde Siyaset ve Din, İstanbul 1989, s. 323; LYBYER, s. 192.

⁵⁴ UZUNÇARŞILI, İlmiye, s. 189-191.

⁵⁵ Konu ile ilgili olarak Ricaut, şeyhülislamın fetva verdiği bir meseleye padişahın bile karşı koyamayacağını ileri sürmektedir. Yazara göre şeyhülislam, fetva verdiği konuda padişahın iradesini aşan, üstün bir konuma ulaşmaktadır. Padişahın, devlet meseleleriyle ilgili bir konuda şeyhülislamdan fetva istemesi, vereceği kararın Şer'î'at'a uygun olduğunu göstermek suretiyle, halkın kendisine itaatini ve bağlılığını artırma amacını da kapsıyordu. Çünkü, insanlar dini hassasiyetleriyle bağlantılı olarak bir din adamının görüşlerine saygı gösteriyorlardı. RICAUT Paul, The Present State in the Ottoman Empire, London 1972, s. 105.

kardeş katline onay veren ulema, konuyu İslam ceza hukukunun hadd suçları arasında yer alan “bağy” (devlete isyan) suçu kapsamında değerlendirmişlerdir. Bu bağlamda, siyasi iktidarın emirlerine karşı çıkarak isyan eden bir kişinin, padişahın kardeşi bile olsa katledileceğine ilişkin fetvalar verilmiştir. Ancak bazı durumlarda söz konusu suçun işlendiği hakkında kesin deliller elde edilmeden, yapılan yanlış veya kasıtlı telkinler sonucunda, şeyhülislamdan katl fetvası alındığı da olmuştur. Örneğin, Kanunî döneminde şehzade Mustafa ve Bayezid, bu şekilde katledilmiştir. Devrin şeyhülislamı Ebussuud Efendi’nin söz konusu katl hakkında verdiği fetva şöyledir: “*Tahakküm ‘ale’s-sultân edüp nizâm-ı musâlaha-i umur-ı ibâdın ifsâdına sebep olanlara ne lâzım gelür? El-Cevab: Seyf-i siyâsetle izalesi lâzım olur. Ketebe el-fakîr Ebussu’ud*”⁵⁶.

Fatih’in Teşkilat Kanunnamesi’ne koyduğu hükme rağmen, şeyhülislamların kardeş katli meselesine pek sıcak bakmadıkları görülmektedir. Örneğin, II. Osman tahta oturduğunda (1618), kardeşlerini ortadan kaldırmak için şeyhülislamı Esad Efendi’den fetva istemiş, ancak Esad Efendi bu isteğe olumsuz cevap vermiştir. Buna karşılık, Rumeli Kazaskeri Taşköprülüzade’den alınan fetva ile şehzade Mehmed katledilmiştir⁵⁷.

Yukarıdaki olay, siyasi iktidar ve dini otorite (şeyhülislam) ilişkileri çerçevesinde çelişkili bir durum ortaya koymaktadır. Osmanlı Devleti’nde dinin siyasi iktidar için önemi göz önüne alındığında bu çelişki daha belirgin hale gelmektedir. Çünkü siyasi iktidarın eylem ve uygulamaları için fetva talebinde bulunması, bir bakıma söz konusu eylem ve uygulamalara hukukî bakımdan meşruiyet kazandırma amacı taşımaktadır. Bu bağlamda, yukarıdaki gibi bir uygulama meşruiyet tartışmasına yol açabileceği gibi, siyasi iktidar ile dini otorite ilişkilerini şahsî karaktere indirgeyen bir rol oynayabilir. Dolayısıyla, şeyhülislam veya padişahın kişilik yapısı bu ilişkilerin şeklini belirleyen önemli öğelerden biri haline dönüşmektedir. Böyle bir görüntü, güçlü padişahların fetva almak konusunda zorluk çekmeyecekleri anlamına gelirken, görece zayıf padişahların fetva konusunda sıkıntılar yaşayabileceği sonucuna götürebilir.

2. Padişahın Denetlenmesi ve Tahttan İndirilmesinde Şeyhülislamın Rolü

Osmanlı padişahı, eski Türk egemenlik geleneği ve İslam egemenlik anlayışının biçimlendirdiği bir siyasi iktidarı temsil etmektedir. Daha önce de vurgulandığı gibi, “Allah’ın yeryüzündeki gölgesi” olan Osmanlı Sultanı’nı denetleyebilecek

⁵⁶ DÜZDAĞ, s. 191.

⁵⁷ MUMCU, s. 198-199.

bir dünyevî otorite ya da olgu söz konusu olabilir mi? Başka bir deyişle, Osmanlı Devleti'nde ulemanın başı olarak kabul edilen şeyhülislamın, Osmanlı siyasi iktidarının denetlenmesinde nasıl bir rolü olabilir? Burada bu sorulara cevap verilmeye çalışılarak, iktidar karşısında dini otoriteyi temsil eden şeyhülislamın gücü hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.

Din, Osmanlı devlet yönetiminde meşrulaştırıcı bir norm sistemi sunan bir yapı olarak işlev gördüğü gibi, etkin bir kontrol mekanizması olarak da rol oynamıştır. Bu nedenle, gerek devlet yönetiminde, gerek toplumsal yapıda dini yorumlar önemli olmuştur. Osmanlı uygulamasında hangi davranış ve kurumların dini olacağına karar veren mercii şeyhülislamlık olduğundan, hem siyasi iktidar hem de toplum açısından bu kurumun maddî ve manevî gücü büyük olmuştur. Bu bakımdan, siyasi alanda verilen şeyhülislam fetvalarından özellikle padişahların tahttan indirilmesine ilişkin olanlar, şeyhülislamın gücü hakkında önemli fikirler vermektedir.

Egemenliği ve siyasi gücü mutlak olan Osmanlı padişahının hukuki ve fiili olmak üzere iki şekilde denetiminden söz edebilmek mümkündür. Hukuki denetim, teorik olarak siyasi iktidarın, Şer'î hukuk temelini esas alan Osmanlı hukuk sistemine uygun hareket etmesidir. Bu bağlamda, Şer'î hukukun en üst yorumcusu ve ulemanın başı olarak şeyhülislamın, Şer'î hukuka aykırı bulduğu bir konuda siyasi iktidara fetva vermemesi, bir çeşit hukuki denetim mekanizması olarak düşünülebilir. Ancak bu mekanizmanın uygulamada yoğun olarak kullanıldığını söyleyebilmek mümkün görünmemektedir. Çünkü böyle bir durumda çoğu zaman şeyhülislamın görevden alınması ihtimali söz konusu olabilmıştır⁵⁸. Fakat Yavuz Selim ile şeyhülislamı Zenbilli Ali Cemalî Efendi arasında yaşanan bir olay, denetim konusunda şeyhülislamın rolü hakkında dikkat çekicidir:

“Sultan Selim Han, Edirne 'ye gittiğinde kendisini Zenbilli Ali Efendi uğurladı. (Ali Efendi) Yolda iplerle bağlı dört yüz kişiyle karşılaşınca, durumlarını sordu; “Bunlar, Sultan'ın emrine karşı gelip ipek satın almışlardı. Oysa Sultan bu işi yasaklamıştı” dediler. Zenbilli Ali Efendi at üzerinde Sultan'a gitti ve onlar hakkında Sultan'a; “bunların öldürülmesi helal değildir” dedi. Bunun üzerine öfkelenen Sultan; “Ey Efendi, nizâm-ı âlem için dünyanın üçte ikisini öldürmek helal değil midir?” diye sordu. Şeyhü'l-islam, “Evet, ancak büyük bir suç işlendiğinde helaldir” dedi. Sultan, “Emre karşı gelmekten daha büyük hangi suç vardır?” deyince, şeyhü'l-islam, “Bunlar senin emrine karşı gelmemişlerdir, Çünkü sen ipek hususunda emirler ta'yin etmiş bulunmaktasın. Bu ise delalet yoluyla onlara izindir” şeklinde

⁵⁸ ÜÇOK-MUMCU-BOZKURT, s. 189; ÖRSTEN Seda, Osmanlı Hukukunda Fetva (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara 2005, s. 37.

cevab verdi. Sultan, “Saltanat işleri senin vazifen değildir” deyince, şeyhü’l-islam şu karşılığı verdi: “Bu ahirete yönelik işlerdendir. Buna müdahalede bulunmak ise benim vazifemdir”⁵⁹.

Yukarıdaki diyalogdan anlaşılmaktadır ki padişah, şeyhülislamın devlet işlerine müdahalesini istememiştir. Buna karşılık şeyhülislam da müdahalesinin devlet işlerine ilişkin olmadığını, ancak padişahın ahiretini temine yönelik bir uyarı niteliğinde olduğunu belirtmiştir⁶⁰. Dolayısıyla hukuki denetim sisteminin sağlam bir şekilde kurulduğundan ve etkin olarak işlediğinden söz edebilmek güç olsa da şeyhülislamın denetim konusundaki konumu dikkate değer bir durumdur⁶¹. Ayrıca toplum tarafından benimsenmiş inanç ve gelenekler ile İslam dininin Osmanlı toplumu üzerindeki etkisi göz önünde bulundurulduğunda, konunun bir meşruluk tartışmasına dönüşebilmesi imkan dahilindedir. Çünkü Osmanlı siyasi iktidarı için dini kurallar, önemli bir meşruluk ölçütü olmasının yanında toplumun birincil nitelikte saygı duyduğu normlardır. Bu bakımdan, dini bürokrasinin en üst otoritesi olan şeyhülislamın fetvalarını dikkate almak, tebaanın gözünde padişahın “yönetimdeki haklılığı”nı kuvvetlendirecek bir yaklaşımdır.

Bunun dışında şeyhülislam, gerek devlet teşkilatındaki konumları, gerek devlet işlerinin yürütülmesinde oynadıkları rol nedeniyle gerektiğinde otoritelerini hükümdara bile hissettirecek kadar önemli açılımlar sergileyebilmişlerdir. Hükümdarın uygulamalarını Şer’î hukuk çerçevesinde değerlendirerek, iktidarın aşırı ve keyfi faaliyetlerine, hak ve adalete sığmayan işlerine karşı koymak cesaretini gösterebilmişlerdir. Temel olarak dini bir hüviyete sahip olmalarına karşılık, en üstün dünyevi iktidar olan Osmanlı sultanının haksız hareketlerine karşı adeta hukuki bir fren mekanizması görevini yerine getirmişlerdir. Bu karşı çıkışların hemen olmasa bile belli bir süre içinde etkili olduğu, şer’î hukuka aykırı düzenlemelerden dönüldüğü bilinmektedir⁶².

Kimi zaman siyasi iktidarın istediği doğrultuda fetva vermeyen şeyhülislamın görevlerinden azledildikleri görülmüştür. Bu gibi durumlarda yeni atanan şeyhülislamın ilgili konu hakkında fetva vermesini, sadece hukukî bir yorum farkı olarak değerlendirebilmek güçtür. Böyle bir fetvanın, baskı altında ya da görevde

⁵⁹ ALİ EMİRİ, “Meşihat-ı İslamiye Tarihçesi”, İlimiye Salnamesi (yayına hazırlayanlar: Seyit Ali Kahraman, Ahmet Nezih Gültekin, Cevdet Dadaş), İstanbul 1998, s. 267-279.

⁶⁰ KARAL Enver Ziya, Osmanlı Tarihi Islahat Fermanı Devri 1856-1861, c. VI, Ankara 1954, s. 137; REPP, s. 211.

⁶¹ ÖRSTEN, s. 38.

⁶² OKANDAN Recai Galip, Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1976, s. 36; AYDIN, “Osmanlı’da Hukuk”, s. 386; ÖRSTEN, s. 38.

kalabilme endişesiyle verildiği kuşkusuna ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla böyle bir fetvayı, olması gereken açısından, fonksiyonunu yerine getirebilmiş bir fetva olarak kabul etmeyi mantıklı bir yaklaşım olarak görebilmek zor görünmektedir. Bu şartlar altında verilmiş bir fetva, siyasi iktidarın uygulamalarına görünürde meşruluk sağlamaktan öte bir sonuç doğurmayacaktır.

Hukuki denetimin sağlıklı işleyen bir mekanizma olamaması nedeniyle, özellikle büyük bunalım dönemlerinde sık başvurulan denetim yolu fiili denetimdir. Zaman zaman yaşanan siyasi ve ekonomik buhranlarda, padişahın gücü zayıflamış ve çevresindeki kadrosu yetersiz kalıp yozlaşmıştır. Böyle durumlarda genellikle merkezdeki askeri ve sivil bürokrasi ile ulemanın gruplaşması dikkat çekicidir. Özellikle kapı kulu askerlerinin (yeniçerilerin) desteğini alan grup, padişahı tahtından indirebilmiş, hatta hayatına son verebilmiştir. Padişahın hal' ve katledilmesinde kimi şeyhülislamın verdikleri fetvalar, bu olayları "hukuken meşru" hale getirmeye yönelik davranışlar olarak değerlendirilebilir⁶³. Osmanlı tarihinde meydana gelmiş böyle olaylar, asker ve sivil bürokrasinin devletin siyasi yapısında kimi zaman padişahı daha etkili bir konuma gelebildiğinin önemli göstergeleridir.

Osmanlı Devleti'nde şeyhülislamlık makamının gücünü artıran kuşkusuz, fetva kurumudur. Özellikle siyasi buhran dönemlerinde zaman zaman şeyhülislamın isyancıların yanında yer almaları ve padişahın halline fetva vermeleri, söz konusu gücü ortaya koyan somut gelişmelerdir. 1648 yılında Sultan İbrahim'in tahttan indirilmesi ve 20 gün sonra da öldürülmesinde Şeyhülislam Abdürrahim Efendi önemli rol oynamış, sultanın katli bizzat şeyhülislamın fetvasıyla gerçekleşmiştir⁶⁴. Şeyhülislam Abdürrahim Efendi bu fetvada, Sultan'ın tahttan indirilmesine gerekçe olarak, devlet memuriyetlerini rüşvet alarak uygun olmayan kimselere dağıtması ve ülkede karışıklığa neden olmasını göstermiştir.

Nizâm-ı Cedîd ıslahatlarını başlatan III.Selim'in tahttan indirilmesi için fetva veren Şerif Zâde Mehmed Ataullah Efendi ise emir ve fermanları ile halkını Avrupa düzenine uymaya zorlayarak Şerîât'a aykırı hareket eden bir padişahın saltanat makamına layık olamayacağını söylemiştir⁶⁵.

Padişahların halinde Şeyhülislam fetvalarına başvurma geleneği, Tanzimat

⁶³ ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s. 189; ÖRSTEN, s. 39.

⁶⁴ DURSUN, s. 332. Bu olayla ilgili olarak Abdürrahim Efendi'nin verdiği fetva şöyledir: "Menâsıb-ı ilmiye ve seyfiyyeyi ehline vermeyip, rüşvet ile tevcihin edüp nizâm-ı âleme hâlel veren pâdişahın hal ve izâlesi (öldürülmesi) câiz olur mu? El-cevâb: Olur, el-Fakîr Abdürrahim, sene 1057" (1647). AKGÜNDÜZ Murat, s. 237.

⁶⁵ AKGÜNDÜZ Murat, s. 237.

sonrasında da devam etmiştir. Sultan Abdülaziz, 1876 Mayısında patlak veren “Softalar Kıyımı” sonunda gerçekleşen hükümet değişikliğiyle tahtından indirilmiştir. Mehmet Rüştü Paşa başkanlığında kurulan yeni hükümette bulunan Şeyhülislam Hayrullah Efendi’nin verdiği fetva ile Abdülaziz’in saltanatına son verilmiştir⁶⁶. Benzer şekillerde I. Abdülhamid, V. Murad⁶⁷ ve II. Abdülhamid⁶⁸ de şeyhülislam fetvalarıyla tahtlarından indirilen padişahlardır.

Görülüyor ki, padişahların tahtlarından indirilmesinde şeyhülislamların fetvaları yapılan eylemi meşrulaştırma çabalarıdır. Genellikle asker-sivil bürokratların ortak kararları veya çeşitli isyanların sonucunda gerçekleşen tahttan indirme olaylarında, bir meşruiyet söylemi ile bezenerek olayın haklılığı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu meşruiyeti sağlayacak olan dayanak ise en yüksek dini otoritenin vereceği “olur”dan ibarettir.

Osmanlı siyasi iktidarının şeyhülisamlık makamına gösterdiği saygı ve hassasiyet, kanaatimizce söz konusu makamın kamu vicdanının dîni yönüne atfı yapan bir makam olmasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar padişah, sayısız şeyhülislamı görevden almış olsa da Osmanlı tarihinde idam edilen şeyhülislam sayısı üçü geçmemiştir⁶⁹. Bu şeyhülislamlardan birincisi, Ahîzade Hüseyin Efendi’dir. Hüseyin Efendi, IV. Murad döneminde Valide Sultan’a gönderdiği bir mektupta, padişahın İznik kadısını idam ettirmesini protesto eder mahiyette sözler sarf etmiş, bu sözler kendisinin aleyhtarları tarafından şeyhülislamın padişahı hal’ düşüncesinde olduğu şeklinde yorumlanınca idam edilmiştir⁷⁰.

İkincisi ise Hocazade Mes’ud Efendi’dir. Mes’ud Efendi, padişah IV. Mehmed’in

⁶⁶ AKÇURA Yusuf, Zamanımızın Avrupa Siyasi Tarihi, Ankara 1930, s. 228-229; OKANDAN, s. 80-84. Şeyhülislam Hasan Hayrullah Efendi’nin Abdülaziz’in halli için verdiği fetva şöyledir: “Emirü’l-mü’minin olan Zeyd, mehtelişşüür ve umûru siyâsiden bîbeheze olub, emval-i müriyeyi mülk ve milletin takat ve tahammül edemeyeceği mertebe mesarîfi nefsanîyesine sarf ve umûru dîniye ve dünyevîyeyi ihlat ve teşviş ve mülkü milleti tahrib edip bakası mülk ve millet hakkında mâzur olsa hâl’i lâzım olur mu? El-Cevâb: Olur. Ketebehû el-fakîr Hasan Hayrullah”, M. CELALEDDİN PAŞA, “Mir’at-ı Hakikat (haz. İsmet Miroğlu), İstanbul 1983; AKÇURA, s. 230.

⁶⁷ V. Murad’ın hal’ fetvası ise şöyledir: “Müslümanların imamı daimi cinnette mecnun olup imametten beklenen şey yok olsa, üzerinden imamet kalkar mı? El-Cevab: Allahü Â’lem Olur. Ketebehû (yazan) El-Fakîr Hasan”, CELALEDDİN PAŞA, s. 162-163.

⁶⁸ İhsan Süreyya Sırma, II. Abdülhamid’in hal’ fetvasının silah zoruyla yazıldığı ileri sürmektedir. Yazara göre söz konusu fetvayı fetva emîni (fetvaların hazırlanması ile görevli kişi) Nuri Efendi yazmayı reddedince, Meclisi Mebusan üyesi, ulema mensubu Elmalılı Hamdi Efendi (Yazır) yazmış ve fetva şeyhülislam’a baskı altında imzalatırılmıştır. SİRMA İhsan Süreyya, “Abdülhamid Hân’ın Hal’ Edilmesi”, İslam, sy. 21, İstanbul 1985, s. 51.

⁶⁹ DÜZDAĞ, s. 18; YAKUT, s. 30; ÖRSTEN, s. 32.

⁷⁰ YAKUT, s. 39.

güvenini kazanarak 1656 yılında Anadolu kazaskerliğinden şeyhülislamlık makamına getirilmiştir. Fakat aynı yıl padişahı hal' edip Şehzade Süleyman'ı tahta çıkarmak için yeniçerilerle anlaştığı yönünde söylentilerin yayılması üzerine görevinden azledilmiş ve Diyarbakır kadılığına atanmıştır. Diyarbakır'a giderken yollardaki eşkıyadan korunmak için kendisine muhafız toplaması, padişaha karşı isyan çıkaracağı şeklinde yorumlanmış ve bunun sonucunda katli için ferman verilmiştir⁷¹.

Katledilen şeyhülislamın üçüncüsü olan Feyzullah Efendi'nin azil ve katli nedeni diğerlerinden farklıdır. II. Mustafa döneminde şeyhülislam olan Feyzullah Efendi, makama geldikten sonra ailesini ve yakınlarını önemli mevkilere getirmeye başlamıştır. Hatta şeyhülislamlık makamını verasetle intikal ettirmeye kadar vardırırmış, oğlu Fethullah Efendi'yi kendisine halef atamıştır. Ancak bu durum, gerek İlmîye gerekse Yeniçeri Ocağı tarafından hoş karşılanmamış, padişah ve Feyzullah Efendi'nin Edirne'de bulunduğu bir sırada ayaklanmışlardır. Asiler Feyzullah Efendi ve arkadaşlarını cezalandırmak için Edirne'ye hareket etmişler ve Edirne'de Feyzullah Efendi ve oğullarını tutuklamışlardır. Bununla yetinmeyen Yeniçeriler, yeni şeyhülislam İmam-ı Sultânî Mehmed Efendi'den fetva isteyerek Feyzullah Efendi'yi katletmişlerdir⁷².

Osmanlı Devleti'nde katledilen –ki pek çoğunda şeyhülislam fetvası mevcuttur– padişah, şehzade, veziriazam ve diğer ehl-i örften kimselerin sayısı oldukça fazla iken, katledilen şeyhülislam sayısının bu kadar az olması dikkat çekicidir. Şeyhülislamın azil ve katli nedenleri dikkate alındığında, Osmanlı siyasi iktidarının egemenliğine yönelik davranışlar ile devlet imkânlarını şahsî çıkarılara dönüştürme çabaları ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda, siyasi iktidarın egemenlik ve otoritesine, bir başka deyişle, “nizâm-ı âlem” ya da resmî devlet söylemine tehdit oluşturdukları düşüncesi belirlediği anda “en yüksek dînî otorite” sıfatını haiz olmaları bile katledilmelerini engelleyememiştir. Siyasi iktidarın egemenlik ve icraatlarını mevcut hukuk sistemi ve kamu vicdanında meşrulaştırmak için, hemen her konuda görüşünü almakla kendini bağlı hissettiği bu makam, bir tehdit unsuru haline dönüştüğü anda “otoritenin tartışılmaz gücü” ile karşı karşıya kalmıştır.

IV. SONUÇ

Osmanlı Devleti gibi geleneksel dinamiklerin ağır bastığı, modern öncesi sayılabilecek bir rejim sistemi için din, ideoloji ve meşruiyet çözümlemeleri yapabilmek, kuşkusuz böyle kısa bir çalışmanın kapsamını aşacak niteliktedir. Ancak genel hatlarıyla konuya eğilmeye çalıştığımız bu makalede, devletin ve dolayısıyla

⁷¹ YAKUT, s. 39-40.

⁷² YAKUT, s. 40.

Klasik Osmanlı siyasi iktidarının kimi kurum ve uygulamaları, rejimin din, ideoloji ve meşruiyet ilişkisindeki konumu hakkında bir takım ipuçlarını göz önüne sermiştir. Osmanlı beyliğinin kuruluş yıllarından kurumsallaşma sürecine girdiği dönemlere kadar, dini hassasiyetlerin yönetimde yine etkili olduğu, ancak ideolojik söylem ve meşruiyet arayışında daha çok etnik kimliğin vurgulandığı görülmektedir. Göçebe hayat tarzından henüz kurtulmaya başlamış Türkmen aşiretlerinin kurduğu bu beylikte, “Kayı Boyu”ndan gelmek önemli bir ideolojik söylem ve meşruiyet zemini olarak düşünülebilir. Bunun yanı sıra İslam dininin “gaza ve cihad” anlayışı söz konusu siyasi organizasyonun sığındığı önemli bir kriter olmuştur. Din, toplumsal yaşam içerisinde giderek önemini artıran bir olgu olarak göze çarpmaktadır. Erken dönemde Osmanlı Beyliği'nin genişleme eğiliminin daha çok Bizans aleyhine olduğu dikkate alınırsa, İslami bir söylem olan “gaza ve cihad” primitif biçimde görülse bile bir ideolojik söylemi yansıtmaktadır. Ayrıca “Kayı Boyu”nun böyle bir misyonu üstlenmiş olması söz konusu ideolojik söylemin meşruiyet zeminini güçlendirmektedir.

Devletin ve dolayısıyla siyasi iktidarın kurumlaşmaya başlaması ile giderek merkezi otoritenin güçlü olduğu bir yapılanma gerçekleşmiştir. Tarihçilerin “klasik dönem” olarak adlandırdıkları bu dönemde devlet çok uluslu, çok dinli ve çok kültürlü bir imparatorluk sürecine girmiştir. Bu süreçte devlete atfedilen kutsiyet güçlendirilmiş “devlet-i ebed müddet” olarak yeni bir söylem yaygınlaşmıştır. Söz konusu söylem, merkezden çevreye yayılmaya çalışılmış ideolojik ve soyut bir meşruiyet arayışı olarak değerlendirilebilir. Klasik dönemde, kurumsallaşma ile birlikte İslam Hukuku temeline oturan Osmanlı hukuk sistemi oldukça gelişmiştir. İslam hukuk tarihi boyunca İslam hukukunun yanında, siyasi iktidarın kendi yarattığı hukuk olan “Örfî Hukuk”u Osmanlılar kadar başarılı bir biçimde geliştirebilmiş ve kullanabilmiş başka bir devlet kanaatimizce görülmemiştir. Din hukukun en önemli kaynağı olmakla birlikte, ilke olarak dini hukukun çizdiği sınırlar içerisinde yaratılan “örfî hukuk” rejimin kurumsallığına ve işlerliğine pratik katkılar sağlamıştır, denilebilir.

Klasik dönemde ideolojik söylem artık “devlet-i ebed müddet” fikri ve İslam'dan beslenen “nizam-ı alem ve îlâ-yı kelimetullah” şeklinde dile getirilmeye başlanmıştır. Bu söylem, gerek tebaaya yönelik gerekse “Darü'l Harb”e karşı bir dünya görüşü olarak sunulduğu gibi, bir meşruiyet söylemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dinin ve dini kurumların yönetim üzerindeki etkisi ya da yönetimin dine ve dini kurumlara karşı tutumu genellikle hassas dengelere oturtulmaya çalışılmıştır. Siyasi iktidar bir yandan dine ve dini kurumlara karşı nazik ve saygılı olmaya çalışırken,

diğer yandan söz konusu olgu ve kurumları kontrolü altında tutmaya özel bir çaba göstermiştir. Buna karşılık şeyhülislamlık makamı gibi rejim içerisinde yerleşik en yüksek dini kurumun zaman zaman siyasi iktidarı sarstığı da ortadadır. Kurulu düzen içerisinde söz konusu makamın klasik dönemde hiçbir icrai yetkiyi haiz olmayışı yukarıdaki değerlendirme ile çelişen bir durum olarak görülebilir. Ancak özellikle devletin her bakımdan gerilemeye başladığı dönemlerde dini söylemin ve dini kurumların bürokrasiden yönetime yönelik bir baskı unsuruna dönüştüğü görülmektedir.

Sonuç olarak klasik dönem Osmanlı devletinde ideolojik söylemin içini dolduran oldular kısmen etnik kimlik, geleneksel motifler ve özellikle din olmuştur. Söz konusu kavramlar sadece ideolojik söylemi oluşturan olgular olarak kalmamış, klasik Osmanlı siyasi iktidarına meşruiyet zemini de oluşturmuşlardır.

KAYNAKÇA

AKÇURA Yusuf, Zamanımızın Avrupa Siyasi Tarihi, Ankara 1930.

AKGÜNDÜZ Ahmet, “Osmanlı Kanunnamelerinin Şer’î Sınırları”, Osmanlı, c. 6, Ankara, 1999,

AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri c. 1, İstanbul 1990.

AKGÜNDÜZ Murat, Osmanlı Devleti’nde Şeyhülislamlık, İstanbul 2002.

AKYILMAZ Gül, Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya 2000.

ALİEMİRÎ, “Meşihat-ı İslamiyye Tarihçesi”, İlmiye Salnamesi (yayına hazırlayanlar: Seyit Ali Kahraman, Ahmet Nezihi Gültekin, Cevdet Dadaş), İstanbul 1998.

ALKAN Ahmet Turan, “Osmanlı’dan Cumhuriyete Müdevver Resmi İdeoloji Unsurları Hakkında”, Düşünen Siyaset, Ağustos-Eylül 1999 sy. 7-8, İstanbul 1999.

AYDIN Mehmet Akif, “Osmanlı’da Hukuk”, Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi (ed. Ekmeleddin İhsanoğlu), c. 1, İstanbul 1999.

AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2005.

BERKES Niyazi, Türkiye’de Çağdaşlaşma, İstanbul 1978.

BOZKURT Gülnihal, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), Ankara 1996.

CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, c. 1, Konya 1995.

CİN Halil/AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003.

DURDUN Davut, Yönetim-Din İlişkileri Açısından Osmanlı Devletinde Siyaset ve Din, İstanbul 1989.

DÜZDAĞ M. Ertuğrul, Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında XVI. Asır Türk Hayatı, İstanbul 1972.

ERCAN Yavuz, Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler, Ankara 2001.

FEDAYİ Cemal, “Osmanlı Devleti’nde Şeyhülislamlık Kurumu”, Osmanlı c. 6, Ankara 1999.

GENCER Bedri, “Osmanlı Siyasi Felsefe ve Rejimi-Kuruluşunun 700. Yıldönümü Münasebetiyle Bir İcmal”, Akademik Araştırmalar, sy. 4-5, İstanbul 2000.

GÖRGÜN Tahsin, “Osmanlı’da Nizâm-ı Âlem Fikri ve Kaynakları Üzerine Bazı Gözlemler”, İslamî Araştırmalar, c. XIII, sy. 2, Ankara 2000.

GRENARD Fernand, Asya’nın Yükselişi ve Düşüşü, Ankara 1992.

HADJ Rıfa’at Abou el-, Modern Devletin Doğası, 16. Yüzyıldan 18. Yüzyıla Osmanlı İmparatorluğu (çev. Oktay Özel-Canay Şahin), Ankara 2000.

HASSAN Ümit, Osmanlı Örgüt-İnanç-Davranış’tan Hukuk-İdeoloji’ye, İstanbul 2005.

HEYD Uriel, “Osmanlı’da Fetva Müessesesinin Bazı Tezahürleri” (çev. Fethi Gedikli), Hukuk Araştırmaları Dergisi, c. 9, sy. 1-3, İstanbul 1995.

IMBER Colin, “Erken Osmanlı Tarihinde İdealler ve Meşruiyet” (çev. Sermet Yalçın), Kanuni ve Çağı Yeniçağda Osmanlı Dünyası (editörler: Metin Kunt-Christine Woodhead), İstanbul 2002.

İMAM GAZÂLÎ, İhyâü ‘Ulûmi’-d-Dîn (çev. Ahmet Serdaroğlu), c. 1, İstanbul 1974.

İNALCIK Halil, “Şerî’ât ve Kanun, Din ve Devlet”, Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet, İstanbul 2000.

İNALCIK Halil, An Economic and Social History of the Ottoman Empire, Volume One 1300-1600, Cambridge 1994.

KARAL Enver Ziya, Osmanlı Tarihi Islahat Fermanı Devri 1856-1861, c. VI, Ankara 1954.

KARAL Enver Ziya, Osmanlı Tarihi Islahat Fermanı Devri 1856-1861, c. VI, Ankara 1954.

KARAMAN Hayrettin, “Osmanlı Hukukunda Mezhep Tercihi”, Osmanlı, c. 6, Ankara 1999.

KARATEPE Şükrü, “Osmanlı’da Din-Devlet İlişkisi”, Osmanlı, c. 6, Ankara 1999.

LYBYER Albert Howe, Kanuni Sultan Süleyman Devrinde Osmanlı İmparatorluğu’nun Yönetimi (çev. Seçkin Cılızoğlu), İstanbul 2000.

M. CELALEDDİN PAŞA, “Mir’at-ı Hakîkat (haz. İsmet Miroğlu), İstanbul 1983.

MERT Nuray, “Osmanlı Laiktir, Laik Kalacak”, Türkiye Günlüğü, sy. 58, Ankara 1999.

MUMCU Ahmet, Divan-ı Hümayun, Ankara 1986.

Osmanlı Klasik Döneminde İdeoloji, Din Ve Siyasi Meşruiyet

- MUMCU Ahmet, Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, Ankara 1985.
- NİZAMÜ'L-MÜLK, Siyasetname (çev. M. Atlan Köymen), Ankara 1982.
- OCAK Ahmet Yaşar, Osmanlı Toplumunda Zındıklar ve Mülhidler, İstanbul 1998.
- OKANDAN Recai Galip, Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1976.
- ÖRSTEN Seda, Osmanlı Hukukunda Fetva (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara 2005.
- ÖZ Mehmet, "Klasik Dönem Osmanlı Siyasi Düşüncesi", İslamî Araştırmalar, c. XII, sy. 1, Ankara 1999.
- ÖZEL Ahmet, İslam Hukukunda Ülke Kavramı Darü'l İslam-Darü'l Harb, İstanbul 1984.
- PIXLEY M. Michael, "Erken Osmanlı Tarihinde Şeyhülislamın Gelişimi ve Rolü" (çev. Nuri Çevikel), Türkiye Günlüğü, sy. 60, Ankara 2000.
- RICAUT Paul, The Present State in the Ottoman Empire, London 1972.
- SEZEN Yümnü, "Osmanlı'da Din-Devlet İlişkilerinin Teorik ve Teolojik Bağlarıyla Uyumu", Osmanlı, c. 6, Ankara 1999.
- SIRMA İhsan Süreyya, "Abdülhamid Hân'ın Hal' Edilmesi", İslam, sy. 21, İstanbul 1985.
- TURAN Osman, Türk Cihan Hakimiyeti Mefkûresi Tarihi, c. 1-2, İstanbul 1998.
- UNAN Fahri, İdeal Cemiyet İdeal Devlet İdeal Hükümdar, Ankara 2004.
- UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı, Ankara 1984.
- UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Tarihi, c. IV/2, Ankara 1994.
- ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996.
- YAKUT Esra, Şeyhülislamlık Yenileşme Döneminde Devlet ve Din, İstanbul 2005.
- YAMAN Ahmet, İslam Hukukunda Uluslar arası İlişkiler, Ankara 1998.
- YILMAZ Coşkun, "Osmanlı Siyaset Düşüncesinde Kavramlar", Türkler, c. 11, Ankara 2002.

BOŞ