

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XVII SAYI: 1 – 2 HAZİRAN 2013

KAMU HUKUKU ♦GÜL, Osmanlı Taşrasında Suç ve Suçlular (1919 Ocak Ayı Erzincan Sancağı Örneği) ♦KILIÇOĞLU, Türkiye’de Yasama Organının Yürütme Organını Siyasi Denetimi ♦NARTER/SARICAOĞLU, Türk Vergi Hukukunda Vergi Kabahatlerinde ve Suçlarında İçtima ♦YILMAZ, Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri ♦CEYLAN, Preferred Protection on Political Speech in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights ♦ÇELİK, İdarenin Takdir Yetkisinin Türk Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi ♦TOKDEMİR, International Criminal Court Within Global Realities, and Desires Beyond The Cuff Mountain “Is the ICC a Proper International Institution?” ♦CAN, Belediye Hizmetlerinin Yerine Getirilmesinde Öncelik Sırası Sorunu ♦KURT, İnanç Özgürlüğü Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımının Mukayeseli Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi.

ÖZEL HUKUK ♦ÇEBİ, Alman ve İsviçre Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek Elden Yönetim Kavramı ♦ÇEBİ, Limited Şirket ve Ortağı Komandit Şirket (GmbH & Co. Kg) ♦UĞUR, İflasın Ertelenmesinin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkileri ♦UZUN, İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri, Sonuçları ve Diğer Üçlü İş İlişkileriyle Karşılaştırılması.

ERZİNCAN – 2013

**ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XVII SAYI: 1-2 YIL: 2013

**HAZİRAN – 2013
ERZİNCAN**

IV

SAHİBİ

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof.Dr. Cem BAYGIN

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Arş. Gör. Ahmet NAR

| | |
|--|--|
| <u>İLETİŞİM ADRESİ:</u> ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN | <u>TLF</u> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <u>FAKS</u> : +90 446 225 17 45 <u>E-MAİL</u> : erchukuk@erzincan.edu.tr <u>WEB</u> : www.erzincan.edu.tr/hukuk |
|--|--|

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
yılıda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ
ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş
hakemli bir dergidir.

**Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.**

Basım Yeri: ERMAT OFSET Vali R. Yazıcıoğlu Cd. No: 57 / ERZİNCAN

Basım Tarihi: Nisan - 2014

YAYIN İLKELERİ

1. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

DANIŞMA KURULU

Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Nihat BULUT

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Celal GÖLE

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ

Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY
Doç. Dr. Ayhan DÖNER
Doç. Dr. Şafak NARBAY
Arş. Gör. Ahmet NAR

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Cem BAYGIN
(e-mail: cembaygin@yahoo.de)
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Doç.Dr. Ayhan DÖNER, Doç.Dr. Şafak NARBAY, Doç.Dr. İbrahim ÖZBAY, Doç.Dr. M. Emin RUHİ, Doç.Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Yrd.Doç.Dr. Alpaslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Yrd.Doç.Dr. Ömer GEDİK, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. Veli KARAGÖZ, Yrd.Doç.Dr. Hatice Duygu ÖZER, Yrd.Doç.Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş.Gör. Onur Kahan ARSLAN, Arş.Gör. Fatih AYDEMİR, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş.Gör. Gözde BEYAZİT, Arş.Gör. Emrah BİLEZİKÇİ, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşenur ŞAHİN CANER, Arş.Gör. Serhat CEYLAN, Arş.Gör. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, Arş.Gör. Özlem ÇELİK, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Yeşim ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Emre CAN, Arş.Gör. Tuğba ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Mehmet Akif ETGÜ, Arş. Gör. Zehra GÜNEY, Arş. Gör. Ümit GÜVEYİ, Arş. Gör. M. Serhat KAŞIKARA, Arş.Gör. Buğra KESİCİ, Arş. Gör. Sevdâ KESKİN, Arş.Gör. Şengül AL KILIÇ, Arş.Gör. Sami KOCABIYIK, Arş.Gör. Yavuz KORUCU, Arş.Gör. İsmail KÖKÜSARI, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Ahmet NAR, Arş.Gör.Sefa NİŞANCI, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş.Gör. Tuba OKUMUŞ, Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK, Arş. Gör. Mahmut POLAT, Arş.Gör. Mehmet SAYDAM, Arş.Gör. Vildan SEZİŞLİ, Arş.Gör. Emel TEKTEN, Arş.Gör. Sercan TOKDEMİR, Arş.Gör. Murat UYUMAZ, Arş.Gör. Ömer ÜNLÜ, Arş. Gör. Rabiye YAMAN, Arş.Gör.Hilal YILDIRIM.

TEŞEKKÜR

Dergimizin C. XVI, S. 3–4, Aralık – 2012 ve C. XVII, S. 1–2, Haziran – 2013 basılarında hakem olarak katkıda bulunan aşağıda isimleri yazılı saygıdeğer öğretim üyelerine teşekkür ediyoruz*...

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ, Prof. Dr. Cem BAYGIN, Prof. Dr. İlyas DOĞAN, Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ, Prof. Dr. Mahmut KOCA, Doç. Dr. Ayhan DÖNER, Doç. Dr. Şafak NARBAY, Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY, Doç. Dr. M. Emin RUHİ, Doç. Dr. Gökhan Kürşat YERLİKAYA, Doç. Dr. Suat YILDIRIM, Yrd. Doç. Dr. Zülküf AYRANGÖL, Yrd. Doç. Dr. Hatice Duygu ÖZER.

* Sıralama unvan ve soyadı esas alınarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Abdulkadir GÜL

Osmanlı Taşrasında Suç ve Suçlular (1919 Ocak Ayı Erzincan Sancağı Örneği) 1–29

Yrd. Doç. Dr. M. Sinan KILIÇOĞLU

Türkiye’de Yasama Organının Yürütme Organını Siyasi Denetimi 31–71

Yrd. Doç. Dr. Recep NARTER/ Arş. Gör. Ercan SARICAOĞLU

Türk Vergi Hukukunda Vergi Kabahatlerinde ve Suçlarında İctima 73–99

Dr. Dilşat YILMAZ

Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri 101–125

Arş. Gör. Serhat CEYLAN

Preferred Protection on Political Speech in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights 127–139

Arş. Gör. Nazlı Kübra ÇELİK

İdarenin Takdir Yetkisinin Türk Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi 141–161

Arş. Gör. Sercan TOKDEMİR

International Criminal Court Global Realities, and Desires Beyond The Cuff Mountain “Is the ICC a Proper International Institution 163–176

Av. Bilal CAN

Belediye Hizmetlerinin Yerine Getirilmesinde Öncelik Sırası Sorunu 177–199

Hayrettin KURT

İnanç Özgürlüğü Bağlamında Dini Sembollerin Kullanımının Mukayeseli Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi 201–232

X

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Hakan ÇEBİ

Alman ve İsviçre Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek Elden Yönetim Kavramı 235–253

Yrd. Doç. Dr. Hakan ÇEBİ

Limited Şirket ve Ortağı Komandit Şirket (GmbH & Co. Kg) 255–267

Arş. Gör. Aynaz UĞUR

İflasın Ertelenmesinin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkileri 269–284

Arş. Gör. Pınar UZUN

İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri, Sonuçları ve Diğer Üçlü İş İlişkileriyle Karşılaştırılması 285–311

CONTENTS

PUBLIC LAW

Assoc. Prof. Dr. Abdulkadir GÜL

Crime and offenders in the Country of the Ottoman (The Example of 1919 January Erzincan County) 1–29

Asst. Prof. Dr. M. Sinan KILIÇOĞLU

The Political Inspection of Executive Branch by Legislative Power in Turkey..... 31–71

Asst. Prof. Dr. Recep NARTER/ Research Asst. Ercan SARICAOĞLU

The Conseil in Tax Crimes and Tax Demerits in Turkish TaxLaw73–99

Dr. Dilşat YILMAZ

Higher Eduaction Personnel in Criminal Investigation, Legal Deficiencies and Solutions 101–125

Research Asst. Serhat CEYLAN

Preferred Protection on Political Speech in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights 127–139

Research Asst. Nazlı Kübra ÇELİK

The Evaluation of the Administrative Discretion in Terms of Turkish Tax Law 141–161

Research Asst. Sercan TOKDEMİR

International Criminal Court within Global Realities, and Desires Beyond The Cuff Mountain: “Is the ICC a Proper International Institution?” 163–176

Bilal CAN

The Problem of Precedence in Fulfilling of Municipal Services 177–199

Hayrettin KURT

The Evaluation of Applying to Religious Symbols In Terms of Comparative Law in the Context of Freedom of Religion 201–232

PRIVATE LAW

Asst. Prof. Dr. Hakan ÇEBİ

The Concept of Onehand Management in the Community of Companies in German and Swiss Law 235–253

Asst. Prof. Dr. Hakan ÇEBİ

Limited Company and Partner, the Commandite 255–267

Research Asst. Aynaz UĞUR

The Effects of Postponement of Bankruptcy upon the Ending of Financial Leasing Contract 269–284

Research Asst. Pınar UZUN

Transfer of Workplace or A Part, the Results and the Comparison with Other Three-Parties of Labour Relations 285–311

Kamu Hukuku

OSMANLI TAŞRASINDA SUÇ VE SUÇLULAR (1919 OCAK AYI ERZİNCAN SANCAĞI ÖRNEĞİ)

*Doç. Dr. Abdulkadir GÜL**

ÖZET

Bu çalışmada Erzincan sancağı örneği esas alınarak Osmanlı taşrasında suç ve suçlular olgusu incelendi. Giriş kısmında Erzurum vilayetine ait çeşitli suç istatistik cetvellerinin tanıtımı yapıldı. Özellikle cinayet suçlarının kazalara göre dağılımı yapıldı. Vukuat kaydındaki suç türlerinden örnekler verilerek, icmal cetvellerinde belirtilen aynı nitelikli suçun nasıl farklı içerik ve hikâyesinin olduğu ortaya konuldu. Erzincan sancağı suç istatistik kayıtları esas alınarak suçlular; yaş, tahsil, gelir düzeyleri, meslekleri ve ikamet durumlarına göre tasnif edilip değerlendirildi. İlave olarak, bu istatistik cetvelindeki verileri desteklemek için çeşitli arşiv kayıtlarına da müracaat edildi. Aynı sancağa bağlı olursa bile her kazanın kendisine mahsus sosyal, ekonomik ve jeopolitik konumlarından dolayı suç türleri ve oranlarının da şekillendiği görülür. Bu bakış açısıyla imparatorluk genelinde suç olgusunun, çeşitli bölge ve zaman dilimlerine göre oldukça farklı seyir gösterdiği anlaşıldı.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı, Erzincan, Suç.

Keywords: Ottoman, Erzincan, Crime.

CRIME AND GUILTIES IN OTTOMAN OUTBACKS

(The sample or Erzincan District in the First Quarter of the 20th Century)

ABSTRACT

In this study, the case of crime and guilties in Ottoman outback are studied by grounding on the sample of Erzincan district. Various criminal statistics which belong to Erzurum province are presented in introduction. Especially, the distributions of crimes of murders by accidents are given. Some examples are given from the types of crime in charge sheet and it is proved how the same type of crime in condensed statement has a different content

* Erzincan Üniversitesi Eğitim Fakültesi Öğretim Üyesi.

and story. By grounding on the crime statistic record of Erzincan district, the guilties are classified and evaluated according to their age, education, level of income, job, and residence status. Additionally, various archival records are applied to support the data in this statistical chart. Even if they are the cities of the same district, each city has its own crime types and rates because of its social, economic and geopolitical position. With this point of view, the concept of crime is different according to various regions and time periods throughout the empire.

Keywords: Ottoman, Erzincan, Crime.

I. GİRİŞ

Osmanlı imparatorluğu hakkında yapılan çalışmalarda suç ve suçlular az irdelenmiş bir konudur. Son yıllarda bu mesele üzerine artan ilgiyle birlikte birbiri ardına önemli çalışmalar ortaya çıkmıştır.¹ Bu çalışmalar klasik ve son dönem şeklinde bir tasnife tabi tutulabilir. Klasik dönem çalışmalarının önde gelenleri arasında, şehir monografilerini söyleyebiliriz. Bu incelemelerde asayiş meseleleri başlığı altında eşkıyalık, ölüm, yaralama, hırsızlık, yağma davaları gibi hadiseler ele alınmıştır. Ayrıca, *eşkıyalık*, *iskat-ı cenin*, *celali isyanları*, *paşa ve voyvoda veya ayan isyanları*, *kalpazanlık*, *muhtekirlik*, *cinayet*, *sürgün*, *hırsızlık* gibi farklı konular kaleme alınmıştır.² Son dö-

¹ Ferdan Ergut, *Modern Devlet ve Polis, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Toplumsal Denetimin Diyalektiği*, İstanbul 2012; Bu iki çalışma bildiri ve makalelerden oluşmaktadır. *Osmanlı'da Asayiş, Suç ve Ceza 18.-20 Yüzyıllar*, İstanbul ? (derleyen Noémi Lévy, Alexandre-Toumarkine); *Jandarma ve Polis Fransız ve Osmanlı Tarihçiliğine Çapraz Bakışlar*, İstanbul 2009, (derleyen Noémi Lévy, Nadir Özbek, Alexandre Toumarkine); Nadir Özbek, "Osmanlı İmparatorluğu'na İç Güvenlik, Siyaset ve Devlet, 1876-1909", *Türklük Araştırmaları Dergisi*, sa.16, 2004, s.59-95; *Osmanlı'dan Günümüze Eşkıyalık ve Terör*, (editör: Osman Köse), Samsun 2009. vb.

² Mustafa Akdağ, *Türk Halkının Dirlik Düzenlik Kavgası*, Ankara 1995; Mücteba İlgürel, "Celali İsyancıları", *D.İ.A.c.7*, s.252-57; Karen Barkey, *Eşkıyalar ve Devlet, Osmanlı Tarzı Devlet Merkezileşmesi*, (çev: Zeynep Altok), İstanbul 1999; William J. Griswold, *Anadolu'da Büyük İsyancı 1591-1611*, (çev:Ülkü Tansel), İstanbul 2000; Çağatay Uluçay, *XVII. Asırda Saruhan'da Eşkıyalık ve Halk Hareketleri*, İstanbul 1944; Sabri Yetkin, *Ege'de Eşkıyalar*, İstanbul 1996; Orhan Kılıç, "XVI.Yüzyılın İkinci Yarısında Osmanlı Devleti'nde Kalpazanlık Faaliyeti", *Osmanlılar*, cilt.3, Ankara 1999, s.180; Fatma Şimşek, Haldun Eroğlu, Güven Dinç, "Osmanlı İmparatorluğunda İskat-ı Cenin", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi The Journal of International Social Research Volume 2/6 Winter 2009*, s.593-609; Ömer Düzbakar, "İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Hırsızlık, Suçu: 16-18. Yüzyıllarda Bursa Şer'iyye Sicillerine Yansıyan Örnekler", *TSA/12, S.2*, Ağustos 2008, s.79-105. vb.

nem tarihçileri ise bu hususlar üzerinde daha fazla durmuşlardır.³ Tanzimat'la beraber, devlet örgütlenmesinde Avrupa tarzı yapılanmaya gidilmiştir. Değişim sürecinde arşiv koleksiyonlarının içeriği ve çeşitliliğine olumlu yansımış ve bu vesileyle daha fazla sosyal tarih çalışmalarına dair birinci el kaynaklar ortaya çıkmıştır. Yine bu dönem üzerinde fazlaca durulan konuların başında ise ceza hukuku, polis, eşkıyalık, hapisane ve zaptiye teşkilatı olmuştur.⁴

1. Osmanlı Ceza Hukuku Hakkında Birkaç Söz

Osmanlı belgelerinde: *cürm*, *cerime* (çoğulu *ceraim*)⁵, *vukuât*⁶, *hâdisât*, *cinayet*⁷ (adam öldürme veya o derece ağır sayılan suçlar), *cünha* (tazir suçları), *kabahat*⁸ (küçük suçlar) ve *şak*⁹ (çoğulu eşkıya = bedbah =a si =talihsiz=kutta-i tarik=harami) terimleri suç ve suçun çeşitlerini ifade etmek için kullanılmıştır. Suç olgusu karmaşık bir nitelik sergilediğinden, bilimler

³ *Osmanlı'da Asayiş, Suç ve Ceza 18.-20 Yüzyıllar*, adlı kitabın takdim yazısında (s.1-16) Noémi Lévy, klasik dönem suç ve suçlular üzerine yapılan çalışmaların sayıca yetersiz olmasını arşiv koleksiyonlarının eksikliğine bağlamaktadır. Bu görüşün tamamına katılmak mümkün değildir. Bu devre ait çalışmaların azlığı belge yetersizliğinden değil ilgisizlikten kaynaklanmış olmalıdır. Bu konularla ilgili arşivlerde; kadı sicilleri, kronikler, kâmil kepeçi ahkâm, maliyeden müdevver defterler, bab-ı asafı divan-ı hümayun mühimme defterleri, cevdet tasnifi, hatt-ı hümayunlar, mühimme, kısas ve nefy, kalebend defterleri ve kanunnameler gibi birçok tasnif ve kayıt bulunmaktadır.

⁴ Noémi Lévy'in son dönem suç, ceza, hapisane, adliye ve zaptiye teşkilatları hakkında yapılacak çalışmalarda daha yoğun kayıt bulunduğu savı ise makuldür ve çalışmaya muhtaç çok fazla konu vardır. Bu dönemle ilgili arşivlerde; kadı sicilleri, kronikler, hatt-ı hümayunlar, aylık tanzim edilen suç istatistik cetvelleri (Umum, vilayet, sancak, kaza), çeşitli belge ve istatistik tasnifleri, jurnal raporları, basın-yayın, polis, jandarma ve hapisane idarecilerine verilen arzlar, hatıratlar, kişisel yazılar ve daha ismini sayamayacağımız muhtelif tasniflerdeki arşiv belge koleksiyonları gibi daha birçok arşiv belgesi ve birinci elden kaynaklara ulaşmak mümkün olmuştur.

⁵ BA. DH. EUM MTK 12/44; 4/5.

⁶ DH. EUM. MTK. 2/1; 9/39.

⁷ BA. DH. EUM MTK 3/50.

⁸ BA. DH. EUM. MTK. 5/29; 9/34; 25/3; 2/18

⁹ Umumiyetle silahla veya başka bir şekilde zor kullanmak suretiyle yol kesip baskın yaparak mala, cana tecavüz, kamu düzeni ve güvenliği ihlal olarak tanımlanabilir. İslam hukukçuları arasında, ekol farklılığı yüzünden suçun tanımı ve oluşması konularında farklı yorumlar vardır. Eşkıyalığı *bağy*'den ayıran fark mevcut siyasi iktidara karşı başkaldırma niteliği taşımamasıdır. Mehmet Öz, "Modernleşme-Öncesinde Osmanlı Toplumunda Eşkıyalık Hareketlerinin Niteliği ve Özellikleri", *Osmanlı'dan Günümüze Eşkıyalık ve Terör*, (editör: Osman Köse), Samsun 2009, s.36.

arası bir yaklaşım içerisinde ele alınmalıdır.¹⁰ Suç ve ceza meselesi birçok bilim alanının ilgisini çekmekte, ancak bu konu hukuk tarihi alanının sınırları içerisinde kalmaktadır.

İslam hukuku, Osmanlı Devletinin hukuk sisteminin temelini oluşturmaktadır. Osmanlı Devletinde uygulanan hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, ceza hukuku alanında da İslam hukuku normları esas alınmıştır. Ancak ceza hukuku alanında devletin başında bulunan idareciye geniş yetkiler tanınarak kanun yapma hakkı verilmiştir.¹¹ İslam hukukunun yetersiz kaldığı konularda örfi hukuk adı altında bir hukuk anlayışı kurulmuş ve geliştirilmiştir.¹² Örfi hukukun alakalı olduğu alanlar umumiyetle mali ve ceza hukukudur.¹³

İslam ceza hukukunda suç ve cezalar üç temel başlık altında toplanmıştır. Bu cezalar *had, kısas ve tazir*dir.¹⁴ Had cezaları Kur'an ve Hz. Peygamber tarafından açıklanan suçlardır. Zina, hırsızlık, yol kesme, şarap içme, sarhoşluk ve isyan suçlarını içermektedir. Kısas mislini gerektiren suçlar anlamında kullanılmaktadır. Hukuki anlamı ise adam öldürme ve müessir fiillerde, failin işlediği fiile denk bir ceza ile cezalandırılmasıdır.¹⁵ Suç türü, kısas cezası *amden* yani kasıtlı işlenen suçları içermektedir. Diğer suç türü ise tazirdir.¹⁶ Sosyal hayatta pek çok suç mevcut olabileceği gibi, zaman

¹⁰ Sosyal Antropoloji: Veysel Kunt, *Suç ve Çocuk, (Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara 2003; Kamu düzeni ve güvenliği: Ahmet Polat, “Suç İstatistiklerine İlişkin Sorunlar ve Öneriler”, *Polis Bilimleri Dergisi Cilt:10 (1) Turkish Journal of Police Studies Vol: 10 (1)*; Erdal Karakaş, “Uygulamalı Coğrafya’da Suç Haritaları I. Veri Kaynakları”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt.15, Sayı.1, s. 57-69, Elazığ, 2005*; “Uygulamalı Coğrafya ’da Suç Haritaları II. Suç Harita Tipleri”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt.15, Sayı.2, s. 31-50, Elazığ*; “Elazığ Şehrinde Suçların Dağılışı ve Özellikleri”, *Doğu Coğrafya Dergisi, Sayı. 15, s. 83-112, Erzurum 2006*; “Suç Coğrafyası Çalışmalarında Veri Kaynakları”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt.19, Sayı.2, s.25-41, Elazığ 2009. vb.*

¹¹ Halil İnalçık, “Örf”, *İ.A, c.9, s.480.*

¹² M. Fuad Köprülü, “Fıkıh”, *İ.A, c.4, s.608-622.*

¹³ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, İstanbul 1990-96, c. 1-8; Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması*, İstanbul 2004, ekler kısmı s.117-183; Ö. Lütfi Barkan, “Kanunnameler”, *İ.A., c. 6, s.185-196.*

¹⁴ Mehmet Akman, “Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukukuna Hâkim Olan İlkeler”, *Osmanlılar*, Ankara 1999, c.6, s.472-73.

¹⁵ Halil Cin-Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 1990, c.1, s. 314-324, 331-336.

¹⁶ Mehmet Akif Aydın, “Ceza”, *D.İ.A, c. 11, s.478*; Yaşar Tekin, *Şer’iyye Sicilleri Işığında Osmanlı Devleti’nde Tazir Suç ve Cezaları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstan-

içerisinde de, farklı suçların ortaya çıkması mümkündür. Bu sebeple, bütün suçlara ait cezalarda uygulanacak yaptırımların düzenlenmesi zordur. Hülasa İslam hukukunda bazı temel suçların haricinde ayrıntılı suç ve ceza düzenlemeleri yapılmamış, bu durum kanun koyucunun kararına bırakılmıştır.¹⁷

Kuruluştan Tanzimat'a kadar geçen süre içinde hukuk nazariyesi ve tatbikatında fazla bir değişikliğe rastlanmaz. Devlet Tanzimat Fermanıyla her alanda olduğu gibi hukuk alanında da değişimi arzulamıştır. Bu dönemde, çeşitli Avrupa devletlerinin hukuk normlarından esinlenmiş ve devamlı hukuk metinleri tadilleriyle bir değişim yaşamıştır. Osmanlı klasik döneminde ise hangi fiillerin suç olarak kabul edildiği, suçla nasıl mücadele edildiği başlı başına ayrı bir mevzudur. Tanzimat'la beraber Osmanlı Devletinde yapılan reformlar neticesinde suç olgusu ve kamu düzeninin korunması hakkında yeni bir anlayışın ortaya çıktığı da muhakkaktır. Yeni kanunların hazırlanması ve suçun yeniden tanımlanması hususunda devamlı bir gayret olduğu da görülmektedir. Özellikle 1840 yılından itibaren, 1850, 1857, 1860, 1868, 1873, 1879, 1880, 1883, 1909, 1910, 1911, 1912 ve 1914 yıllarında ceza hukuku alanında yenilikler ve değişiklikler yapılmıştır.¹⁸ Bu kanun çalışmalarına ilave olarak Ahmed Lütfi¹⁹ ve Serkiz Karakoç²⁰ gibi önemli münevverler ceza hukuku ile alakalı kanunların mer'i ve tadillerini külliyyatlar halinde neşretmişlerdir.

II. ERZİNCAN SANCAĞINDA SUÇ VE SUÇLULAR

Erzincan sancağında suç olgusu irdelenirken idari yapı, nüfus, kolluk kuvvetleri ve hapishanenin durumunun tespiti önemlidir.²¹ Suç olgusu, kol-

bul, 1995, s. 6-7; Yılmaz Yurtseven, *Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukuku'nda Tazir Suç ve Cezaları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2001, s. 54-62.

17 Mustafa Şentop, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Kanunlar-Tadiller-Layihalar-Uygulama*, İstanbul 2004, s.16-18.

18 Şentop, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku*, s.16-18.

19 Ahmed Lütfi, *Mirat-ı Adâlet*, İstanbul 1304.

20 Serkiz Karakoç, *Külliyât-ı Kavânîn*, TTK Kütüphanesi yazma no. 4377, 5654; aynı yazar, *Tahşiyeli Kavânîn*, İstanbul 1339.

21 **İdari Yapı:** Erzincan, 1906-1907'de Erzurum Vilayeti 'ne bağlı bir kaza ve 1912'de yine bu vilayete bağlı, merkezi Erzincan olmak üzere Kemah, Kuruçay, Refahiye (Gercanis) ve Pülümür kazalarından (Kızucan veya Kuzucan şeklinde) oluşan bir sancaktır. Erzincan bu durumunu 1915 yılına kadar devam ettirmiş ve aynı yıl bağımsız mutasarrıflık haline getirilmiştir. Erzincan, 1917'de ise Erzurum Vilayeti 'ne bağlı sancaktır. 1920'de ise Erzincan yeni idari yapılanma sonrasında vilayet statüsüne dönüştürülmüştür. BA. DH. EUM. MTK. 1/31. lef.1.; Kemal H. Karpat, *Osmanlı Nüfusu (1830-1914) Demografik ve*

luk kuvvetleri ve hapishaneler iç içe olup, genel anlamda kamu düzeniyle ilişkilidir. Aslında XIX. yüzyıl devlet yapılanmasında, birbirinden tamamen bağımsız bir adli sistemin, polis teşkilatının ve özerk hapishane idaresinin durumu yapılan ayırımın meşruluğunu gösterir. Adli süreçte suç ise soruşturma, karar aşaması ve son olarak da hapishane nezareti şeklinde devam eder.

1. Suç Türlerinin Tespiti İçin Oluşturulan İstatistik Cetvelleri

1878 yılından itibaren Osmanlı yönetim uygulamasında kazalar, sancaklar ve vilayetlerden, her ay Dâhiliye Nezaretine vukuat cetvelleri gönderilmeye başlanmıştır. Düzenli olarak başkente gönderilmesi istenen bu cetvelerde, bir ay boyunca memleket genelinde meydana gelen suçlar yer alır. Bu uygulama imparatorluğun sonuna kadar devam etmiştir. Ancak cetvellerin her ay düzenli olarak merkeze gönderilemediği de anlaşılmaktadır.²² Hatta

Sosyal Özellikleri, İstanbul 2003, s.160; BA. DH. SN. THR. 82/55.lef. 18, 25, 26, 27, 28, 43, 47–49.

Nüfus: 1917'de sancağın toplam nüfusu ise 64664'tür. BA. DH. SN. THR. 82/55. lef. 2, 3, 6, 7.

Polis: 1915 yılında Erzincan'da görev yapan polis personeli sayısı; 3. sınıf komiser 2, polis memuru 12, Kemah kazasında polis memuru 1, Refahiye polis memuru 1, Kuruçay polis memuru 1, Pülümür polis memuru 1 kişidir. Şehir ve kaza merkezlerinde görev yapan polis memuru sayısı nüfusa göre oldukça düşüktür. Kamu düzenini sağlanmasında polis memurlarına ilave olarak jandarma, asker ve yerel hanedanlardan istifade edilmiştir. Ayrıca bölgede güvenliğin standartlarını artırabilmek için haberleşme ve ulaşım alanında yeni yollar ve telgraf hatları inşa edilmiştir. Kemah ve Kuruçay bölgesinde Sağıroğlu hanedanlığı güvenliği sağlamasında etkili olmuştur. Sami Önal, *Harbiye'den Dersim'e, (1890-1914)*, İstanbul 2006, s.162-204. Ayrıca bölgedeki eşkıya hareketleri ve Ermeni meseleleri hakkında istihbarat raporları için bkz. Raşit Gündoğdu, Kemal Erkan ve Ahmet Temiz, *Jurnallerin Tahkik Raporları (1891-1893)*, İstanbul 2008. Benzer nitelikteki diğer çalışma için bkz. Muammer Demirel, *Sultan II. Abdülhamid ile Erzurum Vilayeti Arasındaki Yazışmalar (1894-1904)*, İstanbul 2007, s. 9, 17, 20, 26, 29, 33, 38, 46, 48, 72, 73, 79, 99, 127, 150, 157, 160, 182 ve 188.

Hapishane: Sancak dâhilinde her kazada hapishane bulunmaktadır. Bu hapishanelerin tamamı yetişkin erkeklere mahsus olup, kadın ve çocuk hapishanesi bulunmamaktadır. Sancakta hizmet veren hapishanelerde (1886–1892) 7 yıllık dönem içerisinde mahkûm sayısı 2239 kişi olup, bunlardan 1950 kişi tahliye 24 kişi ise hapiste ölmüştür. 1913'de Erzincan'da ser gardiyan Mehmet Tevfik Efendi, gardiyan Salih Ağa, Cihat Efendi, Kemah'ta gardiyan Abdülaziz Efendi, Refahiye'de Asım Efendi, Kuruçay'da gardiyan Faik Efendi ve Pülümür'de ise Mevlit Ağa hapishanelerde görev yapmışlardır. BA. MKT. MHM. 609/1; DH. MB. HPS. 56/87.

²² “İhtar ve izah: birinci zeyl düsturun on birinci sayfasinde mestur 28 Teşrin-i sani sene 95 tarihli telgrafname-i umumi-i samide münderiç tebligat ve tarifât dairesinde tanzim ve irsali iktiza iden iş bu cetvelden miktar-ı keyfiyetinin mülhakata tevziyle her kaza dahilinde bir ay zarfında vuku bulan ceraim-i umumiye ve nihayetinde tanzim olunacak mez-

bu hususta görevini ihmal edenler, dâhiliye nezareti tarafından görevden el çektirmeyle bile tehdit edilmektedir.²³ Özellikle savaşların maliye üzerindeki yükü ve personel rejimine vurduğu ağır darbe, her alanda olduğu gibi bu sayımlarında düzenli yapılmasını aksatmıştır. Bütün olumsuzluklara rağmen, gerçekleştirilen sayımlar bile çok ciddi bir suç envanterini oluşturmuştur.

Osmanlı taşrasında suç ve suçlular konusu incelenirken değinilmesi gereken diğer bir husus ise, suçun hangi idari üniteye hangi çeşitlilik ve oranda meydana geldiğidir. Çünkü bunlar arasında yakın bir ilişki vardır. Ancak farklı vilayetlere ait suç istatistik cetvelleri incelendiğinde, bazı vilayetlerde yoğun görülen suçlar, diğer vilayet cetvellerinde yer almamaktadır. Suçun dağılımının bölgelere göre farklı olmasının nedenleri arasında; hızlı kentleşme, uzun süren harpler, göçler, ulaşım, şehirlerin nüfus potansiyeli, iç huzursuzluklar, ekonomik sıkıntılar, imalat sektörünün gelişmesine bağlı olarak işçi sınıfının oluşması, ecnebilerin ikamet oranları, yerel basın, istihdam imkânları, jeopolitik konum ve nüfus yapısındaki çeşitlilik, Kürt aşiretleri, Rum ve Ermeni meseleleri gibi siyasi durumlar, suç ve suçluların miktarını belirleyen etkenlerdir.

Bütün vilayetlerde, adam öldürme, yaralama, hırsızlık, cünha gibi suçlar yoğunlukla görülse de, casusluk, serserilik, fahişelik, grev, gizli cemiyetler, silah ve tütün kaçakçılığı, yol kesme, eşkıyalık, siyasi suçlar ve basın suçları gibi daha birçok suç türünün vilayetlere göre dağılımında farklılıklar ortaya çıkar. Taşra vilayetlerindeki suçun dağılımı tasnif edildiğinde: İzmir, Selanik, Samsun, Adana, Aydın, Kavala, Uşak, Drama, İskeçe, Halep, Kayseri ve Antep bir grup Erzurum, Malatya, Trabzon, Diyarbakır, Maraş ve Sivas gibi idari üniteler ayrı bir grup olarak değerlendirilmektedir. İstanbul ise, başlı başına incelenmesi gereken farklı bir bölgedir. Ayrıca vilayetlere bağlı sancak ve kazalarda işlenen suçlar arasında bile bir sınıflandırma yapılabilir. İdari ünitelere ait suç istatistik cetvelleri de bu farklılıkları ortaya koymaktadır.

kur cetvele derç ve imlasıyla irtesi ayın ilk haftasında behamehal o kazanın merbut olduğu livaye ve mezkur livaye aid vukuatı hükmi olmak üzere livaca ayrıca tanzim kılınacak cetvelde kazalardan vürud idecek cedvel ile birlikte nihayet bir hafta zarfında makam-ı vilayete ve vilayetçe de merkez vilayete aid olarak bu suretle kezalik ayrıca imla olunacak bir cedvelin mülhakatından gelen cetvellerle birleştirilüb nihayet bir hafta zarfında dahiliye nezaretine gönderilmesi ve zikr olunan telgrafname-i samide münderiç olduğu vech ile hangi memur daire-i idaresinde zuhura gelen hadisatı ihmal iderse azil olunarak icabına göre başkaca dahi ceza görmesi....” BA. DH. EUM. MKT. 28/4.

23 BA. DH. EUM. EMN. 46/2.

Erzurum vilayetine ait suç istatistik cetvelleri: vilayete ait umum suç istatistikleri, cinayet ve intihar edenlerin cetvelleri şeklinde üçe ayrılır. Bunun yanı sıra sancaklara göre suç cetvelleri de bulunmaktadır. Çalışmanın temelini oluşturan Erzincan sancağına ait umumi vukuat istatistik cetveli de bu türdendir. Erzurum vilayeti için oluşturulan vukuat cetvellerinin bazı ayları eksik olsa da büyük kısmı merkeze ulaştırılmıştır.²⁴ Bu cetvellerin tanzimini şehir ve kasabalarda polis, taşrada ise jandarma yapmakta, kaymakam veya vali ise bu cetvelleri tasdik etmekteydi. Tarihlendirmelerde Hicri ve Rumi takvim müşterek kullanılmaktaydı. Her dosyanın ilk belgesinde; oluşturulan suç cetvelinin hangi idari bölgeye ait olduğu ve ayrıca hangi aylar arasını kapsadığı belirtilmiştir. Bir klişe olarak “... senesi şehri... zarfında Erzurum merkez vilayet ve iki liva ile dokuz kaza dahilinde vuku bulan ceraim-i umumiyyeye ait tanzim olun iş bu mahye üzerine istatistik cetveli tanzim edilip dâhiliye nezareti celilesi cenab-ı samisine arz ve takdim olunur” şeklinde ifade edilmiştir.

Erzurum vilayete ait istatistik cetvellerinde suç olarak kabul edilen fiil sayısı 58’dir.²⁵ Sancaklar için oluşturulan cetvellerdeki gruplandırmalara ilave olarak vilayetlerde, suçlunun medeni durumu, dini, cinsiyeti (*erkek evli: çocuklu, çocuksuz, dul: çocuklu, çocuksuz, bayan evli: çocuklu, çocuksuz, dul: çocuklu, çocuksuz*) ve ayrıca katl, sirkat, darp suçlarının ise türlerine göre kayıtlar yapılmıştır.²⁶ Erzincan sancağına ait “*ceraim cetveli*” nde ise 28 suç türü esas alınmıştır. Suçlular; tutuklu ve firari olanlar, faili belli ve faili belli olmayanlar, sabıkalı veya sabıkalı olmayanlar, suçların mesleklerine, yaş durumlarına, ikamet ettikleri yerleşim birimlerine ve okuryazar durumlarına göre çeşitli parametreler esas alınarak hazırlanmıştır.

²⁴ BA. DH. EUM MTK 1332-S.13 12/44; 1331-Ş.24 4/5; 1332-S.13 2/1; 1331-Z.23 9/39; 1331-M.25 5/29; 1331-Z.22 9/34; 1332-C.27 25/3; 1331-B.1 2/18.

²⁵ Sancaklar için tanzim edilen cetvellerde olmayıp ta vilayetler için oluşturulan cetvellerde suç olarak kabul edilen fiiller şunlardır; “*mürur tezkeresi ve pasaport sahtekârlığı, aşar-ı kadime evrakında tahrip, imtiyaz-ı mezhebiyyeye’ye taarruz, meşrubat ve yiyecek standartlarının düşürülmesi, telgraf muhaberatı ihlali, bila ruhsat matbaa küşadı evrakı, mal ve emlak ve erzak-ı ifa ve telef, yankesicilik ve ahzlık, şitan ve hakaret ve iftira, umur-u hukukiyede yalan şahadet ve yemin ve zem-ü kadeh, usul ve nizam haricinde hapis ve tevkif, geçenlere sarf-ı endazlık ve el ile sarkıntılık, fuhuşata tahrik, men’i gayr-i kasd cerh ve katl, men’i gayr-ı kasd telef-i nefse sebebiyet vermek, bila selahiyet-i sıfat-ı resmîyede bulunmak, sirkat-i emval-i emiriyye, gündüz ve gece cemiyetle tarik-i ammda hırsızlık, meskûn mahalde duvar yıkıp ve kapu kırarak hırsızlık, memurin-i zabtiye ve askere şitam ve hakaret*”. BA.DH.EUM.MTK. 12/44.

²⁶ Bkz. Erzurum Vilayeti Suç İstatistik Cetvelleri. BA. DH. EUM. MKT. 1332-S-13/ 12/42; 1331-N-25 5/30 vb.

Cinayet cetvellerinde;²⁷ suçun işlendiği tarih, suçun türü, mağdurun ve suçu işleyenin adı, baba adı, köyü veya mahallesi, nereli ve hangi tebaadan olduğu, şöhreti, mezhebi, derdest olup olmadığı, suç işleme sebebi, suçun nerede işlendiği ve zaptiyenin olaya nasıl müdahil olduğu, tahkikat süreci, varsa suç aletiyle suçlunun tutuklanıp adliyeye sevki belirtilmektedir. Bazı suçların mülahazat kısmında ise vakanın tafsilatı belirtilmiştir.²⁸ Ayrıca Erzurum vilayetinde intihar edenlere dair bir adet cetvel tanzim edilmiş ise de maalesef büyük bir kısmı yıpranmış ve yırtılmıştır.²⁹

1914 yılı Ocak, Şubat, Mart, Nisan, Mayıs, Temmuz, Ağustos aylarında vilayet dâhilindeki kazalara ait 236 adet cinayet suçunun kaydı tutulmuştur. Cinayet olarak kabul edilen cürümler; adam öldürme veya o derece ağır sayılan suçlar, had suçları olarak tarif edilir. Diğer bir ifadeyle, had suçları kabahat ve cünha olarak adlandırılan suçlardan daha ağır olan fiillerdir. Bu kayıtlarda cinayet olarak kabul edilen suçlar: *katl*; (silahla katl, sopayla katl, kazaen katl, hatean katl, tabancayla yaralamak ve katl, gasb ve katl, intahar-ı katl-i nefis, cerh ve katl, geceleyin kuttâ-i tarik ve katl), *sirkat*; (davar sirkati, haneye girmek ve sirkat, gasb, gece duvarı delerek sirkat, şekavet ve gasb, ot sirkati, küçük baş hayvan sirkati, akçe sirkati, nukud eşya ve hayvan sirkati, hane kapısını kırarak sirkat, haneye bacadan girerek sirkat, bahçe duvarını aşarak haneye girip sirkat, dükkan kapısını kırarak sirkat, değnekle cebren sirkat), *darb ve cerh*; (silahla cerh, darb ve cerh, katl kastıyla cerh, cerh ve gasb, köy basarak darb ve cerh), *kız kaçırmak*; (cebren kız kaçırmak, kız kaçırmak, nikahlı karı kaçırmak ve cebren nikahlı karı kaçırmak), *iskat-ı cenin, fi'l-i şenî, cebren fi'l-i şenî, iftira, müfreze üzerine silah atmak, teşhiri silah, izâle-i bikr*'den oluşur.³⁰

Bu tarihli 236 adet cinayet suçunun kazalara göre dağılımı ise şöyledir:

1. *Erzincan Sancağı*; Erzincan merkez kaza 49, Pülümür kazası 35, Kemah kazası 6, Refahiye kazası 5 toplam 95.

²⁷ BA. DH. EUM. MTK. 1332-B.9 28/4; 1331-Ş.23 3/50; 1332-C.28 25/12 vb.

²⁸ BA. DH. EUM. MTK. 28/7; Erzincan sancağına bağlı cinayet cetvelleri DH. EUM. MTK. 32/3; 36/7; 36/4; 37/18 lef. 7; 25/12; Kemah BA. DH. EUM. MTK. 37/18, lef. 4; Pülümür BA. DH. EUM. MTK. 37/18, lef. 13; 78/28 lef. 9; 25/12, lef. 3; Refahiye BA. DH. EUM. MTK. 37/18, lef. 5; Erzincan merkez kaza BA. EUM. MTK. 78/28 lef. 11.

²⁹ BA. DH. EUM. MTK. 54/31.

³⁰ BA. DH. EUM. MTK. 28/7, lef. 2, 4, 6, 12, 14; 32/3 lef. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12; 36/7 lef. 13; 36/14 lef. 2; 37/18 lef. 1, 2, 3, 8, 9, 19, 20, 21; 20/24 lef. 4, 5, 6, 7, 8, 9; 22/8 lef. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12; 20/24 lef. 12, 13; 36/7 lef. 2, 3, 4.

2. *Bayezid sancağı*; Diyadin kazası 15, Bayezid kazı 4, Tutak kazası 3, Eleşkirt kazası 21, Karakilise kazası 26 toplam 69.

3. *Erzurum sancağı*³¹; Tortum kazası 7, Tercan kazası 4, İspir kazası 3, Keskim kazası 7, Bayburt kazası 2, Pasinler kazası 5, Hınıs kazası 27, Narman kazası 6, Kiğı kazası 11 toplam 72.

Suç çeşitlerine göre yapılan dağılımında adam öldürmek, her türlü hırsızlık, yaralama ve darb fiilleri ön plana çıkmaktadır. En fazla öldürme hadisesi sırasıyla Erzincan merkez kaza (17), Hınıs (15), Karakilise (9) takip etmektedir. Hırsızlık suçu Erzincan merkez kaza (22), Pülümür (22), Diyadin (14), Hınıs (12), Karakilise (10), Eleşkirt (7), kuttâ-i tarık Eleşkirt (2), Erzincan (3), Pülümür'de (2) defa işlenirken, askerle silahlı çatışma (3) kez Pülümür'de olmuştur.

Vilayet dâhilindeki cinayet suçlarının sancaklara oran olarak dağılımı ise şöyledir; Erzincan sancağı % 40, 2, Bayezid sancağı % 29, 2 ve Erzurum sancağı % 30, 5'tir. Vilayetteki suçların idari ünitelere dağılımında Erzincan sancağı ilk sırada bulunmaktadır. Bunu Erzurum sancağı takip etmektedir. Suçun yoğun şekilde görüldüğü kazalar sırasıyla, Erzincan merkez kaza, Pülümür, Hınıs, Karakilise ve Eleşkirt'tir. Erzincan sancağında suçlar Erzincan-Pülümür hattında yoğunlaşmıştır. Sancaktaki suç yoğunluğu, Dersim aşiretlerinin iskân olduğu Munzur dağ silsilesinde fazlalaşmıştır. Hatta jandarmayla 3 defa silahlı çatışmanın yaşandığı tek kaza Pülümür'dür. Ayrıca aşiret yapısının kuvvetli olduğu Hınıs, Karakilise ve Eleşkirt kazalarında da suç işleme oranı diğer kazalara göre oldukça yüksektir.

Nüfus yoğunluğu itibariyle Erzurum'u, Erzincan takip etmekte ve sonrada Bayezid sancağı gelmektedir. Buna göre suç ile nüfus arasında direkt bir bağlantı bulunmamaktadır. Yani suç oranını birinci derecede belirleyici faktör nüfus değildir. Daha ziyade vilayetin farklı bölgelerindeki toplumsal yapının özellikleri, arazi şartları ve kolluk kuvvetlerinin durumu suç işleme oranını etkilemiştir.

Diğer bir husus ise, aynı suçun içerik itibariyle birbirinden farklı olmasıdır. Örneğin Kiğı kazasına bağlı Kadı köyündeki aynı aşiretten Tatuoğlu İbrahim, yine aynı köyden Dabanoğlu'nun kerimesi Sümbül'ü zorla dağa kaldırmıştır.³² Benzer diğer bir suç kaydı ise, Karakilise kazasına bağlı Dambat köyünde yaşanmıştır. Sevdiği kızı alamayan Seyidoğlu Muh-

³¹ Erzurum merkez sancağının cinayet kayıtları bulunmamaktadır.

³² BA. DH. EUM. MTK. 28/7, lef.2.

yeddin'in yine aynı köyden Mehmet'in kızı Gülsüm'ü kaçırmayı olayıdır.³³ Bu iki hadisede suçlar aynı olsa da işin mahiyeti farklıdır.

Başka bir suç örneğinin de ise Erzincan'ın Şaban ağa mahallesinde oturan Kemahlı Gülabi oğlu İsmail'in aynı mahalleden Tursun oğlu Ali Asker'in zevcesi Suna'ya tecavüz etmesidir. Suna gündüz tek başına evde iken İsmail haneye zorla girerek Suna'ya birçok işkence ve darb ettikten sonra zorla fi'l-i şeni işlemiştir.³⁴ Diğer bir örnek ise, Kemah kazasının Kerer köyünde meydana gelmiştir. Aynı köyden Durak oğullarından Hacı İskender oğlu Said'in, kardeşi Mahmut tarafından öldürülmüştür. Said'in kaçırdığı kadına kardeşi Mahmut'un zorla fi'l-i şeni de bulunması üzerine çıkan kavgada, Said kardeşi Mahmut tarafından yaralanmış ve Said'in ceseti altı gün sonra bulunmuştur.³⁵ Cinayet cetvellerinde farklı suçlara ait daha birçok suçun hikâyesi anlatılmakta ve benzer örnekler çoğaltılabilmektedir.

Başka bir örnek ise iskat-ı ceninle ilgilidir. Bayburt'un Cami mahallesinde hamal Salih'in zevcesi Pembe'nin fazla çocuk sahibi olması ve fakirlikten dolayı çocuğunu düşürmek mecburiyetinde kalmasıdır.³⁶ Farklı bir örnekte; Bayezid kazasında hayvan sirkati ve buna bağlı olarak katl ve yaralama hadiseleri sıradan bir suç olmayıp, Sünni Kürt aşiretleriyle Yezidi Kürt aşiretlerinin kavgası ve hâkimiyet mücadelesinde ortaya çıkan fiillerdir. Hatta aşiretlerin sınırı geçerek Rusya, İran ve Osmanlı hudut ihlalleriyle bu kavgalar, uluslararası bir nitelik halini alır.³⁷ Son tahlilde burada önemli olan husus istatistik cetvellerinde yukarıda tafsilatlı olarak izah edilen suçlar, icmal olarak belirtilmiş, sanki bütün suçlar benzer fiillermiş gibi sadece sayısal dökümleri verilmiştir. Oysaki suçların farklı gerekçeleri ve dereceleri bulunmaktadır.

2. Sancaktaki Suç ve Suçlular

Erzincan sancağındaki suçların tespiti için tutulmuş iki adet vukuat cetveli bulunmaktadır. Bu cetvellerin ilki Haziran 1329/1914'e³⁸ diğeri ise Kanun-i sani 1335/Ocak 1919'a aittir.³⁹ 1914 yılına ait istatistik cetveli dört

³³ BA. DH. EUM. MTK.28/7, lef.1.

³⁴ BA. DH. EUM. MTK. 36/14, lef.3.

³⁵ BA. DH. EUM. MTK. 36/14, lef.3.

³⁶ BA. DH. EUM. MTK. 36/14, lef.2.

³⁷ BA. BEO. 52/3879; İ.DH. 1237/96886; A.MKT. MHM.354/34.vb.

³⁸ BA. DH. EUM. MTK. 1331-Ş.24 4/5.

³⁹ BA. DH. EUM. AYŞ. 1337-C.19 65/7.

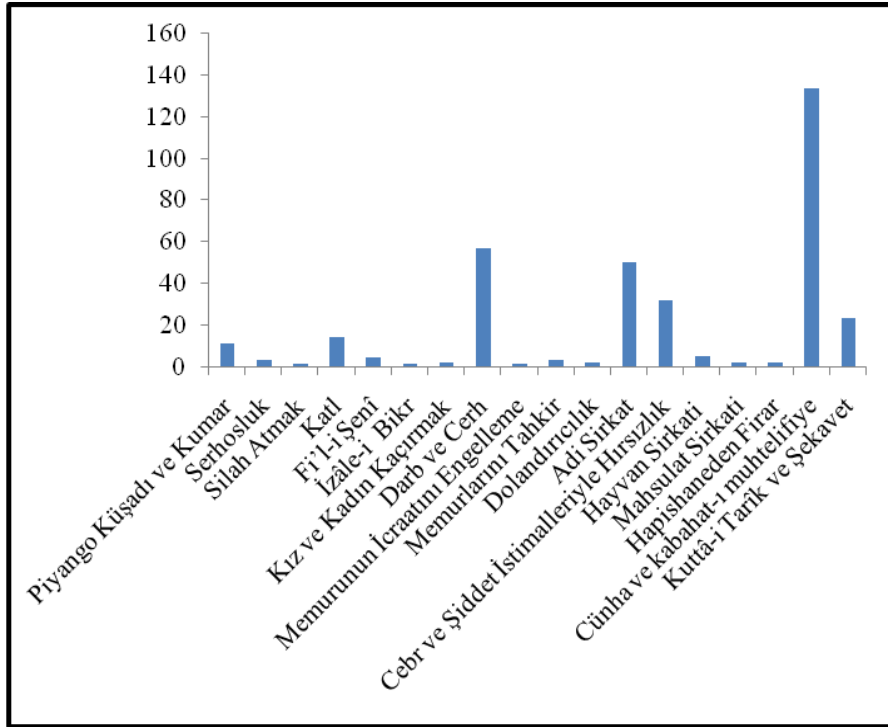
pafta olup, iki paftası Erzincan'a diğer iki paftanın yapılan inceleme ve mukayeselerde Erzurum vilayetine ait umum vukuat cetveli olduğu görülmüştür. Bu münasebetle çalışmada Ocak 1919 tarihli suç verileri esas alınmıştır. Erzincan sancağı suç cetvelinde 28 suç türü tespit edilmiştir. Bu suç türlerinde hükümet aleyhine propaganda, casusluk, kalpazanlık, kalb akçe ve evrak-ı nukudiye sürücülüğü, evrak-ı nakdiye ihtikârı, dağa adam kaldırmak, iskat-ı cenin, sarf-ı endazlık, sarkıntılık ve kundakçılık suçlarını işleyen olmamıştır. Bu suçların dışında 18 suç türünde failer bulunmaktadır. İşlenen suçlar ve suçlular tablo ve grafikler kullanılarak incelenmiştir. Sancakta suçlar ve suçlular çeşitli parametrelere göre değerlendirilmiştir. Ayrıca bu istatistik verilerini desteklemek için suç ve türleriyle ilgili diğer arşiv kayıtlarına da müracaat edilmiştir.

Bu resmi kayıtlardan başka toplumda suç içeren birçok hadisenin devlet birimlerine ve doğal olarak cetvellere yansımadağı düşünülebilir. Bu durum cetvellerin tanzimindeki çeşitli aksaklık veya eksiklikten ziyade, cünha suçları olarak nitelendirebileceğimiz küçük kabahatlerden oluşmuş olmalıdır. Bölgenin eşrafı, imamı, şeyhi, köyün muhtarı ve azası veya nahiye müdürü gibi toplumda önder olarak nitelendirilen kişilerin aracı olmalarıyla cünha suçları çözülmüş olabilir. Ayrıca insanların jandarma ve adliyenin koyduğu prosedürlere (mahkeme harcı, arzu halci gibi maliyetli durumlardan sakınmak gibi) dâhil olmamak için halkın kendi içinde küçük suçları anlaşma yoluyla çözmeyi tercih etmiş olabilirler. Bu münasebetle sancaktaki suç işleme oranlarının resmi belgelere yansıyan verilerden daha yüksek olduğunu tahmin edilebilir.

Tablo 1. (Ocak 1919) Sancaktaki Suçların Dağılımı.

| Suç Türü | Sayısı |
|---------------------------------------|--------|
| Piyango Küşadı ve Kumar | 11 |
| Serhosluk | 3 |
| Silah Atmak | 1 |
| Katl | 14 |
| Fi'l-i Şenî | 4 |
| İzâle-i Bîkr | 1 |
| Kız ve Kadın Kaçırarak | 2 |
| Darb ve Cerh | 57 |
| Hükümet Memurunun İcraatını Engelleme | 1 |
| Hükümet Memurlarını Tahkir | 3 |

| | |
|---|------------|
| Dolandırıcılık | 2 |
| Adi Sirkat | 50 |
| Cebr ve Şiddet İstimalleriyle Hırsızlık | 32 |
| Hayvan Sirkati | 5 |
| Mahsulat Sirkati | 2 |
| Hapishaneden Firar | 2 |
| Cünha ve kabahat-ı muhtelifiye | 134 |
| Kuttâ-i Tarîk ve Şekavet | 23 |
| Toplam | 347 |



Grafik 1. (Ocak 1919) Erzincan Sancağının Suç Dağılımı

Grafikte görülen suçların oranları şöyledir; piyango küşadı ve kumar % 3,1, sarhoşluk % 0,86, silah atmak % 0,28, katl % 4,03, fi'li şeni % 1,15, izâle-i bîkr % 0,28, kız ve kadın kaçırma % 0,57, darb ve cerh % 16,42,

hükümet memurunun icraatını engelleme % 0,28, hükümet memurunu tahkir % 0,86, dolandırıcılık % 0,57, adi sirket % 14,4, cebr ve şiddet istimaliyle hırsızlık % 9,22, hayvan sirkati % 1,44, mahsulat sirkati, % 0,57, hapishane-den firar % 0,57, cünha ve kabahat-ı muhtelif % 38,61 ve kuttâ-i tarik % 6,62 dir.

Bu dağılıma bakıldığında sırasıyla sancakta en fazla, cünha ve kabahatler, darb ve cerh ve adi sirket suçları ön plana çıkmaktadır. Ayrıca bazı suçlar aynı suçun türleridir. *Hırsızlık*; adi sirket, cebr ve şiddet yoluyla hırsızlık, hayvan hırsızlığı, mahsulat hırsızlığı ve kuttâ-i tarik ve şekavet fiillerinden oluşur. Hatta cünha ve kabahat suçlarının bir kısmı da hırsızlık suçuna dâhildir ancak hesaplamaya dâhil edilememiştir. Bu açıdan bakıldığı zaman sancakta % 32,85'lik ortalama ile her üç suçtan bir tanesinin hırsızlık suçu olduğu görülür ve sayı itibarıyla ikinci sırayı alır. Sancakta en fazla işlenen suç % 38,61'lik oran ile cünha ve kabahat-ı muhtelifidir. Bu suçları % 16,42'lik oranla darb ve cerh, % 4,03 ile katl ve % 3,1'lik oranla piyango küşadı ve kumar suçu takip eder. Diğer suçlar ise sayıca fazla değildir.

3. Kriminolojik Açıdan Suçlar

Sancakta meydana gelen 18 suç türü kriminoloji açısından değerlendirilmiştir.⁴⁰

1. Kişiyeye Karşı İşlenen Suçlar
 - a. Katl
 - b. Darb ve Cerh
 - c. İntihar
2. Mal Varlığına Karşı Suçlar
 - a. Mahsulat Sirkati
 - b. Hayvan Sirkati
 - c. Cebr ve Şiddet İstimalleriyle Hırsızlık
 - d. Adi Sirket
 - e. Dolandırıcılık
3. Örgütlü Suçlar
 - a. Kuttâ-i tarik ve Şekavet
4. Genel Ahlaka ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar

⁴⁰ Sulhi Dönmezer, *Kriminoloji*, İstanbul 1994, s.54.

- a. Fi'l-i Şenî
- b. İzâle-i Bıkr
- c. Kız ve Kadın Kaçırarak
5. Kamu Güvenliğine Karşı Suçlar
 - a. Piyango Küşadı ve Kumar
 - b. Silah Atmak
 - c. Hükümet Memurlarını Tahkir
 - d. Hükümet Memurunun İcraatını Engelleme
 - e. Sarhoşluk
 - f. Hapisten Firar
6. Tasnife Tabi Tutulamayan Suçlar
 - a. Cünha ve kabahat suçları

Bu tarihte sancakta meydana gelen 18 suç türünün kriminolojik tasnife göre oranları şu şekildedir; Kişiyeye karşı işlenen suçlar (73 suç) %21,03, mal varlığına karşı suçlar (88 suç) %25,36, örgütlü suçlar (23 suç) % 6,6, genel ahlaka ve aile düzenine karşı işlenen suçlar (7 suç) % 2,01, kamu güvenliğine karşı suçlar (21 suç) %6,05 ve tasnife tabi tutulamayan suçlar (134 suç) % 38,61. Bu tasnif şekline göre sancakta sırasıyla tasnife tabi tutulamayan suçlar (134 suç) % 38,6, mal varlığına karşı suçlar (88 suç) %25,36 ve kişiyeye karşı işlenen suçlar (73 suç) %21,03'lük oranla ilk sıraları almaktadırlar. Bu dağılıma görüldüğü üzere suçlar umumiyetle mal ve şahsa karşı işlenmiştir.

3.1. Kişiyeye Karşı İşlenen Suçlar

Katl, Darp ve Yaralama; Bu suçlar, hayata ve vücut bütünlüğüne karşı olmak üzere ikiye ayrılır. Hayata karşı suçlar adam öldürme suçları olup, genel kabullere göre modern tasnife uygun şekilde, kasten (amden), kastın aşılması (şibhü'l-amd) suretiyle ve taksirle adam öldürme (hataen katl) şeklinde genel hatlarıyla tasnif edilmiştir. Vücut bütünlüğüne yönelik suçlar da adam öldürme suçu gibi, kasten yaralama, taksirle yaralama, kastın aşılması suretiyle yaralama şeklinde sınıflandırılır.⁴¹ İşlenen suçun niteliği düşünüldüğünde sancakta bir ayda işlenen 14 vukuat azımsanmayacak düzeydedir. Bu suçlardan 8 tanesi taksirle adam öldürme, 2'si kasten ve 4'ü ise kastın aşılması şeklindedir. Suçu işleyenlerin failleri belli ve tamamı tutuklanmıştır. Bunlardan 3'ü sabıkalı, 11'i ise ilk defa suça karışmıştır. Faillerin sosyal

⁴¹ Mustafa Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul 2004, s.28-79.

sınıfları ise 9 çiftçi ve 5 işsizden ibarettir. Ancak bunlardan 2'si okuma yazma bilmektedir. 14-20 yaş aralığında 12 kişi, 2 kişi ise 20-40 yaş aralığındadır. Suçların mekân açısından dağılımı; kır ve ormanlarda 2, köylerde 9 ve şehirde 3'tür.

Darp ve Yaralama; Bu suçlar sancakta ikinci sırayı almıştır. 57 kişi suça karışmış olup ve tamamı tutuklanamamıştır. Tutuklanamayan 15 kişi firar etmiştir. 39 kişi ilk defa bu suçu işlerken bunlardan 18'i sabıkalıdır. Bu suça karışanların suçu tekrar işleme oranı diğerlerine göre daha yüksektir. Memurlardan suça karışan olmazken, çiftçilerde 40 kişi, esnaf ve tüccarlardan 10 kişi ve işsizlerden 7 kişidir. Okuyup yazabilen 11 ve okuyup yazması olmayanlar ise 46 kişidir. Ancak 14 yaşın altında olup da bu suça dâhil olan çocuk yoktur. Bu fiili işlemede fiziksel güç etkili olmuştur. 14-20 yaş arasında 20 kişi, 20-40 yaş arasında 35 kişi ve 40 yaşından yukarı olan 3 kişi vardır. Suçlular orta yaş, diğer bir deyişle fiziksel açıdan en yeterli yaş grubunda yoğunlaşmıştır. Suçlular şehir ve kasabada 19 kişi, ormanlık ve kırlarda 10 kişi ve köylerde ise 28 kişidir. Diğer suçlarda olduğu gibi çiftçilerin bu suçu işleme oranları daha yüksektir. Çiftçiler arasında bu suçun yoğun olarak görülmesi; tarla, mera, ağaç, su meselesi, hasımlık, çocuk kavgası, hayvanların komşunun ekili arazisine zarar vermesi ve miras meselleri gibi hususlardan kaynaklanmıştır.⁴²

İntihar; bu dönemde sancakta 2 kişi intihar etmiş ve hayatını kaybetmiştir. Bu kişilerden biri kadın diğeri ise erkektir.

3.2. Mal Varlığına Karşı Suçlar

1919'da Erzincan'da meydana gelen hırsızlık suçuna etki eden kaynaklar arasında; sosyal ve iktisadi problemler, manevi sıkıntılar, ihtiras, eğitimsizlik, ahlâkî çöküntü ve israf sayılabilir. Ayrıca umumi durum açısından; savaş, iç huzursuzluklar ve devletin içine düştüğü zor durumlar, hırsızlık olaylarının artışında önemli bir faktördür. İslam hukukunda başta hırsızlık olmak üzere mala karşı işlenen suçlar için yaptırımlar vardır. Unsurları ve şartları oluşmuş hırsızlık suçu had cezası, diğerleri ise tazir cezasını gerektirir.⁴³ Sancakta vuku bulan hırsızlık suçu türleri: a. Mahsulat Sirkati b. Hayvan Sirkati c. Cebr ve Şiddet İstimalleriyle Hırsızlık.

Hırsızlık; Adi hırsızlık suçunu işleyenlerin sayısı 50'dir. Hayvan hırsızlığı 5 ve mahsulat hırsızlığı yapan ise 2 kişi olup, bu iki suç türü köylerde

⁴² BA. DH. EUM. MTK. 36/14.

⁴³ Avcı, *Suçlar ve Cezalar*, s.232; Ali Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, c. 17, s.385.

işlenmiştir. Toplam hırsızlık suçu 57'dir. Adi hırsızlığa tevessül edenlerin 46'sı ilk defa işlerken 4'ü ise sabıkalıdır. Mahsulat hırsızlığı yapanlar sabıkasız, hayvan hırsızlığı suçunu işleyen 3 kişi ise sabıkalıdır. Memurlardan hırsızlık suçuna dâhil olan yoktur. Esnaf ve tüccardan 10 kişi, çiftçilerden 36 kişi ve işsizlerden 4 kişi bu suça karışmıştır. Hayvan ve mahsul çalanların tamamı ise çiftçidir. Okuyup yazabilen 14 kişidir. Okuyup yazamayan 36 kişidir. Şehir ve kasabalarda 14 kişi, köylerde 36 kişi bu suçu işlemiştir. Hayvan ve mahsulat hırsızlarının tamamı köylerde ikamet etmektedir.

Zor ve Şiddet Yoluyla Hırsızlık; toplam 32 kişinin bu fiili işlediği görülmektedir. Aslında adi hırsızlıkla mukayese edildiğinde az bir yekûnda değildir. Bunlardan 11'i firar etmiş 21'i ise tutuklanmıştır. Bu suça iştirak edenlerin yarısı sabıkalı, diğer yarısı ise sabıkasızdır. Esnaf ve tüccarlardan 10 kişi, çiftçilerden 12 kişi ve işsizlerden de 10 kişi suçu işlemiş ve ancak 7'si okuryazardır. Çocuk yaşta olan 3 kişi, 14-20 yaş aralığında 17 kişi, 20-40 yaş aralığında 10 kişi ve 40'tan yukarı 2 kişidir. Bu suçu işleyen şehir ve kasabada 11 kişi, köylerde ise 21 kişidir.

3.3. Örgütlü Suçlar

Kuttâ-i Tarîk ve Şekavet; Tek veya toplu halde yol kesip, silahlı veya silahsız olarak, cebren ve alenen yolcuların hayatlarına kast etmek, mallarını elinden almak ve halkı korkuya düşürmektir. Yol kesme (kuttâ-i tarîk) ve eşkıyalık (hirâbe) suçu hırsızlık suçuna benzemektedir. Eşkîyalığın silahla veya başka bir şekilde zor kullanarak yol kesip veya baskın yapıp şahıs ve şahısların malları aleyhine tecavüz içermesi sebebiyle toplum aleyhine işlenmiş olma, kamu düzeni ve asayîşi ihlal etme vasfı nedeniyle daha ağır bir hırsızlık türünü oluşturmaktadır.⁴⁴

Kuttâ-i tarîk ve hirâbe suçunu sancakta 23 kişi işlemiştir. Vukuatlardan birisi fail-i meçhul ve diğerlerinin failleri bellidir. Firar eden 19 kişiden 4'ü ise yakalanmıştır. Bunlardan biri sabıkasız ve 22'si ise sabıkalıdır. Bütün suçlular içerisinde tamamına yakınının sabıkalı olduğu istisna bir suçtur. Ayrıca suça karışanların firarda olma oranı da diğer suçlulara göre oldukça yüksektir. Bu suça çiftçi 3 kişi ve işsiz taifesinden 20 kişi dâhil olmuştur. Tamamı okuma yazma bilmemektedir. Yine bu suçu işleyenlerin 20'si 20-40 yaş aralığında ve 3'ü ise 40 yaşın üzerindedir. Çocuklar ve gençliğe adım atanlardan bu suçu işleyenler yoktur. Suçun 15'i kır ve ormanda ve 8'si ise köylerde olmuştur. Bu suçu işleyenlerin bölgede ferdi olarak ya da küçük gruplar halinde eşkıyalığa tevessül etmiş kişilerden oluştuğu muhakkaktır.

⁴⁴ H. Tahsin Fendoğlu, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2000, s.453.

Eşkîyalar Erzincan sancağı sınırları içerisindeki şehir, kasaba ve kırsalda çok etkili olmuştur. Kuttâ-i tarik, şekavet, hayvan ve mahsulat sirkati, kadın veya adam kaçırmak, darb veya katl suçlarına yoğunlukla dâhil oldukları görülür. Bölgede eşkıya baskısı bazı dönemlerde o kadar şiddetli hissedilmiştir ki zengin, zanaat ve esnaf zümresinden olan Ermeniler, Kemah-Eğîn bölgesinden İstanbul'a zorunlu göç etmişlerdir.⁴⁵ Ancak toprağını terk edemeyen işsiz, parasız ahali, dönemsel veya mevsimsel soygunlara maruz kalarak yaşamak mecburiyetinde kalmışlardır. İşin ilginç tarafı eşkıyaların mahsulat ve hayvan hırsızlığı harman dönemine rastlamaktadır. Bu uygulama ile köylünün tamamen yerleşmelerini terk etmemeleri için mahsulün bir kısmı yağma edilmekteydi. Bütün inzibati önlemlere rağmen, iktisadi zorluklardan kaynaklanmış bir yaşam şekli olan eşkıyalık hadiseleri bölgede uzun yıllar devam etmiştir. Sonuçta adi hırsızlık 50, hayvan hırsızlığı 5, mahsulat hırsızlığı 2, zor ve şiddet yoluyla hırsızlık 32 ve kuttâ-i tarik ve şekavet olmak üzere 23 toplam 112 kişi bir ay içerisinde hırsızlığın muhtelif türlerine karışmıştır. Bu açıdan bakıldığında Erzincan sancağında suç türü ve fiili içerisinde hırsızlık ikinci sırayı almaktadır.

3.4. Genel Ahlaka ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar

Fil'i Şeni; Irza geçme olarak tarif edilen bir suçtur. Sancak sınırları içerisinde toplam 4 defa bu fiil işlenmiştir. Bu suçu işleyenler tutuklanmış ve sabıkaları bulunmamaktadır. Çiftçi zümresine mensup olanların hiçbiri okuryazar değildir. Suçu işleyenlerden 14-20 yaş aralığında 2 kişi ve 20-40 yaş aralığında ise 2 kişi bulunmaktadır. Suçu işleyenler köylerde meskündür.

İzâle-i Birk; Evlenme bahanesiyle kızlığı bozma olarak tanımlanır. Bu suç sancak dâhilinde 1 defa vuku bulmuş ve kişi tutuklanmıştır. Suçu işleyeninin önceden sabıkası yoktur ve çiftçilikle uğraşmaktadır. Bu kişi okuma yazma bilmemekte ve yaşı 14-20 arasındadır. Köyde yaşamaktadır.

Kız ve Kadın Kaçırma; Bu suç 2 kez işlenmiştir. Suçu işleyen failer ise tutuklanmıştır. Suçluların önceden sabıkaları bulunmamaktadır. Vukuat çiftçi zümresi arasında olmuştur. Suçu işleyenler okuma ve yazma bilmemektedirler. Suçlular 14-20 yaş aralığındadırlar ve köylerde yaşamaktadırlar.

⁴⁵ Dersim eşkıyasının faaliyetleriyle ilgili kadı sicillerinde bir hayli kayıt bulunmaktadır. *Eğîn Sicilleri*, 1, 3, 5, 7, 11, 15.vb. Ayrıca bkz BA. Y.EE. 132/39; DH. MKT 429/1; Y.PRK. UM 32792. vb.

3.5. Kamu Güvenliğine Karşı Suçlar

Piyango Bileti Küşadı ve Kumar; Kalpazanlık türü suçlardan olan sahte piyango bileti basmak ve dağıtmak, kumar ile aynı başlık altındadır. Toplam 11 kişi bu fiili işlemiştir. Vukuatların failleri bellidir ancak 4 kişi firardadır. Bu suçu işleyenlerin 2'si sabıkasız olup diğer 9 kişi sabıkalıdır. Suçluların tamamı işsizdir. 3'ü okuma yazma bilmektedir. 7'si 14-20 yaş aralığında olup 4'ü ise 20-40 yaş aralığındadır. Tamamı şehir ve kasabalarda yaşamaktadır. Bir nevi şehirli suçudur.

Dolandırıcılık; Bu suç 2 defa işlenmiş ve failleri yakalanmıştır. Suçluların sabıkaları bulunmamaktadır. İşsiz ve güçsüz taifesi bu suça dâhil olmuştur. Okuma yazma bilmemektedirler ve 14-20 yaş aralığındadırlar. Köylerde yaşamaktadırlar.

Hapisten Firar; 2 defa bu suç işlenmiş ve firar edenler yakalanmıştır. Bu suçu işleyenlerin sabıkaları bulunmaktadır. İşsiz zümresine mensuplardır ve okuma yazma bilmemektedirler. 1'i 20-40 yaş aralığında, diğeri ise 40 yaşından fazladır. Suçlular şehirlidir.

Hükümet Memurunun Faaliyetinin Engelleme; Suçu 1 kişi işlemiştir. Tutuklanmış olup suçlunun önceden sabıkası bulunmaktadır. Çiftçi zümresinden olup, köyde yaşamakta ve okuryazar değildir. Suçlu 14-20 yaş aralığındadır.

Hükümet Memuruna Tahkir veya Hakaret; Bu suça karışan 3 şahıs bulunmaktadır. Bu suçlulardan 2'si tutuklanmış diğeri firardadır. 2'si sabıkasız diğeri sabıkalıdır. Suçlunun 1'i çiftçi diğeri 2'si ise işsizdir. 3 kişide okuryazar değildir. Bu kişiler 20-40 yaş aralığında ve şehirde yaşamaktadırlar.

Silah atmak; Bu fiili 1 kişi işlemiş ve tutuklanmıştır. Sabıkası yoktur. Esnaf veya tüccar taifesinden olup okuryazar değildir. 14-20 yaş aralığındadır ve şehirlidir.

Sarhoşluk; Bu suçu 3 kişi işlemiş ve tutuklanmıştır. 1'i sabıkasız diğeri 2'si sabıkalıdır. Sarhoşların 1'i çiftçi, 2'si işsizdir. 2'si okuma yazma bilmekte 1'i ise bilmemektedir. 2'si 14-20 yaş aralığında 1'i ise 20-40 yaş aralığında ve şehirde ikamet etmektedirler.

3.6. Tasnife Tabi Tutulamayan Suçlar

Cünha ve kabahat suçları: Cünha suçlara, kabahatten ağır ancak cina-yetten hafif fiillere verilen isimdir. Memurlara hakaret, resmi evrakta sahtecilik, mahpus kaçırmak, sarf-ı endazlık, iskat-ı cenin, izale-i bikr, sarkıntılık, hırsızlık, yalan yere yemin etmek, sahtekârlık, iflas, sarhoşluk, dolandırıcılık, silah atmak, piyango küşadı ve kumar, memurun görevini engelleme,

yalan yere yemin, hakaret, yol kesme, borç meselesi, kalpazanlık ve emniyeti suiistimal gibi suçları içermektedir. İncelenen cetvelde cünha ve kabahat suçlarının bir kısmı ayrı bir başlık altında belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle ayrı birer suç olarak tanımlanmıştır. Vasıflı veya birinci derecedeki suçların imparatorluk genelinde homojen bir şekilde dağıldığını söylemek mümkün değildir. Ancak cünha ve kabahat suçlarının işlenme oranların da benzerlik vardır.⁴⁶

Erzincan sancağındaki cünha ve muhtelif kabahat suç oranlarında benzerlik olsa da diğer suç oranları oldukça farklıdır. Suç türlerinin dağılımlarıyla ilgili dikkat çeken diğer bir husus ise, Osmanlı yöneticilerinin, Ermeni ve Kürt hadiselerini siyasal bir suç kabul etmekten ziyade, adi suç kapsamına dâhil ettiklerini vukuat cetvellerinde görmekteyiz.⁴⁷

Erzincan sancağında en fazla işlenen suç cünha ve çeşitli kabahatlerdir. Suçun bu kadar yüksek olması muhtelif suçların bu başlık altında toplanmasından ileri gelmektedir. Bu suçu işleyenlerin yekûnu 134 kişidir ve bu failerin tamamı tutuklanmıştır. Suç türlerine karışanların 122'si ilk defa suç işlenmiş 12'si ise daha önce suça karışmıştır. Mesleklere göre dağılımına bakıldığında; memur 4 kişi, esnaf ve tüccar 20 kişi ve çiftçi ise 110 kişidir. Suçu işleyenlerin tahsil durumuna bakıldığında; okuryazar 17 kişi ve okuryazar olmayan 117 kişidir. Yaş aralığı; 14 yaşından aşağı 10 kişi, 14-20 aralığında 69 kişi, 20-40 aralığında 43 kişi ve 40 yaşından yukarı ise 12 kişidir. Faillerin suça karışma oranları genç ve orta yaş dilimde toplanmış olup, çocuk ve yaşlı grubunda oran düşüktür. Meskûn oldukları idari birimlere göre; şehir ve kasabalarda 14 kişi, köylerde ise 140 kişi olup, kır ve ormanlık alanda bu suç işlenmemiştir.

Diğer bir değerlendirme şekline göre ise, faili meçhul kalan 1 suç bulunmakta ve bu kuttâ-i tarik ve şekavet hadisesidir. Ayrıca 297 suçlu tutuklanmış iken 50 kişi ise firari durumundadır. Bütün suçlulardan 92'si sabıkalı ve 255'i ise sabıkasızdır. Yine suçlulardan 61'i okuryazar diğer 286'sı ise okuryazar değildir.

⁴⁶ 1898 yılına ait umum suç sayımında bir yıl içerisinde cezaya çarptırılan 44,836 kişinin tafsilatı verilir. Cünha ve kabahat suçları arasında sayılan; darb ve cerh %45,42'i ile ilk sırada yer alırken sirkat %12,85, sövme-iftira ve tahkir %12,03 ile takip eder. *Devlet-i ali-i Osmaniye'nin 1313 Senesine Mahsus İstatistik-i Umumiyesi*, 1900, s.35-37.

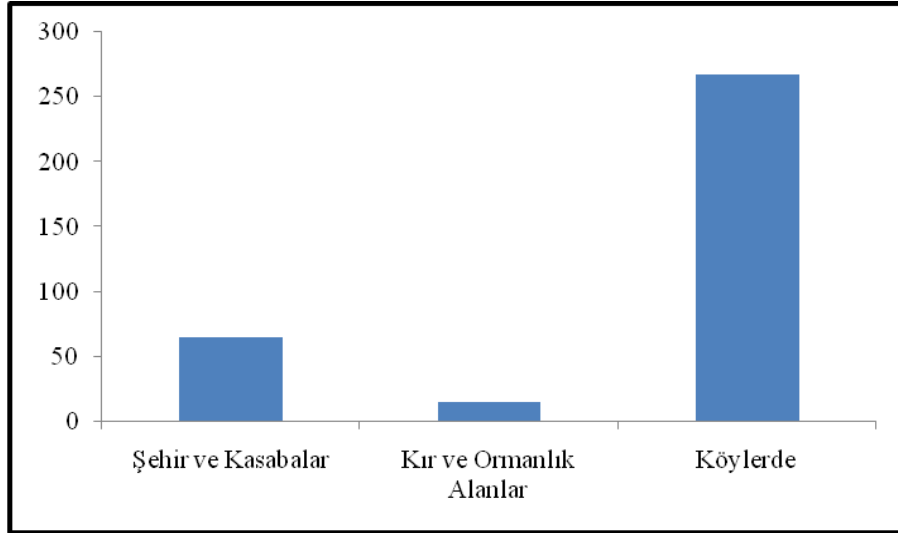
⁴⁷ Suç istatistiklerinde kişilerin milliyetleri belirtilmemiştir. Ancak sancakta siyasi suçluların da mevcut olduğu diğer belgelere yansımıştır. Erzincan sancağındaki suça karışıp hapis yatan Ermeniler için bkz. *BA.DH.TMK. S. 47/3; 126/11; 71/54; 15/51; İ.HUS.106/1321/RA.040.vb.*

4. Suç ve Suçluların Özellikleri

Suç ve suçlular yerleşim birimlerine, mesleklere ve yaşlar durumlarına göre tasnife tabi tutulup değerlendirilmiştir.

4.1. Suçluların Yerleşim Birimlerine Göre Durumu

Sancağın idari yapılanmasında şehir, kasaba, köy ve köy altı yerleşmeleri olarak mezra, kom, palanga, çiftlik ve mahallelerden oluşmakta ve bir kısım köy altı yerleşmeleri de nüfus barındırmaktaydı. Erzincan merkez kaza ve kazaların mahalle yerleşimleri bulunmaktaydı. Sancak dahilinde Erzincan merkez kazasının kuzey nahiyesi, Refahiye, Kuruçay ve Pülümür kazalarında yerleşik nüfusun yanı sıra konar-göçer hayat tarzı ve buna bağlı olarak aşiret yapılanması mevcuttu. Bu durum kontrolü zor bir nüfus kitlesinin suçla karışma eğilimini etkilemekteydi.



Grafik. 2 Suçluların Yerleşim Birimlerine Göre Dağılımı

Suçluları meskûn oldukları mahallere göre taksim edildiğinde; şehir ve kasabalarda 65 kişi, kır ve ormanlık alanlarda 15 kişi ve köylerde 267 kişi suç işlemiştir. Suçların çok büyük bir kısmı köylerde sonra şehir ve kasabalarda meydana gelmiştir. Şehirdeki suçlar nüfus hareketinin yoğun olduğu çarşı, mahalle, sokak veya ana yollar gibi kamusal alanların yanı sıra hane, iş yeri veya ev bahçelerinde meydana gelmiştir. Erzincan şehri kırsala göre daha iyi kontrol edilen yerdir. Sokak düzeni, mahallelerde karakolların inşası ve şehrin aydınlatılması, evlere hane numarası verilmesi, nüfus cüzdanının

oluşturulması ve kefalet uygulamaları gibi tedbirler güvenliğin temini, suçun engellenmesi veya suçluların takibi açısından önemli uygulamalardır.

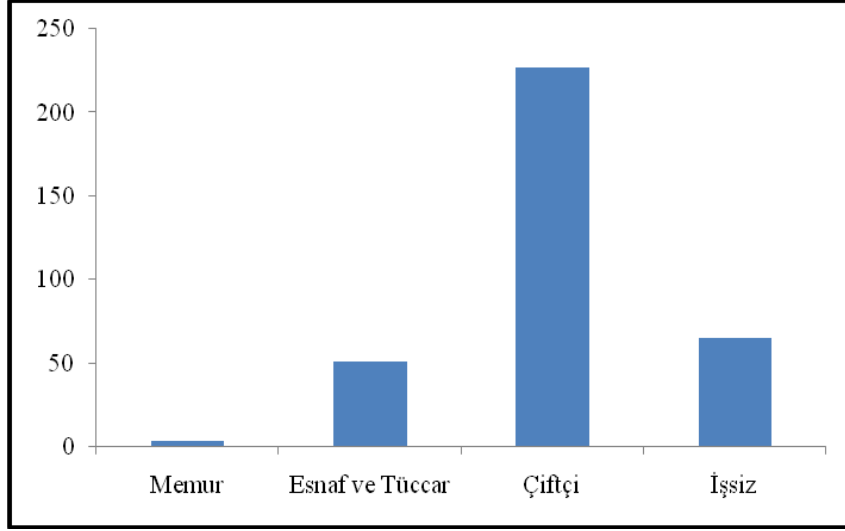
Hareketliliğin yoğun olduğu dış mekânlarda kişiler, birbirlerini az veya hiç tanımadıklarından dolayı, belki de basit çözülebilecek anlaşmazlıkları daha ziyade şiddete başvurarak çözmek istemiştir. Mahalle, köy ve ev içlerinde ise kişiler birbirlerini iyi tanımaktadırlar. Kişilerin bu mekânlarda yakın ilişki içerisinde oluşları suçların önceden tasarlanarak, bilerek ve planmış şekilde yapılmış olma ihtimallerini doğurmaktadır. Diğer taraftan şehirde suça karışma oranını artıran başka etkenlerde olabilir. Özellikle son dönemde şehirdeki vakıf kurumları ve sosyal yardım uygulamaları, işsiz güçsüz, yoksullarının ve göçmenlerin tamamının yardımına koşacak kadar etkin değildi.⁴⁸ Bu durum suçlara karışma oranının artmasına zemin hazırlamıştır.⁴⁹

4.2. Suçluların Mesleklere Göre Durumu

Sancakta nüfusun büyük çoğunluğu köylerde toplanmıştır. “*Nefs-i Kasaba*” olarak adlandırılan şehir veya kasaba merkezleri de nüfusun bir kısmını barındırmıştır. Şehirde nüfus; yönetici zümre, memurlar, vakıf sektöründe istihdam olanlar, esnaf ve askerler gibi çeşitli sosyal sınıflara mensup gruplardan oluşmaktadır. Bu zümreler genellikle yaptıkları işlerden dolayı düzenli gelirleri ve buna bağlı olarak ta toplum ve devlet nezdinde saygınlıkları bulunmaktaydı. Çiftçilerin tamamı ve özellikle işsizlerin büyük bir kısmı köy ve köy altı yerleşmelerinde meskûndular. Bu iki grubun şehirde yaşayanlara nazaran, düzenli gelirleri ve okuma yazma düzeyleri daha düşüktü. Sancaktaki bu sosyal yapının suç olgusu ve çeşidine etki ettiği kesindir.

⁴⁸ Nadir Özbek, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Sosyal Yardım Uygulamaları”, *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, İstanbul 2008, s.575-599.

⁴⁹ Dönemin kendi şartları içerisindeki savaşlar ve beraberinde devam eden ağır ekonomik şartlar, mevcut olan vakıflara az miktarda yardımlar yapılmasına bunun bir sonucu olarak ta vakıf kurumlarının işlevini yerine getirmesine engel teşkil etmiştir. Erzincan kazasına ait vakıf muhasebe defterlerinden bu olumsuz durumu tespit etmekteyiz. *BA. EV. d. 18840, 18823, 22820, 24976, 18840, 19696, 20812, 23108, 24976 ve 28941.vb.*



Grafik. 3. Suçların Mesleklere Göre Dağılımı

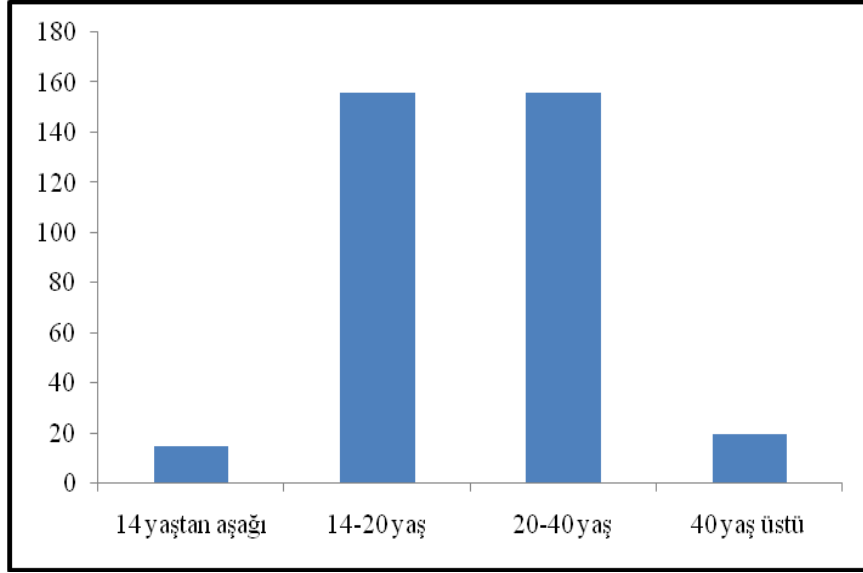
Suçlular meslek gruplarına göre sınıflandırıldığında çiftçiler 227 kişi, işsizler 65 kişi esnaf ve tüccarlar 51 kişi ve memurlar ise yalnızca 4 kişiden ibarettir. Suça dâhil olanların gelir durumları, eğitimleri ve sosyal statüleri arasında bağlantı vardır. Ekonomik durum ve suça eğilimli olma arasında doğrudan bir ilişki olduğu tahmin edilebilir ve diğer bir deyişle işsizlik, yoksulluk, ücretler ve enflasyon gibi ekonomik şartlar ile suça karışanlar arasında anlamlı bir ilişkinin varlığını göstermektedir. Yoksulluğun suç işleme eğilimini arttırdığı da ifade edilebilir. Yoksullar arasında, özellikle mal varlığına karşı işlenen suç oranı yüksektir. Bu suçun yanı sıra adam öldürme, darb, cerh, sarkıntılık ve cünha gibi suçları işleme eğilimleri de fazladır.

Memurlar, esnaflar ve tüccarlar toplumda düzenli geliri olan meslek gruplarıdır. Bu toplumsal gruplar arasında suç işleme yüzdesi daha düşüktür. Bunun yanı sıra tahsil ve bunun getirdiği toplumsal statü kişilerin suç işleme eğilimini önlemektedir. Özellikle memurlar bu grubu temsil etmektedir. Son tahlilde kişilerin ekonomik geliri, eğitimleri ve sosyal statüleri ile kişilerin davranışları, toplumsal normlar ve hukuksal yapı arasında ilişkisi vardır.

4.3. Suçluların Yaş Durumu

Cetvellerde suç işleyenlerin yaş durumları da esas alınarak kayıt yapılmıştır. Buna göre yaş dilimi; 14 yaştan aşağı, 14-20 yaş aralığı, 20-40 yaş aralığı ve 40 yaş üstü şeklindedir. Burada 14 yaş sınırı ergenlik yaşı olarak kabul edilmiştir. 40 yaş üstü ise olgunluk yaşı olarak algılanmıştır. Ayrıca bu

durum askere gidebilme durumu ve ortalama yaşam süresiyle de alakalı olmalıdır.⁵⁰



Grafik.4. Suçluların Yaş Aralığı

Suçlular yaş aralığına göre tasnif edildiğinde 14 yaştan aşağı 15 kişi, 14-20 aralığında yaş grubu 156 kişi, 20-40 yaş aralığında 156 kişi ve 40 yaş üzeri ise 20 kişiden oluşmuştur. Grafikte görüldüğü üzere suçluların yaş aralığı genç ve orta yaş grubunda yoğunlaşmıştır. Yaş ile suça katılım arasında belirli bir ilişki vardır. Hemen hemen bütün suçlar kendilerine özgü bir biçimde belli bir yaşta başlamakta ve 14-40 yaş aralığından sonra giderek azalma eğilimi görülmektedir. Suça katılma oranında ilerleyen yaşla birlikte azalma eğilimi görülür. Gençler genellikle kız kaçırma ve adi hırsızlık suçlarına dahil olmakla birlikte, orta yaş ve üzerinde olanlar, adam öldürme, yaralama, eşkıyalık, dolandırıcılık gibi daha nitelikli suçları işlemektedir. Suça dahil olanlar yaş ilerledikçe riski yüksek ve getirisi az olan suçları işlemekten uzak durmuşlardır. 14-40 yaş aralığında görülen fiziksel güç ve heyecan gibi sebepler, bazı suçları bu yaş grubunda yoğunlaştırmıştır. Diğer taraftan cinsel arzuların tatmin isteği ile elle ve sözle sarkıntılık, kız kaçırma

⁵⁰ Nüfus defterlerinde çocuklar “*sagır*”, gençler “*tüvânâ*” ve yaşlılar ise “*müsinn*” olarak kaydedilmiştir. Çocukların mükellefiyet yaşı 12 olduğu kabul edilmiştir. “*Amelmânde*” (askerliğe elverişli olmayan) tabirinde anlaşıldığı kadarıyla 40 yaş önemli bir sınır olarak kabul edilmektedir. Erzincan nüfus defteri BA. NFS. d. 2717; Kemah nüfus defteri BA. NFS. d. 2620; Kelkit nüfus defterleri için bkz. BA. NFS. d. 1091;1093.

ve evlilik vadiyle kızlık bozma suçları bu yaş grubuna mensup olanlar tarafından işlenmiştir.

III. SONUÇ

“*Osmanlı Taşrasında Suç (Erzincan Sancağı örneği)*” adlı çalışmada elde edilen bulgular tafsilatlı olarak metin içerisinde irdelenmiştir. Sonuçlar genel bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda:

- Osmanlı taşrasında suçlar vilayet, sancak ve kazalara göre farklılık göstermektedir. Hatta aynı kazada suç ve oranlarında dönemsel farklılıklar oluşmaktadır. B u durumun sosyal, siyasi, iktisadi ve güvenlik gibi birçok gerekçesi vardır.

- Erzincan sancağı 65 bin civarında nüfusu olan merkez kaza, Kemah, Pülümür, Refahiye ve Kuruçay kazalarından oluşan bir idari ünedir. Bu idari yapının coğrafi dağılımı düzensiz, ulaşım ve haberleşme sistemleri çok yeterli değildir. Sosyal özellikleri kazalara göre değişiklik göstermekte ve suç türüne ve yoğunluğuna etki etmektedir.

- Vilayet dâhilinde suç yoğunluğunun en fazla olduğu idari yapı Erzincan sancağıdır. Bunun önemli sebebi Erzincan’ın, Dersim sancağına sınırı olmasıdır. Bu dönem Dersim eşkıyası bölgede oldukça etkindir.

- Suç istatistik cetvellerinde icmal olarak belirtilen suç türlerinin alt türleri de vardır. Hatta aynı suçun içeriği, derecesi ve hikâyesi oldukça farklıdır.

- Sancakta suçların işlenme oranına göre sırasıyla; her türlü hırsızlık, cünha-kabahat ve darb-yaralama şeklinde gelişmiştir.

- Siyasi ve eşkıyalık suçları diğer suç kalemleri içerisinde dâhil edilmiştir.

- Sancakta Ocak 1919 tarihinde 18 suç türünden 347 suçtan birisi hariç, tamamının failleri bellidir. Suçlulardan 247’si tutuklanmış ve 50 kişi ise firar etmiştir.

- Suç ile yaş, eğitim, ekonomik durum ve ikamet yerleri arasında mantıklı bir ilişki vardır.

- İstatistik cetvellerine yansımayan küçük suçlar ve kabahat olarak kabul edilebilecek suç sayımın aslında daha fazla olduğu, ancak resmiyete yansımadağı tahmin edilmektedir.

- Son tahlilde bu sancakta sosyal, iktisadi ve siyasi şartlar göre suç türleri, suç oranları ve eğilimleri farklılaşmaktadır. Suç sabit bir olgu olmayıp, değişkenlere göre şekillenmektedir. Suç olgusuna iklim, coğrafya, nüfus

yoğunluğu, nüfus hareketleri, sosyal değerler ve kültür düzeyi gibi daha birçok neden etki etmektedir.

“Osmanlı Dönemi Dersimdeki Eşkîyalık Hareketleri ve Bununla İlgili Uygulanan Sosyal Politikalar” adlı proje Erzincan Üniversitesi BAP Koordinatörlüğü tarafından (140613-0024 nolu) desteklenmiştir. Yayın bu desteğin ilk ürünüdür. Koordinatörlüğe teşekkürü borç bilirim.

KAYNAKÇA

Arşiv ve Kurum Kaynakları*

Başbakanlık Osmanlı Arşivi, İstanbul.

Kaynaklar ve Araştırma Eserler

(editör: Osman Köse), *Osmanlı'dan Günümüze Eşkîyalık ve Terör*, Samsun 2009.

(derleyen: Noémi Lévy, Alexandre Toumarkine), *Osmanlı'da Asayiş, Suç ve Ceza 18.-20 Yüzyıllar*, İstanbul ?.

(derleyen Noémi Lévy, Nadir Özbek, Alexandre Toumarkine), *Jandarma ve Polis Fransız ve Osmanlı Tarihçiliğine Çapraz Bakışlar*, İstanbul 2009.

Ahmed Lütü, *Mirat-ı Adalet*, İstanbul 1304.

Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, İstanbul 1990-96.

Ahmet Polat, “Suç İstatistiklerine İlişkin Sorunlar ve Öneriler”, *Polis Bilimleri Dergisi Cilt:10 (1) Turkish Journal of Police Studies Vol: 10 (1)*.

Ali Bardakoğlu, “Hırsızlık”, *D.İ.A.*, c. 17.

Çağatay Uluçay, *XVII. Asırda Saruhan'da Eşkîyalık ve Halk Hareketleri*, İstanbul 1944.

Erdal Karakaş, “Elazığ Şehrinde Suçların Dağılışı ve Özellikleri”, *Doğu Coğrafya Dergisi*, Sayı. 15, s. 83-112, Erzurum 2006.

_____, “Suç Coğrafyası Çalışmalarında Veri Kaynakları”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt.19, Sayı.2, s.25-41, Elazığ 2009.

_____, “Uygulamalı Coğrafya 'da Suç Haritaları I. Veri Kaynakları”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt.15, Sayı.1, s. 57-69, Elazığ, 2005.

_____, “Uygulamalı Coğrafya 'da Suç Haritaları II. Suç Harita Tipleri”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt.15, Sayı.2, s. 31-50, Elazığ 2005.

Fatma Şimşek, Haldun Eroğlu, Güven Dinç, “Osmanlı İmparatorluğunda İskat-ı Cenin”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi The Journal of International Social Research Volume 2/6 Winter 2009*.

Ferdan Ergut, *Modern Devlet ve Polis, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Toplum-sal Denetimin Diyalektiği*, İstanbul 2012.

* Kullanılan vesikaların tasnif durumu ve numaraları dipnotlarda gösterilmiştir.

- H. Tahsin Fendoğlu, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2000.
- Halil Cin-Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, c.1, İstanbul 1990.
- Halil İnalıcık, “Örf”, *İ.A.*, c.9.
- Karen Barkey, *Eşkıyalar ve Devlet, Osmanlı Tarzı Devlet Merkezileşmesi*, (çev Zeynep Altok), İstanbul 1999.
- Kemal H. Karpat, *Osmanlı Nüfusu (1830–1914) Demografik ve Sosyal Özellikleri*, İstanbul 2003.
- M. Fuad Köprülü, “Fıkıh”, *İ.A.*, c.4.
- Mehmet Akif Aydın, “Ceza”, *D.İ.A.*, c. 11.
- Mehmet Akman, “Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukukuna Hâkim Olan İlkelere”, *Osmanlılar*, c.6, Ankara 1999.
- Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması*, İstanbul 2004.
- Mehmet Öz, “Modernleşme-Öncesinde Osmanlı Toplumunda Eşkıyalık Hareketlerinin Niteliği ve Özellikleri”, *Osmanlı’dan Günümüze Eşkıyalık ve Terör*, (editör: Osman Köse), Samsun 2009.
- Muammer Demirel, *Sultan II. Abdülhamid ile Erzurum Vilayeti Arasındaki Yazışmalar (1894-1904)*, İstanbul 2007.
- Mustafa Akdağ, *Türk Halkının Dirlik Düzenlik Kavgası*, Ankara 1995.
- Mustafa Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul 2004.
- Mustafa Şentop, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Kanunlar-Tadiller-Layihalar-Uygulama*, İstanbul 2004.
- Mücteba İlgürel, “Celali İsyanları”, *D.İ.A.*, c.7.
- Nadir Özbek, “Osmanlı İmparatorluğu’na İç Güvenlik, Siyaset ve Devlet, 1876-1909”, *Türklük Araştırmaları Dergisi*, sa.16, 2004.
- ___, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Sosyal Yardım Uygulamaları”, *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, İstanbul 2008.
- Orhan Kılıç, “XVI. Yüzyılın İkinci Yarısında Osmanlı Devleti’nde Kalpazanlık Faaliyeti”, *Osmanlılar*, cilt.3, Ankara 1999.
- Ö. Lütfi Barkan, “Kanunnameler”, *İ.A.*, c. 6.
- Ömer Düzbakar, “İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Hırsızlık, Suçu: 16-18. Yüzyıllarda Bursa Şer’iyye Sicillerine Yansıyan Örnekler”, *TSA/12*, S.2, Ağustos 2008.
- Raşıit Gündoğdu, Kemal Erkan ve Ahmet Temiz, *Jurnallerin Tahkik Raporları (1891-1893)*, İstanbul 2008.

Sabri Yetkin, *Ege'de Eşkîyalar*, İstanbul 1996.

Sami Önal, *Harbiye'den Dersim'e, (1890-1914)*, İstanbul 2006.

Serkiz Karakoç, *Külliyât-ı Kavânîn*, TTK Kütüphanesi yazma no. 4377, 5654.

_____, *Tahşiyeli Kavânîn*, İstanbul 1339.

Sulhi Dönmezer, *Kriminoloji*, İstanbul 1994.

Veysel Kunt, *Suç ve Çocuk, (Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara 2003.

William J. Griswold, *Anadolu'da Büyük İsyân 1591-1611, (çev Ülkü Tansel)*, İstanbul 2000.

Yaşar Tekin, *Şer'iyye Sicilleri Işığında Osmanlı Devleti'nde Ta'zir Suç ve Cezaları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1995.

Yılmaz Yurtseven, *Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukuku'nda Tazir Suç ve Cezaları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2001.

TÜRKİYE’DE YASAMA ORGANININ YÜRÜTME ORGANINI SİYASİ DENETİMİ

*Yrd. Doç. Dr. M. Sinan KILIÇOĞLU**

Özet

Yasama organının yürütme organını siyasi denetimi, parlamenter sistemin en önemli denetim mekanizmasıdır. Bu denetim ile yürütme organının kontrolsüz gidişi millet adına kontrol altına alınmaktadır. Bu kontrolün seçim dönemlerine bırakılmayıp, sürekli olması, yürütme organını faaliyeti süresince daha sorumlu davranmaya mecbur kılmaktadır. Ancak bu olması gereken amaca, uygulamada kazandırılan şekil engel olmaktadır. Çünkü uygulamada bu mekanizma, gereği gibi işletilememektedir. Bu denetimin amacına ulaşabilmesi için bu yolun demokratik olgunluk içerisinde ve hakkaniyete uygun olarak kullanılması gerekmektedir.

Çalışmamızda öncelikle siyasi denetim kavramının tanımına, amacına sistemdeki yerinin tespiti için “kuvvetler ayrılığı ilkesi” açısından değerlendirilmesine ve önemine yer verildi. Ülkemizdeki tarihi seyrine göz atıldıktan sonra, siyasi denetimin şartları üzerinde durulup, bu şartları taşıyan eylemlerin denetiminde esas alınan ölçütlere değinildikten sonra, denetimin ortaya çıkardığı sonuçlar ve uygulamadaki aksaklıklar üzerinde duruldu.

Anahtar Sözcükler

Yasama, yürütme, siyasi denetim, hükümetin genel siyaseti, gensoru

Abstract

The most important control mechanism of parliamentary system is the political control of legislative body on the executive body. It is brought the uncontrolled course of executive body under control on behalf of the public. If the existence of this control is permanent not left only during election period, it forces the executive body behave more responsible during its activity period. However the aim of which should have been is stopped by the form which has been shaped through at the practice. Because of the mechanism which could not operate as is due. In order to reach this control’s pur-

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

pose, it requires to be used within the democratic maturity and in accordance with the equity.

In this study, firstly it was examined the definition of the political control, evaluation of the power's separation in order to determinate whereby it's placed within in the system and its importance. After glancing at its historical course in our country and it was asserted the terms of the political control than it was deal with the measure of the value of which used controlling the action bearing the aforementioned terms. It was asserted the results of which emerging with the control and the problems in the practise.

Key Words

Legislation, execution, political control, general policy of the government, censure of motion

I. Giriş

Devletin yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç önemli hukuki işlevi bulunmaktadır. Bu üç işlevin birbirini dengelemesi, aşırıya gitmelerinin önlenmesi için ayrı organlar elinde bulunmasını gerektiren "kuvvetler ayrılığı" ilkesi benimsenmiştir. Ancak bu ayrılığın çok sert bir ayrılık olmaması, kuvvetlerin bir senkronizasyon içerisinde faaliyet göstermelerini sağlayan hükümet modeli de, parlamenter hükümet sistemidir. Bilindiği gibi parlamenter sistem, kuvvetler arasında dengeli bir ilişki kurmayı amaçlamaktadır. Ülkemizde parlamenter sistem uygulandığı için konumuz gereği çalışmamızı parlamenter sistem çerçevesinde ele almaya çalışacağız.

Bu sistemde yasama ve yürütme organları arasında çeşitli ilişkiler cereyan etmektedir. Bu ilişkilerin biri de, yasamanın yürütmeyi denetimdir. Bilindiği gibi yürütme organı faaliyetlerini gerçekleştirirken iki noktaya dikkat etmek zorundadır: Bunlardan birincisi, yaptığı faaliyetlerin hukuka uygun olması; diğeri de, bu faaliyetlerin yerindelidir. Bu nedenle yürütme faaliyetlerinin iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan birincisine hukuki, ikincisine de, siyasi yönü diyoruz. Hukuki boyutu, faaliyetlerin hukuka uygun olması, siyasi boyutu ise, bu faaliyetlerin yerinde, yani ferdin ve kamunun yararına olmasıdır. Tabiatıyla yürütme organının faaliyetlerinde bu iki boyutu dikkate alıp almadığının denetlenmesi, keyfiliği, sorumsuzluğu önlemenin en önemli yoludur. İşte bu denetimlerden hukuka uygunluk denetimi genelde yargı organı tarafından yapıldığı gibi, siyasi denetim de, millet adına yasama organı tarafından yapılmaktadır. Konumuz nedeniyle yargı organının denetimini bir kenara bırakıp, yasama organının denetimini ele alacak olursak, bu denetimde yasama organının aradığı en önemli kriter, Anayasamızın ifade

ettiği “hükümetin genel siyasetinin yürütülmesi” kriteridir. Yine Anayasamız bu hususta “kolektif” ve “bireysel” sorumluluğu benimseyerek, hem heyet olarak “Bakanlar Kurulunu” ve hem de bireysel olarak “Bakanları” sorumlu tutmaktadır.

Bu denetim Anayasamızın 98. ve 99. maddelerinde düzenlenen yollarla sağlanmaktadır. Bu yollardan gensoru gibi, bazıları doğrudan denetim sağlarken, bazıları da, soru önergesi gibi, denetime vesile olmaktadır. İşte bu denetimlerin doğal sonucu da, siyasi yaptırımlardır. Siyasi yaptırım ise, hükümetin veya bakanın görevinin sona erdirilmesidir.

Bilindiği gibi bu denetim yolları gerek iktidar tarafından ve gerekse muhalefet tarafından objektif kullanılmayıp, istismar edilebilmektedir. İktidar, parlamento çoğunluğunu elinde bulundurduğu için, adeta bu denetim yollarını kendisi istemedikçe kullandırmamakta; muhalefet ise, sebepleri sınırsız, takdiri olan bu denetim yollarını yerli yersiz hükümeti yıpratmak için kullanıp, kendisine bir iktidar fırsatı sağlama aracı olarak görebilmektedir. Böylece genelde amacından saptırılıp, ya muhalefet tarafından ya da iktidar tarafından istismar edilmektedir. Biz burada yasama ve yürütme arasında cereyan eden bu denetim ilişkisinin, daha objektif ölçüler içerisinde yürütülmesine ilişkin önerilerimizi bir makale düzeyinde ele almaya çalışacağız.

Bu çalışmamızda yürürlükteki Anayasamızı esas alarak, konunun önce kavram ve kapsamını ele almayı, sonra amacı ve önemini ve eski anayasalarımızdaki durumunu değerlendirmeyi, daha sonra da, hukuki mahiyetini, türlerini, uygulamada karşılaşılan sorunlarla birlikte yöntemini ve sonuçlarını ele alacağız.

II. Siyasi Denetiminin Tanımı

Burada “siyaset” ve “denetim” kavramlarından oluşan bir tanımlama söz konusudur. Bu nedenle bir fikre sahip olabilmemiz için öncelikle bu iki kavramı tanıyıp, sonra da konumuzla irtibatını kurmaya çalışacağız. Siyaset halk dilinde, iş bilirlik, kurnazlık, manevra kabiliyeti anlamında kullanılmaktadır. Siyaset biliminde ise, ülke, devlet, insan yönetimi olarak anlamlandırılmıştır.¹ Yine siyaset, “devleti yönetme ve diğer devletlerle ilişkileri yürütme sanatı” şeklinde tanımlanmıştır.² Yine bir başka anlamda siyaset, bir anlayış,

¹ DAVER Bülent, *Siyaset Bilimine Giriş*, Ankara 1976, s. 4-5.

² BAYRAKTAR Köksal, *Siyasal Suç*, İstanbul-1982, s.52.

bir eylem programı veya bir kişinin, grubun veya hükümetin eylemi için kullanılır.³

Denetim ise, eski dilimizde “murakabe” demektir. Türk Dil Kurumu denetimi, “bir işin doğru ve yöntemine uygun olarak yapılıp yapılmadığını incelemek, murakabe etmek, teftiş etmek, kontrol etmek” şeklinde tanımlamaktadır. Bu tanımda görüldüğü gibi denetim kavramı, aynı zamanda “kontrol” kelimesini de içerisinde barındırmaktadır. Kontrol, Latince “contra” ve “rotulus” kelimelerinden türemiş olup, karşıt veya diğer bir kayıt ve/veya belge aracılığıyla bir şeyin doğruluğunu incelemek, araştırmak ve soruşturmak. Kontrol, en geniş anlamıyla “arzulanan bir amaca varılıp varılmadığını veya hangi ölçüde varılmış olduğunu inceleyip araştırmaktır.⁴ Başka bir ifade ile iş ve işlemlerin, yasal ve objektif kurallara uygunluğunu araştırmak amacı ile uygulama sırasında, öncesinde veya sonrasında yapılan incelemelerdir.⁵

Konumuz açısından ele alındığında, karşımıza genelde “siyasi sorumluluk” kavramının çok farklı tanımlarıyla karşılaşılmaktadır. Bunlardan birisi, “Bakanların takip ettikleri politikalardan dolayı meclis tarafından iş başından çekilmeye mecbur edilmeleridir”.⁶ Bir başka tanımda, “Bakanların parlamentonun itimadını kaybetmeleri sonucunda iş başından ayrılmak mecburiyetinde kalmalarıdır”.⁷ Prof.Dr. Turan Güneş’e göre de, “...siyasi mesuliyet demek, Hükümetle halk arasında bir münasebet kurmak demektir”.⁸ Bireysel sorumlulukla ilgili yapılan tanımda da, “... bizatihi politikanın tespitinde değil, fakat bu kabine politikasının tatbikine muvaffakiyet gösteremeyen bir bakanın...” sorumlu olacağı ifade edilmiştir.⁹ Özbudun da, kolektif sorumluluğu tanımlarken, “hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden doğan so-

3 ÇAM Esat, Siyaset Bilimine Giriş, İstanbul-1987, s.22.

4 MENER Erdal, Denetçi Yardımcıları Eğitim Notu, Şubat-2001, bkz. “Denetim Kavramı”

5 ÖZER M..Akif, Parlamentolar ve Denetim Fonksiyonları, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der33m2.pdf>, s.35.

6 GÜNEŞ Turan, Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İ.Ü.H.F. Yayını-1956, s.71; GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa-2011, s.348, 349.

7 GÜNEŞ Turan, a.g.e. s.71.

8 T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 19.04.1961, C.2, s.467 www.tbmm.gov.tr/tutanak

9 GÜNEŞ Turan, a.g.e. s.75.

rumluluktur” demiştir. Bir başka deyişle, “yasama organının güvenini kaybeden bir hükümetin veya bakanın çekilmek zorunda kalmasıdır”.¹⁰

Bu tanımları çoğaltmak mümkündür. “Siyasi sorumluluk”la ilgili bu tanımlardan şu sonuca varıyoruz: Siyasi sorumluluktan bahsedilebilmesi için bir siyasi denetimin olması gerekir. Bir denetimden bahsedilebilmesi için de, ortada denetime esas olacak bir ölçütün bulunmalıdır. Burada “hükümetin genel siyasetinden hangi halde sorumlu olunacağı” sorusu, denetimin uygunluk ölçütünü teşkil etmektedir. Sonuç olarak, yukarıda ortaya konulan verilerin ışığında bir tanım yapacak olursak, siyasi denetim yasama organının, yürütme organını devlet yönetimine ilişkin olarak gerek bireysel ve gerekse kolektif şekilde ortaya koyduğu faaliyetlerinden dolayı her aşamada, hükümetin genel siyasetine uygunluğu açısından denetlemesidir.

III. Yasama Organının Yürütme Organını Siyasi Denetiminin Kuvvetler Ayrılığı Prensibi Açısından Değerlendirilmesi

Bilindiği gibi “kuvvetler ayrılığı” prensibi, yasama, yürütme ve yargı erklerinin ayrı organlarda, ellerde bulunması anlamına gelmektedir. Kuvvetler ayrılığı prensibi beraberinde çeşitli hükümet sistemlerinin meydana çıkmasına neden olmuştur. Ancak bu hükümet sistemlerinin meydana çıkmasında etkili olan kuvvetler, yasama ve yürütme kuvvetleridir. Yargı kuvvetinin bu konuda bir etkisi söz konusu olmamıştır. İşte bu -yasama ve yürütme-kuvvetlerinin aynı ya da farklı ellerde olması, çeşitli hükümet sistemlerinin doğmasına neden olmuştur. Bazı devletler “kuvvetler ayrılığı” ilkesine yer vermeyip, yasama ve yürütme kuvvetlerini yasamada ya da yürütmeye toplamışlardır. Bazı devletler “kuvvetler ayrılığı” ilkesine çok sert bir şekilde yer vermişlerdir. Bazı devletler ise, bu ayrılığa kesin bir şekilde yer vermeyip daha ılımlı bir yol izlemişlerdir. Bu da bilindiği gibi “kuvvetler birliği”, “kuvvetler ayrılığı” ve “kuvvetlerin işbirliği” rejimlerini ortaya çıkarmıştır. Tabii ki, bu tercihlerin “siyasi denetim” müessesesinin işleyişine de etkileri olmuştur.

Dolayısıyla siyasi denetim müessesesinin bu tercihlere göre çeşitli hükümet sistemleri açısından değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

1. Kuvvetler Birliği Açısından

Anayasa hukukunda yasama, yürütme ve yargı işlevlerinin organik bakımdan aynı organda iki veya daha fazla işlevin birleştirilmesine “kuvvetler

¹⁰ ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara-2010, s.341, 342.

birliği rejimi” denir. Burada kuvvetlerin ayrılmasına yer verilmemekte, kuvvetler tek bir organ elinde toplanmaktadır. Bu organ ya yürütme organıdır ya da yasama organıdır. Bu organ, tek kişiden veya bir heyetten oluşmuştur. Tek kişiden oluşmuş ise, bu tür rejimlere “diktatörlük” veya "mutlak monarşi" denir.¹¹ Mutlak monarşilerde bütün salâhiyetler hükümdarda toplanır. Hükümdar yürütme organı sayıldığından burada kuvvetlerin yürütme organında toplandığından bahsedilir.¹² Bu tek kişi yasama, yürütme ve yargı yetkilerini elinde bulundurur. Bu sistemde hükümdar, yürütme faaliyetini gerçekleştirecek görevliler tayin edebilir ve bu görevlileri istediği zaman da, azledebilir. Bu görevliler, her türlü faaliyetlerinden dolayı hükümdara karşı sorumludurlar. Bu sorumluluğun kapsamına siyasi sorumlulukta girmektedir.¹³ Çünkü hükümdarın belirlediği genel siyasete uygun faaliyette bulunmayan yürütme organı mensuplarının görevlerine hükümdar tarafından son verilir. Görüldüğü gibi burada kabinenin hükümdara karşı bir siyasi sorumluluğu dolayısıyla yine yürütme organı olan kral tarafından yapılan bu siyasi denetim, bir iç denetim niteliğindedir.

Şayet bu organ bir kişiden değil de, halk tarafından seçilmiş bir heyetten, yani meclisten oluşmuş ise, bu tür yönetimlerde meclis sahibi olduğu yasama yetkisinin yanında yürütme yetkisini de uhdesinde bulundurmaktadır. Bunlara “konvansiyon” ya da "meclis hükümeti sistemi" denilmektedir. Bu sistemde de, yürütme faaliyetinin yasama organı tarafından bilfiil gerçekleştirilmesi imkansız olacağından bu işlevi gerçekleştirecek bir heyete ihtiyaç duyulmuştur. Ülkemizde bu hizmet, 1921 Anayasamızın ifadesi ile "icra heyeti üyeleri" vasıtasıyla gerçekleştirilmiştir. Bu sistemde her ne kadar bu faaliyet ayrı bir heyet tarafından gerçekleştirilse de, ayrı bir organ niteliğinde değildir. Yine bu sistemde icra heyetinin kendine has bir hükümet programı ve bir siyaseti yoktur.¹⁴ Burada yürütme faaliyeti meclisin belirlediği esaslar (siyaset) çerçevesinde gerçekleşecektir. Dolayısıyla burada icra heyetinin bağımsız bir yürütme yetkisi olmadığından ayrı bir yürütme organı gibi mütalâa edilmesi imkansızdır. Bu nedenle ancak yasama organının belirlediği genel siyasete uygun davranıp davranmadığının denetimi meclis tarafından yapılmaktadır. Bu da, bir iç denetim niteliğindedir. Ancak burada denetleyen yukarıda belirttiğimiz gibi yürütme organı değil, yasama organıdır. Dolay-

11 GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Bursa -2011, C.II, s.553.

12 GÖZLER, a.g.e., C.II, s.553.

13 ARSEL İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara 1955, s. 341.

14 GÖZLER, a.g.e. , C.I, s. 559.

sıyla da, bu bir siyasi denetim olmakla beraber, hiçbir zaman yasamanın yürütme üzerindeki siyasi denetimi olarak değerlendirilemez.

Bunlar arasında hükümet şekli itibariyle farklılıklar olmakla birlikte, yasama-yürütme ilişkileri açısından şu ortak özellikler söz konusudur: Her ikisinde de, yasama-yürütme tek bir organın elindedir. Yani bu organ ister tek kişi, ister meclis olsun her ikisinde de, yürütme ciddi bir denetim altındadır. Her iki durumda da, yürütme faaliyetleri kişi veya meclis tarafından denetlenmektedir. Bu denetim ayrı bir organ tarafından yapılmadığı için buna bir iç denetim denilebilir.

2. Kuvvetler Ayrılığı Açısından

Bu rejimlerde ne yasama yürütmeyi ne de yürütme yasamayı denetleyebilir. Aralarında kesin çizgiler mevcuttur. Buna başkanlık sistemi diyoruz. Örnek olarak da, Amerika Birleşik Devletlerini verebiliriz.

Başkanlık sisteminde kuvvetler ayrılığı rejimi, parlamenter sistemdekine oranla daha serttir. Yürütme ve yasama ayrı ayrı halk tarafından seçilir ve seçildikten sonra birbirlerinin hukuki varlıklarına son veremezler. Amerika Birleşik Devletlerinde yürütme tek kişidir. Tüm yürütme organı üyelerinin Başkana karşı sorumluluğu olmakla beraber, Başkanın yasamaya karşı sorumluluğu yoktur. Bununla beraber, Birleşik Devletler Anayasasının 1. maddesinin III. kısmında belirtildiği gibi, yasama organı, yürütme organına karşı "meclis araştırması", "İmpeachment" (yasama organına karşı başkanın cezai sorumluluğu), gibi denetim vasıtaları vardır. Ancak bu denetim vasıtalarından "İmpeachment" cezai nitelikte olduğu için bizim, "siyasi sorumluluğa" ilişkin konumuzun sınırı dışındadır. Burada parlamenter sistemdekine benzer şekilde, siyasi denetimin en önemli aracı olan "güvensizlik önergesi" verme imkanının bulunmaması, Başkanlık sisteminde yasamanın yürütmeyi siyasi denetiminin olmadığı en iyi işaretidir. Her ne kadar bu sistemde bakanların başkana karşı sorumluluğu bulunsun da, burada yürütme sadece başkandan ibaret olduğu için, bu sorumluluk ilişkisi "yasama-yürütme" arasında olmayıp, yürütme ile idare arasındaki bir ilişkidir. Bu nedenle hiç bir şekilde siyaseten sorumlu tutularak yürütme organının, yani başkanın seçim dönemi gelmeden görevine son verilemez. Bu da başkanlık sisteminde "yasamanın yürütmeyi siyasi denetiminin" olmadığını gösterir. Çünkü siyasi denetimin en önemli yaptırımı, "görevden düşürülme"dir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu sistemde de bir hükümet siyaseti söz konusudur ve bunun yegane belirleyicisi başkandır. Ancak başkanın bu faaliyetini gerçekleştirirken, "Executive Office of the President" adlı "Başkanın Yürütme Ofisi"nden ciddi derecede destek aldığı bir gerçektir. Fakat bu ofis istişari nitelikte destek verdiği için,

sonuçta yine genel siyaseti belirleme başkanın yetkisindedir. Başkan bundan dolayı da doğrudan halka karşı siyasi yönden sorumludur.¹⁵ Yani yasama organına karşı başkanın herhangi bir siyasi sorumluluğu söz konusu değildir.

3. Kuvvetlerin İşbirliği Açısından

Kuvvetler arasında ayrılık olmakla beraber, birinin diğerine üstün olmadığı, aralarında eşitlik ve dengenin esas olduğu, birbirine muhtaç ve birbirinin yardımcısı durumunda bulunan, kuvvetlerin ayrılıklarını koruyarak dayanışma içinde olduğu rejimdir. Buna “kuvvetler iştiraki rejimi” veya “yumuşak kuvvetler ayrılığı” denilmektedir. Bunun yegane örneğinin parlamenter sistem olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bugün parlamentarizmin olumsuz yanlarını gidermek amacı ile bazı revizyonlar yapılarak “rasyonelleştirilmiş parlamentarizm” ve “yarı başkanlık sistemi” isimli iki yeni parlamentarizm türü daha ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla konumuzun bu iki farklı açıdan da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Parlamenter sistemde, kuvvetler ayrılığı olmakla birlikte karşılıklı işbirliğine dayalı bir yönetim söz konusudur. Parlamenter rejim parlamentolu rejim değildir. Bir rejimin parlamenter rejim olabilmesi için yasama yürütme arasında yumuşak bir kuvvetler ayrılığı ve yasama-yürütme organları arasında eşitlik ve denge prensibine dayalı bir denetimin bulunması gerekmektedir. Bu sistemde yürütme, birisi sorumsuz cumhurbaşkanı ve diğeri sorumlu hükümet olmak üzere iki başlıdır. Sistemin uygulandığı belli başlı ülkeler, İngiltere, İtalya, Almanya ve Türkiye’dir. Parlamenter sistemin konumuzla ilgili olan kısmına baktığımızda, parlamenter sistemde, yasamanın yürütmeyi denetiminin en önemli aracı “güvensizlik önergesi”dir. Çünkü bu önerge sonucunda siyasi denetimin yaptırımı olan bakanın veya hükümetin düşürülmesi söz konusu olacaktır. Bu da, parlamenter sistemde, yasamanın yürütmeyi siyasi denetiminin olduğuna işaret etmektedir.

Gerek ülkemizde ve gerekse başka ülkelerde bu sistem nedeniyle görülen hükümet krizlerini önlemek, hükümet istikrarını sağlamak amacı ile bir takım önlemler alınmış ve bu önlemleri içeren parlamentarizme “rasyonelleştirilmiş parlamentarizm” denilmiştir. “Rasyonelleştirilmiş parlamentarizm”, parlamenter sistemlerde hükümete istikrar ve etkinlik kazandırmak için düşünülmüş birtakım usüllere yer veren bir parlamentarizm türüdür. Bu nedenle bazı yazarlar rasyonelleştirilmiş parlamentarizmi, sağlam bir parlamento çoğunluğuna dayanmayan hükümete istikrar ve etkinlik kazandır-

¹⁵ GÖZLER, a.g.e. , C.II, s. 25.

maya yönelik hukuk kurallarının bütünü olarak tanımlamaktadır.¹⁶ 1949 Alman Anayasası, 1958 Fransız Anayasası ve 1982 Türk Anayasası rasyonelleştirilmiş parlamenterizm araçlarına yer veren örnek anayasalardır.¹⁷ Bu önlemlerin konumuzla ilgili olan kısmı, güvensizlik önergesinin, Anayasamızda ve Fransız Anayasasının 49/2. maddesinde belirtildiği gibi, belli sayıdaki üyeler tarafından verilmesi ile sınırlandırılması, 1949 Alman Anayasasının 67. maddesine göre, Bundestag’ın (Millet Meclisinin), Başbakanı güvensizlik oyuyla düşürebilmesi için üyelerinin çoğunluğu ile yeni bir Başbakan seçmesi gerekeceği, yeni bir Başbakan seçmedikçe, Bundestag ta (Millet Meclisinde) hangi çoğunluk toplanırsa toplansın Başbakanı düşüremeyeceği, yine 1949 Alman Anayasasının 68. maddesi Başbakan tarafından istenen bir güven oyu, Bundestag tarafından reddedilirse, Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanının Bundestag’ı feshetme yetkisi bulunmasıdır.¹⁸ Bütün bu düzenlemeler sonuçta yasamanın yürütmeyi siyasi denetimini zorlaştırmaktadır. Bu da, “rasyonelleştirilmiş parlamentarizmin”, “parlamentarizme” oranla yasamanın yürütmeyi siyasi denetimini zorlaştırdığını ortaya koymaktadır. Görüldüğü gibi yasamanın yürütmeyi siyasi denetimi gerçek anlamda sadece parlamenter sistemde bulunmaktadır.

Her ne kadar adı “yarı başkanlık sistemi” olsa da parlamenter sistemin tüm özelliklerini taşıyıp, sadece cumhurbaşkanının seçimi konusunda farklılık göstermesinden dolayı bu sisteme “başkanlık sistemini” esas alarak isim verilmesi doğru değildir. Hatta bu konuda bu sisteme “yarı parlamenter sistem” diyen yazarlarda bulunmaktadır.¹⁹ Bu tartışma konumuzun dışında olduğundan üzerinde daha fazla durmayı uygun bulmuyoruz. Ancak konumuzla ilgili olan kısmına baktığımızda, burada sadece cumhurbaşkanının halk tarafından seçimi söz konusudur. Bunun dışında konumuz açısından sistemin getirdiği bir değişiklik söz konusu değildir. Dolayısıyla bu sistemde yine “parlamenter sistem” veya “rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemin” diğer kurallarını aynen uyguladığından, konumuz açısından değerlendirilmesine lüzum görülmemiştir.

¹⁶ GÖZLER, a.g.e. C.I, s.621.

¹⁷ GÖZLER, a.g.e. , C.I, s.622.

¹⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2011, s. 41.

¹⁹ GÖZLER, a.g.e., s.296

4. Sonuç

Yukarıda görüldüğü gibi bakanların faaliyetlerinin belirlenen genel siyasete uygunluk açısından yapılan siyasi denetim bütün sistemlerde bulunmakta, ancak bu denetimde denetleyenler değişiklik göstermektedir. Monarşide hükümdar, meclis hükümeti sisteminde meclis, başkanlık sisteminde başkan ve parlamenter sistemde de parlamentodur. Hükümetin genel siyasetinin belirlenmesi açısından siyasi denetim ise, sistemler arasında farklılıklara neden olmuştur. Monarşide hükümetin genel siyasetini belirleyen hükümdardır ve bundan dolayı kimsenin tasvibine ihtiyacı bulunmamaktadır. Bunun irdelenmesi de, imkansızdır. Dolayısıyla monarşide bu anlamda bir siyasi denetim olmadığı gibi kuvvetler tek elde toplandığı için yasamanın yürütmeyi siyasi denetiminden ise, hiç söz edilemez. Meclis hükümeti sisteminde hükümetin genel siyasetini belirleyen meclis millete karşı sorumlu olduğundan millet bu konudaki tavrını ancak yasama dönemi sonunda ortaya koyabilmekte ve dönem içerisinde denetim imkanı bulamamaktadır. Ancak bu denetim belirginlik arz etmemektedir. Çünkü yasama dönemi sonunda halkın tepkisinin, yasama ya da yürütme faaliyetlerinden hangisine ilişkin olduğu belli değildir. Dolayısıyla meclis hükümeti sisteminde sağlıklı olmasa da, bu anlamda bir siyasi denetim olduğu açıktır. Ancak kuvvetler tek elde toplandığı için, yasamanın yürütmeyi siyasi denetiminden söz edilemez.

Başkanlık sisteminde de, hükümetin genel siyasetini belirleyen Başkan, meclis hükümeti sisteminde olduğu gibi millete karşı sorumlu olduğundan millet bu konudaki tavrını ancak başkanın seçim dönemi sonunda ortaya koyabilmekte ve bu dönem içerisinde denetim imkanı bulamamaktadır. Ancak ikisi arasındaki fark, meclis hükümetinde halkın yasama organına gösterdiği tepkinin yasama ya da yürütme faaliyetlerinden hangisine ilişkin olduğu tespit edilemezken, başkanlık sisteminde gösterilen tepkinin yürütme faaliyetine ilişkin olduğu kesindir. Burada da, yine bir siyasi denetimin olduğu açıktır. Ancak bu denetimin yasama organı tarafından yapılmadığı ortadadır. Bu nedenle bu denetime, yasamanın yürütmeyi siyasi denetimi diyemeyiz. Parlamenter sisteme geldiğimizde hükümetin genel siyasetinin yürütme organı tarafından belirlendiği açıktır. Bunun denetim için yasama döneminin bitmesi beklenmemekte ve yasama organı dilediği zaman bu denetimi gerçekleştirebilmektedir. Dolayısıyla bu sistemde hem hükümetin genel siyasetine uygunluk denetimi yapılabilen ve hem de bu denetimi yasama organı yaptığı için yasamanın yürütmeyi denetiminden söz edilebilmektedir. Konumuz “Türkiye’de Yasamanın Yürütmeyi Siyasi Denetimi” olduğu ve ülkemizde de, parlamenter sistem uygulandığından, çalışmamızın bundan sonraki kısımlarını parlamenter sistemi esas alarak açıklamaya çalışacağız.

IV. “Yasama Organının Yürütme Organını Siyasi Denetimi” İfadesinin Kapsamı

“Yasama organının yürütme organını siyasi denetimi” ifadesi, yasama organının tüm yürütme organını siyasi yönden denetimini içerdiği anlamına gelmektedir. Oysa bu ifade ile anlatılmak istenen, yasama organının Bakanlar kurulunu denetimidir.

Bilindiği gibi yasama organının yürütme organını denetiminin söz konusu olabilmesi için, yasama ve yürütme organlarının birbirinden ayrı olması ve birbirleri ile de, karşılıklı ilişkilerinin bulunması gerekmektedir. İşte bu hükümet modeline, yukarıda belirttiğimiz gibi “parlamenter sistem” denilmekte ve kuvvetler arasındaki işbirliğine dayanmaktadır. Ülkemizde geçerli olan hükümet sistemi bu sistemdir. Bu sistemde, yani parlamenter sistemde bulunması gereken şartlardan birisi, yürütmenin iki başlı, yani düalist yapıda olmasıdır.²⁰ Buna göre yürütme organı devlet başkanı ve Bakanlar Kurulundan oluşmaktadır. Burada devlet başkanı monark olabileceği gibi cumhurbaşkanı da olabilir. Ülkemizde yönetim şekli cumhuriyet olduğu için Anayasamızın 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirileceği ifade edilerek, parlamenter sistemin esaslarından birisi olan, iki başlı yürütme prensibine yer verilmiştir.²¹ Böylece bizim hukukumuzda “yürütme” denildiğinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu birlikte anlaşılır.

Dolayısıyla çalışmamızda “yasama organının yürütme organını siyasi denetimi” ifadesi, sanki yasama organının yürütme organının siyasi denetiminin kapsamına Cumhurbaşkanını da alıyormuş kanaati vermektedir. Oysa bu denetimin muhatabı, kolektif sorumluluk gereği Bakanlar Kurulu ve bireysel sorumluluk gereği de, bireysel olarak her bir bakandır. Cumhurbaşkanı bu sorumluluğun kapsamı dışındadır. Çünkü parlamenter sistemin diğer bir şartı da, “Cumhurbaşkanının siyasi sorumsuzluğunun” bulunmasıdır.²² Bizim Anayasamızda da, 105/I, II maddesi ile Cumhurbaşkanının müşterek kararlarından ilgili bakan ve başbakanın sorumlu olacağı, tek başına yaptığı işlemlerden dolayı ise, hiçbir yargı organında dava açılmayacağını beyan ederek bu şarta yer verdiğini göstermiştir. Bütün bunlar Cumhurbaşkanının siyaseten sorumlu tutulamayacağını göstermektedir. Bu da, “yasama organı-

20 GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2011, s. 294.

21 GÖZLER, a.g.e. , s. 288.

22 GÖZLER, a.g.e. , s. 328; Ayrıca, ATAR Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, 2009, s. 269.

nın yürütme organını siyasi denetimi” ifadesinin kapsamına Cumhurbaşkanının girmediğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle “yasama organının yürütme organını siyasi denetimi” ifadesi, sadece Bakanlar Kuruluna yöneliktir. Dolayısıyla, “yasama organının yürütme organını siyasi denetimi” yerine, “yasama organının hükümeti siyasi denetimi” ifadesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu yerleşik ifadeden de, vazgeçilemeyeceğini tahmin ettiğimizden, hiç değilse bu ifade kullanılsa bile, bu ifadeden “yasamanın hükümeti siyasi denetiminin” anlaşılması gerektiğinin altını çizmeyi gerekli gördük.

V. Yasama Organının Yürütme Organını Siyasi Denetiminin Amacı ve Önemi

Her faaliyetin iyi veya kötü bir amacı bulunmaktadır. Amaçsız hiçbir faaliyet söz konusu değildir. Dolayısıyla yasamanın da yürütmeyi siyasi denetiminin bir amacı vardır.

Siyasi denetim, yasamanın yürütmeyi denetiminin bir yönünü oluşturduğundan yasamanın yürütmeyi denetimindeki genel amaç burada da geçerlidir. Bilindiği gibi yasamanın yürütmeyi denetimi parlamenter sistemin ürünüdür. Bu konuda, parlamentonun hükümeti denetiminin, ilk gelişme safhalarındaki gayesi, icra organını emrinde bulunduran kralın, keyfi davranmaya müsait olması nedeniyle, bu keyfiliğini önlemektir. Daha sonra bu amaç günümüze kadar intikal etti. Böylece siyasi denetimin genel amacı, yürütme yetkisini elinde bulunduranların keyfiliğini önlemektir. Ancak bugün, bu yürütme yetkisi o güne kadar takdiri ve sınırsız bir yetki olmayıp, sınırlandırılmış bir yetkidir. Ülkemizde Anayasanın 8. maddesinde belirtildiği gibi, anayasa ve kanunlar çerçevesinde kullanılan bir yetki haline gelmiştir. Yani yürütme yetkisi artık kurallarla sınırlı bir yetkidir. Dolayısıyla yürütme “yetki ve görevi” yürütme gücünü elinde bulunduranların keyfince kullanabileceği bir yetki olmaktan çıkmıştır. Ancak kurallarla çevrili yetkinin, bu kurallara uygun olarak, kamunun isteği istikametinde ve kamusal yarar gözetilerek kullanılıp kullanılmadığının, kısaca uygulamanın nasıl olacağının kontrolü de, denetime ihtiyaç göstermektedir. Bunlardan yürütme yetki ve görevinin belirlenen kurallara uygun yürüyüp yürümediğinin denetimi, öncelikle hukuki denetimin konusudur. Ancak kamunun isteği istikametinde ve kamusal yarar gözetilerek kullanılıp kullanılmadığının denetimi ise, siyasi nitelikte olduğundan siyasi denetimin konusuna girmektedir. İşte günümüzde siyasi denetim bu noktada gereklidir.

Buradan hareket edildiğinde siyasi denetimin özel amacı ise, yürütme faaliyetlerinin hükümetlerin genel siyasetlerine uygun olup olmadıklarının

denetlenmesidir. Bunun yanında, hükümetin genel siyasetinin de kamunun yararını gözetmesi ve toplumun ekseriyetinin arzusunu yansıtmaya gerektiği düşünüldüğünde, bu iki önemli amacın da, siyasi denetimin görünmeyen özel amaçları olduğu söylenebilecektir.

Kısaca, siyasi denetimin “kuvvetler ayrılığından” ve ona bağlı “Parlamentar sistemden” gelen bir **genel amacı**, “hükümetin genel siyasetine” uygun davranma zorunluluğundan kaynaklanan **görünen özel amacı** ve hükümetin genel siyasetinin de, kamu yararını ve toplumun ekseriyetinin arzusunu esas alma mecburiyetinden kaynaklanan bir **görünmeyen özel amacı** bulunmaktadır.

İşte bunun izlenmesi, kullanılan bu yetkinin, bu sınırlara uyup uymadığının, yani hukuki, siyasi ve mali kurallara, yukarıda sayılan amaç ve esaslara uygunluğunun denetlenmesi gerekmektedir. Yapılan bu denetim, her ne kadar yürütme faaliyetlerinin, konulmuş olan kurallara ve yukarıda sayılan amaçlara uygun olarak cereyan etmesini sağlamayı amaçlasa da, sonuç itibarıyla yürütme organının keyfilikliğini önleme amacına yöneliktir.

İşte bu temel amaçtan hareket edildiğinde, yasamanın yürütmeyi denetimi, kuvvetler ayrılığı, dolayısıyla parlamentarizm açısından çok büyük öneme sahiptir. Çünkü bu denetim faaliyeti, kuvvetler arasında dengeli bir işbirliğini esas alan parlamenter sistemin, en önemli denge aracıdır. Bununla parlamento, hükümeti millet adına denetleyebilmekte ve gerektiğinde güvensizlik oyu ile de düşürebilmektedir. İşte bu parlamenter sistemin temel şartıdır.²³ Bu parlamenter sistemi başkanlık sisteminden ayıran en önemli özelliklerden birisidir. Bu bakımdan siyasi denetim, görmezden gelinemez bir öneme sahiptir.

Siyasi denetime yukarıda belirttiğimiz özel amacı açısından bakıldığında, siyasi denetim, yürütmenin faaliyetlerinin siyaseten denetimidir. Siyaset, yine yukarıda belirttiğimiz gibi “sevk ve idare etmek” demektir. İyi bir sevk ve idare anlayışı ise, fert ve toplumun menfaatlerini esas almakla birlikte, ferdin ve kamunun yararlarını dengeli bir şekilde gözeterek ihtiyaçları karşılamaya çalışan anlayıştır. İşte bunun sağlanması amacı ile de yürütme kendisine bir yol belirler. Buna hükümetin genel siyaseti denilmektedir. İşte hükümetin bir genel siyaset belirlemesi ve faaliyetlerini bu çerçevede yürütmesi, yürütme organının faaliyetlerinin bir ahenk içerisinde yürütülmesi için gereklidir. Bu da, yönetimde istikrarı, beraberinde verimliliği, o da kamu yararını en üst düzeye taşıyacaktır. Sonuç olarak da, kamunun yararı daha da

²³ ÖZBUDUN, a.g.e., s. 349; GÜNEŞ, a.g.e., s. 57.

gözetilmiş olacaktır. İşte yürütmenin faaliyetlerinin bu yönü ile denetimi siyasi denetimin konusudur. Dolayısıyla burada yapılan siyasi denetim, hem keyfiliğin önlenmesi, hem azami faydanın sağlanması ve hem de kamu yararının gerçekleştirilmesi açısından önem taşımaktadır.

Bunun yanında yürütme organının faaliyetlerini gerçekleştirebilmesi için geniş yetkiler kullandığı bir gerçektir. Yürütme faaliyetleri için bazı yetkiler kullanılıyorsa, bu doğal olarak sorumluluğu da, beraberinde getirmelidir. Eski ifade ile “yetki sorumluluk mesabesinde”dir”. Buna yetki ve sorumluluk dengesi denilir. Aksi halde parlamenter sistemde Cumhurbaşkanının yanına birde sorumsuz bir hükümet eklenmiş olur.

Ayrıca siyasi denetimin kapsamının genişliği, yer yer yürütmenin hukuka aykırı faaliyetlerini de içine alması, bir anlamda hukuka uygunluk denetimi de yaptığının işaretidir. Bu yönü itibariyle bu denetimin hukuk devletinin devamlılığına katkısı, onun hukuk devleti ilkesi açısından da önem taşıdığını göstermektedir.

Siyasi denetimin 1961 Anayasasının müzakeresi esnasında ortaya konulan önemi ise, Prof. Dr. Turan Güneş’in, “... mecliste ekseriyeti elinde bulduran parti veya partiler hükümeti kurarlar. Bu siyasi mesuliyetin icabıdır... siyasi mesuliyet bağı hükümet ile meclis ekseriyeti arasında bir ayniyet bağıdır... modern esas teşkilat hukukunda siyasi mesuliyet ve bunun tecelli şekli olan gensoru ve güven meselesi, kötü bakanları veya beceriksiz bakan veya hükümetleri işbaşından uzaklaştırmaktan ziyade, **hükümetlerin meclis ekseriyeti ile aynı fikirde, aynı ruhta olmasını sağlayan mekanizmadır**”²⁴ şeklindeki ifadelerinden, bu müessesenin, hükümet ile millet ekseriyetinin meclisteki tecellisi olan parlamento çoğunluğu arasında mutabakat bulunup bulunmadığının bir sağlaması, bir testi olduğu anlaşılmaktadır. Bu müessese sayesinde hükümet arkasında parlamento desteği olup olmadığını görecektir ve ona göre tavır takınacaktır. Bu nedenle siyasi denetim demokratik açıdan da çok büyük önem taşımaktadır.

VI. Yasama Organının Yürütme Organını Siyasi Denetiminin Tarihi Seyri

Yasamanın yürütmeyi siyasi denetimi, kökü itibariyle İngiltere’de cezai sorumluluğun bir gelişimi sonucu ortaya çıkmıştır.²⁵ Çünkü bakanlar cezai

²⁴ T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 19.04.1961, C.2, s.467 www.tbmm.gov.tr/tutanak

²⁵ GÜNEŞ, a.g.e. , s.72.

sorumluluktan kurtulmak için çekilmeyi tercih etmişler, böylece cezai sorumluluk içerisinde zamanla siyasi sorumluluk doğmuştur.

Anayasa hukukumuz açısından tarihi seyrine baktığımızda bu faaliyet devletin temel organları arasında cereyan eden bir ilişki olması sebebiyle anayasal düzeyde ele alınmıştır. İlk yazılı anayasamız 1876 tarihli Kanun-i Esasi olduğu için, konunun bu tarihten itibaren ele alınması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

1. 1876 Kanun-i Esasi’de

1876 Kanun-i Esasi döneminde, 1909 değişikliğinden önce bakanların meclis karşısında siyasi sorumluluğu söz konusu olmayıp, **“Vükelâyı Devlet memuriyetine müteallik ahval ve icraattan mesuldür”**.²⁶ hükmü ile 1876 Kanun-i Esasinin 30. maddesinde sadece Padişaha karşı sorumlulukları yer verilmiştir. Tabii ki, bu dönemde devletin genel siyaseti bulunmakta ve bu siyaset bakanlar vasıtası ile yürütülmekteydi. Madde metninde yer alan “... icraattan mesuldür” ifadesi, kanaatimizce bu noktaya işaret etmektedir. Bu dönemde de, icraatından memnun olunmayan bakan Padişah tarafından azledilmekteydi. Bu da, bize bu dönemde kolektif olmasa da bireysel sorumluluğun olduğunu göstermektedir. Yine kanaatimizce bu sorumluluk, siyasi bir sorumluluk idi ve padişahın bu denetimine de, siyasi denetimden başka bir şey denilemezdi.

Ancak daha sonra 1909 değişikliği ile bakanlar kurulunun Meclis-i Mebusan’a karşı siyasi sorumluluğu kabul edilmiştir. Böylece hukukumuzda, yürütme organının yasama organına karşı siyasi sorumluluğu ilk olarak bu Anayasa değişikliğinden itibaren başlamıştır.²⁷ 1876 tarihli Kanun-i Esasi’nin 1909 tarihinde değiştirilen 30. maddesine göre, **“vekiller hükûmetin siyaset-i umumîyesinden müstereken ve daire-i nezaretlerine ait muamelattan dolayı münferiden Meclis-i Mebusana karşı mesuldürler...”**.²⁸ Bu surette bakanların kolektif ve bireysel sorumluluklarına açıkça yer vermiş; bakanların (vükela) hükûmetin genel politikasından “kolektif olarak (müstereken)”, kendi bakanlıklarındaki işlerden ise, “bireysel olarak (münferiden)” sorumluluğu kabul edilmiştir. Ayrıca 1876 Anayasasının 38. maddesinde mevcut olan gensoru müessesesi, **“İstizahı madde için Vükelâdan**

²⁶ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref - KİLİ Suna, Türk Anayasa Metinleri, Ankara-1957, s.28.

²⁷ TÜLEN Hikmet, Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Sorumluluğu Ve Meclis Soruşturması, Konya-1999, s.40.

²⁸ GÖZÜBÜYÜK - KİLİ, a.g.e., s.71.

birinin huzuruna Meclisi Mebusanda ekseriyetle karar verilerek davet olundukta ya bizzat bulunarak yahut maiyetindeki rüesayı memurinden birini göndererek irad olunacak suallere cevap verecek yahut lüzum görür ise, mesuliyet üzerine alarak cevabının tehirini talep etmek hakkını haiz olacaktır. Netice-i istizahta Heyeti Mebusanın ekseriyeti arası ile hakkında ademi itimat beyan olunan nazır sakıt olur. Reisi vükelâ hakkında ademi itimat beyan olduğu halde Heyeti Vükelâ hep birden sukut eder²⁹ şeklindeki 1909 değişikliğiyle, bugünkü anlamda gensoru müessesesine dönüştürülmüş ve böylece ilk defa gensoru müessesesi ihdas edilerek³⁰ siyasi denetimin yaptırımını anayasada yer almıştır.

2. 1921 Teşkilat-ı Esasiyye Kanunu'nda

1921 Teşkilat-ı Esasiyye Kanunu döneminde her ne kadar yeni bir anayasa yapılırsa da 1876 tarihli Kanun-i Esaside yürürlükten kaldırılmamıştır.³¹ 1876 tarihli Kanun-i Esasi, 1924 Teşkilat-ı Esasiyye Kanunu'nun 104. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu süre zarfında Kanun-u Esasinin 1921 tarihli Anayasamızla çelişmeyen hükümleri yürürlüğünü korumuştur. Hatta bu durum Meclis İç Tüzüğü için de geçerlidir. Ancak bütün bunlarla beraber bu anayasa ile konumuz açısından getirilen en önemli yeniliklerden birisi, yürütme ve yasama kuvvetlerinin meclis elinde toplandığı bir meclis hükümeti sistemi kurulmuş olmasıdır. Bu sistemde bakanların tek tek meclis tarafından seçileceği ve gerektiğinde görevden alınacağı 1921 Teşkilatı Esasiyye Kanunu'nun 8. maddesinde ifade edilmiştir.³² Burada görüldüğü gibi kuvvetlerin bir elde toplanmış olması, konumuz anlamında yani organlar arası bir siyasi denetime imkan vermemekle beraber, bakanların bireysel olarak yasama organına karşı sorumlu oldukları da, bir gerçektir. Tabiatıyla bu sorumluluk evveleminde parlamento tarafından belirlenen genel siyasetin yürütülmesine ilişkin olacaktır. Bunun en açık delili de, Kanun-u Esasi'nin yürürlüğü devam eden 38. maddesi ve değiştirilmiş Osmanlı Meclis-i Mebusan İçtüzüğü'nün 117 ila 126 ncı maddeleri uyarınca milletvekillerinin Vekiller Heyetinden istizah olunmasına dair verdikleri 62 adet istizah takrirleri yani gensoru önergeleridir.³³ Bütün bunlar bu dönemde de, yasama ve yü-

²⁹ GÖZÜBÜYÜK - KİLİ, a.g.e., s.71-72.

³⁰ ATLAY Kamil, "Türk Parlamento Hukukunda Gensoru", Yasama Dergisi 16, s.66.

³¹ ÖZBUDUN, a.g.e. s.28

³² GÖZÜBÜYÜK - KİLİ, a.g.e. s.86.

³³ ATLAY, a.g.m., s.69,70.

rütme organları ayrı olmasa da siyasi denetimin devam ettiğini göstermektedir.

3. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nda

1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu dönemine gelindiğinde, bu dönem de 1924 Anayasası’nın 5 inci maddesinde yer alan, “Yasama yetkisi ve yürütme erki Büyük Millet Meclisinde belirir ve onda toplanır” hükmü, tam olarak meclis hükümeti sistemini ifade etse de, 7 nci maddenin “Meclis, yürütme yetkisini kendi seçtiği Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği Bakanlar Kurulu eliyle kullanır” hükmü, sistemi, parlamenter hükümet sistemine yaklaştırmaktadır. Ord. Prof. Dr. A. Fuat Başgil’in belirttiği gibi, bu dönemde uygulanan hükümet sistemi, 1921 Anayasası döneminde mutlak bir biçimde uygulanan meclis hükümeti sistemi ile günümüzün parlamenter sistemi arasında yer alabilecek “karma” bir sistemdir.³⁴ Görüldüğü gibi her ne kadar meclis içerisinde çıkarsa da, ayrı bir yürütme organı söz konusudur. Bununla beraber Anayasanın 7. maddesindeki, “Meclis, Hükümeti her vakit denetleyebilir ve düşürebilir” hükmü ile yasama organının yürütme organını her zaman denetleyebileceğine işaret etmiştir. Bu dönemde önceki dönemlerde olduğu gibi Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 46. maddesinde **“İcrâ Vekilleri Hey’eti Hükümetin umûmî siyasetinden müştereken mes’ûldür.**

Vekillerden her biri kendi salâhiyeti dairesindeki icrâattan ve maiyetinin ef’al ve muamelatından ve siyasetinin umûmî istikametinden münferiden mes’ûldür”³⁵ şeklindeki hüküm ile her ne kadar maddede “siyasi sorumluluk”tan bahsedilmese de, kullanılan “hükümetin genel siyaseti” ve “siyasetin umumi istikameti” ifadeleri siyasi nitelikte olduğundan, bu denetimin siyasi olduğu açıkça ortadadır.³⁶ Görüldüğü gibi yasama organının yürütme organını siyasi denetimine, bu dönemde de yer verilmiştir.

Bu dönemde tek partinin iktidarda olduğu 1931’den 1948’e kadar geçen sürede, Cumhuriyet Halk Fırkası içerisinde fikirlerin farklılaşması nedeniyle Demokrat Parti’nin kurucuları arasında yer alan Fuad Köprülü ve 15 arkadaşından şeker fiyatına yapılan zam dolayısıyla verilen gensoru önergesi dışında herhangi bir gensoru önergesi verilmemiştir. 1950’den itibaren artık Mecliste değişik partilerin yer aldığı ve iktidarın güçlü bir çoğunluğun des-

³⁴ BAŞGİL Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Fasikül I-II, Baha Matbaası, İstanbul, 1960, s. 442.

³⁵ GÖZÜBÜYÜK - KİLİ, a.g.e., s. 111.

³⁶ TÜLEN, a.g.e., s. 71; BALTA T. Bekir, Türkiye’de Yürütme Kudreti, S.B.F. Yayınları, Ankara-1960, s. 32.

teğini arkasına aldığı dönemde ise, (1950-60 arası) 22 adet gensoru önergesi verildiği görülmüştür.³⁷

4. 1961 Anayasası'nda

1961 Anayasası dönemine gelindiğinde ise, bu dönemde yasama ve yürütme kuvveti birbirinden ayrılarak, 1961 Anayasa tasarısının gerekçesinde kullanılan deyimle, “yumuşak kuvvetler ayrılığı”na geçilmiştir.³⁸ Yani parlamenter sistem kurulmuştur. Kuvvetler arasındaki bu yumuşak ayrılık, “siyasi denetim”in daha iyi işleyeceği ümidini ortaya koymuştur. Bu dönemde Anayasanın 104. maddesi ile siyasi denetim anayasal düzeyde dayanağını bulmuştur. Metin olarak buraya kadar yapılan düzenlemelerden fazla farklı olmamasına rağmen madde gerekçelerine bakıldığında, 1924'te meclise karşı sorumluluk esas alınırken, 1961'den sonra ise, Prof. Dr. Turan Güneş'in, “...mecliste ekseriyeti elinde bulunduran parti veya partiler hükümeti kurarlar. Bu siyasi mesuliyetin icabıdır... siyasi mesuliyet bağı hükümet ile meclis ekseriyeti arasında bir ayniyet bağıdır... modern esas teşkilat hukukunda siyasi mesuliyet ve bunun tecelli şekli olan gensoru ve güven meselesi, kötü bakanları veya beceriksiz bakan veya hükümetleri işbaşından uzaklaştırmaktan ziyade, hükümetlerin meclis ekseriyeti ile aynı fikirde, aynı ruhta olmasını sağlayan mekanizmadır...meclis ekseriyeti ne demektir? Vatandaş ekseriyeti demektir...” şeklindeki ifadelerinden, mecliste çoğunluğu olan partiye karşı yani toplumun çoğunluğunun isteğine karşı bir sorumluluk anlayışının hakim olduğu görülmektedir. Böylece çoğunluğu elinde bulunduran siyasi kadroya fırsat verilmektedir. Çünkü asıl siyasi sorumluluk seçmen önünde gerçekleşecektir.³⁹ İşte bu anlayışla düzenlenen siyasi sorumluluk nihayet 1982 Anayasası ile günümüze ulaşmıştır.

VII. Yasama Organının Yürütme Organını Siyasi Denetiminin Kapsamı

Yasama organının yürütme organını siyasi denetiminin kapsamı, karşımıza şu iki soruyu çıkarmaktadır: Birincisi, bu denetimin hangi konuda yapı-

³⁷ ATLAY, a.g.e., s.74.

³⁸ “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa tasarısı ve Anayasa- Komisyonu Raporu (5/7)”, (S. Sayısı 35), s. 4 (T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 30.03.1961, C. 2, s. 467, www.tbmm.gov.tr/tutanak).

³⁹ T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 19.04.1961, C.2, s.467 www.tbmm.gov.tr/tutanak

lacağı, ikincisi ise, kim ve/veya kimler üzerinde yapılacağıdır. Bu da, bize siyasi denetimin kapsamının, konu ve muhatapları olmak üzere iki açıdan ele alınması gerektiğini göstermektedir. Bu nedenle burada siyasi denetimin kapsamını önce konusu, sonra da muhatapları yönünden ele almaya çalışacağız.

1. Konusu Yönünden Kapsamı

Siyasi denetiminin kapsamına konu yönünden bakıldığında, ister bireysel olarak bakanların, isterse kolektif olarak Bakanlar Kurulunun, devlet yönetimine ilişkin olarak yaptığı faaliyetler, yani işlemler ve eylemler, ana hareket noktasını oluşturmaktadır.

Ancak bu faaliyetleri, Anayasamızın siyasi denetimi düzenleyen 112. maddesi biraz daha özelleştirmiştir. Anayasanın 112. maddesine baktığımızda, birinci fıkrada, “Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve **hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini** gözetir. **Bakanlar Kurulu, bu siyasetin yürütülmesinden birlikte sorumludur**” şeklindeki ifadeyle, Bakanlar Kurulunda yürütülmesi gereken bir genel siyasetin olması gerektiği anlaşılırken; maddenin “**Her bakan, ... ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur**” şeklindeki ikinci fıkrası ile bir genel sorumluluk getirilmiş, fakat bu sorumluluğun ne tür faaliyetlere ilişkin olacağı belirtilmemiştir. Buna rağmen her bakanlığın kuruluş ve işleyişini düzenleyen kanunlarda; “**Bakan, ...Bakanlık hizmetlerinin mevzuata, hükümetin genel siyasetine**, milli güvenlik siyasetine, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütülmesini ...sağlamakla görevli ve Başbakana karşı sorumludur” şeklindeki düzenlemelerle, bakanların sorumluluklarının mahiyeti belirtilmiştir. Aynı zamanda bakanlar için de sorumluluğun ne tür faaliyetlere ilişkin olacağı ortaya çıkmıştır.⁴⁰ Buradan anlaşılan sonuç, her ne kadar Anayasada açıkça ifade edilmese de, Bakanlıkların ve bağlı kuruluşlarının bir çoğunun kuruluş kanunlarına bakıldığında “hükümetin genel siyaseti”ne uygun olması gereken faaliyetlerin “**bakanlık hizmetleri**” olduğudur.

“Bakanlık hizmetlerinin” ise, devlet yönetimine ilişkin faaliyetler olduğu tartışmasızdır. Görüldüğü gibi bakanlık hizmetlerinin hükümetin genel siyasetine uygunluğunu sağlamak bakanların görevleridir. Bu da, bakanların ayrı ayrı “hükümetin genel siyasetini” yürütmeye ilişkin faaliyetlerden sorumlu

⁴⁰ 29.03.1984 Tarih ve 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.

oldukları ve böylece yapılan siyasi denetim kapsamındaki faaliyetlerin aynı zamanda “hükümetin genel siyaseti” ile ilgili olması gerektiğidir.

Kısaca gerek Bakanlar Kurulunun ve gerekse bakanların, devlet yönetimine ilişkin faaliyetleri siyasi denetimin konusunu oluşturmaktadır.

“Hükümetin genel siyasetini” ilgilendiren faaliyetlerin neler olabileceği, faaliyetlerden hangisinin Bakanlar Kurulunu ve hangisinin de bakanları ilgilendireceği hakkında sınırı ortaya koyması açısından, maddenin Danışma meclisindeki müzakereleri esnasında Anayasa Komisyonu Başkanı Aldıkaçtı'nın şu ifadelerine yer vermekte yarar bulunmaktadır: “... Hükümet genel politikayı tespit eder. Mesela; hükümet herhangi bir yerde baraj yapılmasını kabul eder. Bu hükümetin genel kararıdır... Buna mukabil, her bakan kendi alanına giren işlerden sorumludur; yani o barajın yapılmasıyla ilgili işlerden sorumlu olan bakandır...”⁴¹ Yine Aldıkaçtı'ya göre, “... Bir bakan eğer kalkıp, mesela; diyelim Keban Barajını kurmak isterse, Keban'da bir baraj yaptırmak isterse, bu hükümetin genel politikası içerisine girer, ...”⁴² Bu tespitlerde, hem sınır belirlenmeye çalışılmış ve aynı zamanda, “hükümetin genel siyasetine ilişkin faaliyetler” kavramını somutlaştırmıştır.

Görüldüğü gibi siyasi denetimin asıl konusunu, Prof. Güneş'in belirttiği gibi hükümetin genel siyasetini ilgilendiren faaliyetler oluşturmaktadır.⁴³ Ancak siyasi denetim, uygulamada kazandığı boyutla konu yönünden tamamen sınırsız hale gelmiştir. Prof. Gözler'in belirttiği gibi siyasi takdir konusu olduğundan, egemenin takdir yetkisi de sorgulanamayacağından⁴⁴ ve bu konuda bir yasal sınırlama da olmadığından, kapsamına bir bakanın kira borcunu ödememesi gibi yer yer hukuki sorumluluğu gerektiren faaliyetler girebileceği gibi, yer yerde, bir bakanın rüşvet alması gibi cezai sorumluluğu gerektiren faaliyetler de girebilmektedir.⁴⁵ Hatta siyasi sorumluluğa aynı ifadelerle yer veren 1961 Anayasasının konuyla ilgili 104. maddesinin müzakeresi esnasında Hıfzı Oğuz Bekata, “... birçok ahvalde siyasi sorumluluk, mali ve cezai sorumlulukla bağlı bulunmaktadır. Bu itibarla, «siyasi» kaydının matlaptan çıkarılması, başlığın «görev ve sorumluluk» tarzında umumi mahiyet alması, kanaatimce isabetli olacaktır...” şeklindeki ifadesi ile siyasi

41 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 03.09.1982, s. 450, www.tbmm.gov.tr/tutanak

42 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 03.09.1982, s. 447, www.tbmm.gov.tr/tutanak

43 GÜNEŞ, a.g.e., 1956, s. 71.

44 GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s. 607.

45 GÖZLER, a.g.e., s. 607.

sorumluluğun mahiyeti icabı da kapsamının geniş olabileceğine işaret etmiştir.⁴⁶ Yine yasama organı hukuka aykırı faaliyetler gördüğünde dahi bu denetim yolunu kullanarak hukuka aykırılığı önlemeye çalışabilmektedir.⁴⁷ Hatta kuraklık gibi gayri iradi konular dahi siyasi denetimin kapsamına sokulabilmektedir. Yine siyasi denetimin kapsamına Bakanlar Kurulunun sadece yaptığı faaliyetler girmeyip, ihmal ettiği faaliyetler de girebilmektedir. Yani siyasi denetimin konusu icrai faaliyetler olabileceği gibi ihmali faaliyetler de olabilmektedir. Bütün bu açıklamalardan anlaşılan siyasi denetimin konusunun sınırlandırılmayacağıdır. Bu konu tamamen yasamanın takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla siyasi denetimin kapsamına giren konuların sayılıp, sıralanması imkansızdır.

2. Muhatapları Yönünden Kapsamı

Yasama organının yürütme organı üzerindeki siyasi denetiminin Anayasal dayanağını oluşturan Anayasanın 112. maddesine bakıldığında, bu denetimin muhatabının I. ve II. fıkralarda düzenlendiği görülür.

Yüzonikinci maddenin birinci fıkrasındaki “Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve **hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini** gözetir. **Bakanlar Kurulu, bu siyasetin yürütülmesinden birlikte sorumludur**” hükmü ile Bakanlar Kurulunun hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden birlikte sorumlu olacakları, maddenin ikinci fıkrasındaki, “**Her bakan, ... ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur**” düzenlemesi ile de, her bakanın bireysel olarak sorumlu olacakları ancak bu sorumluluğun, siyasi sorumluluğu da, kapsayacağı ifade edilmemiştir. Ancak Anayasanın 112. maddesinin II. fıkrasında ifade edilen “... emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden” sorumlu tutulmaları tamamen siyasi sorumluluğa işaretler. Çünkü bakanların emri altındakilerin hukuki ve cezai sorumluluklarını gerektirecek eylemlerinden sorumlulukları hukuken imkansızdır.⁴⁸ Dolayısıyla geriye kalan tek sorumluluk siyasi sorumluluktur. Bu ifade aynı zamanda bakanlık personellerinin eylemlerinden doğan siyasi sorumluluğun bakana ait olacağı anlamını içermektedir.⁴⁹ O nedenle bakanların siyasi so-

⁴⁶ T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 20.04.1961, C.2, s.513,514 www.tbmm.gov.tr/tutanak

⁴⁷ ERYILMAZ Bilal, Kamu Yönetimi, Ankara-2008, s.310

⁴⁸ TÜLEN, a.g.e., s. 40; BİLGE Necip, Bakanların Görev ve Sorumlulukları, Ankara-1956, s. 25-26.

⁴⁹ AYDIN Mesut, Gensoru, Ankara 2010, s. 63.

rumluluğu tartışmasızdır. Ayrıca bu konu, aşağıda açıklanacağı üzere her bakanlığın ve bağlı kuruluşların kendi kuruluş kanunlarında da açıklığa kavuşturulmuştur. Kuruluş kanunları bu sorumluluğa açıkça yer vererek, tek tek başbakan dahil bakanları bu siyasi denetime muhatap etmiştir. Dolayısıyla siyasi denetimin muhatabı Bakanlar Kurulu ve ayrı ayrı Başbakan dahil her bir bakandır. Yani Siyasi denetim Bakanlar Kurulunu ve ayrı ayrı bakanları kapsayan bir denetim mekanizmasıdır.

VIII. Yasama Organının Yürütme Organını Siyasi Denetiminin Türleri

Yukarıda belirtildiği gibi Bakanlar Kurulunun heyet olarak hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden birlikte sorumluluğuna kolektif sorumluluk denilmektedir.⁵⁰ Bu sorumluluk gereği yasama organının bu denetimine “**Yasama organının Bakanlar Kurulunu siyasi denetimi**” diyebiliriz. Yukarıda belirtildiği üzere kolektif sorumluluk ilk olarak 1876 tarihli ilk Anayasamız olan Kanun-i Esasi’nin 1909 tarihli değişikliği ile anayasa hukumuza girmiştir. Burada Kanun-i Esasi’deki “Vükela-yı devlet memuriyetlerine müteallik ahval ve icraattan mesuldür” şeklindeki 30. madde, “Vükela Hükümetin siyaseti umumiyesinden **müştereken** ve daire-i Nezaretlerine ait muamelattan dolayı **münferiden** Meclisi Mebusana karşı mesuldürler...” biçiminde değiştirilmiştir.⁵¹ Daha sonra bu kolektif sorumluluk prensibi, 1921 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu hariç, müteakip anayasalarda bugüne kadar süregelmiştir.

Bakanların, yukarıda belirtildiği gibi emri altındakilerin faaliyetlerinin, hükümetin genel siyasetine uygunluğu açısından sorumluluğuna da, “bireysel sorumluluk” denilmektedir. Bu sorumluluğa dayalı denetime, “**yasama organının bakanları siyasi denetimi**” de diyebiliriz.

Bireysel olarak, bakanların siyasi denetimin muhatabı olmaları, yine yukarıda belirttiğimiz gibi 1921 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu hariç, 1876 tarihli ilk Anayasamız olan Kanun-i Esasi’nin 1909 tarihli değişikliği ile anayasa hukumuza girmiş ve bugüne kadar süregelmiştir.

Görüldüğü gibi bu denetim hem Bakanlar Kuruluna ve hem de bakanlara yöneliktir. Dolayısıyla bu denetimle, yasama organı Bakanlar Kurulunu ve bakanları siyasi yönden denetleyebilecektir. Bu denetimler siyasi denetimin-

⁵⁰ GÜNEŞ, a.g.e. s.74; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa-2011, s. 268; ÖZBUDUN, a.g.e., s. 341-342.

⁵¹ GÖZÜBÜYÜK - KİLİ, a.g.e., s. 71.

de türlerini oluşturmaktadır. Bunlar, “yasama organının Bakanlar Kurulunu siyasi denetimi” ve “yasama organının bakanları siyasi denetimi”dir.

IX. Yasama Organının Yürütme Organını Siyasi Denetiminin Şartları

Yasama organının yürütme organını siyasi denetimi, siyasi sorumluluk gereği yapılan denetimdir. Yasama organının, Bakanlar Kurulunu veya bakanları siyasi denetime tabi tutabilmesi için şu şartlar gereklidir:

1. Denetime Esas Teşkil Edecek Bir Eylemin Bulunması Gerekir

Bu şart denetimin doğası gereği bulunması gereken zorunlu bir şarttır. Bu eylem bir şeyin yapılması şeklinde icrai olabileceği gibi, yapılması gereken bir şeyin yapılmaması şeklinde ihmali de, olabilir.⁵² Ancak bu eylemler ne Anayasamızda ve ne de kanunlarımızda sayılmamıştır. Sayılması da imkansızdır. Çünkü siyasi sorumluluk yasama organı ile yürütme organı arasındaki görüş farkıdır.⁵³ Meclisin güvenini sarsan herhangi bir eylem bu denetim için yeterlidir.⁵⁴ Görüldüğü gibi bu da tamamen takdir nitelik arz etmektedir. Dolayısıyla önceden tahmin edilip sayılabilmesi mümkün değildir.⁵⁵ Bu sadece bizim Anayasamızda değil, hiçbir Anayasada sayılmamıştır.⁵⁶ Bu eylemler her ne kadar sayılmasa da, uygulamada iktidar partisinin programı ve seçim beyannamesine aykırı eylemler siyasi sorumluluğa neden olabilen eylemlerdir.⁵⁷

2. Bu Eylem Devlet Yönetimine İlişkin Olacaktır

Bakanlıkların kuruluş kanunlarına baktığımızda, “Bakan, ...**Bakanlık hizmetlerinin** mevzuata, hükümetin genel siyasetine, milli güvenlik siyasetine, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütülmesini ...sağlamakla görevli ve Başbakana karşı sorumludur” şeklindeki düzenle-

52 TÜLEN, a.g.e., s. 40.

53 TÜLEN, a.g.e., s. 39.

54 TÜLEN, a.g.e., s. 39.

55 BİRİŞİK Faik, Bakanların Sorumluluğu, Konya 2007, s. 31.

56 TÜLEN, a.g.e., s. 39.

57 BİRİŞİK, a.g.e. , s. 23; ARMAĞAN Servet, 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu, İstanbul-1978, s. 131.

melerle bu sorumluluğun merkezine “bakanlık hizmetlerinin” alındığını görmekteyiz. “Bakanlık hizmetlerinin” ise, devlet yönetimine, devletin sevk ve idaresine ilişkin faaliyetler olduğu kuşkusuzdur.⁵⁸

Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda, doğrudan ilişkili bir karara rastlanmasa da Mahkeme E. 1967/41 sayılı kararında, Anayasanın 105. maddesine ilişkin yaptığı açıklamada, “... hükümetin bir genel siyaseti olduğu ve onun yürütülmesinden sorumlu bulunduğu anlaşılıyor. Bu hükümden yürütmenin **devlet işlerinin görülmesi** sırasında hangi yolu tutacağı ve hangi prensipleri uygulayacağı, devlet yararını nasıl sağlayacağı hususunda takdir yetkisi bulunduğu görülür ...” ifadelerine yer verilmiştir.⁵⁹

Bütün bunlar gerek Bakanlar Kurulunun ve gerekse bakanların siyasi denetime konu olabilecek eylemlerinin, devletin sevk ve idaresine yani devlet yönetimine ilişkin eylemler olması gerektiğini ortaya koymaktadır.

3. Bu Eylemler Bakanlar Kurulu, Bakanlar Ya Da Bakanların Emri Altındaki Kişiler Tarafından Gerçekleştirilecektir

Anayasamızın 112. maddesinin birinci fıkrası; “Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir. **Bakanlar Kurulu, bu siyasetin yürütülmesinden birlikte sorumludur**” şeklindeki ifadesinde Bakanlar Kurulunun siyasi sorumluluğundan bahsederken ortada Bakanlar Kuruluna ait bir eylemin bulunması gerektiğini açıkça ifade etmemiştir. Ancak bu sorumluluğun söz konusu olabilmesi için böyle bir eylemin bulunması gerektiği kaçınılmazdır. Dolayısıyla bu eylemin faili de Bakanlar Kuruludur.

Yine Anayasamızın 112/II. maddesi de, “**Her bakan, ... kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur**” düzenlemesi ile bakanların siyasi sorumluluğundan bahsederken, ortada Başbakan dahil bakanlara ve bakanların emri altında bulunanlara ait bir eylemin bulunması gerektiğine işaret etmektedir. Dolayısıyla maddenin bu ifadesinden, bakanların siyasi sorumluluklarından söz edebilmek için bakanların veya bakanların emri altındakilerin bir eylem ve işleminin olması gerektiği anlamı ortaya çıkmaktadır. Ayrıca görüldüğü gibi burada yürütme organının sorumluluğu kapsamına, idareyi temsil eden bakanların emri altındakilerin eylem ve işlemlerinin de alınması, “yürütme kavramının” geniş

⁵⁸ AYDIN, a.g.e., s.57.

⁵⁹ 25.10.1969 Tarih ve E.1967/41 – K.1969/57 sayılı A.Y.M. kararı, www.anayasa.gov.tr/index

anlamda kullanıldığını göstermektedir. Çünkü bilindiği gibi yürütme dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde yorumlanmaktadır.⁶⁰ Bunlardan, geniş anlamda yürütme kavramının kapsamına idare de dahil edilmektedir.

Bu şartların yerine gelmesi halinde yasama organı tarafından yürütme organının siyasi denetimi gerçekleştirilir. Ancak bu denetimin ölçütü ne olacaktır? Yani konunun başlangıcında verdiğimiz tanımda belirttiğimiz gibi denetim, bir şeyin bir şeye, bir ölçüte uygun olup, olmadığını kontrol etmektir. İşte bu da yapılacak denetimde bir ölçüte olan ihtiyacı açıkça göstermektedir.

X. Yasama Organının Yürütme Organını Siyasi Denetiminin Ölçütü: “Hükümetin Genel Siyasetine” Uygunluk

Yürütme organının siyasi denetiminin özünü oluşturan siyasi sorumluluk, hem kolektif hem de bireysel şekilde Anayasamızın 112. maddesinde düzenlenmiştir.⁶¹ Buna göre, Anayasamız bu denetimi 112. maddesinde, “Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve **hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini** gözetir. **Bakanlar Kurulu, bu siyasetin yürütülmesinden birlikte sorumludur.**

Her bakan, ... ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur.” şeklinde ifade etmiştir. Görüldüğü gibi birinci fıkrada “hükümetin genel siyasetinin yürütülmesi” ifadesi ile siyasi denetime doğrudan işaret edilirken, ikinci fıkrada bir niteleme yapılmaksızın bakanların kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden sorumluluğu dile getirilmiştir. Fakat bakanların bu sorumluluğunun hangi açıdan olabileceğine ilişkin Anayasamızda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak her bakanlığın kuruluş ve işleyişini düzenleyen “kuruluş kanunlarına” bakıldığında bu sorumluluğun niteliği kolaylıkla anlaşılabilir. Bu kanunların tümünde “Bakan, Bakanlık kuruluşunun en üst amiridir ve Bakanlık hizmetlerinin mevzuata, **hükümetin genel siyasetine**, milli güvenlik siyasetine, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütülmesini ve Bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamakla görevli ve Başbakana karşı sorumludur” şeklindeki düzenlemelerle, bu sorumlulu-

⁶⁰ SABUNCU Yavuz, *Anayasaya Giriş*, Ankara 2006, s. 225.

⁶¹ GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2011, s. 343, 349.

ğün mahiyeti belirtilmiştir.⁶² Bunun yanında müsteşarlık düzeyinde faaliyet gösteren kuruluşların “kuruluş kanunlarında”da, aynı sorumluluk dile getirilmiştir. İba ve Bozkurt ise gensoruya ilişkin tanımlarında, “Hükümet ya da ayrı ayrı **başbakan dahil bakanlar** hakkında, **hükümetin genel siyaseti** veya ilgili bakanın kendi görev alanında uyguladığı politika ve gerçekleştirdiği etkinliklere ilişkin olarak çalıştırılabilecek etkin bir denetim yolu” şeklindeki ifadeleri ile aynı noktaya işaret etmişlerdir.⁶³ Buradan çıkan sonuç şudur: Her ne kadar Anayasamızda açıkça ifade edilmese de, bakanlıkların kuruluş kanunları ile bakanların da ayrı ayrı “hükümetin genel siyasetini” yürütmekten sorumlu oldukları ortadadır. O halde bu düzenlemelerden anlaşılan ve bu düzenlemelerde üzerinde durulan yegane nokta “hükümetin genel siyaseti”dir. Dolayısıyla siyasi sorumluluğun ölçütünü oluşturmaktadır.

Acaba “hükümetin genel siyaseti” ne anlama gelmektedir, neyi ifade etmektedir? Bununla neyin kastedildiğini anlayabilmek için Anayasa gerekçelerine ve müzakere tutanaklarına, Anayasa Mahkemesi kararlarına ve doktrinde ki görüşlere bakmanın yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Söz konusu ölçüt, yukarıda da belirttiğimiz gibi ilk olarak 1876 tarihli Kanun-i Esasinin 1909 tarihinde değişik 30. maddesinde yer almıştır.⁶⁴ İlk kaynak olarak buraya baktığımızda ne komisyon raporunda⁶⁵ ve ne de Meclis-i Mebusan müzakerelerinde bu ölçüte açıklık getiren bir ifadeye rastlanmıştır.⁶⁶ 1924 tarihli “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu”nun müzakerelerine bakıldığında, 09.03.1340 tarihli komisyon raporunda⁶⁷ bu konuda herhangi bir açıklık bulunmaktadır. Ancak maddelerin meclis müzakerelerine baktığımızda, hükümetin kuruluşunu ele alan 44. maddenin müzakeresinde, Saru-

⁶² 29.03.1984 Tarih ve 2992 sayılı “Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun”. (26.Ağustos.2011 tarih ve 28037 sayılı R.G.)

⁶³ İBA Şeref - BOZKURT Rauf, 100 Soruda Parlamento, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2004, s. 217.

⁶⁴ GÖZÜBÜYÜK - KİLİ, a.g.e., s. 71.

⁶⁵ “ Kanunu Esasinin Tadil Olunan Mevaddı Hakkında Encümen tarafından Kaleme Alınan Esbabı Mucibe Layihası”, s.19, Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 20.04.1325, Devre:I, C.3, www.tbmm.gov.tr/tutanak

⁶⁶ Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 21.04.1325, Devre:I, C.3, s.223-224 , www.tbmm.gov.tr/tutanak

⁶⁷ “Teşkilatı Esasiye hakkında Kanunu Esasi Encümeni Mazbatası ve Teklifi Kanunisi” s.215,216; T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, 09.03.1340, Devre 2, C.7, www.tbmm.gov.tr/tutanak

han milletvekili Abidin Bey “... Siyaseti umumiye deyince bendeniz iki şey anlarım. Biri siyaseti dahiliye, birisi siyaseti hariciyedir...”⁶⁸ beyanında bulunmuş, siyasi sorumluluğun ele alındığı 46. maddenin müzakeresinde, her hangi bir açıklama olmamıştır.⁶⁹ 1961 Anayasasının müzakere aşamasında, gerek siyasi sorumluluğu düzenleyen 104. maddesinin, gerek gensoruyu düzenleyen 88. maddesinin ve gerekse hükümet programının ele alındığı 102. maddesinin Anayasa Komisyonu raporunda yer alan gerekçelerinde yine “hükümetin genel siyaseti” kavramına bir açıklık getirilmemiştir.⁷⁰ Bunun yanında Anayasanın ilgili maddelerinin meclisteki müzakerelerine bakıldığında ne 88, ne 102 ne de 104. maddelerin müzakerelerinde konuya ilişkin bir açıklık vardır.⁷¹ Aynı şekilde 1982 Anayasamızın hazırlık aşamalarına bakıldığında, burada da ne komisyon raporundaki gerekçelerde ve ne de ilgili maddelerin müzakereleri esnasında “hükümetin genel siyaseti” kavramını açıklayıcı bir ifade bulunmamaktadır.

Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda ise, doğrudan ilişkili bir karara rastlanmasa da Mahkeme E. 1967/41 sayılı kararında Anayasanın 105. maddesine ilişkin yaptığı açıklamada, “... hükümetin bir genel siyaseti olduğu ve onun yürütülmesinden sorumlu bulunduğu anlaşılıyor. Bu hükümden yürütmenin devlet işlerinin görülmesi sırasında hangi yolu tutacağı ve hangi prensipleri uygulayacağı, devlet yararını nasıl sağlayacağı hususunda takdir yetkisi bulunduğu görülür...” ifadelerine yer verilmiştir.⁷² Burada ki ifadede yer alan, “hangi yolun tutulacağı, hangi prensiplerin uygulanacağı, devlet yararının nasıl sağlanacağı” sorularının cevabı, “hükümetin genel siyaseti”ni oluşturmaktadır.

Bu konuda doktrine baktığımızda, İlhan Arsel, “memleketin iç ve dış siyasetinin tayin ve tespiti” şeklinde bir yaklaşım ortaya koymuştur.⁷³ Burada içeriğini belirlemeye çalıştığımız genel siyasetin amacı ise, Arsel’in, “...genel siyasetin memleket yararına ortaya çıkmasına yol açacak bir işin yapılmamış olması Bakanlar Kurulunun sorumluluğunu öncelikle ortaya

⁶⁸ T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, 13.04.1340, Devre 2, C.8/1, s.620, www.tbmm.gov.tr/tutanak

⁶⁹ T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, 13.04.1340, Devre 2, C.8/1, s.632, www.tbmm.gov.tr/tutanak

⁷⁰ T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 30.03.1961, C.2 www.tbmm.gov.tr/tutanak

⁷¹ T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 19.04.1961, 20.04.1961, C.2, www.tbmm.gov.tr/tutanak

⁷² 25.10.1969 tarih ve E.1967/41, K. 1969/57 sayılı A.Y.M. kararı, www.anayasa.gov.tr/index

⁷³ GÖZLER KEMAL, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s. 574.

çıkacaktır”⁷⁴ şeklindeki yaklaşımından anladığımız gibi, “kamu (memleket) yararadır”.

Hükümetlerin kamu yararını gözeterek belirledikleri genel siyasetlerini ortaya koydukları belgeler “Hükümet Programlarıdır”. Hükümet programları hükümetlerin gerek iç ve gerekse dış politikalarını ifade eden anayasal belgelerdir. Yasama organı bir hükümete güvenoyu verirken öncelikle hükümet programında yer alan hükümetin genel siyasetinin kamu yararına olup olmadığını inceler kamu yararına olduğuna kanaat getirdiği takdirde güvenoyu vererek hükümetin kuruluşunu onaylar, bu bir anlamda hükümet programının ve kabinenin onayıdır. Yani yasama organının daha hükümetin kuruluşu aşamasında yaptığı denetimdir. Bu denetimin kriteri ise “kamu yararadır.” Daha sonra bu hükümetin kurulduktan işleyişini denetlerken, bu denetimi öncelikle onun ortaya koyduğu program çerçevesinde yapacaktır. Çünkü artık güvenoyu almış olan hükümet programının kamu yararına olduğu varsayılır. Bu aşamada değerlendirme kriteri, artık kamu yararına uygun olduğu kabul edilen “hükümet programıdır.”⁷⁵ Hatta bu konuda 1924 tarihli Anayasamızın meclisteki müzakereleri esnasında, hükümet programını ele alan 44. madde görüşmelerinde üyeler, hükümetlere eski hükümetlerden devir alınan idarenin durumunu tetkik ve bunun üzerine kendilerinin nasıl bir politika izlemeleri gerektiğini belirleyip meclise bir program dahilinde vermeleri için bir fırsat (süre) verilmesi, daha sonra meclise bir program sunmaları ve meclisinde bu programa dayanarak hükümete güven oyu verip vermeyeceklerini değerlendirmeleri gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁷⁶ Bütün bunlar hükümet programının, hükümetin genel siyasetini belirten en önemli belge olduğunu ve güvenoyunun da bu belgeye göre verildiğini ortaya koymaktadır.⁷⁷

Bu konuda Prof. Dr. Orhan Aldıkaçtı 1982 Anayasasının müzakereleri esnasında, “... Şimdi söyleyeceklerim ağızımdan kaçmıyor, bilerek söylüyorum. Yanlış değil: **Hükümet programı da vardır, partinin programı da vardır, parti kongresinde kabul edilen bir program da vardır**; Başbakan bu programla da bir lider olarak bağlıdır. **Bunun içinden gerçekleştirilmesini uygun gördüklerini alır**, tespit eder, kendisiyle aynı fikirde olan arkadaşlarla beraber Bakanlar Kurulunu kurarak yürütür... **Başbakanın parti**

⁷⁴ ARSEL İlhan, a.g.e., s. 417.

⁷⁵ YILMAZ Orhan, Türkiye’de Kamu Yönetiminin Denetimi, TODAİ, Ankara 1984, s. 48.

⁷⁶ T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, 13.04.1340, Devre 2, C.8/1, s.617-23, www.tbmm.gov.tr/tutanak

⁷⁷ ATLAY , a.g.e., s. 63.

programına uygun olarak tespit edeceği program, tespit edeceği yüksek politika işlerinin hep beraber düzenlenmesi sorunudur. **Madde de bu amaca yöneliktir**⁷⁸ görüşü ile adeta hükümet programı ile iktidar partisi programı arasında bir bağ kurmuştur. Benzer şekilde Teziç de, “...kolektif sorumluluk, parlamentonun daha önce güvenine sunulmuş hükümet programının gerektiği gibi uygulanmaması yada yanlış uygulanmasından doğar”⁷⁹ görüşü ile kolektif sorumlulukla, hükümet programını ilişkilendirmiştir.

İşte bunlar hükümetin genel siyasetinin, hükümet programında münemiş olduğuna, dolayısıyla hükümetin genel siyasetine ilişkin denetimin hükümet programı üzerinden yapılması gerektiği sonucuna bizi götürmektedir. Ancak hükümet programları parlamento önüne çok net ölçüler koymadığından, denetimde parlamento geniş takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. Ancak bu denetimler genelde siyasi olmakla beraber, aslında tamamen “kamu yararına uygunluk” yönünden olmalı ve hiçbir zaman “yerindelik denetimi”ne bürünmemelidir. Yürütmenin faaliyetlerinin yerindeliğini takdir yetkisi yine yürütme organına ait olmalıdır. Bu yetkiye ne yargı organı ne de yasama organı karışmalıdır. Bu yetki münhasıran yürütme organına aittir. Buradaki denetim, yukarıda da belirttiğimiz gibi hükümetin kuruluşu aşamasında “hükümet programının” kamu yararına olup olmadığının denetimi; hükümetin kurulmasından sonra da yapılan faaliyetlerin “hükümetin genel siyasetine” uygun olup olmadığının denetimidir. Yukarıdaki örneği buraya uyarlayacak olursak; hükümet programında “enflasyonu düşüreceğini” ifade eden yürütmenin, faaliyetleri sonucunda enflasyonu düşürememesi bu hükümetin genel siyasetine aykırı olur ve siyasi denetimi gerektirir. Yoksa burada siyasi denetime konu olan şey yapılan faaliyetlerin şu veya bu olması, şu şekilde veya bu şekilde olması değildir. Bunları takdir yetkisi yürütmenindir. Burada denetime esas olan yapılan faaliyetlerin sonucudur.

XI. Yasama Organının Yürütme Organını Siyasi Denetiminin Sonuçları

Yukarıda belirttiğimiz şartlar gerçekleştiğinde yasama organı yürütme organının devlet yönetimine ilişkin faaliyetlerini “hükümetin genel siyasetine uygunluk” açısından denetler ve bu denetim sonucunda yasama organı bir karar verir. Bu verilen karar, “siyasi denetimin” sonucudur. Bu geline nok-

⁷⁸ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 03.09.1982, s.445 www.tbmm.gov.tr/tutanak

⁷⁹ TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul-1997, s.405; KUBALI H.Nail, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul-1971, s.377; BİRİŞİK, a.g.e., s.29.

tada; yasama organı, Bakanlar Kurulunun, Başbakanın ya da bakanların sorumlu olup olmadıklarına karar verir.

Eğer, Bakanlar kurulu, Başbakan ve Bakanların faaliyetlerinin, hükümet programı aracılığı ile ortaya konan, “hükümetin genel siyasetine” uygun olduğu anlaşılırsa, denetim sonucunda verilen güvensizlik önergesi reddedilir veya güven istemi kabul edilir. Böylece denetim yürütmenin lehine sonuçlanmış olur. Bakanlar kurulu yada bakanlar görevine devam ederler.

Şayet bu denetim sonucunda Bakanlar Kurulu, Başbakan veya bakanların faaliyetlerinin “hükümetin genel siyasetine” aykırı olduğu tespit edilirse, bu durumda verilen “güvensizlik önergesi” kabul edilir veya Başbakan tarafından ileri sürülen “güven istemi” reddedilir. Bu durumda yürütme sorumlu bulunmuş olur.

Bakanlar Kurulunun sorumlu olabilmesi için denetime konu olan eylemin, genel politikayı ilgilendirmesi, Bakanlar Kurulunda görüşülmüş olması veya genel politikayı belirleme hakkı Başbakana ait olduğu için Başbakanın konuyu güven sorunu haline getirmesi gerekir.⁸⁰ Bu durumda sorumluluğun sahibi Bakanlar Kuruludur. Ayrıca bir bakanın yaptığı faaliyetin onayı da Bakanlar Kurulundan alınmış ise, bu durumda yine Bakanlar Kurulu sorumlu olacak⁸¹ ve gensoru her ne kadar bakan hakkında verilmiş olsa da gensoru görüşmeleri esnasında durum anlaşılacağından güvensizlik önergesi bakana değil, Bakanlar Kuruluna verilecektir. Bunun sonucunda verilecek “güvensizlik” önergelerinin kabulü veya “güven isteminin” reddi yürütmenin sorumlu bulunduğunu ortaya koyacak ve yaptırımını da, hükümetin düşmesi şeklinde olacaktır. Alınan karardan istisnasız tüm bakanlar etkileneceğinden siyasi sorumluluğun bir türü olan “kolektif sorumluluk” açısından her hangi bir bakanın, bu konunun görüşüldüğü toplantıya katılmamış olmasının ya da katılıp muhalif kalmış olmasının sonuç olarak bir anlamı olmayacaktır. Hükümetin düşürülmesi halinde o bakanında görevi otomatik olarak sona erecektir.

Bilindiği gibi hükümetin genel siyasetine uygun faaliyette bulunma yükümlülüğü sadece Bakanlar Kuruluna ait olmayıp, Başbakan ve bakanların da kendi bakanlıkları bünyesinde yaptıkları faaliyetlerde de dikkate almaları gereken bir husustur. Bu hususa dikkat edilmemesi ise, Başbakanın, bakanların bireysel siyasi sorumluluklarına neden olacaktır. Bakanların sorumlulu-

⁸⁰ AYDIN, a.g.e., s. 60; BİRİŞİK, a.g.e., s. 30.

⁸¹ TÜLEN, a.g.e., s. 63.

ğunu ele alırken, diğer bakanlardan farkı nedeniyle önce Başbakanın, sonra da diğer bakanların sorumluluklarını ele almaya çalışacağız.

Anayasamızın 112/I. maddesine göre; Başbakanın bakanlıklar arası işbirliğini sağlayıcı ve hükümetin genel siyasetini gözetici konumu, başbakanın bireysel sorumluluğunun hükümetin ortak sorumluluğuna dönüşmesine yol açacaktır. Yani gensoru başbakanın kendi bakanlığının veya bakanlığına bağlı kuruluşların eylemleri nedeniyle verilmiş olsa da, gensoru neticesinde verilen güvensizlik önergesinin kabulü, Bakanlar Kurulunun topluca görevinden düşürülmesi sonucunu doğurur.⁸² Kısaca şunu söyleyebiliriz ki, siyasi sorumluluğun doğurduğu sonuç açısından, Başbakanın sadece kolektif sorumluluğu vardır. Çünkü başbakanın bireysel sorumluluğu nedeniyle başlayan denetim, hükümetin düşmesine neden olarak kolektif sorumluluğun sonucunu doğurmaktadır.

Diğer bakanlar hakkında verilen güvensizlik önergeleri bu sonucu doğurmayıp, sadece ilgili bakanın görevinin sona ermesini sağlayacaktır. İşte bu sonuçları nedeniyle Başbakanla diğer bakanlar arasında fark bulunmaktadır.

Kısaca eğer bu kabul edilen önergeler Bakanlar Kurulu ya da Başbakan hakkında ise, Hükümet düşer; şayet bir bakan hakkında verilmiş ise, sadece bu bakanın görevi sona erer. Hükümet yeni bir bakan atayarak görevine devam eder.

Kısaca siyasi denetimin yegane sonucu görevin sona ermesidir. Ancak bununla beraber aynı eylem cezai ve hukuki sorumluluğu da gerektirebilir.⁸³

XII. Yasama Organının Yürütme Organını Siyasi Denetiminin Yöntemi

Anayasamız 98, 99, ve 100. maddelerinde yasama organının yürütme organını denetim yollarını düzenlemiştir. Bu maddelere göre yasama organının denetim vasıtaları, soru, meclis araştırması, genel görüşme, gensoru ve meclis soruşturmasıdır. Bu denetim yollarından meclis soruşturması, “suç” söz konusu olduğunda kullanılan bir denetim yoludur. Meclis araştırması ve genel görüşme ise, sadece hükümet faaliyetlerinin hükümetin genel siyasetine uygunluğunu denetleyen bir denetim yolu olmayıp, parlamentonun istediği her konuda meclisin fikir alışverişinde bulunması amacı ile baş vurabildi-

82 ATLAY, a.g.e., s. 62.

83 TÜLEN, a.g.e., s. 39.

ği bir denetim yoludur.⁸⁴ Yani bu iki denetim yolu, yasama organının yürütme organını siyasi denetimine münhasır bir denetim yolu değildir. Çünkü meclis araştırması sadece bir denetim aracı olmayıp, mesela meclise kanun yapma veya bir kanunda değişiklik yapma görevinde de yardımcı olan bir yöntemdir.⁸⁵ Bunların her ikisi de sonuçta yürütme organının siyasi ya da cezai sorumluluğunu doğurmaz. Ancak bu denetim yolları bir gensoru önergesi verilmesini tahrik edebilir. Bu durumda bunlar siyasi denetim vasıtası olmaktan çok siyasi denetime vesiledir.

Ancak bütün bunlar sonuçta gensoruya ihtiyaç göstermekte ve denetimin yapılabilmesi için gensoru önergesi verilmektedir. Bir gensoru önergesi veriliyorsa, bundan önce yapılan o denetimler (soru, v.s) birer denetim vasıtası olmayıp bir denetimin vesilesidir.

Görüldüğü gibi yasama organı tarafından yapılan siyasi denetimin yegane denetim yöntemi gensoru⁸⁶ ve devamında verilen “güvensizlik önergesi” ya da “güven istemi”dir. Bu yöntem, gerek yasama organı tarafından ve gerekse yürütme organı tarafından istismar edilmektedir. Bazen yasama organı tarafından gerekli gereksiz kullanılarak yürütme organının taciz edilmesine vasıta olmaktadır. Buna karşılık yürütme de meclis çoğunluğuna dayanarak bu denetim yolunu kullanılamaz hale getirmektedir. Dolayısıyla bu her iki tutum da yasamanın yürütmeyi gerçek anlamda siyasi denetimine imkan tanımamaktadır. Kısaca her iki taraf açısından da bu denetim istismar edilmektedir.

1924 Anayasasından bu güne kadar bakıldığında 1931 den 1948 tarihine kadar tek parti iktidarı görevde olduğundan her hangi bir gensoru önergesi verilmemiştir.⁸⁷ Çok partili döneme henüz geçilmeden verilen tek gensoru önergesi Fuat Köprülü ve 15 arkadaşının verdiği gensoru önergesidir.⁸⁸ Bu dönemde gensoru müessesesi çalıştırılmamıştır. Sebebi de Mecliste sayısal üstünlüğü elinde tutan tek parti iktidarındır.

1950-60 arası 22 adet gensoru önergesi verilmiş, bunların 2 adedi sahiplerince geri alınmış, 20 gensoru önergesinin yalnızca 1 adedi (ulusal mesele

84 TANÖR Bülent, - YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2009, s. 296.

85 ÖZBUDUN, a.g.e., s. 317.

86 ATLAY, a.g.e., s. 64.

87 ATLAY, a.g.e., s. 74.

88 ATLAY, a.g. e., s. 74.

olduğundan hareketle Kore’ye gönderilen savaş birliği hakkında verilen önerge) kabul edilerek görüşmesi yapılmıştır. 19 önerge görüşülmeden iktidar partisi mensubu Meclis çoğunluğu tarafından reddedilmiştir.⁸⁹

27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 arasını kapsayan yaklaşık 20 yıllık 1961 Anayasası dönemi 5 yasama döneminden oluşmaktadır.

Birinci yasama döneminde 4 adet gensoru verilmiş, 1 adedi geri alınmış 3 adedi ise, reddedilmiştir.⁹⁰

İkinci yasama döneminde olağandışı bir gelişme yaşanmıştır. 1966 yılında hükümetin Seçim Kanunu’nu gündemin gensorular hariç en başına almak istemesi üzerine, **muhalefet partileri de çıkmasını istemedikleri kanunu engellemek için çok sayıda ve uzun gerekçeli gensoru önergesi vererek Meclisin çalışmalarını yavaşlatmışlardır.** Olağandışı yaşanan bu gelişme, daha sonra iktidarın Seçim Kanunu’nu gündemden çıkarmayı kabul etmesi karşılığında muhalefet partilerinin de vermiş oldukları gensoru önergelerini topluca geri almasıyla sona ermiştir. Bu olağandışı gelişmenin etkisiyle, ikinci yasama döneminde 84 adet gensoru önergesi verilmiş, 44 adedi geri alınmış, 37 adedi reddedilmiş, 3 adedi ise hükümsüz kalmıştır.⁹¹

Üçüncü yasama döneminde 23 adet gensoru önergesi verilmiş; bunlardan 1 adedi Bakanlar Kurulu istifa ettiğinden işlemden kaldırılmış, 1 adedi geri alınmış, 21 adedi ise reddedilmiştir.⁹²

Dördüncü yasama döneminde 6 adet gensoru önergesi verilmiş ve bunların tamamı reddedilmiştir.⁹³

Beşinci ve son yasama döneminde 69 adet gensoru önergesi verilmiş; bunlardan 30 adedi geri alınmış, 22 adedi reddedilmiş, 5 adedi bakan istifa ettiğinden işlemden kaldırılmış, 6 adedi Bakanlar Kurulu istifa ettiğinden işlemden kaldırılmış, **1 adedinin gündeme alınması kabul edilmiş ve Süleyman Demirel Hükümeti düşürülmüş, 1 adedinin gündeme alınması kabul edilmiş ve Dışişleri Bakanı Hayrettin Erkmen düşürülmüş, 1 adedinin gündeme alınması kabul edilmiş fakat Bakanlar Kurulu hakkında gü-**

89 ATLAY, a.g.e., s. 74.

90 ATLAY, a.g.e., s. 81.

91 ATLAY, a.g.e., s. 81.

92 ATLAY, a.g.e., s. 81.

93 ATLAY, a.g.e., s. 81.

ven istemi kabul edilmiş, 3 adedi hükümsüz kalmıştır.⁹⁴ Bu dönem, Mecliste çoğunluğu elde edebilecek sayıda milletvekiline sahip olan bir siyasal partinin olmadığı, **azınlık hükümetlerinin iş başında olduğu, siyasal hayatın tam bir kargaşa içerisinde olduğu ve askeri müdahaleye doğru hızla gidildiği bir dönemdir.**⁹⁵ Onsekizinci yasama döneminde 28 adet gensoru önergesi verilmiş ve bunların tamamı reddedilmiştir.

1982 Anayasasından sonraki on dokuzuncu yasama döneminde 42 adet gensoru önergesi verilmiş, bunlardan 2 adedi sahipleri tarafından geri alınmış, 2 adedi bakan istifa ettiğiinden işlemden kaldırılmış, bir adedi imza sahiplerinin imzalarını çekmeleri nedeniyle Anayasa’da öngörülen yeter sayıda imza kalmadığından işlemden kaldırılmış, 37 adedi reddedilmiştir.

Yirminci yasama döneminde 22 adet gensoru önergesi verilmiş; bunlardan bir adedi Bakanlar Kurulu istifa ettiğiinden işlemden kaldırılmış, bir adedi bakan istifa ettiğiinden işlemden kaldırılmış, iki adedi imza sahiplerinin imzalarını çekmeleri nedeniyle Anayasada öngörülen yeter sayıda imza kalmadığından işlemden kaldırılmış, **üç adedinin gündeme alınması kabul edilmiş ve Devlet Bakanı Güneş Taner ile Başbakan Mesut Yılmaz görevlerinden düşürülmüş,** bir adedinin gündeme alınması kabul edilmiş fakat Bakanlar Kurulu hakkında verilen güvensizlik önergesi kabul edilmemiş, bir adedinin gündeme alınması kabul edilmiş fakat başbakan hakkında verilen güvensizlik önergesi kabul edilmemiş, üç adedinin gündeme alınması kabul edilmiş fakat bakan hakkında verilen güvensizlik önergesi kabul edilmemiş, on adedinin gündeme alınması reddedilmiştir.

Yirmi birinci yasama döneminde 29 adet gensoru önergesi verilmiş; bunlardan bir adedi bakan istifa ettiğiinden işlemden kaldırılmış, üç adedi imza sahiplerinin imzalarını çekmeleri nedeniyle Anayasa’da öngörülen yeter sayıda imza kalmadığından işlemden kaldırılmış, iki adedi sahiplerince geri alınmış, 23 adedi reddedilmiştir.

Yirmi ikinci yasama döneminde sekiz adet gensoru önergesi verilmiş ve bunların tamamı reddedilmiştir.

Yirmi üçüncü yasama döneminde 13 adet gensoru önergesi verilmiş, bunlardan 12 adedi reddedilmiş, bir adedi önergenin muhatabı olan Adalet Bakanı TBMM Başkanı seçildiğinden, dolayısıyla konusu kalmadığından işlemden kaldırılmıştır. Bu dönemde özelleştirme, Çekiç Güç, Gümrük Birliği, Körfez Savaşı, terör, tarımsal konular, **İSKİ Skandalı** gibi pek çok ko-

⁹⁴ ATLAY, a.g.e., s. 81.

⁹⁵ ATLAY, a.g.e., s. 81.

nu hakkında gensoru önergesi verilmiş olsa da, konuların ağırlığını ekonomik sorunlar oluşturmaktadır.

Özellikle ekonomik krizlerin yaşandığı 1994 ve 2001 yılları öncesi ve sonrasında hükümetin uygulamış olduğu ekonomi politikaları hakkında yoğun bir biçimde gensoru önergesi verilmiştir.

1982 Anayasası döneminde 2 kez gensoru önergesi yoluyla siyasi sorumluluk doğmuş, önergenin hedefini oluşturan bakan ve başbakan görevlerinden düşürülmüştür: DYP Grubu adına Ankara Milletvekili Saffet Arıkan Bedük, FP Grubu adına Erzurum Milletvekili Lütfü Esengün ve CHP Grubu adına Antalya Milletvekili Deniz Baykal tarafından ayrı ayrı 11.11.1998 tarihinde “Çete ve mafya liderleri ile doğrudan ilişki içinde oldukları ve özelleştirmelerde özellikle Türkbank’ın satışı ihalesinde devletin menfaatini gözetmeyerek görevlerini kötüye kullandıkları” iddialarıyla Devlet Bakanı Güneş Taner ve Başbakan Mesut Yılmaz hakkında verilen gensoru önergeleri birleştirilerek görüşülmüş, gündeme alınmaları kabul edilmiş ve görüşmeler esnasında verilen güvensizlik önergeleri de üye tamsayısının salt çoğunluğuyla kabul edilerek Devlet Bakanı ve Başbakan görevlerinden düşürülmüştür. **Böylelikle Cumhuriyet tarihinde ikinci kez bir hükümet, üçüncü kez bir bakan görevinden düşürülmüştür.** Bu dönemde uygulamada, gensoru önergelerinin gündeme alma görüşmeleri ve gündeme alınan gensoruların görüşülmeleri esnasında yıllar içerisinde karşılaşılan sorunların Anayasa ve İktisat değişiklikleri ile çözülmesi ve milletvekillerinin sıklıkla yapılan uygulamalardan edindiği tecrübelerin etkisiyle usul tartışmalarının olmadığı, oturmuş bir gensoru kurumu görülmektedir. Ayrıca geçmiş dönemlerde verilen gensoru önergeleri ile karşılaştırıldığında, bu dönemde çoğunlukla önergelerin hedefinin bakanlar değil, Bakanlar Kurulu olduğu dikkati çekmektedir.

Bu doğrultuda, günümüzde bireysel siyasi sorumluluktan ziyade kolektif siyasi sorumluluğu doğuracak şekilde gensoru önergesi vermeye doğru bir eğilim olduğu söylenebilir.⁹⁶

Bunlar şunu göstermektedir ki, siyasi denetimin yegane etkili yöntemi olan gensoru, muhalefet tarafından yerli yersiz kullanılarak, parlamento gündemi meşgul edilmek suretiyle muhalefet aracı olarak kullanılmaktadır. İktidar tarafından ise, denetimin yerinde olup olmadığına bakılmaksızın sayısal çoğunluk kullanılarak bu denetim yöntemi bertaraf edilmektedir. Dolayısıyla iktidar partilerinde çözülme olmadıkça bu sistemin işletilmesi imkan-

⁹⁶ ATLAY, a.g.e., s. 85-87.

sız hale gelmektedir. Yukarıda verilen istatistiklere bakıldığında gensorunun en iyi işletildiği dönem azınlık hükümetlerinin olduğu dönemdir. Bu da gensoru müessesesinin, dolayısıyla siyasi denetimin amacına ulaşmadığını göstermektedir. Şayet siyasi denetim, hükümetin genel siyasetine aykırı faaliyetlerin önlenmesi, hükümetin “hükümet programına” sadık kalmasının sağlanması amacıyla konulmuş bir denetim yolu olarak değil de; Prof. Dr. Turan Güneş’in “**siyasi mesuliyet bağı ... hükümetlerin meclis ekseriyeti ile aynı fikirde, aynı ruhta olmasını sağlayan mekanizmadır...**”⁹⁷ şeklinde belirttiği gibi, sadece hükümetin meclis çoğunluğu ile aynı fikirde olmasını sağlayan bir mekanizma olduğu şeklinde kabul edilirse, o takdirde siyasi denetimin bir parçası olan gensorunun, uygulamada aldığı bu şekli doğru kabul etmek gerekir. Çünkü burada sadece bir mutabakat testi yapılmaktadır ki, iktidarın sayısal çoğunluğu ile bu testi geçmesi gayet doğaldır. Ancak siyasi denetime bu şekilde bir anlam yüklemek isabetli değildir. Öncelikle bir kere burada ifade edildiği gibi “birlikteliği sağlayan bir mekanizma” değil, birlikteliğin bulunup bulunmadığını test eden bir mekanizma vardır. Çünkü gensoru sonunda bir güven yoklamasını gerektirdiği için bu güven yoklaması bir birlikteliği tesis etmeyip, hükümetlerin meclis ekseriyeti ile aynı fikirde olup olmadıklarını test eden bir mekanizmadır. Dolayısıyla bu ifade doğru değildir. Ayrıca burada bu testi yapan da gensoru önergesi ve müzakereleri değildir. Bu gensoru sonucunda yapılan güven yoklamasıdır. Bu durumda hükümet bu testi, her istediğinde Anayasamızın 111. maddesi gereğince güven isteminde bulunarak, gensoruya gerek kalmadan da yapabilir. O halde bu test için gensoruya gerek yoktur. Bu durumda böyle bir yolun yanında Anayasamızın gensoru müessesesini de ayrıca düzenlemesinin farklı bir amacı olduğu ortadadır. İşte o amaç da yukarıda belirttiğimiz gibi hükümetin genel siyasetine aykırı faaliyetlerin önlenmesi, hükümetin “hükümet programına” sadık kalmasının sağlanmasıdır. Siyasi denetimin en önemli yöntemi olan gensoru bu amaçla konulmuş bir denetim yoludur. Bu nedenle de, meclis ekseriyetini elinde bulunduran hükümetin sayısal çoğunluğuna dayanarak siyasi denetimi engellemesinin önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu durumda çözüm ne olabilir?

Bu müessesenin gerek muhalefet tarafından yukarıda belirttiğimiz şekilde kötüye kullanılmasını ve gerekse iktidarın bu denetim yolunu sayısal çoğunluğuna dayanarak bertaraf etmesini önlemenin en ideal yolu, her iki tarafın hakkaniyetle hareket ederek, müessesenin gereğinin yapılmasına fırsat vermeleridir. Buna göre muhalefet gerekli olgunluğu gösterip, yerli yersiz bu

⁹⁷ T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 19.04.1961, C. 2, s. 467 www.tbmm.gov.tr/tutanak

müesseseyi kullanmamalı, yani bu müesseseyi bir muhalefet aracı görmemelidir. İktidar ise, öncelikle bu denetim yollarının işletilmesine meydan verecek faaliyetlerde bulunmamalı, şayet bu tür faaliyetlerde bulunmuş ise, bunun sonucuna da katlanma erdemini göstermelidir. Bunu önlemek için parti disiplini gibi v.s. yollarla iktidar milletvekillerinin iradelerine müdahale etmemelidir. Böylece bu denetim yolu demokrasi adına kendisinden beklenen faydayı sağlamış olur. Bu öneri bağlayıcılıktan uzak, kişilerin vicdani sorumlulukları ile ilgili bir öneridir. Bu nedenle de çok fazla bir işlerliği bulunmamaktadır.

Bunun yanında diğer öneri ise, etik mahiyette olmayıp hukuki nitelikte bir öneridir. Bu öneri ile bazı hukuki önlemler ortaya konulmaktadır. Bu önlemlerin hareket noktası milletvekillerinin gelecek endişesinden uzak hür iradeleri ile bu denetim yoluna katkıda bulunabilmelerini sağlamaktır. Bunu sağlamanın yolu ise, öncelikle bu denetim yolunun meclisteki müzakerelerinden sonra yapılacak güvensizlik önergelerinin veya güven isteminin oylamasında sadece iktidar değil tüm milletvekillerinin hür vicdani kanaatlerine göre davranabilmelerine fırsat vermek onlara bu konuda güvence sağlamaktır. Bu konuda akla gelebilecek ilk önlem, konunun grup toplantılarında görüşülmemesi ve konuya ilişkin grup kararı alınmamasıdır. Bu görüşmeler esnasında ileri sürülen görüşleri nedeniyle hiçbir milletvekili hakkında parti disiplin kurullarında her hangi bir işlem yapılmamasıdır. İkinci önlem, gerek güvensizlik önergelerinin ve gerekse gensoru neticesindeki güven isteminin sadece gizli oylama ile mecliste karara bağlanmasının sağlanması ve grup başkan ve başkanvekillerinin milletvekillerine telkin veya tavsiyede bulunmamasıdır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi bu denetim yolunun muhalefet tarafından yerli yersiz kullanılarak hükümeti taciz etmesinin önlenmesi içinde bazı hukuki önlemlere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bağlamda öncelikle hükümet tarafından ortaya konan eylemin açıkça hükümet programına aykırılığının gensoru önergesinin gerekçesinde belirtilmesi, bu şekilde gerekçesi belirtilmeyen önerenin başkanlık tarafından işleme konulmaması gerekmektedir. Ayrıca önerenin, farklı partilere mensup en az üye tam sayısının onda biri kadar milletvekili tarafından yazılı olarak verilmesi de bu noktada ileri sürülebilecek önlemlerden aklımıza gelebileceklerdir.

XIII. Sonuç

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılan şu ki, yasama ve yürütme devletin en temel iki fonksiyonudur. Bu fonksiyonlardan yürütme, hukuki bakımdan yasamanın hayata geçirilmesini sağlayan fonksiyondur. Ancak

yürütmenin bu hukuki fonksiyonu, bir çerçeve niteliğindedir. Bu çerçeve içerisinde, yürütme organının ortaya koyduğu kamu yararının gereği olan faaliyetler vardır. Bunlara kamu hizmeti denilmektedir. İşte bu kamu yararının gereği olarak ortaya konulan eylem ve işlemler yasama organının belirlediği hukuki çerçeveye göre gerçekleştirilir. Bu nedenle yürütme organı yetkilerinin dayanağını kanundan alacak ve bu yetkilere dayanarak faaliyetlerini de kanuna uygun olarak yapacaktır. İşte bu hukuki sınır içerisinde, icra ettiği hizmetlerin yerindeliliğinin takdiri ise yürütme organına bırakılmıştır. Ancak yapılan faaliyetlerde bir yandan bu yerindelik takdir edilirken diğer yandan da “hükümetin genel siyasetine” uygunluğu gözden kaçırılmayacaktır. İşte bunun kontrolü de siyasi denetimle gerçekleştirilecektir.

Siyasi denetimde, denetimin ölçütü, hükümetin genel siyasetine uygundur. Hükümetin izleyeceği genel siyasetin ne olduğu ise, daha hükümet kurulurken parlamentoya okunan hükümet programı ile ortaya konulmaktadır. Bu programa göre parlamento, Türk Milleti adına bu hükümete güvenoyu vererek hükümetin bu genel siyasetini tasvip ettiğini ortaya koyuyor. Dolayısıyla hükümetin bu söze sadakatini ölçme hakkı da, millet adına yasama organına ait olacaktır. Yasama organı bu hakkını yukarıda da belirttiğimiz gibi “gensoru” ile gerçekleştirecektir.

Bu denli önemli olan bu gensoru müessesesi hem muhalefet tarafından, yerli yersiz kullanılarak parlamento gündemi meşgul edilmek suretiyle muhalefet aracı olarak kullanılmakta; hem de iktidar tarafından, denetimin yerinde olup olmadığına bakılmaksızın sayısal çoğunluk kullanılarak bu denetim yöntemi bertaraf edilmektedir. İşte bu şekilde kötüye kullanılan bu müessesenin sağlıklı bir yapıya kavuşması, öncelikle demokratik olgunluğa bağlıdır. Ancak bu öneri yeterince etkili olamayacağından, bazı hukuki önlemlerin alınması ihtiyacı vardır.

Bu bağlamda yukarıda belirttiğimiz gibi bu denetim yolunun muhalefet tarafından yerli yersiz kullanılarak hükümetin oyalanmasının önlenmesi için öncelikle hükümet tarafından ortaya konan eylemin açıkça hükümet programına aykırılığının gensoru önergesinin gerekçesinde belirtilmesi, bu şekilde gerekçesi belirtilmeyen önerenin başkanlık tarafından işleme konulmaması gerekmektedir. Ayrıca önerenin, farklı partilere mensup en az üye tam sayısının onda biri kadar milletvekili tarafından yazılı olarak verilmesi de bu noktada ileri sürülebilecek önlemlerden aklımıza gelebileceklerdir.

Yine bu denetim yolunun iktidar tarafından, denetimin yerinde olup olmadığına bakılmaksızın sayısal çoğunluk kullanılarak bertaraf edilmesi, iktidar partilerinde çözülme olmadıkça bu sistemin işletilmesinin imkansız hale getirmektedir. İşte bunun için de bazı hukuki önlemlere ihtiyaç duyul-

maktadır. Bu önlemlerin hareket noktası milletvekillerinin gelecek endişesinden uzak hür iradeleri ile bu denetim yoluna katkıda bulunabilmelerini sağlamaktır. Bunu sağlamanın yolu ise, öncelikle bu denetim yolunun meclisteki müzakerelerinden sonra yapılacak güvensizlik önergelerinin veya güven isteminin oylamasında sadece iktidar değil tüm milletvekillerinin hür vicdani kanaatlerine göre davranabilmelerine fırsat vermek onlara bu konuda güvence sağlamaktır. Bu konuda akla gelebilecek ilk önlem konunun grup toplantılarında görüşülmemesi ve konuya ilişkin grup kararı alınmamasıdır. Bu görüşmeler esnasında ileri sürülen görüşleri nedeniyle hiçbir milletvekili hakkında parti disiplin kurullarında her hangi bir işlem yapılmamasıdır. İkinci önlem gerek güvensizlik önergelerinin ve gerekse gensoru neticesinde ki güven isteminin sadece gizli oylama ile mecliste karara bağlanmasının sağlanması ve grup başkan ve başkanvekillerinin milletvekillerine telkin veya tavsiyede bulunmamasıdır.

Kaynaklar**1. Kitap ve Makaleler**

- ARMAĞAN Servet, 1961 Anayasası Ve Bakanlar Kurulu, İstanbul 1978.
- ARSEL İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara 1955.
- ARSEL İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Mars Matbaası, Ankara 1965.
- ATAR Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 5. Baskı, 2009.
- ATLAY Kamil, “Türk Parlamento Hukukunda Gensoru”, Yasama Dergisi, S. 16.
- AYDIN Mesut, Gensoru, Ankara 2010.
- BALTA T. Bekir, Türkiye’de Yürütme Kudreti, S.B.F Yayınları, Ankara 1960.
- BAŞGİL Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, Fasikül I-II, Baha Matbaası, İstanbul 1960.
- BAYRAKTAR Köksal, Siyasal Suç, İstanbul 1982.
- BİLGE Necip, Bakanların Görev ve Sorumlulukları, Ankara 1956.
- BİRİŞİK Faik, Bakanların Sorumluluğu, Konya 2007.
- ÇAM Esat, Siyaset Bilimine Giriş, İstanbul 1987.
- DAVER Bülent, Siyaset Bilimine Giriş, Ankara 1976.
- DEMİR Fevzi, KARATEPE Sükrü, Anayasa Hukukuna Giriş, 2. Basım, İstanbul 1982.
- ERYILMAZ Bilal, Kamu Yönetimi, Ankara 2008.
- EYÜPOĞLU Zeki, Türk Dilinin Etimolojik Sözlüğü, III. Bası, 1959.
- GÖZLER Kemal, “1924 Teskilatı Esasiye Kanunu”, www.anayasa.gen.tr/tek-1924.htm.
- GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa 2007.
- GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2011.
- GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Bursa 2011
- GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Ankara 1993.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, Ankara 1978.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref - KİLİ Suna, Türk Anayasa Metinleri, Ankara 1957.

- GÜNEŞ Turan, Parlemanter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İ.Ü.H.F. Yayını, 1956.
- İBA Şeref - BOZKURT Rauf, 100 Soruda Parlamento, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2004.
- İSLAM N. Latif, Türkiye’de Gensoru ve Meclis Tahkikatı, Kardeş Matbaası Ankara 1966.
- KUBALI H. Nail, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, İstanbul 1959.
- KUBALI H. Nail, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 1971.
- MENGER Erdal, Denetçi Yardımcıları Eğitim Notu, Şubat 2001.
- ÖZBUDUN Ergun, Parlemanter Rejimde Parlemantonun Hükümeti Mura-kebe Vasıtaları, Ankara 1962.
- ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2010.
- ÖZÇELİK A. Selçuk, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri. C. I, İstanbul 1960.
- ÖZER M. Akif, Parlemanterlar Ve Denetim Fonksiyonları, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der33m2.pdf>
- SABUNCU Yavuz, Anayasaya Giriş, Ankara 2006.
- TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2009.
- TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 1997.
- TÜLEN Hikmet, Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Sorumluluğu Ve Meclis Soruşturması, Konya 1999.
- VEDEL George (çeviren A. Selçuk Özçelik), Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, İstanbul 1961.
- YILMAZ Orhan, Türkiye’de Kamu Yönetiminin Denetimi, TODAİ, Ankara 1984.
- YÜCE T. Tufan, Ceza Muhakemeleri Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum 1968.

2. Diğer Kaynaklar

- T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, www.tbmm.gov.tr/tutanak
- Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, www.tbmm.gov.tr/tutanak
- Anayasa Mahkemesi Kararları, www.anayasa.gov.tr/index
- Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, www.tbmm.gov.tr/tutanak
- T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, www.tbmm.gov.tr/tutanak
- Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, www.tbmm.gov.tr/tutanak

TÜRK VERGİ HUKUKUNDA VERGİ KABAHATLERİNDE VE SUÇLARINDA İÇTİMA

*Yrd. Doç. Dr. Recep NARTER**

*Arş. Gör. Ercan SARICAOĞLU***

ÖZET

Ceza kanunlarında yapılan değişikliklerin ardından, VUK'un da dâhil olduğu ceza hükmü içeren diğer özel kanunlar, yenilenmelere paralel değişim süreci içine girdi. Bu kapsamda, vergisel idari düzeni ve kamu düzenini koruma beklentisi içinde vergi politikasının tamamlayıcısı olan suç ve ceza siyaseti, vergi kabahati ve vergi suçu ayırımını belirginleştirdi. Böylece vergisel anlamda ihlal niteliği taşıyan ve cezai yaptırıma bağlanan fiiller değerlendirilirken VUK ile KBK ve TCK arasındaki bağlantı önemli bir hal aldı. Fiil ile suç arasında ortaya çıkabilecek ihtimallere göre şekillenen içtima kurumunun izahında söz konusu bağlantı dikkate alınmalıdır. Çalışmamızda; vergi kabahati ve vergi suçuna neden olan fiillerde içtima; VUK hükümleri yanı sıra KBK, m.3 ve TCK, m.5'deki atıflar esas alınarak genel kabahatler ve suçlar için geçerli içtima hükümlerine göre ele alınmıştır. Ayrıca, her bir vergi kabahatinde ve vergi suçunda içtima nedeniyle ortaya çıkabilecek istisnai haller, özel/nitelikli içtima ilişkileri olarak değerlendirilip, vergi ceza hukukuna özgü durumlar olarak nitelendirilmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: İçtima, vergi suçu, vergi kabahati, özel/nitelikli içtima ilişkileri.

ABSTRACT

Following the amendments in Turkish Penal Law, with other special laws partially regulating penal rules -including the Tax Procedure Law (TPL) – have been proceeding. In this respect expecting to preserve administrative and public order, the completer of crime and punishment policy highlighted the division of 'tax misdemeanor' and 'tax offence'. While scrutinizing the infringements of tax law for which criminal sanctions are envisaged, the links among the TPL, Turkish Misdemeanor Law (TML) and Turkish

* Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı.

Criminal Law (TCL) gained importance. These links, which are being shaped as a result of act and crime connection, should be taken into consideration to explain the joinder of offences. In this article, beside analyzing under TPL, the joinder of tax misdemeanors and tax offences is examined under the TML (article 3) and the TCL (article 5) basing on the references about general rules of joinder of offences. Additionally, as a subsequence of joinder of tax misdemeanor and tax offences derogations are described as special/qualified joinder rules and specific cases of tax criminal law.

KEYWORDS: Joinder of offences, tax offence, tax misdemeanor, special/qualified joinder rules.

I. GİRİŞ

Toplum düzenini sağlama amacıyla devletin egemenliği altında varlık kazanan hukuk sistemi, korunmaya gerekli hukuki değerlere karşı var olabilecek ihlalleri, yaptırım tehdidiyle hukuki düzene bağlamıştır.

Kişi ile devlet arasında kurulan ve kamu hizmetlerinin finansmanı için ihtiyaç duyulan fonların toplanmasında devlet için güvence teşkil eden vergi ödevi ilişkisinde, vergi hukukunun bazı ihlalleri suç olarak kabulü ile koruduğu hukuksal menfaat, hazine yararı kavramıyla özdeşleşen kamu yararıdır¹. Vergi ilişkisinin alacaklısı konumunda olmanın tanıdığı sıfatın yanında, verginin ödenmesi için verdiği emirlere riayeti sağlayacak otorite olması, Devlete, kanunlar aracılığıyla emrettiği ödevlerin yapılmaması halinde kişilere karşı “cezai münasebet” tesis etme hakkı tanır². Bu hal bir suçun varlığı anlamına gelir ve suç işlendiğinde artık devlet için cezalandırma zorunluluğu vardır³. Vergi kanunlarına aykırı davranışlar ve bunlara uygulanan cezalarla ilgilenen vergi hukuku bölümü vergi ceza hukukudur⁴.

1 ÖNCEL, Mualla/ KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, Ankara 2011, s.209.

2 ERMAN, Sahir, **Vergi Suçları**, İstanbul 1988, s.4; MUTLUER, Kamil, **Vergi Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 2008, s.224.

3 DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.2, 12. Bası, İstanbul 1999, s.393.

4 ERGİNAY, Akif, **Vergi Hukuku**, Ankara 1990, s.16; KANETİ, Selim, **Vergi Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 1989, s.15; KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2011, s.466; MUTLUER, s.30; OKTAR, S.Ateş, **Vergi Hukuku**, İstanbul 2011, s.23; ÖNCEL/ KUMRULU/ ÇAĞAN, s.4; ŞENYÜZ, Doğan, **Vergi Ceza Hukuku**, 5. Bası, Bursa 2011, s.1; ARSLAN, Mehmet, **Vergi Hukuku**, Güncellenmiş 8.Baskı, Bursa 2012, s.282.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) yürürlüğe girmesiyle, ceza hükmü içeren diğer özel kanunlar gibi Vergi Usul Kanunu (VUK) da yeni kanunun düzenlemelerinden etkilendi⁵. Kabahat ve suç kavramlarındaki belirginleşmenin vergi ceza hukukunda geçerlilik kazanması kaçınılmaz oldu. Kabahatler Kanunu'nun (KBK) yürürlüğe girmesinden önce tartışma konusu olan ve farklı terimler altında ifade bulan ihlallerin⁶, vergi ceza hukuku başlığı altında değerlendirilmesinde yeni bir bakış açısı kazanıldı⁷. Vergi kanunlarının emrettiği bir takım ödevlerin yapılmaması ya da yasaklanan fiillerin gerçekleştirilmesi halinde, vergi idaresi tarafından idari yaptırım niteliğinde ceza uygulanırken, bazı ihlaller ceza hukuku anlamında suç⁸ sayılarak bunları işleyenler hakkında mahkemeler eliyle verilebilecek hürriyeti bağlayıcı cezalara hükmedilmesi, vergi kabahati ve vergi suçu ayırımına

-
- 5 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesiyle (1 Haziran 2005) beraber 765 sayılı eski Ceza Kanunu'nda öngörülen cürüm, kabahat ayırımı terk edilmiş; kabahatler Ceza Kanun'un kapsamı dışında bırakılarak 5236 sayılı Kabahatler Kanununda(RG, 31.03.2005, 1.Mükerrer Sayı,25772) ayrıca sayılmıştır. Bu duruma uyumun sağlanmasına yönelik olarak 2008 yılında 5728 sayılı "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile de genel ceza hukuku ile vergi ceza hukuku arasındaki uyumlaştırmaların sağlanmasına çalışılmıştır. Ayrıca vergi idaresi, Tahsilat Genel Tebliğ no: 442 ile idari para cezalarının uygulanmasına yönelik izahat yapmıştır. Ancak belli konularda kavramların netleşmediği konusunda itirazlar halen devam etmektedir. Bu husus için bkz. BİLİCİ, Nurettin, **Vergi Hukuku**, 26. Bası, Ankara 2011, s.83; SABAN, Nihal, **Vergi Hukuku**, 5.Bası, İstanbul 2009, s.213.
- 6 Kabahatler Kanunu'nun "Tanım" başlıklı 2. maddesine göre, kabahat deyiminden kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılmaktadır. Diğer yandan kabahatin toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla cezalandırılan fiil olarak tanımlandığını da görmekteyiz. Bkz. YURTCAN, Erdener, **Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, İstanbul, 2005, s.2; Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin değerlendirilmesi açısından ayrıca bkz. BEKAR, Elif, **"Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi"** *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LXIX, S.1-2, s.1033-1050 (www.iudergi.com, 30.01.2013).
- 7 KARAKOÇ, s.469; Ayrıca 2008 yılında yapılan değişikliğe kadar, Türk Vergi Hukuku yazınında vergi suçlarının sınıflandırılmasına ilişkin tablo çalışması için bkz. ÇOMAKLI, Şafak Ertan, **Türk Vergi Hukukunda Fail Kavramı**, Ankara 2008, s.35.
- 8 Vergi suçu; vergi mükellefi veya sorumlusu tarafından ya da vergilendirme işlerindeki görevliler tarafından vergi kanunlarında gösterilen maddi veya biçimsel yükümlülüklerle ve mecburiyetlere aykırı olarak işlenen devleti vergi kaybına uğratan ya da kamu düzenini bozan, kanuni tarife uygun cezayı gerektiren fiillerdir. Tanım için bkz. BAYRAKLI, Hasan Hüseyin, **Vergi Ceza Hukuku**, 3. Baskı, Afyon 2006, s.68.

dayanak teşkil etti⁹. Böylece idari para cezası gerektiren vergi ihlallerinin, teknik anlamda kabahat olduğu mevzuatta yer bulmuş oldu¹⁰. Vergi kabahatlerinde, vergi sisteminin, hukukun öngördüğü şekilde yürütülmesi ve bu bağlamda vergi kaybına yol açılmasının önüne geçilerek idari düzenin korunması esas alınırken¹¹, vergi suçlarında kamu düzenini koruma beklentisi vardır¹². Ancak her iki ihlalin de cezalandırılmasının asıl hedefi kamu yararının gerçekleştirilmesi olup¹³, farklılık nitelendirmedir¹⁴. Bu nitelendirme farklılığı, vergi ödevi ilişkisinde “hazine yararı”, “vergisel idari düzenin korunması”, “dürüst mükellefin korunması” gibi cezalandırma amacını çerçeveye kavramların cezaların niceliksel olarak derecelendirilmesine ve kabahat-suç ayrımı ekseninde ele alınmasına neden olduğundan kaynaklanır¹⁵.

Hukuka aykırı görülen, devlet eliyle yaptırıma bağlanan fiillerin tespiti, kabahat ve suç olarak tasnifi, bu bağlamda takip edilen suç ve ceza siyaseti-

-
- 9 PEHLİVAN, Osman, **Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi**, Trabzon 2011, s.86.
- 10 CANDAN, Turgut, “**Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler**”, (Ed: İ. Uluşan/F. Başaran Yavaşlar), T.C İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.248.
- 11 “Küçük suçluluk olarak adlandırılan, kaynağını çoğunlukla dışta, ekonomik koşullarda bulan, azaltılması ve sadece adli olmayan tedbirlerle önlenmeleri mümkün bulunan suçların takibi, bütün Avrupa ülkeleri içinde sorun olarak algılanmış ve tedbir olarak bunların suç olmaktan çıkartılması ve haklarında yaptırım uygulanmasının idari mercilere bırakılması genel olarak öngörülmüştür.”(DÖNMEZER, Erman/ YENİSEY, Feridun, **Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği**, *Kriminoloji ve Ceza Hukuku*, (www.kriminoloji.com, 24.04.2013).
- 12 ŞENYÜZ, s.22; BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, “**Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Vergi Kabahat ve Yaptırımlar**”, (Ed: İ. Uluşan/F. Başaran Yavaşlar), T.C İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.286.
- 13 Bireyi esas alan bir hukuk sisteminde, kamu yararına ilave olarak dürüst mükelleflerin hukuki menfaatlerini koruma amacının da dikkate alınması gerekliliği de ifade edilmektedir. Bkz. BAŞARAN YAVAŞLAR, s.286.
- 14 SABAN, s.212.
- 15 SARICAOĞLU, Ercan, “**Cezalandırma Amacının Vergi Cezaları Açısından Değerlendirilmesi**”, Umut Vakfı 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, Antalya, 11-12 Ekim 2012, s.2. (<http://www.umut.org.tr/UserFiles/File/hukukungencleri2012.tambildiriler/11Ekim-V-2.e.s.pdf>, 30.07.2013).

nin¹⁶ ürünüdür¹⁷. Vergilendirmede kamu yararını koruma amacı doğrultusunda izlenen suç ve ceza siyaseti, vergi politikası içinde uygulanan vergi tekniğinin¹⁸ tamamlayıcısı konumundadır. Vergi ceza hukukunun bazı kavram ve kurumlarının, genel ceza hukuku ilkelerine nazaran farklılık gösterebilmesi bu anlayışın tezahürüdür¹⁹.

Bu doğrultuda Türk Vergi Hukuku bağlamında içtima konusundaki bu çalışmamızda, öncelikle genel ceza hukuku kavramı olarak içtima müessesesine konunun daha anlaşılır kılınması bakımından genel hatlarıyla değinmeye çalışıp, ardından kabahat ve suç ayırımına paralel bir yol izleyerek, vergi kabahatlerinde ve vergi suçlarında içtima konularını ayrı başlıklar altında ele alacağız.

II. İÇTİMA KAVRAMI

Kanunun yaptırım tehdidi bağladığı, kanuni tipe uygun her netice, kural olarak ayrı ve bağımsız bir suçun oluşumuna neden olur. Fail hareketiyle meydana getirdiği netice sayısınca suç işlemiştir ve her bir suç için ayrı cezai müeyyideye maruz kalacaktır. Suçun oluşumu neticenin varlığıyla ilişkilidir. Neticenin birden fazla hareketten doğuyor olması birden çok suç olduğu anlamına gelmez. Kişi tek bir hareketle birden fazla netice meydana getirebilir, bu halde birden fazla suçun faili konumundadır ancak birden fazla hareketle tek bir neticeyi gerçekleştirmiş ise tek bir suçtan sorumlu olacaktır²⁰.

“Fiil²¹” ve suç arasında ortaya çıkabilecek dört ihtimal söz konusudur²².

¹⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 15.07.2002 tarih 119/68 sayılı kararında; “Yasa koyucu idari para cezalarına ilişkin yasa kurallarını düzenlerken ceza politikası gereği bir takım tercihler ortaya koyarak yasal düzenlemeler yapabilir. Hangi eylemlerin idari para cezasını, hangilerinin adli para cezası ya da hapis cezası gerektirdiği ve bu cezaların miktarı konusunda yasa koyucunun takdir hakkı bulunmakla beraber bu tercih serbestisi, Anayasanın genel ve özel kuralları çerçevesinde olacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir (Karar için bkz. GEREK, Şahnaz/ AYDIN, A. Rıza, **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**, Ankara 2005, s.286).

¹⁷ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “**Suç-Kabahat Ayırımı-İdari Ceza Hukukunun Temelleri**”, (Edt: İ. Ulsan / F. Başaran Yavaşlar), T.C İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.31.

¹⁸ Kavram için bkz. TURHAN, Salih, **Vergi Teorisi**, 2. Baskı, İstanbul 1977, s.54.

¹⁹ ŞENYÜZ, s.16.

²⁰ DÖNMEZER/ ERMAN, s.373; MUTLUER, s.254; KARAKOÇ, s.522; ERDEM, Tahir, “**Zincirleme (Müteselsil) Suç**”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Mayıs 2009, s.115.

²¹ Fiil kelimesi hareket, hareketin doğurduğu netice ve hareket ile netice arasındaki illiyet bağının toplamından oluşur. Ancak fiile anlam verilirken bu unsurlardan hangisinin te-

1) Bir fiil bir ihlale neden olmuştur. Bu halde içtima yoktur. Tek bir suç ve ceza vardır.

2) Bir fiil birden çok ihlale neden olmuştur. Bu duruma suçların içtima türlerinden biri olan fikri içtima (görünürde içtima)²³ denilmektedir. Faile en ağır cezayı gerektiren hüküm uygulanır²⁴. “Fikri içtima, tek bir fülle birden fazla farklı suçun işlenmesi” olarak tanımlanabilir²⁵. Yeni Ceza Kanunumuzun “Fikri İçtima” başlıklı 44. maddesi ile 765 sayılı mülga Ceza Kanununun 79. maddeleri paralel düzenlemeler içermektedir. Madde gerekçesinde “non bis in idem” kuralı gereği, kişinin bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olması halinde, bir defa cezalandırılabilmesi vurgulanmış, failin bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç nedeniyle cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Fikri içtima da tek fiil nedeniyle birden fazla yargılanmaya ve cezalandırmaya yol açabilecek durumların önüne geçebilme amacı söz konusudur²⁶. Toplumsal düzeni bozan ihlal iradesi tektir²⁷. Bu nedenle tek fiille kanundaki çeşitli hükümlerin ihlalden ibaret olan suçların, fikri olarak toplanması yapılır²⁸. Kanunumuzun benimsediği bu sisteme rağmen doktrinde, suçun maddi unsurunu sadece hareket olarak kabul eden ve hareketin tek olması halinde ortada birden çok suçun olamayacağını iddia eden yazarlar, fikri içtima ile tek bir suçun varlığını kabul etmezler. Kanuni

mel alınacağı bir sorun teşkil eder. Hareketin veya neticenin teklifi üzerinden fikri içtima müessesine yaklaşım nedeniyle, bu konuda iki farklı görüş söz konusudur. Her iki görüşü de örnekler ile doğrulamak mümkün görünebilir. 5237 sayılı TCK madde gerekçesinde fiilden hareketin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Doğaldır ki, bu husus bizlere sadece yorumlamada yol göstericidir. Nitekim kanuni bir zorunluluktan bahsedilemez.

22 DÖNMEZER/ ERMAN, s.373-374; MUTLUER, s.254.

23 Cali içtima, kazip içtima, şekli içtima gibi çeşitli isimlerde de kullanılır. İÇEL, Kayıhan, “**Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme**”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* (Ord. Prof. Dr. Halil Aslanlı’ ya Armağan), C.XXX, S. 1-2, 1964, s.172 (www.iudergi.com, 23.01.2013).

24 MUTLUER, s.254.

25 ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 13. Baskı, Ankara 2013, s.358.

26 ERDEM, s.122.

27 DÖNMEZER/ ERMAN, s.383. Fikri içtimanın hukuki niteliğine ilişkin görüşler için bkz. ÖZEN, Mustafa; “**Ceza Hukukunda Fikri İçtima**”, *TBB Dergisi*, S.73, 2007, s.135-136.

28 “Fikri içtimada çeşitli ihlallerin bir neticesi olmak üzere muhtelif suçlar vardır ve bu suçların birleştirilmesi tamamen fikri ve ideal bir mahiyet taşımaktadır. Yani diğer bir tabirle mevcut bulunan müteaddit suçlar arzu edildiği için birleştirilmektedir.” İÇEL, s.172.

tipe uygun ihlaller sayısınca suçun oluştuğunu kabul eden yazarlar ise, birden çok suça kanaat getirdikleri bu halde fikri içtimanın varlığını kabul ederler. Zaten sadece bu halde fikri içtima, suçların birleşmesi anlamını taşır²⁹.

3) Birden fazla fiil, bir ihlale neden olmuştur. Bu ihtimalde de suçların birleşmesi hali vardır. Bir suç işleme düşüncesiyle kanunun aynı hükmünün birden fazla ihlal edilmesi olan müteselsil(zincirleme) suç, kanuni tanımda yer alan bir suçun daha hafif suçu içinde barındırması muhtelit suç, biri diğerinin unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olan iki suçun birleşmesi hali mürekkep suç türleri bu birleşme halinin örnekleridir³⁰.

4) Birden fazla fiil, birden fazla ihlale neden olmuştur. Bu durumda suçların değil cezaların birleşmesi vardır. Her biri bağımsızlığını koruyan birden fazla suçun karşılığı olan birden fazla ceza toplanır, cezaların gerçek içtiması olduğu kabul edilir.

Suçların içtiması ve cezaların içtiması farklı kurumlardır. Çeşitli fiillerle birden fazla ihlale neden olunması halinde sorun cezanın nasıl belirleneceğidir. Cezaların içtimaı anlamına gelen bu durum, suçların nitelik ve bünyelerinde herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Suçların içtiması, birden fazla fiilin bir ihlal meydana getirmesi veya bir fiilin birden fazla ihlale sebebiyet vermesi halidir. Bu durumlarda suçlar bağımsızlıklarını kaybederek kaynaşmakta, birleşmekte veya aralarında bağlantı kurulmaktadır³¹. Suçlarda içtima halinde çözüm bekleyen husus bir tek fülle meydana getirilen ihlaller sonucunda ortaya çıkacak çeşitli suçların tek bir suç teşkil edecek şekilde birleşip kaynaştırabilmesidir³². Diğer bir anlatımla cezalar içtima edilmekte, aksine içtima olunan suçlardan bazılarının cezaları, içtima nedeniyle verilmemektedir³³.

Dolayısıyla içtima, ceza hukukunda var olan “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır” genel kuralın istisnasıdır.³⁴ TCK’da “suçların içtimaı” bölümünde m.42 (bileşik suç), m.43/1 (zincirleme suç), 43/2-3

²⁹ İÇEL, Kayıhan/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, Fatih S./ ÜNVER, Yener, **Suç Teorisi**, İstanbul 1999, s. 422.

³⁰ ERMAN, s.37.

³¹ DÖNMEZER/ERMAN, s.374.

³² KARAKOÇ, s.523.

³³ ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2006, s.818.

³⁴ Bkz. 5237 sayılı TCK genel gerekçesi. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.817.

(aynı neviden fikri içtima) ve m.44 (farklı neviden fikri içtima) düzenlenmiş durumlar, genel kurala getirilmiş istisnaların norm kazanmış halleridir.

Vergi kanunlarına aykırı olan ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunumuz tarafından cezai yaptırıma bağlanmış fiiller, vergi kabahatleri ve vergi suçlarıdır. VUK'da vergi kabahatleri olarak, Vergi Ziyat ve Usulsüzlük belirlenmiştir. Vergi Suçları; Kaçakçılık, Vergi Mahremiyetini İhlal, Özel Kişilerin İşlerini Görme olarak tipikliğe bağlanmıştır. Nitelik itibariyle kabahat olan vergi kabahatleri için Kabahatler Kanunu, vergi suçları için ise Ceza Kanunu uygulanabilir kanun hükmündedir. Nitekim Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin diğer kabahatler içinde uygulanacağına dair KBK, m.3 ve Ceza Kanununun genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren diğer kanunlardaki suçlar hakkında uygulanması gerektiğine ilişkin TCK, m.5 yorumlamaları uyarınca dikkate alınması gereken kanunlardır³⁵. Fakat VUK diğer kanunlara nazaran özel norm hükmünde olup öncelikle uygulanmalıdır³⁶.

III. VERGİ KABAHAHLERİNDE İÇTİMA

VUK içtima hususunda, ceza hukukunun içtima dair hükümlerini esas almıştır³⁷. Ancak konuyu vergi kabahatleri özelinde değerlendirirken, ceza hukukunun kabul ettiği içtima sisteminin değil, kabahatler için geçerli olan, mevzuatta öngörülen sistemin dikkate alınması gerekir³⁸. Bunun anlamı, vergi kabahatlerinde, Kabahatler Kanunu ve Vergi Usul Kanunu hükümlerinin birlikte ele alınması zorunluluğudur³⁹. Ancak VUK'un özel norm niteliği göz ardı edilemez. Kabahatler Kanununun öngördüğü genel kurallara istisna, Vergi Usul Kanunumuzda özel içtima ilişkileri düzenlenmiştir⁴⁰. Dolayısıyla, özel içtima ilişkilerinin Kabahatler Kanununa çelişki görülmesinden ziyade, vergi hukukuna ait özel düzenlemeler olarak değerlendirilmesi gerekir.

35 PEHLİVAN, s.86.

36 ŞENYÜZ, s.221.

37 MUTLUER, s.258.

38 ŞENYÜZ, s.221; KARAKOÇ, s.523; MUTLUER, s.258.

39 İçtima konusunda Kabahatler Kanunu yerine Vergi Usul Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü için bkz. BAYRAKLI, s.143.

40 TAŞDELEN, Aziz, **Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri**, Ankara 2010, s.61.

A) Kabahatler Kanunda İçtima

Kabahatler Kanununda içtima 15. maddede düzenlenmiştir⁴¹.

1) Tek Fiil ile Birden Çok Kabahat İşlenmesi

Bir fiilin birden fazla kabahatin oluşumuna neden olması durumunda iki farklı değerlendirme yapılır. Birden fazla kabahate karşılık öngörülen yaptırımların hepsi idari para cezası ise, fikri içtima kuralı uygulanıp, en ağır idari para cezasını gerektiren kabahatin karşılığı, faile uygulanır. Ancak kanun, kabahatleri idari para cezası dışında başka bir yaptırıma daha bağlamışsa her bir yaptırım türü, kabahatler için ayrı ayrı değerlendirilecektir⁴².

2) Aynı Kabahatin Birden Fazla İşlenmesi

Kabahatler Kanununda yaptırıma bağlanmış neticenin birden fazla gerçekleştirilmesi anlamı taşıyan bu durumda, fail ihlal etmiş olduğu her bir kabahat için ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

3) Bir Fiil ile Hem Kabahat Hem de Suç İşlenmesi

Bir fiil, hem ceza kanunundaki suç tipini ihlal edip hem de kabahatler kanunda yer alan neticenin gerçekleştirilmesine neden oluyorsa içtima kuralı uygulanır. Suç karşılığı öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza, kabahat karşılığı idari para cezasına nazaran “en ağır ceza” olma özelliği taşır⁴³. İçtima kuralı gereği yasama organı tercihini suç karşılığı yaptırımdan yana kullanmıştır.

41 Madde 15:

(1) Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.

(2) Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idari yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır.

(3) Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.

42 KARAKOÇ, s.524.

43 BAYRAKLI, s.142.

Ancak herhangi bir nedenden dolayı suçtan dolayı ceza verilememesi halinde, kabahat için kanunda öngörülen yaptırım uygulanacaktır⁴⁴.

B) VUK' da İçtima

1) Tek Fiilden Kaynaklanan Kabahat Çeşitliliği

Vergi hukuku ilişkisinin borçlu tarafı vergi mükellefi, ya da vergi idaresine karşı mükellef adına muhatap olan vergi sorumlusu ve kanuni temsilci fail konumunda,⁴⁵ tek bir fiile ile birden fazla vergi türünde vergi kaybına neden olabileceği gibi, tek fiille farklı kabahatlerin ihlalini de gerçekleştirmiş olabilir⁴⁶.

a) Tek Fiille Çeşitli Vergilerin Kayba Uğratılması

VUK, m. 335 gereğince, tek bir fiil ile farklı türden birden fazla vergi kaybına neden olunması halinde, her bir vergi türü için ayrı ayrı ceza kesilir. TCK, m.44'de "tek fiil ile kanundaki birden fazla farklı suçun ortaya çıkması halinde, sadece en ağır cezayı gerektiren suçun cezasının uygulanacağı" ifadesi ile yer bulan fikri içtima kuralı bu ihtimalde, vergi ceza hukuku için geçerli değildir⁴⁷. Vergi kabahatlerinde vergi kaybının önlenmesi, diğer bir deyişle hazinenin zarara uğratılmasını engellemek suretiyle, kamu yararı gözetilir. Her bir vergi türü ayrı ve bağımsız bir öneme haiz olup, her birinde ayrı bir vergisel idari düzenin korunması esas alınmıştır⁴⁸. Gelir vergileri için Gelir Vergisi Kanunu, harcama vergileri için Katma Değer Vergisi Kanunu içerdiği ayrı kurallar ile bu düzenin ayrı birer parçalarını oluşturur. Tek fiil ile her iki kanun hükümlerinin ihlali ile ortaya çıkacak vergi kayıpları, ayrı ayrı vergi cezalarıyla karşılaşacaktır. Örneğin, serbest meslek erbabı olarak bir avukatın belge düzenine ilişkin ödevi kapsamında belge düzenlemediğini varsayarsak, bu eylemi, hem gelir vergisi hem de katma değer vergisi bakımından vergi kaybına neden olacağından, avukatın tek fiili ile her iki yükümlülüğünü ihlal ettiğini görürüz. Başka bir örnekte, katma değer vergisi mükellefi olan bir kurumun satış faturalardan birisini deftere işleme-

44 Bu hüküm genel olarak kabahatler ile suçlar arasında kabul edilmiş bulunan sistemi işaret eder. Vergi suçları özelinde değerlendirme "vergi kaçakçılığı suçunda içtima" bölümünde irdelenecektir.

45 ÇOMAKLI, s.113.

46 MUTLUER, s.258; KARAKOÇ, s.525.

47 MUTLUER, s.258; KARAKOÇ; s.525; ŞENYÜZ, s.225; BAYRAKLI, s.114.

48 TAŞDELEN, s.61.

miş olması durumunda, hem kurumlar vergisini hem de katma değer vergisini kayba uğratmış olur. Her iki kayıp nedeniyle ayrı ayrı ceza sorumlusudur. Ancak bu örneği daha geniş yorumlayanlar kurumlar vergisi yanında gelir vergisinin de kayba uğratıldığını iddia etmektedir. Söz konusu faturanın işlenilmemesi ilk bakışta kurumlar ve katma değer vergisini kayba uğratmış gibi görüyor olsa da, bu kayıp ortakların gelir vergisine de yansımaktadır. Bu görüşte olanlar tek fiil ile üç vergi türünün kayba uğratıldığını düşünmektedir⁴⁹.

Yasama organı, farklı vergi türleri itibariyle birden fazla vergi kaybına neden olmuş tek fiili, tek bir kabahat altında birleştirip içtima kurallarının uygulanmasını yerinde bulmamış, her bir vergi kaybı için ayrı ayrı ceza kesilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır⁵⁰. VUK, m.335, KBK, m.15/1 de yer alan kuralın istisnasıdır. Bu hal, vergi sisteminin kendine özgü yapısının vergi ceza hukukundaki yansımalarından birisi olarak değerlendirilebilir⁵¹.

VUK, m.331 vergi cezalarını, vergi ziyayı ve usulsüzlük kabahatlerine karşılık olarak ikiye ayırdığı halde, VUK, m 335’de sadece vergi ziyayı ile ilgili düzenleme vardır. Usulsüzlük kabahatinin bu kapsamda değerlendirilmeme nedeni, bu kabahatlerde vergi kaybı ihtimali var olabilmesinin yanında vergi kaybına neden olunmamasının da mümkün olmasıdır⁵². Tek fiil ile usulsüzlük alt başlığı altında değerlendirilen 1. derece usulsüzlük, 2. derece usulsüzlük ve özel usulsüzlük kurallarının ihlalinde (1. derece usulsüzlük ile 2.derece usulsüzlüğün ya da bunlar ile özel usulsüzlükler arasında) özel içtima kuralı yoktur. Dolayısıyla Kabahatler Kanun’da yer alan genel kural geçerli olacak, miktar itibariyle ağır olan idari para cezası, tek fiilin karşılığı olarak yaptırıma bağlanacaktır⁵³.

b) Tek Fiil ile Farklı Kabahatlerin Birlikte İşlenmesi

VUK, m.336 gereğince, tek fiil ile vergi ziyayı ve usulsüzlük kabahatleri birlikte işlenmesi halinde, bunlara ilişkin cezalardan sadece miktar itibarıyla en ağır olanın cezası kesilir. Ancak usulsüzlük cezası kesilen bir fiil ile vergi kaybına neden olduğu sonradan anlaşılırsa, önceden kesilmiş olan usulsüzlük cezasının vergi kaybı nedeniyle kesilecek vergi ziyayı cezasıyla karşı-

⁴⁹ MUTLUER, s.259.

⁵⁰ PEHLİVAN, s.98; BİLİCİ, s.97; KARAKOÇ, s.525; TAŞDELEN, s.62.

⁵¹ TAŞDELEN, s.61.

⁵² MUTLUER, s.258.

⁵³ TAŞDELEN, s.63; BEKAR, s.1048.

laştırılmasına ve noksan kesilen cezanın tamamlanmasına engel olmaz. Birden farklı kabahatin oluşumuna neden olan tek fiilin varlığı halinde Türk Ceza Kanundaki fikri içtima kuralları aynen uygulanacaktır. Kabahatler Kanunu 15/1 de yer bulan kanun hükmüne paralel bir durum söz konusudur. Örneğin, süresi geçtiği halde ticari kazançla ilgili beyannamesini vermeyen mükellef A, bu fiille vergi kaybına neden olmuşsa hem vergi ziyayı hem de usulsüzlük (1. derece) kabahati işlemiş olacaktır. Bu durumda mükellef A hakkında içtima kuralları uygulanıp miktar itibarı ile en ağır olan ceza hangisi ise o kesilecektir⁵⁴. Farklı iki kabahat işlenilmiş olmasına rağmen, daha az cezayı gerektiren vergi kabahati diğerinin içinde eriyerek, yalnızca ağır olan ceza faile kesilmektedir⁵⁵. Tek fiilin usulsüzlük kabahatiyle birlikte ayrıca vergi kaybına da neden olmuş olması bu neticeyi doğurur. Fikri içtima kuralı uygulanırken kabahatlerin niteliği değil, ceza miktarının ağırlığı ölçüt alınmaktadır⁵⁶.

Kanun, usulsüzlük ve özel usulsüzlük kabahatlerini ayrı tipikliğe bağlayarak düzenlemiştir. Doktrin, usulsüzlük kabahatinin tasnifinde kanun sistematikliği dışında, 1. derece usulsüzlük ve 2. derece usulsüzlükleri “genel usulsüzlük” başlığı altında incelemiştir⁵⁷. İçtima konusunda, vergi ziyayı ve usulsüzlük kabahatleri arasında var olan içtima kuralı (VUK, m.336) genel usulsüzlük kabahati olarak değerlendirilen fiiller içindir. Özel usulsüzlük kabahatlerinde ayrı bir düzenlemeye gidilmiş ve fikri içtima bu halde kabul edilmemiştir. VUK, m.353 ile özel usulsüzlük kabahati ile vergi kaybına yol açılması halinde ayrı ayrı ceza kesileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, bu halde tek fiil ile neden olunan birden farklı kabahat, birden fazla cezanın muhatabı konumundadır.

2. Ayrı Fillerle Farklı Vergi Kabahatlerinin İşlenmesi

a) Ayrı Ayrı Fiillerle Birden Fazla Vergi Kabahatinin İşlenmesi

VUK, m.337 maddesine göre, ayrı ayrı işlenmiş vergi ziyayı veya usulsüzlük kabahatlerinde ayrı ayrı cezaya hükmolunur. Fiillerin birbirinde ayrıldığı hallerde suçların içtiması söz konusu değildir. Kişi ayrı fiillerle farklı vergi türlerinde kayba neden oluyorsa her bir vergi kaybı için ayrı ceza kesil-

54 BİLİCİ, s.96.

55 KARAKOÇ, s.526.

56 TAŞDELEN, s.62; ŞENYÜZ, s.226; MUTLUER, s.260; Ayrıca diğer bir görüş için bkz. MUTLUER, s.261.

57 TAŞDELEN, s.124.

lecektir. Aynı zamanda ayrı fiillerle vergi ziyasına veya usulsüzlük kabahatine neden olan fail, hem vergi ziyayı hem de usulsüzlük kabahatinden sorumlu olacaktır⁵⁸.

b) Ayrı Fiillerle Aynı Vergi Kabahatinin Birden Çok İşlenmesi

Aynı vergi kabahatinin, ayrı birden fazla fiille işlenmesi ayrı ayrı ceza kesilmesine neden olur (KBK, m. 15/2; VUK, m.337/1). Bir takvim yılı içinde birden fazla vergi ziyayı kabahati işleyen fail her biri için ayrı ayrı ceza muhatabıdır⁵⁹. Bu halde içtima söz konusu olmamaktadır. Özellikle nitelik itibariyle zincirleme suç olarak görülebilecek bu durum karşısında kanun, hukuki birleşme sistemini kabul etmemiştir. Bu genel kurala rağmen kanunda 2 özel istisna hali mevcuttur⁶⁰. Öncelikle, usulsüzlük kabahatinde vergi kaybı yoktur. Bir takvim yılı içinde aynı türden usulsüzlük fiilleri (genel usulsüzlük) birden fazla işlenirse, sonraki fiiller için dörtte bir oranında ceza öngörülmüştür. Örneğin, İşletme sahibi mükellef A, yıl boyunca her ay vermesi gereken KDV beyannamesini vermemiştir. 1. derece genel usulsüzlük kabahatini 12 kez işleyen fail A' ya, birinci fiil nedeniyle tam, geri kalan 11 fiilin her biri için tam cezanın dörtte biri oranında ceza kesilecektir⁶¹. Kanunun açık ifadesi gereği sadece VUK, m.352 de sayılan vergi kabahatleri için bu istisna geçerlidir. Özel usulsüzlük kabahatlerine ilişkin ise bir takvim yılı içinde her bir belge nevine göre kesilecek cezanın toplamı kanunda belli edilen tutarı aşmamaktadır hükmü, kesilecek cezalara ilişkin üst bir sınır çizmiştir (VUK, m. 353)⁶².

58 KARAKOÇ, s.527.

59 KARAKOÇ, s.527.

60 TAŞDELEN, s.63.

61 BİLİCİ, s.97. Bu halin tekerrür hükümlerinde incelenmesi gerektiğine dair bkz. ŞENYÜZ, s.148.

62 "... 85 ayrı müşteriye verilen otopark hizmeti için perakende satış fişi düzenlemediği tespit edilmiş kişiye, düzenlenmeyen perakende satış fişi dikkate alınarak (85X35.000.000) 2.975.000.000 yerine 213 sayılı VUK, m.353/2-2 hükmüne göre her bir belge nevine ilişkin kesilecek özel usulsüzlük cezasının toplamının 1.700.000.000 lirayı aşamayacağı dikkate alınarak bu miktar ceza kesilmiştir. Ceza kesilmesine dayanak alınan tutanakta aynı nitelikte birden fazla belgenin düzenlenmesine ilişkin tek bir tespit bulunduğundan, tek bir tespite göre yalnızca tek bir usulsüzlük cezası kesilmesi gerekirken, 85 ayrı usulsüzlük cezasının kesilmesi gerektiği kabul edilerek ceza tutarının toplamı üzerinden kesilen cezada hukuka uygunluk görülmemiştir." Dan. 3.D. 22.5.2003 Tarih, E. 2003/890, K. 2003/3199 (www.kazancı.com).

VUK, m. 215 ve 219 maddelerine aykırı fiiller aynı takvim yılında işlenmiş olmak şartıyla, her incelemede, inceleme tarihine kadar olan fiiller tek fiil sayılır. (VUK, m. 352/6)⁶³. Kanuni bir karine kabul edilen bu hal ikinci bir istisnadır. Bu düzenleme TCK'nın kabul ettiği hukuki birleşme sistemini benimsemiştir. Faile tek bir usulsüzlük nedeniyle ceza verilir, aynı takvim yılı içinde gerçekleştirdiği diğer fiillerden ötürü, birinci cezaya ek kanunda gösterilen nisap oranında artırım yapılır.

IV. VERGİ SUÇLARINDA İÇTİMA

Vergi kayıp ve kaçacağını önlemek için alınan idari-mali tedbirlerin yeterli olmadığı durumlarda ceza hukukuna has müeyyidelere müracaat edilir⁶⁴. Nitekim hukuka aykırılıkları bakımından vergi kabahatlerine nazaran “daha ağır” nitelikte olduğuna kanaat getirilen, vergilendirme alanından doğmuş olmakla birlikte kamu düzenini önemli ölçüde tehdit ve ihlal eden bazı fiiller, kanun koyucu tarafından hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımına bağlanmıştır⁶⁵. Ceza hukuku anlamında suç teşkil eden vergi suçlarında içtima konusu izah edilirken, VUK hükümleri yetersiz kalmaktadır. Vergi kabahatlerinde içtima hususunu irdelerken KBK, m.3 gereği genel norm Kabahatler Kanunu değerlendirme kapsamına alıp, VUK’nda yer alan özel içtima durumlarının varlığına işaret etmiştik. Nitekim VUK’ nun düzenleme altına aldığı içtima dair özel hükümler vergi kabahatleri için geçerlidir. Vergi suçlarında ise doğrudan ceza kanunun esas alınması gerekir⁶⁶. Ceza kanunumuzun genel hükümlerinde izah bulan içtima konusuna paralel, niteliklerinde barındırdıkları özel hususları da göz önünde bulundurarak her bir vergi suçu tipinde içtima konusunu ele alacağız.

A) Kaçakçılık Suçunda İçtima

Tek fiille birden çok suçun işlenmesi halinde, TCK genel hükümleri dairesinde fikri içtima müessesinin işletilmesi gerekir. Bunun anlamı en ağır olan cezanın kesilmesi zorunluluğudur. Örneğin, sahte belge düzenleme fiili, tipiklik yönünden hem vergi kaçakçılığı suçu (VUK.m.359/b), hem de özel

⁶³ TAŞDELEN, s.63.

⁶⁴ BİLİCİ, Ali/ EROĞLU, Nurettin, *Açıklamalı ve İctihatlı Vergi Usul Kanunu*, Ankara 2005, s.669.

⁶⁵ ERDEM, Tahir, “Kaçakçılık Suçları Açısından Zincirleme (Müteselsil) Suç”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Haziran 2009, s.114.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. MUTLUER, s.255; KARAKOÇ, s.528; YİĞİT, Uğur, *Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, İstanbul 2004, s.53.

belgede sahtecilik suçunun (TCK. m.207) unsurlarındandır⁶⁷. Vergi kaçakçılığı için kanun on sekiz aydan üç yıla kadar, özel belgede sahtecilik suçu için bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörmüştür. Tek fiil ile her iki kanunu ihlal eden fail en ağır cezayı gerektiren vergi kaçakçılık suçuyla cezalandırılacaktır⁶⁸. Fikri içtima bakımından en ağır cezayı gerektiren suçun belirlenmesinde, söz konusu çeşitli ceza hükümlerindeki somut cezalara bakılır. Hâkimin takdiri sonucu ortaya çıkacak cezaların karşılaştırılması yapılmaz⁶⁹.

1. Vergi Kaçakçılığı Suçuyla Vergi Kabahatlerinin İçtması

Vergi Usul Kanununun 340. maddesi gereği, vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359. maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar, içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemez⁷⁰. Görülüyor ki Vergi Usul Kanunu, vergi cezaları bakımından vergi kabahatleri ile ceza yargılamasına tabi suçları bir arada tutmamıştır⁷¹. Nitekim bir yandan idari yaptırım gerektiren ve idari organlar tarafından verilen cezalara maruz kalacak vergi kabahatleri ile yargılama faaliyeti neticesinde suç karşılığı verilen hürriyeti bağlayıcı cezalara muhatap vergi suçlarının içtima edilerek infaz edilmesi beklenemez⁷². Gerçekleştirilen fiil nedeniyle hem suç karşılığı hapis, hem de kabahat karşılığı idari para cezasına hükmedilebilecektir. Bu hal KBK. m.15/3'e çelişki olarak değerlendirilip, özel içtima kuralı olarak görülebilir⁷³. Ancak vergi kaçakçılığı suçunu düzenleyen 359. maddede hareket seçimlik olarak belirlenmiş olmasına rağmen somut olarak bir netice öngörülmemiştir. Bu fiillerin toplumsal kamu düzenini ihlal ederek zarar verdiği

67 Özel gider indirimi veya vergi iadesinde kullanılmak üzere sahte fatura düzenlenmiş olmasına göre eylemin vergi kaçakçılığı suçunu oluşturmasına rağmen özel evrakta sahtecilik suçundan ceza verilmesinin hatalı olduğuna ilişkin bkz. Yar. 11 CD. 19.12.2005 Tarih, E. 2005/2983 K. 2005/13918 (www.kazancı.com).

68 ŞENYÜZ, s.475. Genel-özel norm ilişkisinde, özel norm olması nedeniyle VUK'un uygulanacağına dair bkz. KARAKOÇ, s.531; YİĞİT, s.54; BAYRAKLI, s.140.

69 ŞENYÜZ, s.475.

70 Aynı zamanda VUK, m.367/4'e göre 359. maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez. VUK, m.359/ sona göre, kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344. maddede yazılı vergi ziyai cezasının uygulanmasına engel teşkil etmez.

71 ERGİNAY, s.103.

72 YİĞİT, s.53; KARAKOÇ, s.530.

73 ŞENYÜZ, s.478.

muhakkaktır. Ancak sırf hareket suçu olması nedeniyle bu suç vergi ziyai kabahatinden ayrılır⁷⁴. Vergi ziyayında vergilendirme ile ilgili ödev niteliği taşıyan davranışların yapılmaması nedeniyle verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi ya da eksik tahakkuk ettirilmesi veya haksız yere verginin geri verilmesi neticesi aranır. Dolayısıyla vergi kaçakçılığı ile vergi ziyayı oluşturan “fiil” aynı değildir⁷⁵. Bu iki fiil karşılığı uygulanan yaptırımlar sebep, sonuç, hukuksal dayanak, amaç ve usul açılarından da farklıdır⁷⁶. Fiilin aynı olmaması, tek fiil ile işlenen farklı suçlarda en ağır cezaya mahkûm edilme sonucu doğuran fikri içtimanın bu halde uygulanmamasını haklı kılar. Fikri içtima, fiilin tek, neticenin tek fakat tek neticenin farklı suçlar ortaya çıkarılması halinde uygulanır⁷⁷. Kanun koyucu bu duruma doktrinsel tartışmalara mahal vermeyecek bir şekilde, yasa ile kesinleştirmiştir. Vergi kaçakçılığı sayılan hallerde vergi ziyayı da gerçekleştirmişse, kaçakçılık suçundan soruşturma yapılmasının yanı sıra vergi ziyayı cezası ağırlaştırılmış şekliyle, 3 kat uygulanacaktır (VUK, m.340/2, m.344/2)⁷⁸. Farklı fiil ve unsurlar ihtiva eden vergi ziyai kabahati ve vergi kaçakçılığı suçu için, hem adli yargılama

74 Bazı yazarlar, vergi kaçakçılığı suçu için sırf hareket suçu yerine neticesi harekete bitişik suç tanımlamasını tercih etmektedir. VUK, m.359’da, netice suç tanımının bir unsuru değildir. Dolayısıyla harekete bağlı bir netice aranmamıştır. Bu nedenle sırf hareket suçu nitelendirmesi daha doğrudur. Bkz. ERDEM, **Kaçakçılık**, s.117.

75 TAŞDELEN, s.66, ayrıca vergi kaçakçılığında vergi ziyayı neticesi aranmadığına dair bkz. Yar. 11.CD. 19.12.2005 Tarih, E. 2005/2983 K.2005/13918 ve 11 CD. 21.06.2010 Tarih, E.2010/4959 K.2010/7048 (www.kazancı.com).

76 OĞURLU, Yücel, “**İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı**”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.III, S.I, 1999, s.189.

77 ŞENYÜZ, s.474.

78 Eksik beyanın yasal defterlere kaydı gereken hasılatların el defterine kaydedilmesinden doğması halinde VUK, m.359 kapsamında bulunan bu eylem nedeniyle vergi ziyayı cezasının üç kat kesileceğine ilişkin bkz. Dan. 3.D. 16.05.2005 Tarih, E.2004/2395, K.2005/1244. ve ayrıca Dan. 3.D 14.06.2005 Tarih, E. 2004/628, K. 2005/1444; Dan. 3.D. 6.5.2008 Tarih, E. 2007/3848, K. 2008/1404; Dan. VDDGK, 12.2.2010, E.2009/470, K. 2010/60 (www.kazancı.com).

hem de idari takibat yapılacak ve ceza verilecektir⁷⁹, dolayısıyla bu durum non bis idem⁸⁰ ilkesinin uygulama alanında değildir⁸¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, non bis idem ilkesini içeren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 7. protokol 4. maddesi, bireyin çifte cezalandırılmama veya yargılanmama hakkını korur. Mahkeme, çifte cezaya sebep olduğu iddia edilen suçların esaslı unsurlarının aynı olması halinde, önüne gelen olayı bu kapsamda değerlendirir. Vergi kaçakçılığı suçunda hapis cezası ile cezalandırılan fillerin aynı zamanda vergi ziyayı kabahatine de sebep olması halinde, ortaya çıkan adli ceza ile idari ceza arasındaki çifte cezalandırma meselesine ilişkin Ponsetti davasında mahkeme konuyu ele almıştır. Bu davada yasal süresi içinde beyanname verilmeme fiilinden dolayı kayba uğratılan verginin katları oranında vergi cezası kesilmiş ve ayrıca vergi kaçakçılığı suçundan adli para cezası ve hapis cezasına hükmedilmiştir. Mahkeme vergi kaçakçılığı suçunun kusura dayalı (bilerek) olarak uygulandığını, kaçakçılık suçunun unsurlarının diğer mali suçların unsurlarından farklı olduğunu ve dolayısıyla aynı suçu düzenlemeyen farklı iki madde nedeniyle verilen yaptırımların ihlal anlamı taşımadığını ifade ederek başvuruyu kabul edilmez bulmuştur. Dolayısıyla aynı fiil için öngörülen vergi cezası ve hapis cezası için suçun unsurlarının aynı olması halinde ancak çifte cezadan bahsedilebilecektir⁸². Vergi mevzuatımızda yer bulan ve kabahatler kanununa çelişki gibi görünen, aynı olmayan fiil ve unsurlar içeren vergi kabahatleri ile vergi suçlarının birleşmemesi dolayısıyla bu ilkeye aykırılık anlamı taşımaz.

Kanun koyucu vergi kaçakçılığı nedeniyle uygulanacak yaptırımların vergi ziyayı veya usulsüzlük cezalarına engel olamayacağını açıkça doğrudan hükme bağlayarak, fikri içtima müessesinin mali nitelikli cezaları kapsayacak bir şekilde uygulanmasının önüne geçmiştir⁸³.

⁷⁹ Sanığın defter ve belgeleri ibraz etmeyerek gizlemesi şeklinde gerçekleştirilen eylemi ile vergi kaybına neden olduğunun kabulü ile hukuki durumunun bu doğrultuda ortaya koyulması gerektiğine ilişkin, bkz. Yar. 11 CD. 4.6.2008 Tarih, E. 2008/3633, K. 2008/5612 (www.kazancı.com).

⁸⁰ Non bis in idem ilkesinde “aynı fiil” kavramına ilişkin bkz. ÖZEN, Mustafa, “**Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi**”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIV, S.1, 2010, s. 392.

⁸¹ HIZLI, Yılmaz, **Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu**, Ankara 1984, s.32.

⁸² YALTI, Billur, **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, İstanbul 2006, s.159-160. Ayrıca bkz. Rosenquist,, JB ve Manasson davaları. YALTI, s.160.

⁸³ KARAKOÇ s.531; YİĞİT, s.53.

2. Vergi Kaçakçılığında Zincirleme Suç

Ayrı fiillerle birden çok kaçakçılık suçu işlenmesi durumunda uygulanacak cezaya ilişkin iki görüş hakimdir.

Birinci görüş, vergi kaçakçılığı suçu seçimlik hareketli suçtur. VUK, m. 359 da sayılan hareketlerden hangisi gerçekleşirse gerçekleşsin suç oluşacaktır. Kanunda bentler halinde sayılan hareketlerden birkaçını işleyen fail, ihlal ettiği bent sayısınca değil, tek kaçakçılık suçunun cezasıyla cezalandırılmalıdır. Örneğin; hem defter ve belgeleri yok edenler, hem de muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenler hakkında iki farklı vergi kaçakçılığı suçundan değil, tek suç nedeniyle hüküm kurulması gerekir. Ancak bu hal mahkeme için asgari cezanın üzerinde hüküm kurmaya neden olabilecek somut bir durumdur⁸⁴.

İkinci görüş, TCK ile VUK birlikte ele alınmalıdır. Bu durumda, VUK, m.359 (a) bendinde sayılan fiiller için on sekiz aydan üç yıla, (b) bendine işlenen fiiller için üç yıldan beş yıla, (c) bendinde yer alan fiiller için ise iki yıldan üç yıla hapis cezası öngörülmüştür. Yeni ceza kanunumuzun 43. maddesine göre “ bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bu suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır” denmektedir⁸⁵.

Dolayısıyla birinci görüş, bu halde tek bir cezadan hüküm kurulmasını ve mahkemenin takdiri çerçevesinde yapılacak artırıma bir neden teşkil ettiğini öne sürmekte, ikinci görüş ise zincirleme suça ilişki kurallarının uygulanmasını doğru bulmaktadır.

Burada ikili bir ayırımın yapılması gerekir. Seçimlik hareketli suç olmanın getirdiği nitelik nedeniyle VUK, m.359 da “veya” ibaresi kullanılarak yer almış hareketlerin birkaçını birlikte işleyen fail tek suç ile cezalandırılmalıdır⁸⁶. VUK, m.359 da (a), (b), (c) fıkralarında belirtilen her bir suç kategorisinde, her bir fıkranın aynı konuya ilişkin “fiilleri” seçimlik hareketler olarak değerlendirilir⁸⁷. Dolayısıyla bu hallerde tek suçtan bahsedilecektir.

⁸⁴ Birinci görüş için bkz. KARAKOÇ, s.529; MUTLUER, s.256-257.

⁸⁵ İkinci görüş için bkz. MUTLUER, s.257; KARAKOÇ, s.529.

⁸⁶ ERDEM, **Kaçakçılık**, s.118.

⁸⁷ “Seçimlik hareketlerden her hangi birisinin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Seçimlik hareketli suçlardan birkaç tanesinin ya da hepsinin yapılmış olması halin-

Aynı zamanda bu fiiller zincirleme suçun oluşumu bakımından kendi içinde “aynı suç” olarak görülmelidir⁸⁸. Diğer şartlarında varlığı halinde zincirleme suça ilişkin hükümler esas alınmalıdır. Örneğin, VUK, m.359 (b) fıkrasındaki fiilleri aynı vergilendirme döneminde değişik zamanlarda ihlal eden fail için zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Ancak Yargıtay kararlarında böyle bir yorumun benimsenmediğini gözlenmektedir⁸⁹. Nitekim Yargıtay içtihatlarında, sahte belge düzenlemek ve kullanmak fiillerini farklı iki suçun unsurları olarak kabul edip, VUK, m.359/b-1’de seçimlik hareket olarak belirlenmiş fiilleri işleyen faillerin, iki defa mahkûm edilmesinin doğru olacağına hükmedilmiştir. Kanaatimiz bu durumda tek suç nedeniyle hüküm kurulma gerekliliğidir. Eğer diğer şartlarda var ise zincirleme suç için değerlendirme yapılmalıdır. Yargıtay’ın birden fazla sahte fatura kullanılması durumunda zincirleme suç hükümlerini uygulamayan yerel mahkeme kararlarını bozması aslında vergi kaçakçılığı suçunda teselsülü kabul ettiğini aşikâr kılar⁹⁰. Ancak izah bulması gereken konu, aynı suç tipinde düzenlenen seçimlik hareketlerin birkaçının birlikte işlenişinin tek suç olarak kabul edilmemesi ve aynı suç olarak değerlendirilip zincirleme suç kapsamına alınmamasıdır.

Suçun temel ve nitelikli şekli aynı suçu ifade eder⁹¹. Aynı cezaya maruz kalacak ve birbirine alternatif olarak belirlenmiş, aynı neticeyi koruyan hareketlerin, içeriğinde de farklı unsurlar barındırmadığını düşündüğümüzde aynı suç olarak değerlendirilmesi daha uygundur. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun seçimlik hareketlerin işlenişini tek suç olarak görmesi ceza hukukunda görüşünü ortaya koymuştur⁹². Bu kararın gerekçesinde izah edilen

de birden fazla suçtan değil, tek suçtan bahsedilir. Ancak seçimlik hareketli suçlardan bahsedebilmek için söz konusu fiillerin aynı konuya ilişkin olması gerekir.” Yar. CGK. 2.3.2010 Tarih, E. 2009/9-259, K. 2010/47 (www.kazanci.com).

88 Eylemler arasında aynı suç işleme kararı (sübjektif bağlantı) bulunması gerektiğine ilişkin Yar. CGK 23.02.1999 Tarih, E. 1999/6-15, K. 1999/27 (www.kazanci.com).

89 Yar. 11. CD. 29.11.2004 Tarih, E. 2003/7289, K. 2004/8818; 26.03.2003 Tarih, E.2002/13025, K.2003/545; 24.1.2005 Tarih, E. 2003/17064, K. 2005/26 (www.kazanci.com).

90 Örnek için bkz. Yar. 11CD. 14.04.2011 Tarih, E. 2011/2279 K.2011/2033 (www.kazanci.com).

91 “Suçun temel ve nitelikli şekilleri “farklı suç” değil “aynı suç” olarak değerlendirilmelidir. Tek bir fiille aynı hükmün ihlalinde fikri içtimam değil gerçek içtima ya da zincirleme suça ilişkin değerlendirme yapılması gerekir.” Yar. CGK 8.7.2008 Tarih, E. 2008/1-99, K. 2008/185 (www.kazanci.com).

92 Bkz. dipnot, 83. Ceza Genel Kurul kararının “vergi kaçakçılığı suçu” özelinde yansımalarının olması gerekir. Yargıtay 11. Ceza Dairesi şu ana kadar verdiği kararlarda VUK,

kanaatin dayanağı altında, aynı kategorideki fillerin birkaçını işleyen fail tek vergi kaçakçılığı suçuyla mahkûm edilmesi gerekir. Ancak özellikle zaman aralığı bakımından kanundaki "... değişik zamanlarda ..." ifadesinin karşılanması halinde zincirleme suçtan bahsedilebilmesi gerekir⁹³. Zincirleme suç, manevi unsurlar açısından ortak bağ bulunan suçların hukuken tek suç olarak görülmesidir⁹⁴. Bir takvim yılı içinde değişik vergi dönemlerinde, VUK, m.359 (a), (b), (c) her bir kategoride yer alan kaçakçılık fiillerini işleyen failin (seçimlik hareketli olan fiillerden herhangi birisini), zincirleme kaçakçılık suçundan sorumlu olması vergi ceza hukuku prensiplerine daha uygundur. Fiillerin zaman bakımından birbirinden ayrıldığı bu durumlarda zincirleme suçta kanaat getirilmelidir.

Diğer taraftan VUK, m.359 (a), (b), (c) fıkralarında düzenlenen farklı kategorilerdeki fiillerin gerçekleştirilmesi halinde birden fazla suç oluşacaktır. Sadece aynı alt kategorideki filleri, seçimlik hareketli olması nedeniyle aynı suç olarak değerlendirip, tekrarlanmasında zincirleme suçun varlığına işaret edebiliriz. Örneğin, altın ticareti yapan X muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlediğinde VUK m. 359 (a) fıkrasına göre kaçakçılık suçunun faili olacaktır. Bu şahıs aynı takvim yılı içinde VUK, m.359 (b) fıkrasında düzenlenen sahte belge düzenleme eylemini de gerçekleştirirse, her iki fiili iki farklı suç oluşturacak ve gerçek içtima uygulanacaktır. Aynı suçun tekrarı niteliğinde olmayan bu durumda, zincirleme suç hükümlerini uygulama imkânı bulunmayacaktır. Ancak aynı takvim yılı içinde sahte belge düzenleme fiili yinelenirse, (b) bendindeki fiillerin tekrarı durumu gerçekleşmiş olacağı için zincirleme suç yönünden yeniden değerlendirme yapılabilecektir⁹⁵. Bu alt kategorilerde fiilleri aynı suç içerisinde, temel suç veya temel suçun nitelikli hali olarak değerlendirilmesini haklı kılacak kanuni veri/düzenleme biçimi yoktur⁹⁶. VUK, m.359 (a), (b), (c) fıkralarında sayılan fiiller nitelik itibariyle vergi kaçakçılığı suçu üst başlığı altındaki farklı suç tip kategorilerini oluşturur. Aynı kategorideki suçlar için dahi zincirleme

m.359 daki seçimlik hareketli fillerin işlenişinde birden çok suçun varlığına işaret etmektedir.

⁹³ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.03.2002 Tarih, 25/179 sayılı kararında, bir takvim yılı içinde değişik vergi dönemlerinde işlenen suçların (zincirleme) müteselsil suçu ve her takvim yılındaki eylemlerin aynı suçları oluşturacağı görüşünü benimsemiştir. Yargıtay'ın, bu konuda aynı görüşe atıf yapan farklı kararları da vardır. Bkz. ERDEM, s.121.

⁹⁴ BAYAR, Ahmet Hamdi, "Zincirleme Suçun (TCK madde 43/1) Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", *Adalet Dergisi*, S. 42, Ocak 2012, s.111.

⁹⁵ ERDEM, *Kaçakçılık*, s.120.

⁹⁶ Bkz. Dipnot, 87.

suça imkân tanımayan Yargıtay, bu halde de ayrı ve bağımsız suça ilişkin içtihatla bulunmuştur⁹⁷. Farklı cezai müeyyideyle ayrıca sayılmış ve tipikliğe kavuşturulmuş bu fiillerin, farklı eylemlerle işlenişinin ayrı ve bağımsız suçlar olarak görülmesi kanaatimizce yerinde bir karardır. Aynı fiil için aynı unsurları ihtiva eden suçlarda inceleme konusu yapılan fikri içtima konusunu bu durumda değerlendirilmesi gereksizdir. Fiilleri ve unsurları farklı suç tiplerinin ihlali söz konusudur.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir konu zincirleme suç olarak değerlendirilen fiillerde diğer şartlarında gerçekleşmiş olması gereğidir⁹⁸, özellikle müteselsil suçta takvim yılı esasının kabul edilmiş olması dikkate değerdir⁹⁹.

b) Vergi Mahremiyetini İhlal Suçunda İçtima

Tek fiil ile birden fazla suç işleyen fail fikri içtima müessesesinin muhatabıdır. Vergi mahremiyetini ihlal suçunda, kanun tarafından mükellefe ait bir takım mali bilgileri açıklamama ödevi altında bırakılan kişilerin bu ödevlerine aykırı eylemleri nedeniyle cezalandırılma durumu söz konusudur. Mükellefe ait bir imalat sırrını, mükellefin rakibi olabilecek 3. bir kişiye belli bir maddi menfaat karşılığı veren, bilgileri ifşa etmeme yükümlülüğü altındaki fail, tek fiili ile hem vergi mahremiyetini ihlal hem de rüşvet suçunu işlemiş olacaktır. Bu halde fikri içtima kuralı gereği en ağır cezayı gerektiren suç olan rüşvet suçu nedeniyle cezalandırılacaktır¹⁰⁰. Fail bu sırrı elde etmek için ayrıca başka bir suç işlemiş ise gerçek içtima gereği bu suçtan dolayı da ayrıca cezalandırılması gerekecektir.

TCK, m.43 gereği fail, tek suç işleme icrası kapsamında, birden fazla ke-re, aynı mağdura karşı, ona ait sır veya gizli kalması gereken bilgileri ifşa ederse zincirleme suç söz konusu olur. Aynı şekilde birden fazla kişiye ait sır veya gizli kalması gereken bilgilerin tek bir fiille ifşa edilip kullanılması da

⁹⁷ Kararın değerini azaltmamakla beraber maddenin önceki düzenleme biçimi döneminde 04.03.1993 tarihinde verilmiş bir kararında Yargıtay, 11 CD. “sahte belge düzenlemek veya bunları bilerek kullanmak fiilleri ile VUK, m. 359 da öngörülen diğer kaçakçılık fiilleri, örneğin defter ve belge düzenlemek (VUK, m. 359/2) fiili birbirinden ayrı ve bağımsız suçları oluşturduklarından her bir eylem ayrı ayrı cezalandırılması gerekir.”(Karar için bkz. ŞENYÜZ, s.477).

⁹⁸ Ayrıntı için bkz. ERDEM, **Kaçakçılık**, s.113-122.

⁹⁹ ŞENYÜZ, s.476; ERDEM, **Kaçakçılık**, s.120; “Aynı fiillerin farklı takvim yılında işlenmesi halinde birbirinden ayrı suç oluşacaktır.” Bkz. Yar. 11. CD. E. 2007/3968, K. 2007/5181 (www.kazancı.com).

¹⁰⁰ KARAKOÇ, s.532.

bu kapsamda değerlendirilir¹⁰¹. Bu durumda ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır.

c) Yükümlünün Özel İşlerini Yapma Suçunda İçtima

VUK, m. 363, yükümlünün özel işlerini yapma suçunun cezası konusunda TCK, m.257 atıf yapmaktadır¹⁰². Dolayısıyla bu suçta fikri içtima önem arz etmez. Suç için öngörülen ceza miktarının tespitinde, ceza kanununun esas alınmış olması en ağır cezanın tespitini gereksiz kılar. Burada üzerinde durulması gereken nokta, yükümlünün özel işlerini yapan failin aynı zamanda kaçakçılık suçunun işlenmesine de katılması halinde ne olacaktır. Bu durumda yükümlünün özel işlerini yapmaktan fail konumunda yargılanacak olan kişi, aynı zamanda kaçakçılık suçuna iştirak (katılma) nedeniyle de cezalandırılacaktır¹⁰³.

Nitelik itibarıyla bu suç zincirleme suçun uygulanmasına mani bir durum teşkil etmez. Örneğin, yükümlünün hata dilekçesini yazıp, ardından dava dilekçesini hazırlayan fail, aynı kanun hükmünü iki ayrı fiille birden fazla ihlal ettiği için zincirleme suça göre yargılanacaktır¹⁰⁴.

V. SONUÇ

Konun koyucu, suç politikası gereği yaptırımlardaki niceliksel farklılıklar üzerine tasnif ettiği kabahat ve suç ayırımı üzerinden bireyleri düzene davet eder. Özellikle son yıllarda “ekonomik düzen” üzerinden şekillenen toplumsal yapı ve düzenin korunması bağlamında vergi kabahatleri ayrı bir önem arz etmeye başlamıştır¹⁰⁵. Bu doğrultuda vergi kanunlarının emrettiği maddi ve şekli ödevlerin yerine getirilmemesi, kabahat veya suç adı altında bireylerin sorumluluğuna neden olur.

¹⁰¹ KARAKOÇ, s.532.

¹⁰² MADDE 257

(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir (Değişik ibare: 6086 - 8.12.2010 / m.1) “menfaat” sağlayan kamu görevlisi, (Değişik ibare: 6086 - 8.12.2010 / m.1) “altı aydan iki yıla kadar” hapis cezası ile cezalandırılır.

¹⁰³ BAYRAKLI, s.141.

¹⁰⁴ KARAKOÇ, s.533.

¹⁰⁵ TAŞDELEN, Aziz, “Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 59, S. 4, 2010, s.770.

Non bis in idem kuralı gereği, aynı fiil için birden fazla yargılanmama ve cezalandırılmama hakkının hem iç mevzuat, hem de uluslar arası mevzuata korunan bir ilke olması, “içtima” hükümlerinin değerlendirilmesinde temel norm olmuştur.

Kabahatler Kanun’da var olan tek fiil ile kabahat ve suça neden olan failin sadece suç nedeniyle sorumlu olacağı hükmü karşısında, Vergi Usul Kanunumuz vergi kabahatleri ve vergi suçlarını birleştirmeyerek kendine özgü bir yapı ortaya koyar. Vergi kabahatine neden olan fiil ile suça neden olan fiili aynı görmeyen kanun koyucu, farklı yaptırım türlerine bağlanmış fiillerin birleşmemesini ve her birinden ayrı ceza verilmesini uygun bulmuştur. Unsurları farklı fiillere karşılık hem suç karşılığı ceza verilmesi hem de idari yaptırım uygulanması non bis idem ilkesine aykırılık anlam taşımaz.

Vergi ziyayı cezasını gerektiren tek bir fiil ile farklı türden birden fazla vergi kaybına neden olduğu durumlarda kişi her vergi çeşidi bakımından ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Buna karşılık bir fiil ile vergi ziyayı ve usulsüzlük kabahatini birlikte işleyen fail sadece miktar bakımından ağır olan cezayla sorumludur. Ancak usulsüzlük kabahatiyle vergi kaybına neden olduğu anlaşılırsa, önceden kesilmiş usulsüzlük cezası sonradan vergi ziyayı cezası kesilmesine veya noksan kesilen cezanın tamamlanmasına engel olmaz. Söz konusu içtima hali (genel) usulsüzlük olarak belirlenen kabahat için geçerlidir. Özel usulsüzlükler vergi ziyayı kabahati ile birleşmez.

Ayrı ayrı işlenmiş olan vergi ziyayı veya usulsüzlük kabahatlerinden dolayı ayrı ayrı ceza kesilir. Fiillerin ayrıldığı bu hallerde, içtima söz konusu değildir.

Vergi suçlarında içtima ceza kanununa paralel biçimde değerlendirilir. Vergi Usul Kanun’da yer olan suç tipleri, TCK, m.5 yollaması ile genel hükümler açısından ceza kanuna tabiidir. Tek fiil ile birden fazla kaçakçılık suçunu işleyen fail, fikri içtima gereği, en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumludur. Vergi kaçakçılığı suçu ile vergi ziyayı kabahati birleştirilerek tek suç altında değerlendirilmez. Vergi kaçakçılığı suçu altında (a), (b), (c) alt kategorileri içinde düzenlenen –her bir alt kategori kendi içinde bir bütün olarak kabul edilmeli- seçimlik hareketlerin birden fazlasını işleyen fail, tek vergi kaçakçılığı suçundan sorumlu olmalıdır. Ancak aynı alt kategorinin içinde yer almakla birlikte, fiillerin zaman bakımından birbirinden ayrıldığı durumlarda, zincirleme suçtan bahsedilmesi gerekir. Öte yandan farklı alt kategoride düzenlenen fiillerin birlikte işlenmesi halinde ise “gerçek içtima” dan yani, birbirinden bağımsız birden çok suçun varlığından bahsetmek doğru olur. Vergi suçu olarak tipikliğe bağlanmış diğer suçların da, ceza kanununun genel hükümlerine göre değerlendirileceği aşikârdır.

Sonuç olarak yürürlükte bulunan mevzuatın yeni şekillendirilmesine rağmen, henüz netleşmemiş bazı hususların varlığı, konuyla ilgilenenleri çelişki varsayımı üzerinde yoğunlaştırmaktadır. Ancak mesele genel kanun-özel kanun ilişkisi içerisinde ele alındığında; içtima konusunda, vergi kanunlarında yer alan düzenlemeler ile diğer kanunlar arasında var olan istisnai durumların, “özel / nitelikli içtima ilişkileri” olarak değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- ARSLAN, Mehmet, **Vergi Hukuku**, 7.Baskı, Bursa 2011
- ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. bası, Ankara 2006.
- BAYAR, Ahmet Hamdi, “**Zincirleme Suçun (TCK madde 43/1) Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması**”, *Adalet Dergisi*, S. 42, Ocak 2012, s.110-128.
- BAYRAKLI, H. Hüseyin, **Vergi Ceza Hukuku**, 3. Baskı, Afyonkarahisar 2006.
- BEKAR, Elif, “**Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi**”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXIX, S.1-2, s.1033-1050 (www.iudergi.com, 30.01.2013).
- BİLİCİ, Ali/ EROĞLU, Nurettin, **Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu**, Ankara 2005.
- BİLİCİ, Nurettin, **Vergi Hukuku**, 26. Bası, Ankara 2011.
- CANDAN, Turgut, “**Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler**”, (Edt: İ. Uluslan / F. Başaran Yavaşlar), T.C İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.246-285.
- ÇOMAKLI, Şafak Ertan, **Türk Vergi Hukukunda Fail Kavramı**, Ankara 2008.
- DÖNMEZER, Erman/ YENİSEY, Feridun, **Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği**, *Kriminoloji ve Ceza Hukuku*, (www.kriminoloji.com, 24.04.2013).
- DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.2, 12. Bası, İstanbul 1999.
- ERDEM, Tahir, “**Kaçakçılık Suçları Açısından Zincirleme (Müteselsil) Suç**”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Haziran 2009. s.113-127.
- ERDEM, Tahir, “**Zincirleme (Müteselsil) Suç**”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Mayıs 2009, s.114-127.
- ERGİNAY, Akif, **Vergi Hukuku**, Ankara 1990.
- ERMAN, Sahir, **Vergi Suçları**, İstanbul 1988.
- GEREK, Şahnaz/AYDIN, A.Rıza, **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**, Ankara 2005.
- HIZLI, Yılmaz, **Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu**, Ankara 1984.

İÇEL, Kayıhan, “**Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme**”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Ord. Prof. Dr. Halil Aslanlı’ ya Armağan)*, C.XXX, S. 1-2, 1964 (www.iudergi.com, 23.01.2013).

İÇEL, Kayıhan/ ÖZGENÇ, İzzet/ ÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU Fatih Selami/ ÜNVER, Yener, **Suç Teorisi**, İstanbul 1999.

KANETİ, Selim, **Vergi Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, 1989.

KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Ankara 2011. ŞENYÜZ, Doğan, **Vergi Ceza Hukuku**, 5. Bası, Bursa 2011.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “**Suç-Kabahat Ayrımı-İdari Ceza Hukukunun Temelleri**”, (Edt: İ. Ulusan / F. Başaran Yavaşlar), T.C İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.27-49.

MUTLUER, Kamil, **Vergi Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 2008.

OĞURLU, Yücel, “**İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve idari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı**”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.III, S.I, 1999, s.143-194.

OKTAR, S. Ateş, **Vergi Hukuku**, İstanbul 2011.

ÖNCEL, Mualla/ KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, Ankara 2011.

ÖZEN, Mustafa, “**Ceza Hukukunda Fikri İçtima**”, *TBB Dergisi*, Sayı73, 2007, 132- 145.

ÖZEN, Mustafa, “**Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi**”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIV, S.1, 2010, s.389-417.

ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 13. Baskı, Ankara 2013.

PEHLİVAN, Osman, **Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi**, Trabzon 2011.

SABAN Nihal, **Vergi Hukuku**, 5.Bası, İstanbul 2009.

SARICAOĞLU, Ercan, “**Cezalandırma Amacının Vergi Cezaları Açısından Değerlendirilmesi**”, Umut Vakfı 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, Antalya, 11-12 Ekim, 2012

(<http://www.umut.org.tr/UserFiles/File/hukukungencleri2012.tambildiriler/11Ekim-V-2.e.s.pdf>, 30.07.2013).

TAŞDELEN, Aziz, “**Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler**”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 59, S. 4, 2010, s.767-795.

TAŞDELEN, Aziz, **Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri**, Ankara 2010.

TURHAN, Salih, **Vergi Teorisi**, 2. Baskı, İstanbul 1977.

YALTI, Billur, **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, İstanbul 2006.

YAVAŞLAR, Funda Başaran, “**Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Vergi Kabahat ve Yaptırımlar**”, (Edt: İ. Ulusan / F. Başaran Yavaşlar), T.C İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.285-298.

YİĞİT, Uğur, **Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları**, İstanbul 2004.

YURTCAN, Erdener, **Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, İstanbul 2005.

YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİ CEZA SORUŞTURMASI, YASAL EKSİKLİKLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Dr. Dilşat YILMAZ**

ÖZET

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ceza soruşturması usulünü ele alan 53. maddesindeki düzenleme eksiklikleri, uygulamada birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Söz konusu güçlük devlet yükseköğretim kurumları için geçerli olmakla beraber, vakıf yükseköğretim kurumları bağlamında düzenlemelerin daha da yetersiz olmasından dolayı artış göstermektedir. Bu makalede, devlet ve vakıf yükseköğretim kurumları personelinin(akademik-idari) ceza soruşturması usulü ve uygulamada karşılaşılan sorunlar, bu konudaki yargı kararları çerçevesinde ele alınmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER

Yükseköğretim, ceza soruşturması, vakıf yükseköğretim kurumu, akademik personel, idari personel, üniversite, rektör.

GİRİŞ

İdarenin görev alanına giren kamu hizmetlerini yerine getirmekte kullandığı menkul ve gayrimenkullerinin yanı sıra bir de insan unsuru bulunmaktadır ki, bu ögeyi "memurlar ve diğer kamu görevlileri" oluşturmaktadır. Anayasamızın 128. maddesinde de söz konusu durum belirtilmektedir: "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*".

Aynen idarenin menkul ve gayrimenkullerinin bazı ayrıcalıklara sahip olması gibi, kamu hizmetlerinde sürekliliği sağlayabilmek adına memur ve kamu görevlilerinin "görevleriyle ilgili" olarak işledikleri suçların soruşturulması, özel bir usule tabi kılınmıştır. Gerçekten de bu tür bir usul ya da koruma sağlanmaması halinde, bu görevliler en ufak iddialarla dahi ceza yargılaması sürecine tabi olacaklar ve kamu hizmeti de aksamalara uğrayabi-

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

lecektir¹. Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında olağan ceza soruşturması sürecine oranla daha güvenli bir yol getiren söz konusu sistem "4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun"²da düzenlenmiştir. Ancak bazı suçların ehemmiyeti, bunlar hakkında daha da kısa bir süre içinde sürecin tamamlanmasını gerekli kılmıştır. Bunun örneği ise "3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu"³dur. Fakat, "diğer kamu görevlileri" kategorisinde ifade edilebilecek bazı görevlilerin ceza soruşturması, tabi oldukları özel kanunlarca ayrıca düzenleme konusu yapılmış ve anılan 4483 ile 3628 sayılı Kanunlarla da istisnalar kapsamına alınmışlardır. Ne var ki, özel düzenlemelerin (yükseköğretim alanında olduğu gibi) de var olması, mevzuatın kaleme alınmış şekli, yapılan kanun değişikliklerinin sistematik olmaması, memur ve diğer kamu görevlilerinin ceza soruşturması sürecinin hangi kanuna göre ve ne şekilde yapılacağına ilişkin bazı sorunlar yaratmıştır.

İşte bu çalışmada, anılan Yükseköğretim personelinin (akademik/idari) ceza soruşturması süreci, sorunlu noktaları da dikkate alınarak, uygulama ve yargı kararları ışığında incelenecektir. Söz konusu inceleme yapılırken önce "memur ve diğer kamu görevlisi" nin teknik olarak neyi ifade ettiği ve üniversite personelinin bu kapsamda olup olmadığı ele alınacak, akabinde 4483 ve 3628 sayılı Kanunlarda düzenlenen soruşturma usulü ana hatları ile aktarılacak; ardından üniversite personelinin akademik ya da idari olmasına göre ceza soruşturması usulü ve sorunlu yanları değerlendirilecektir.

I. "MEMUR VE DİĞER KAMU GÖREVLİSİ" KİMDİR?

Önce de aktarıldığı üzere Anayasamızın 128. maddesinde "*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 görüleceği*" ifadesi yer almakla beraber, maddede bu kimselerin kimler olduğu belirlenmemekte, sadece anılan kimselerin yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetin nitelikleri belirtilmektedir². DMK'nun 4. maddesi uyarınca memur, "*Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerinin genel idare esaslarına göre yürütülen aslî ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler,*" şeklinde tanımlanmaktadır.

¹ GÖZLER Kemal-KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013, s. 668.

² AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat-KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 588.

Anayasamızın 128. maddesindeki genel idare esaslarına göre yürütülme “kamu hukukuna göre yürütülme”, asli ve sürekli görevler ise “kadroya bağlı olma³” şeklinde anlaşılmaktadır⁴. “Memurlar dışında kalan ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 1. maddesinde belirtilen hakimler ve savcılar ile askerler gibi ayrı (özel) personel kanunları ve düzeni bulunan görevliler, sözleşmeli personel ve geçici personel diğer kamu görevlisi kapsamı içindedir”⁵. O halde, 2547 sayılı kanunla statüsü, özlük hakları vs. özel olarak düzenlenmiş olan Yükseköğretim Kurumları personelinin de “diğer kamu görevleri” kapsamında bulunduğu şüphe olmamak gerekir. Söz konusu durum 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun amacını açıklayan 1. maddesinde de “Bu kanunun amacı; yükseköğretimle ilgili amaç ve ilkeleri belirlemek ve bütün yükseköğretim kurumlarının ve üst kuruluşlarının teşkilatlanma, işleyiş, görev, yetki ve sorumlulukları ile eğitim - öğretim, araştırma, yayım, öğretim elemanları, öğrenciler ve diğer personel ile ilgili esasları bir bütünlük içinde düzenlemektir” şeklinde ifade edilmektedir.

II. 4483 SAYILI KANUNDA CEZA SORUŞTURMASI USULÜ

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanunda öngörülen ceza soruşturması usulü, soruşturmaya izin verme yetkisine sahip makamın suçu öğrenmesiyle başlamakta ve ön soruşturma izni verilmesini⁶ takiben, ön inceleme raporunun hazırlanması ve yetkili mercie sunulması, yetkili merciinin soruşturma izni vermesi ya da vermeme si ile tamamlanmaktadır. Soruşturma izninin itiraz edilmeden ya da itirazın reddi üzerine kesinleşmesi; soruşturma izni verilmemesine ilişkin itirazın kabulü akabinde, ilgili memur ya da kamu görevlisi hakkındaki dosya yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmektedir⁷. Kanun kapsa-

3 “Bu bağlamda, Devlet personel rejimimiz ve bunun hukuki sijası olan memurluk statü hukukuna dayanmakta, kadro da bu hukukun ayrılmaz parçasını oluşturmaktadır”. UZ Abdullah, Disiplin Cezalarının Üst Kademe Yöneticiliklere Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.76.

4 AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 588.

5 AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 589-590. AKYILDIZ Ali, AKYILDIZ Ali, (2001), “Memur Yargılamasında İdari Süreç”, GÜHFD, C. 5, S. 1-2, Haziran-Aralık 2001.(http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5_7.pdf, 21.02.2014), s. 32-33. (Sayfa numaraları, adı geçen makalenin pdf metni dikkate alınarak verilmiştir.)

6 4483 sayılı Kanun m. 3-8. 4483 sayılı Kanunda ön inceleme ve soruşturma izni verme yetkisi aynı makamlara tanınmıştır.

7 4483 sayılı Kanun m.11., “Bu kanunla getirilen sitemde, yine idari bir süreç korunmuştur. Ancak yeni sistemde idari süreç, adli surecin, yani hazırlık soruşturmasının tamamen dışına çıkartılmış ve Anayasanın 129'ncü maddesinde öngörülen idari izin konusunda,

mındaki suçlar bakımından “memur ve kamu görevlileri” bakımından güvence getiren sistem bu şekilde işlemektedir. Ne var ki, Kanun bazı kamu görevlilerinin ceza soruşturmasında bu usulün uygulanmayacağını öngörmektedir: 4483 sayılı Kanun’un “Kapsam” başlıklı 2. maddesi uyarınca *"Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır. Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır"*.

III. YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİ VE 4483 SAYILI KANUN

İşte 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, *"Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlar"* kategorisine 53/c maddesinde yer vermektedir⁸: *"Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada⁹ işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında aşağıdaki hüküm-*

kanunda gösterilen idari mercilerce bir karara varılabilmesini, bir kanaat oluşturulmasını sağlayacak yeterlikte, adına "ön inceleme" denen tamamen idari bir faaliyete dönüştürülmüştür. İdarenin soruşturma izni konusunda vereceği idari kararın yargısal denetimi de daha sıkı kurallara bağlanarak, mevcut durumda yargı birliğine olabildiği kadar yaklaşılmaya çalışılmıştır". AKYILDIZ, s. 63.

⁸ GÖZLER-KAPLAN, s. 669.

⁹ Yükseköğretim personelinin görevle ilgili olmayan suçlar bakımından ceza soruşturması, genel hükümlere göre yapılacaktır: *"Birliğin hak sahibi olduğu müzik eserlerinin yayınına izin almadan fiilen gerçekleştirdikleri iddia olunmakta ise de, ilgililerin yayın yapma işini ... Yayıncılık Ticaret A.Ş. adına yürüttükleri, üniversitedeki görevleri sırasında ya da görevleri ile bağlantısının bulunmadığı, bu konuda yapılacak soruşturmanın 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesinin (c) bendine göre değil, genel hükümlere göre yapılması gerektiği anlaşıldığından,"* D1D, 28.12.2006, E. 2006/1183, K. 2006/1322, www.kazancı.com. 27.10.2013, "2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasında, yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında bu Kanunda belirtilen hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Şüphelilere isnat edilen suç, Üniversite bütçesine gelir kaydedilmesi gereken promosyon bedelinin, ... Üniversite-si Vakfına bağış olarak kabul edilmesine ilişkin olduğu, söz konusu suçun, şüphelilerin öğretim üyeliği sıfatlarından kaynaklanmadığı ve görevleri dolayısıyla ya da bu görevle-

ler uygulanır... Bu Kanunda yer almamış hususlarda 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanun hükümleri uygulanır". Ancak Memurin Muhakematı Hakkında Kanun, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır ve bu Kanun'un 16. maddesinde " Kanunlarda Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanacağı belirtilen hallerde bu Kanun hükümleri uygulanır. " ifadesi yer aldığından, 2547 sayılı Kanun'un 53. maddede atıf, 4483 sayılı Kanun'a yapılmış kabul edilecektir.

Daha sonra değinilecek olmakla beraber, kısaca ifade etmek gerekirse 2547 Sayılı Kanun'da ceza soruşturması usulü, "ilk" ve "son" soruşturma olmak üzere ikiye ayrılmıştır. İlk soruşturma aşamasında "yetkili amirin soruşturma emri vermesi, görevlendireceği soruşturmacı ya da soruşturmacıların fezleke hazırlaması aşamasında sanıkların savunmaları ile tanıkların ifadelerini almaları, suçlarla ilgili belgeleri sırasıyla fezlekeye eklemeleri, tüm bilgi ve belgeleri değerlendirmeleri ve bu değerlendirme sonucu düzenleyecekleri fezlekeyi soruşturma emri veren idari makama teslim etmeleri"¹⁰ gibi faaliyetler ile gerçekleşmektedir. Bundan sonraki "son" soruşturma aşamasında ise, yetkili kurullarca ceza yargılamasına gerek olup olmadığı belirlenmektedir. Duman'ın da haklı olarak ifade ettiği üzere, 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinde, soruşturma usulü detaylı olarak düzenlenmediğinden 4483 sayılı Kanun, dolaylı olarak bu süreçte etkin olmaktadır.¹¹ Hatta yazara göre, 2547 sayılı Kanunun 53. maddesindeki "ilk soruşturma" olarak ifade edilen (yetkili amirin soruşturma emri vermesi, görevlendirilen soruşturmacılar tarafından fezleke hazırlanması, gerekli ifadelerin alınması, fezlekenin soruşturma emri veren idari makama teslimi) sürecine girilmeden, aynen 4483 sayılı Kanun'da olduğu üzere bir ön inceleme yapılmalı ancak burada gerekli görülmesi halinde ilk soruşturma aşamasına geçilmeli-

rini yaptıkları sırada işlenmediği, ... Üniversitesi Vakfı Yönetim Kurulu Başkanlığı ve üyeliği sıfatıyla ilgili bulunduğu, bu nedenle şüphelilere isnat edilen suç hakkında 2547 sayılı Kanunun 53. maddesi kapsamında ceza soruşturması yapılamayacağı ve men-i muhakemeleri veya lüzum-u muhakemeleri yolunda bir karar alınamayacağı anlaşıldığından", DİD, 06.12.2011, E. 2011/1781,K. 2011/1940, www. kazancı. com., 27.10.2013.

¹⁰ İlk soruşturma kapsamı için bkz. DUMAN Bahattin, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 74.

¹¹ Hatta 4483 sayılı Kanun'un 6. maddesi atfı gereği, Ceza Muhakemesi Kanunu. DUMAN, s. 73-74.

dir çünkü soruşturma izni bir kez verildikten sonra, geri alınması mümkün olmamaktadır¹².

Yükseköğretim Kanunu'nda düzenlenen ceza soruşturması, "görev"e ilişkin bir koruma sağladığından, yükseköğretim öğrencilerinin 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olan ceza soruşturması usulünden yararlanması da söz konusu olamayacaktır. Nitekim Danıştay da bir kararında bu hususa işaret etmiştir: " 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesinin (c) bendinde, yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı D. Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla yada görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında yapılacak ceza soruşturması usulü gösterilmiş, anılan maddenin uygulama alanı ise yükseköğretim kuruluş ve kurumlarında görevli personeli ile sınırlı tutulmuştur.

Dosyanın incelenmesinden, Diyarbakır E-tipi Cezaevinde hükümlü olan şikayetçi ...'ın 21.6.2004 tarihinde D.Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Protetik Diş Tedavisi Kliniğindeki randevusunda 2 saat bekletildiği, doktorların keyfi olarak gelmedikleri ve tedavisini geciktirdikleri iddiasıyla şüpheliler hakkında Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığına yapmış olduğu şikayet üzerine D.Üniversitesi Rektörlüğünce yaptırılan soruşturma sonucunda Rektörlükçe oluşturulan Kurul tarafından, isnad edilen eylemde şüphelilerin cezalandırılmasını gerektirecek bir husus bulunmadığı belirtilerek adı geçenlerin men-i muhakemelerine karar verildiği, Kurul kararında, D.Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesinde diş hekimi olarak görev yapan dokuz şüphelinin yanında, Fakültede 5.sınıf öğrencisi olan ... isimli şüpheli hakkında da karar alındığı, bu kişinin öğrenci olarak Fakültede eğitim-öğrenim amacıyla bulunduğu, 2547 sayılı Yasanın 53 üncü maddesinde gösterilen Üniversite personelinden olmadığından görevi dolayısıyla yada görevini yaptığı sırada işlediği bir suçtan da söz edilemeyeceği, bu nedenle de adı geçen hakkında 2547 sayılı Yasanın 53 üncü maddesi uyarınca ceza

¹² DUMAN, s. 74. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu sisteminde ilk soruşturma aşamasından sonra son soruşturma aşamasına geçilmekte ve bu konuda yetkili kurullarca yargılama yapılmasına gerek bulunup bulunmadığı saptanmaktadır. DUMAN, s. 81. Bir bakıma son soruşturma Kurulu, ceza soruşturma sürecinde Cumhuriyet savcısının yerine getirdiği görevi üstlenmektedir. Ayrıca 2547 sayılı Kanun'da "ön inceleme" bulunmadığından, doğrudan ilk soruşturma sürecine geçilmekte ve olayın muhatapları "şüpheli" sıfatını almaktadır. Yasal düzenlemenin getirdiği bu sakıncayı önleme adına, uygulamada bir "ön inceleme" yapılmakta, bunun akabinde ilk soruşturmaya geçilmektedir.

soruşturması yapılamayacağı ve son soruşturmanın açılıp açılmaması yolunda bir karar alınamayacağı,...”¹³.

Bu aşamada 2547 sayılı Kanun’da 4483 sayılı Kanundan farklı bir biçimde öngörülen soruşturma usulüne ilişkin düzenlemeye daha sonraki açıklamalara yol gösterici olması bakımından bakalım: Kanun’un 53. Maddesi uyarınca¹⁴, “1) İlk soruşturma: Yükseköğretim Kurulu Başkanı için, kendisinin katılmadığı, Milli Eğitim Bakanının başkanlığındaki bir toplantıda, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek en az üç kişilik bir kurulca, diğerleri için, Yükseköğretim Kurulu Başkanınca veya diğer disiplin amirlerince doğrudan veya görevlendirecekleri uygun sayıda soruşturmacı tarafından yapılır. Öğretim elemanlarından soruşturmacı tayin edilmesi halinde, bunların, hakkında soruşturma yapılacak öğretim elemanının akademik unvanına veya daha üst akademik unvana sahip olmaları şarttır.

(2) Son soruşturmanın açılıp açılmamasına;

a) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında

Danıştayın 2 nci Dairesi,

b) Üniversite rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreterleri hakkında, Yükseköğretim Kurulu

üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul,

c) Üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü

ve yüksekokul müdürleri ve yardımcıları ile üniversite genel sekreterleri hakkında, rektörün başkanlığında rektörce

görevlendirilen rektör yardımcılarında oluşacak üç kişilik kurul,

d) Öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri

arasından oluşturulacak üç kişilik kurul,

e) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlar hakkında, mahal itibariyle yetkili il idare kurulu, Karar verir.

f) Yükseköğretim Kurulu ile üniversite yönetim kurullarınca oluşturulacak kurullarda görevlendirilecek asıl ve yedek üyeler bir yıl için seçilirler. Süresi sona erenlerin tekrar seçilmeleri mümkündür.

¹³ D1D, 19.04.2006, E. 2006/238 , K. 2006/434, www.kararevi.com., 27.03.2014.

¹⁴ D1D, 17.12.2013, E. 2013/1778, K. 2013/1745(Yayımlanmamış Karar).

(3) *Son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurullar üye tamsayısı ile toplanır. Kurullara ilk*

soruşturmayı yapmış olan üyeler ile haklarında karar verilecek üyeler katılamazlar. Noksanlar yedek üyelerle tamamlanır.

Diğer hususlarda bu Kanununun 61 inci maddesi hükümleri uygulanır.

(4) *Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştayın 2 nci Dairesinde verilen lüzum-u muhakeme kararına itiraz ile men-i muhakeme kararlarının kendiliğinden incelenmesi Danıştayın İdari İşler Kuruluna aittir. Diğer kurullarca verilen lüzum-u muhakeme kararına ilgililerce yapılacak itiraz ile men-i muhakeme kararları kendiliğinden Danıştay 2 nci Dairesince incelenerek karara bağlanır. Lüzum-u muhakemesi kesinleşen Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyelerinin yargılanması Yargıtay ilgili ceza dairesine, temyiz incelemesi Ceza Genel Kuruluna, diğer görevlilerin yargılanmaları suçun işlendiği yer adliye mahkemelerine aittir.*

(5) *Değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemeleri halinde soruşturma usulü ve yetkili yargılama mercii görev*

itibariyle üst dereceliye göre tayin olunur.

(6) *Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörlerin 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı yapılacak ceza soruşturmasında yukarıda belirtilen ceza kovuşturması usulü tatbik edilir. Bunlar dışında kalan tüm görevliler için 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun hükümleri uygulanır. 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı kanuni kovuşturma için gereken izin, Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dahil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden alınır.*

(7) *İdeolojik amaçlarla Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanılarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadıyla işlenen suçlarla bunlara irtibatlı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükün, huzur ve çalışma düzenini bozan boykot, işgal, engelleme, bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ile ağır*

cezayı gerektiren suçüstü hallerinde, yukarıda yazılı usuller uygulanmaz; bu hallerde kovuşturmayı Cumhuriyet Savcısı doğrudan yapar.

(8) Bu Kanunda yer almamış hususlarda 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanun hükümleri uygulanır”.

IV. YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİ 4483 SAYILI KANUN KAPSAMINDA SORUŞTURULABİLİR Mİ?

Ceza soruşturması bağlamında uygulamada zaman zaman sorun yaratarak yargı yerlerinin kararlarına da konu olan hususlardan bir tanesi, yüksek öğretim kurumlarında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca çalışan personelin ceza soruşturmasında son soruşturma izninin, 2547 sayılı Kanun mu yoksa 4483 sayılı Kanun uyarınca verileceğidir. 2547 sayılı Kanun'un 53/c/2/e hükmü uyarınca "e) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlar hakkında, mahal itibariyle yetkili il idare kurulu karar verir”.

Konuyla ilgili soruna ışık tutabilmek için öncelikle örnek bir olayı aktaralım: "Somut olayda, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi....Hasta Kabul Memurları,, ve Dekanlık Şefihakkında, Görevi Kötüye Kullanmak suçundan, 4483 Sayılı Kanunun gereğince Adana Valisi tarafından Soruşturma İzni Verilmemesi kararı verilmiştir. Adana Valiliğince verilen bu karar Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nün ve Adana Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı nedeniyle incelenmek Bölge idare Mahkemesine gönderilmiş, Mahkemenin 07.11.2001 gün ve E.2001/296. K. 2001/300 sayılı kararıyla; 2547 sayılı Yüksek öğretim Kanununun 53/c a bendine yöre Yüksek Öğretim kuruluşlarının 657 sayılı D.M.K. na tabi memurlarının görevleri ya da görev sırasında işledikleri suçlar hakkında mahal itibari ile yetkili il İdare Kurulunca karar verileceği ve anılan maddenin 4. fıkrasında memurlar hakkında idare Kurulu kararı 2. aşamada itiraz üzerine yada kendiliğinden Danıştay 2. Dairesince karara bağlanacağı belirtilmiştir.

Bunun üzerine, Çukurova Üniversitesi Rektörlüğüne personelin durumu sorulmuş, cevabi yazıda Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün ve İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinin yazısında 657 Sayılı Kanuna tabi personel hakkında 4483 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı açık olduğu ifade edilmiştir.

Bu görüş yazısı ile dosya yeniden Bölge idare Mahkemesine gönderilmiş, Mahkemenin 23.01.2002 gün ve E.2002/24, K.2002/39 sayılı kararıyla bu kez 4483 Sayılı Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasında "Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri saklıdır." hükmü yer aldığından Yüksek

Öğretim Kurumlarında görev yapanlar hakkında 4483 Sayılı Kanunun uygulanmasının, mümkün olmadığı belirtilerek, yürürlükte olan 2547 sayılı Kanunun 53/c fıkrasınca işlem yapılması için dosya geri gönderilmiştir¹⁵.

Bu konu daha sonra Adana Valiliği'nin durumu Başbakanlığa aktarması üzerine Başbakanlık tarafından Danıştay'a iletilmiş ve Danıştay'ın değerlendirmesi talep edilmiştir. Danıştay görüşünü, "Görüldüğü üzere genel olarak memur ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirten ve izlenecek yöntemi gösteren 4483 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde, görevleri ve sıfatları sebebiyle haklarında özel soruşturma ve kovuşturma yöntemleri uygulanacağına ilişkin kanun hükümleri bulunanlar ile haklarında suçun niteliği yönünden diğer kanunlarda öngörülen farklı soruşturma ve kovuşturma yöntemleri uygulanması gerekenler için ilgili kanunlardaki hükümlerin uygulanacağını belirten düzenleme, 4483 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı durumları işaret etmektedir.

Genel nitelikteki 4483 Sayılı Kanun karşısında özel kanun niteliğinde olan 2547 Sayılı Kanunda, yükseköğretim kurumlarında 657 Sayılı Kanuna tabi olarak görev yapan personelin, görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar nedeniyle yargılanabilmeleri için 4483 Sayılı Kanundan farklı bir sistem öngörülerek, 2547 Sayılı Kanunda anılan memurlar hakkında ilk soruşturmanın, yükseköğretim kurulu başkanınca 'veya disiplin amirlerince doğrudan veya görevlendirecekleri soruşturmacı tarafından yapılacağı, son soruşturmanın açılıp açılmamasına yetkili il idare kurulunun karar vereceği, lüzum-u muhakeme kararlarının ilgililerinin itirazı üzerine, men-i muhakeme kararlarının ise kanun gereği kendiliğinden Danıştay 2 nci Dairesince incelenerek karara bağlanacağı hükme bağlandığından, bunlar hakkında 4483 Sayılı Kanun uyarınca görev yaptıkları il valisinin soruşturma izni verme ya da vermeme yetkisi bulunmadığı açıktır"¹⁶ şeklinde belirtmiştir.

¹⁵ Olayı aktaran: İç İşleri Bakanlığı Araştırma Raporu, [¹⁶ Bu karar üzerine Adana Valiliği İl İdare Kurulunca verilen bu karar üzerine, konu yasa gereğince Danıştay 2. Dairesine intikal etmiş, Danıştay 2. Dairesininin 05.03.2003 gün](http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/ortak_icerik/mulkiyeteftis/4483%20Say%C4%B1%C4%B1%20Memurlar%20ve%20Di%C4%9Fer%20Kamu%20G%C3%B6revlilerinin%20Yarg%C4%B1lanmas%C4%B1%20Hakk%C4%B1nda%20Kanunun%20Uygulanmas%C4%B1nda,%20Kamu%20G%C3%B6revlilerinin%20G%C3%B6rev%20Yapt%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Birim%20ve%20Yer%20C4%B0tibariyle%20C3%96n%20C4%B0nceleme%20Onay%C4%B1%20Ve%20S.doc., 21.04.2014.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Danıştay'ın uzun yıllardır süregelen yaklaşımı, yükseköğretim kurumlarında 657 sayılı kanuna göre çalışan personel hakkında ceza soruşturmasının 2547 sayılı Kanun'a göre yapılacağıdır¹⁷. O halde bu personel hakkında son soruşturma iznini de, "il idare kurulu" verecektir. Duman bu noktada İl İdare Kurulu'nun, "mahal olarak yetkili" olması gerektiğine, örneğin Ankara Üniversitesi Çankırı Orman Fakültesindeki bir görevli yükseköğretim personeli bakımından Ankara değil, Çankırı İl İdare Kurulunun yetkili olduğuna dikkat çekmektedir¹⁸. Ancak, uygulamada aksi yönde görüşler yani soruşturmanın 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanuna göre yapılması gerektiği görüşünde olanlar da bulunmaktadır¹⁹.

ve Esas No:2003/210, Karar No:2003/384 sayılı kararıyla 2. derecede incelenmiş; yapılan inceleme sonucunda, soruşturma dosyasındaki bilgi ve belgelerin, 1 inci maddeden'un; 2 nci maddeden'in yargılanmalarını gerektirecek nitelikte ve yeterlikte olduğu anlaşıldığından, men-i muhakemelerine ilişkin olarak verilen il Yönetim Kurulu kararının bozularak, eylemlerine uyan TCK'nın 240 inci maddesi uyarınca lüzumu muhakemelerine karar vermiştir. Bkz. Araştırma Raporu. [17 "2547 sayılı Yasaya tabi olan bir şüpheli ile de iştirak halinin bulunmadığından bahisle İl İdare Kurulunca karar verilmek üzere soruşturma dosyasının Sivas İl İdare Kurulu'na gönderildiği, İl İdare Kurulunca karar verilmek üzere gönderilen dosyada Valilikçe bu kişilerin 4483 sayılı yasaya tabi oldukları yolunda yasaya aykırı bir değerlendirme yapılması sonucunda ön incelemecei tayin edilerek ön inceleme raporu hazırlatıldığı ve Sivas Valisinin 25.12.2006 günlü, 2006/38 sayılı kararıyla 4483 sayılı Yasa uyarınca ... hakkında soruşturma izni verildiği, ... hakkında ise soruşturma izni verilmediği... 2547 sayılı Yasanın 53 üncü maddesinin anılan hükmüne göre dekanlarla iştirak halinde suç işledikleri anlaşılan ... ve ... hakkında Sivas Valisince 4483 sayılı Yasa hükümlerine göre ön inceleme yaptırılarak karar verilmesine hukuken olanak bulunmadığından, Sivas Valisinin 25.12.2006 günlü, 2006/38 sayılı kısmen soruşturma izni verilmesine kısmen soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararının yetki gasbı nedeniyle yok hükmünde olduğuna" D1D, 31.05.2007, E. 2007/493, K. 2007/662, www.kararevi.com. 21.02.2014. Bkz. D1D, 07.11.2002, E. 2002/168, K. 2002/178, Nakleden: DUMAN, s. 86-87. Aynı yönde bkz. D1D, 17.12.2013, E. 2013/1778, K. 2013/1745\(Yayımlanmamış Karar\). D1D, 04.01.2008, E. 2007/1383, K. 2008/18, www.kararara.com., 27.03.2014.](http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/ortak_icerik/mulkiyeteftis/4483%20Say%C4%B1%C4%B1%20Memurlar%20ve%20Di%C4%9Fer%20Kamu%20G%C3%B6revlilerinin%20Yarg%C4%B1lanmas%C4%B1%20Hakk%C4%B1nda%20Kanunun%20Uygulanmas%C4%B1nda,%20Kamu%20G%C3%B6revlilerinin%20G%C3%B6rev%20Yapt%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Birim%20ve%20Yer%20C4%B0tibariyle%20C3%96n%20C4%B0nceleme%20Onay%C4%B1%20Ve%20S.doc., 21.02.2014.</p>
</div>
<div data-bbox=)

18 DUMAN, s. 82.

19 Araştırma Raporu, http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/ortak_icerik/mulkiyeteftis/4483%20Say%C4%B1%C4%B1%20Memurlar%20ve%20Di%C4%9Fer%20Kamu%20G%C3%B6revlilerinin%20Yarg%C4%B1lanmas%C4%B1%20Hakk%C4%B1nda%20Kanunun%20Uygulanmas%C4%B1nda,%20Kamu%20G%C3%B6revlilerinin%20G%C3%B6rev

Yargıtay'ın da Yükseköğretim kurumlarında 657 sayılı Kanun'a göre çalışanların soruşturma usulünün 2547 sayılı Kanun'a göre olması gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır: "*Ancak; A... Üniversitesi Rektörlüğü Özel Güvenlik Müdürlüğünde güvenlik görevlisi olan sanığın savunmasında, 657 Sayılı Devlet Memurları yasasına tabi olarak çalıştığını belirtmiş bulunması karşısında; bu husus bağlı bulunduğu kurumdan da sorularak belgelendirildikten sonra görev yaptığı sırada suç işleyen sanık hakkında 2547 sayılı Yüksek Öğretim Yasasının 53/C madde ve fıkrası uyarınca soruşturma yapılması gerektiği gözetilmeden, genel hükümlere göre açılan dava üzerine duruşma yapılarak hüküm kurulması*"²⁰.

Danıştay da bir başka kararında "*Dolayısıyla 2547 sayılı Kanun'un 2653 sayılı Kanunla değişik 53 üncü maddesinin "c" bendinde sayılan kamu görevlileri ile ilgili olarak yapılacak ceza soruşturmalarında; anılan bendin alt bentlerine ilişkin hükümler uygulanacağından, 4483 sayılı Kanun hükümlerinin bu personel açısından uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Ancak 2547 sayılı Kanunda yer almamış olan hususlarda 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.*

Diğer taraftan sanık kendisinin Üniversitede avukat olarak çalıştığını dolayısıyla ceza soruşturmasının 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58 ve 59 uncu maddesine göre yapılması gerektiğini iddia etmekte ise de, 1136 sayılı Kanun'un 58, 59, 60 ve 61 inci maddeleri hükümleri, özel çalışan avukatlara ilişkin olup, kamuda görevli avukatları kapsamamaktadır.

*Buna göre ... Üniversitesinde 657 sayılı Kanuna tabi avukat olarak görevli sanık hakkında son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar vermeye ... İl Yönetim Kurulu yetkili olduğundan, ... Valisince adı geçen hakkında 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre karar verilmiş olmasında hukuka uyarluk bulunmamaktadır" şeklinde görüş ifade etmiştir*²¹.

Bu bağlamda dikkat çekilmesi gereken bir diğer durum, suçun "iştirak" halinde işlenmesi durumunda soruşturma usulünün "üst makama" göre belirlenecek olmasıdır: "*Dosyanın incelenmesinden, İstanbul Üniversitesi Rektör-*

%20Yapt%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Birim%20ve%20Yer%20C4%B0tibariyle
%20C3%96n%20C4%B0nceleme%20Onay%C4%B1%20Ve%20S.doc., 21.
02.2014.

²⁰ Y4CD, 20.10.2001, E. 2001/12308, K. 2001/13227, www.kazancı.com. 27.10.2013., aynı yönde bkz. D2D, 18.04.2003, E. 2003/297, K. 2003/848, www.kazancı.com, 27.10.2013, D1D, 14.10.2003, E. 2003/915, K. 2003/2010. www. kazancı.com., 27.10.2013.

²¹ D2D, 07.05.2002, E. 2002/316, K. 2002/2734, www.kazancı.com., 27.10.2013.

lüğünce oluşturulan Kurulca şüpheli'nin men-i muhakemesine, diğer şüphelilerin 657 sayılı Kanuna tabi memur olduğu gerekçesiyle dosyanın diğer şüphelilere ilişkin kısmının İstanbul II idare Kuruluna gönderildiği, 2547 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasının (5) numaralı bendinde suçun birlikte işlenmesi durumunda soruşturma usulünün görev itibarıyla üst derecelilere göre tayin olunacağı öngörüldüğünden, İl İdare Kuruluna gönderilen kısmın bu dosya ile birleştirilerek yeniden bir karar verilmesi gerektiği anlaşıldığından,..."²².

Ayrıca, yükseköğretim personeli olmakla beraber, geçici olarak başka kurumlarda görevlendirilen akademik personelin, örneğin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 38. maddesi uyarınca diğer kamu kurum, kuruluşları ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görevlendirilenlerin ceza soruşturmasının nasıl olması gerektiği ayrı bir durumdur. Bu konu görevlendirmenin örneğin Yükseköğretim Kurulu gibi bir yükseköğretim üst kuruluşunda yapılması halinde farklılık yaratmazken, başka bir kamu kurum ve kuruluşunda olması halinde sorun yaratabilecek niteliktedir. Konu, Danıştay'ın önüne gelmiştir. Danıştay'a göre "*... isnat olunan suçun işlendiği 2011 yılı Eylül ayı itibarıyla Sağlık Bakanlığına bağlı ...Eğitim ve Araştırma Hastanesinde Başhekim ve Başhekim Yardımcısı olarak görev yapan adı geçenler hakkında söz konusu Hastanedeki görevleri nedeniyle ve bu görevlerinden kaynaklanan suçlarla ilgili olarak 2547 sayılı Yasa uyarınca ceza soruşturması yapılmasına, men-i muhakeme veya lüzum-u muhakemeleri yolunda bir karar alınmasına olanak bulunmadığı açıktır*"²³. O halde Danıştay'ın burada, işlenen suçun kamu görevlisinin görevlendirildiği kurumla ilgili" olup olmadığına baktığını ve bu ilgiyi saptaması halinde, soruşturmanın genel hükümlere göre yapılması yönünde bir eğilim içinde olduğu görülmektedir.

Ancak Danıştay'ın 38. madde kapsamındaki bu değerlendirmesi, Kanun'daki düzenleme ile çelişki yaratabilecek niteliktedir. Şöyle ki, anılan maddede 38. madde çerçevesinde görevlendirilenlerin "özlük işlemlerinin kendi kurumlarında kalacağı" ndan bahsedilmektedir. Memurlar ve diğer

²² D1D, 14.02.2006, E. 2006/42, K. 2006/193, www.kazancı.com.

²³ D1D, 24.05.2002, E. 2012/510, K. 2012/894, www.kazancı.com., 27.10.2013 "Belirtilen bu yasal düzenlemeler uyarınca müşterek kararname ile atama yapılması gereken İl Çevre Müdürlüğü kadrosunda 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 38 inci maddesi uyarınca görevlendirilen sanık ... hakkında üstüne atılan suçlardan dolayı birinci aşamada ... Üniversitesi Rektörlüğü Yetkili Kurulunca karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından,..." D2D, 23.10.2002, E. 2000/2103, K. 2002/3569, www.kararevi.com, 03.03.2014.

kamu görevlilerine ilişkin temel prensipleri düzenleyen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 109. maddesi uyarınca memur ve diğer kamu görevlileri hakkındaki soruşturma evrakları da "özlük dosyasında" yer alacak hususlardan biridir ve maddeye "disiplin-ceza soruşturması" şeklinde bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Ayrıca yükseköğretim personeli bakımından özlük dosyası konusu 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ya da 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nda ayrıca düzenlenmemiş olup, bu konuda da genel nitelikli bir düzenleme olan DMK kullanılmak durumundadır²⁴. O halde, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yürütülen ceza kovuşturması süreci de, onların özlük haklarına ilişkindir. Bu çerçevede olmak üzere, 38. madde çerçevesinde başka kurumlarda görevlendirilen yükseköğretim akademik personel hakkında yürütülecek kovuşturmanın özlük işlemlerinin kaldığı kurumun tabi olduğu usul çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, Danıştay'ın bu konuda bulduğu çözüm tarzı, maddenin düzenlemesi ile uyuşmamaktadır.

Yükseköğretim Kanunu'nda bu kapsamda (geçici görevlendirme) değerlendirilmesi gereken diğer geçici görevlendirme hallerinden bir diğeri anılan Kanun'un 41. maddeleridir. Burada yükseköğretim kurumları arasında bir geçici görevlendirme bulunduğundan, soruşturma usulü değil ceza soruşturması sürecinde yetkili makam konusu sorun yaratabilecek niteliktedir. Örneğin kadrosu Ankara'da bir üniversitede olan öğretim üyesi 41. madde kapsamında yeni kurulan bir üniversitede görevlendirilmiş ise, soruşturma açılıp açılmamasına hangi üniversitenin yetkili kurulunun karar vereceği sorun yaratacak niteliktedir. Anılan düzenlemeye göre, "*Yükseköğretim Kurulunca; bu kanun kapsamındaki Devlet yükseköğretim kurumlarının, çeşitli bilim ve sanat dallarındaki öğretim üyesi ihtiyaçları ve bu öğretim üyesi ihtiyaçlarının hangi yükseköğretim kurumlarından karşılanacağı, öğretim üyesi mevcutları dikkate alınarak tespit edilir ve ihtiyaçlar karşılanmak üzere ilgili üniversitelere bildirilir. Bu görevlendirmeler bir yarı yıldan az, dört yarı yıldan fazla olmamak üzere kadroları kendi üniversitelerinde kalmak kaydıyla yapılır*". Bu konuda verilen bir yargı kararına ulaşılammakla beraber²⁵, 38. madde kapsamında Danıştay'ın yorum tarzının değerlendirilmesinden, Yüksek Mahkemenin burada da ceza soruşturması yapılması bakımından ilgilinin geçici olarak görevlendirildiği kuruma ilişkin hükümlerin uygulan-

24 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "özlük hakları" başlıklı 62. maddesi ile 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nun 20. maddesinde, anılan Kanunlarda hüküm olmaması halinde genel hükümlerin uygulanacağından bahsedilmektedir.

25 "Rotasyon" olarak şeklinde ifade edilen bu madde, günümüze kadar nadir olarak uygulanmıştır.

ması yönünde görüş beyan edeceği düşünülebilir. Maddenin kaleme alınma şekline bakıldığında ise "kadronun kendi üniversitesi"nde kalmasından bahsedilmektedir. İdare hukuku açısından kadro "kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak üzere memurun atandığı belirli yetki, hak ödev ve sorumlulukla donatılmış görev yeri"²⁶ olarak tanımlanmaktadır. O halde özlük işlemleri ve dolayısıyla ceza soruşturmasına yönelik işlemler de "kadro" kapsamında değerlendirilmek durumunda olup, 41. madde uyarınca başka bir yükseköğretim kurumunda görevlendirilen öğretim elemanları bakımından ceza soruşturması yapma yetkisi yine 2547 sayılı Kanun kapsamında, ancak kadrosunun bulunduğu yükseköğretim kurumunun birimleri tarafından yapılmalıdır.

Bu noktada, konuda bütünlük sağlamak adına, üniversite öğrencileri hakkında yapılan ceza soruşturması usulünün 2547 sayılı Kanun kapsamında olmadığına dikkat çekilmelidir: Çünkü anılan Kanun, "görev" kapsamında işlenen suçların ceza soruşturması usulünü kapsamına almaktadır. Nitekim Danıştay da aynı fikri paylaşmaktadır: "bu kişinin öğrenci olarak Fakültede eğitim-öğrenim amacıyla bulunduğu, 2547 sayılı Yasanın 53 üncü maddesinde gösterilen Üniversite personelinden olmadığından görevi dolayısıyla yada görevini yaptığı sırada işlediği bir suçtan da söz edilemeyeceği, bu nedenle de adı geçen hakkında 2547 sayılı Yasanın 53 üncü maddesi uyarınca ceza soruşturması yapılamayacağı ve son soruşturmanın açılıp açılmaması yolunda bir karar alınamayacağı,..."²⁷.

V. 3628 SAYILI KANUN KAPSAMINDAKİ SUÇLAR VE YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİ

Daha önce de ifade edildiği üzere 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, söz konusu kanunda düzenlenen suçların önemine binaen, kapsamında yer alan suçları işleyen kamu görevlileri bakımından 4483 sayılı Kanun'da yer alan usulden farklı bir ceza soruşturması usulü benimsemiştir. Bu durum anılan Kanun'un 17. maddesinde de belirtilmektedir: "Bu Kanunda ve 18/06/1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikap, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 02/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer

²⁶ AVCI Mustafa, Devlet Memurları Kanununu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş", Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 88.

²⁷ D1D, 19.04.2006, E. 2006/238, K. 2006/434, www.kararevi.com, 28.03.2014.

Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz". O halde, maddede anılan suçların "memurlar ve diğer kamu görevlileri" tarafından işlenmesi halinde, 3628 sayılı kanun uygulanmak durumunda-
dır.

Ancak, anılan nitelikteki suçlar bakımından, başka kanunlarda 3628 sayılı kanundan farklı soruşturma usulleri benimsenmesi de söz konusu olabilir, ki 17. maddede de "Görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili kanun hükümleri saklıdır. " şeklinde bu durum ifade edilmiştir. İşte, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, bu düzenlemelerden bir tanesini içermektedir. Anılan Kanun'un 53/c/ 6. maddesi uyarınca, "Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörlerin 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı yapılacak ceza soruşturmasında yukarıda belirtilen ceza kovuşturması usulü tatbik edilir. Bunlar dışında kalan tüm görevliler için 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun hükümleri uygulanır".

Yukarıda düzenlemede adı geçen 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır²⁸. Ancak 3628 sayılı Kanun'un 23. maddesinde sadece, 1609 sayılı Kanun'un 3628 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırıldığından bahsedilmekte, 1609 sayılı Kanuna yapılan atıfların ne şekilde uygulanmaya devam edileceğine ilişkin başka bir ifadeye yer verilmemektedir²⁹. 3628 sayılı Kanun'un 17. maddesinde " *Bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Ka-*

²⁸ "Diğer bir ifadeyle, 1609 sayılı yasadaki "izin" sistemi, 3628 Sayılı yasayla "bildirim" sistemine dönüştürülmüştür". AKYILDIZ, s. 17.

²⁹ 2547 sayılı Kanun m. 53:....." Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörlerin 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı yapılacak ceza soruşturmasında yukarıda belirtilen ceza kovuşturması usulü tatbik edilir. Bunlar dışında kalan tüm görevliler için 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun hükümleri uygulanır".

nun hükümleri uygulanmaz. Yukarıdaki fıkra hükmü müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanamaz. Görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili kanun hükümleri saklıdır" düzenlemesi yer almaktadır. 3628 sayılı Kanun'un kapsamına bakıldığında ise, 1609 sayılı Kanundaki suçlara ilaveten, mal bildirimine ilişkin(bildirimde bulunmama, yanlış beyanda bulunma gibi) suçlara verildiği görülmektedir. Başka bir ifade ile, 3628 sayılı Kanun 1609 Kanun kapsamındaki suçların soruşturma usulü yansira mal bildirimine ilişkin suçlar bakımından da, 4483 sayılı Kanundan farklı bir soruşturma usulü getirmiştir.

Ancak, 3628 sayılı Kanun her ne kadar 1609 sayılı Kanunda sayılan suçların soruşturulmasını kapsamına alsada da, başka Kanunlarda 1609 sayılı Kanuna yapılan atıfların ne şekilde algılanması gerektiğine çözüm bulmak zorunludur. Bu konuda yorum yaparak çözüme ulaşmaya çalışmak "yasallık³⁰" ilkesi adına eleştirilebilecek bir durum olsa da "lex posterior derogat legi priori³¹" yani sonraki kanunun önceki kanunu kaldırması ilkesi³² uyarınca ve 3628 sayılı Kanun'un 17. maddesindeki kapsama ilişkin düzenleme karşısında³³, 1609 sayılı Kanuna yapılan atıfların 3628 sayılı Kanun'a yapıldığını kabul zorunlu görünmektedir³⁴. Gerçekten de, aralarında hiyerarşik ilişki bulunmayan ve aynı kapsamdaki iki düzenlemenin aynı zamanda yürürlükte olması halinde çözüm bulmaya yönelik bu prensibin, düzenlemelerden birinin (yeni düzenlemenin) diğerini açıkça yürürlükten kaldırdığını belirtmekle beraber, önceki düzenlemeye yapılan atfin yenisine yapılmış sayılması ge-

30 Anayasamızın 142. maddesinde mahkemelerin kuruluş, görev, yetkileri, işleyişleri ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği öngörüldüğüne göre, bu prensip ceza yargılamasına ilişkin normların hazırlanması bakımından da geçerliliğini korumaktadır. Aynı yönde bkz. CENTEL Nur-ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Kasım 2005, s. 5. "Yasallık" prensibi hem ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku normları hazırlanırken dikkate alınması gereken bir unsur olmaktadır.

31 2547 sayılı Kanun'un 1609 sayılı Kanuna atıf yapan düzenlemesi ile 3628 sayılı Kanun'un 1609 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırıldığına ilişkin 23. maddesi arasında çatışma bulunmaktadır.

32 "Bu ilke, sonradan yürürlüğe giren düzenlemenin, önceki düzenlemeye tercih edilmesini gerektirir". ATAY Ender Ethem, Hukuk Başlangıcı, Gazi Kitabevi, Ankara 2013, s. 197.

33 3628 sayılı Kanun'un 1609 sayılı Kanunda sayılan suçların soruşturmasını da kapsama alması sebebiyle.

34 AKYILDIZ, s. 17., DUMAN, s. 86.

rektiğine yönelik belirleme olmaması halinde, evleviyetle geçerli olması gerekir³⁵.

O halde, istisnaların dar yorumlanması gerektiği³⁶ kuralı çerçevesinde, 3628 sayılı Kanundaki usule istisna getiren 2547 sayılı Kanunun 53. maddesi bağlamında, 1609 sayılı Kanun kapsamındaki suçlar bakımından Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve Rektörlerin soruşturmasının bu Kanuna göre, mal bildirimini kapsamında ortaya çıkacak suçlar bakımından ise genel hükümlere göre (3628 sayılı Kanuna göre) yapılması gerekmektedir. Diğer yükseköğretim personelinin (akademik/idari) soruşturması ise, (2547 sayılı Kanunda bir koruma öngörülmemesi sebebiyle) her durumda genel hükümlere yani 3628 sayılı Kanuna göre yapılmalıdır³⁷.

Bu konudaki uygulamadaki genel eğilim de, 3628 sayılı Kanunda bu konuda bir açıklık bulunmamakla birlikte, 2547 sayılı Kanunda 1609 sayılı Kanuna yapılan atfın 3628 sayılı Kanuna yapılmış sayılacağı ve 2547 sayılı Kanunda öngörülen özel soruşturma usulünün sadece Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve Rektörler bakımından söz konusu olup, diğer öğretim üyeleri/elemanları ile üniversitelerde 657 sayılı Kanuna tabi olarak görev yapan personelin, 3628 sayılı Kanunda belirtilen suçlar bakımından bu kanundaki usuller çerçevesinde soruşturulacağı yani Kanun'un 19. maddesi uyarınca, Cumhuriyet Savcısı tarafından doğrudan doğruya ve bizzat soruşturulmaya başlanacağıdır³⁸.

35 Örneğin 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun'un 18. maddesinde bu Kanun'un Memurun Muhekematı Hakkında Kanunu Muvakkatı yürürlükten kaldırdığı belirtilmekte ayrıca anılan Kanun'un 16. maddesinde de Kanunu Muvakkate yapılan atıfların 4483 sayılı Kanun'a yapılmış sayılacağı belirtilmektedir., DUMAN, s. 86.

36 " *Yorumlanacak hukuk metni sınırlı sayıda düzenleme içeriyorsa veya sınırlı sayıdaki olaya ya da hukuk süjesine yahut istisnai bir duruma ilişkinse, öngörülen hüküm ile hükümü vazedenin, kanun koyucunun ulaşacağı sonucun tek tek sayarak belirlediği hususlar için istediğinden, yorum kural koyucunun bu özel kastı dikkate alınarak dar yapılması gerekir*". ATAY, s. 228

37 Uygulamadaki aynı yöndeki görüşler için örneğin bkz. <http://hukuk.omu.edu.tr/UserFiles/srehber.pdf>, 18.03.2014.

38 " ...'ün ihale yetkilisi sıfatıyla ihale sürecinde yer aldığı ve ihale komisyon kararını onayladığı, ..., ..., ..., ..., ve ...'un ise, ihale komisyonu üyeleri olarak şikayet konusu işlemleri tesis ettikleri, adı geçenlerin söz konusu ihaleye fesat karıştırdıkları yolundaki iddianın da, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu kapsamında ... Cumhuriyet Başsavcılığınca genel hükümlere göre soruşturulması gerektiği anlaşıldığından..." D1D, 04.02.2010, E. 2010/101, K. 2010/207, www.kazancı.com., 27.10.2013. " Kanunun 19. maddesindeki, "Cumhuriyet savcısı 17. maddede sayılan suçların işlendiğini öğrendiğinde, sanıklar hakkında doğrudan doğruya ve bizzat

Aktarılan konudaki Danıştay kararlarına bakıldığında, Danıştay uygulamasının da aynı yönde olduğu görülmektedir: “Öte yandan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53. Maddesinde “zimmet,...vb.” suçlarından dolayı ancak Yükseköğretim Kurulu Başkanı ile Rektörler hakkında bu Kanuna göre soruşturma yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu durumda Rektör Yardımcısı olan sanık...’nin üstüne atılı eylemin TCK’nun 202’nci maddesinde belirtilen zimmet suçunu oluşturduğu ve 3628 sayılı Yasanın 17’nci maddesi uyarınca yasal takibat yapabilme yetkisinin doğrudan doğruya Cumhuriyet Savcılıklarına ait bulunması nedeniyle adı geçen lüzümü muhakemesine ilişkin olarak verilen Yetkili Kurul kararının bozularak genel hükümlere göre işlem yapılmak üzere karar verilmesine yer olmadığına”³⁹.

Yargıtay da, 3628 sayılı Kanun bağlamında önüne gelen bir uyuşmazlıkta, 3628 sayılı Kanun kapsamındaki suçlar bakımından 2547 sayılı kanundaki ceza soruşturması usulünün sadece YÖK Başkanı ve Rektörler hakkında uygulanabileceğine karar vermiştir: “Yapılan yargılamaya, toplanan deliller, hükmün dayandığı gerekçe ve takdire, bazı cürümlerden dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair 1609 sayılı Kanun 3628 sayılı Yasanın 23. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup bu konuda geçici bir düzenlemeye de yer verilmemiş bulunması nedeniyle, Yükseköğretim Kurulu Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi Fon Saymanlığında vazedar olarak görev yaparken zimmetine para geçirdiği anlaşılan sanık hakkında 2547 sayılı yasanın 53. maddesinin 6. bendi uyarınca gerekli izin alınmadan kamu davası açılmasında bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamede bu hususta bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiş..”⁴⁰.

soruşturmaya başlamakla beraber, durumu atamaya yetkili amirine veya yasanın 8. maddesinde gösterilen mercilere bildirir” hükmüyle Cumhuriyet savcısına memurlar tarafından işlenen ve bu kanunda sayılan suçlar yönünden izin almadan sadece durumu atamaya yetkili amirine veya 8. maddede sayılan mercilere bildirmek şartıyla iddianame ile dava açabilme yetkisi verilmiştir. Böylelikle bu suçlar yönünden “izin” sistemi terk edilerek “bildirim” sistemine geçilmiştir”. UĞUR Hüsamettin, “3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu’na Eleştirel Bir Bakış ve Çözüm Önerileri”, TBB Dergisi, Y. 2008, S. 76., s. 302.

³⁹ D2D, 23.10.2002, E. 2002/23, K. 2002/3570, www.kararevi.com, 18.03.2014 ayrıca aynı karar için bkz. DUMAN, s. 107-108.

⁴⁰ Y5CD, 09.02.2000, 6206-413. Nakleden: DUMAN, s. 86-87. Aynı karar hakkında ayrıca bkz. <http://hukuk.omu.edu.tr/UserFiles/srehber.pdf>, 18.03.2014.

VI. VAKIF YÜKSEKÖĞRETİM KURUMU PERSONELİ HAKKINDA CEZA SORUŞTURMASI USULÜ

Üniversitelerin akademik ve idari personeli hakkında yürütülmesi gereken ceza soruşturması usulünde devlet üniversiteleri bakımından bile zaman zaman belirsizlik yaşanırken, mevcut mevzuat dikkate alındığında vakıf üniversiteleri bakımından durum daha da karmaşık bir durumdadır.

Vakıf üniversitesi personeline ilişkin temel düzenlemelerden ilki 2547 sayılı Kanun'un Ek 8 hükmüdür. Anılan düzenlemeye göre *“Vakıfca kurulacak yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar, Devlet yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar gibi düzenlenir ve onların görevlerini yerine getirir. Öğretim elemanlarının nitelikleri Devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının niteliklerinin aynıdır. Devlet yükseköğretim kurumlarında çalışmaları yasaklanmış veya disiplin yoluyla bu kurumlardan çıkarılmış kişiler, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alamazlar”*.

Bunun yanı sıra Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23. maddesi uyarınca *“vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır.”* Aynı Yönetmeliğin 22. maddesi uyarınca ise *“Vakıf yükseköğretim kurumlarının rektörleri 2547 sayılı Kanunun vakıf yükseköğretim kurumları ile ilgili ek maddeleri ile mütevelli heyet tarafından verilen ve Devlet üniversitesi rektörlerinin 2547 sayılı Kanunun vakıf yükseköğretim kurumları ile ilgili ek maddelerine aykırı olmayan görev ve yetkileri kullanırlar”*.

Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımı, 2547 sayılı kanunda açık bir düzenleme olmaması karşısında, vakıf üniversitesi personelinin ceza soruşturmasının genel hükümler çerçevesinde yapılması gerektiği yönündedir: *“2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Ek maddelerinde Vakıf Üniversitelerinin kuruluş ve işleyişlerine ilişkin düzenlemeler açıklandıktan sonra, D. yükseköğretim kurumlarından farklı olarak Ek 5 inci madde de; Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumunun vakıf yönetim organı dışında vakıf idare uzvu tarafından seçilen en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyeti olacağı, vakıf yükseköğretim kurumunun tüzel kişiliğinin temsil eden bu mütevelli heyetin vakıf yükseköğretim kurumlarının yöneticilerini Yükseköğretim Kurulu'nun olumlu görüşünü alarak atayacağı, yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ile öğretim elemanları ve diğer personelin sözleşmelerini yapıp atamalarıyla görevden alınmalarını onaylayacağı belirtilmiş, Ek 8 inci maddede de; vakıfca kurulacak yükseköğretim kurumundaki aka-*

demik organlar ve öğretim elemanlarının niteliklerinin D. yükseköğretim kurumundakiler gibi düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi ilgili yasalarda vakıf üniversiteleri mensuplarının 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesinin değişik bendinde öngörülen soruşturma usulüne veya Memurun Muhakematı Hakkında Kanun'a tabi olacaklarına ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Buna göre vakıf üniversitesi personeli hakkında yukarıda anılan Yasalar uyarınca özel soruşturma usulünün uygulanabilmesi, buna olanak veren bir yasa hükmünün mevcudiyetine bağlı bulunduğundan sanıklar hakkında genel hükümler uyarınca işlem yapılması gerekmektedir... Açıklanan nedenlerle ... Üniversitesi Rektör Vekili ile beraberindekiler hakkında anılan yasalar uyarınca soruşturma yapılmasına ve karar verilmesine hukuken olanak bulunmadığından, meni muhakemeleri yolunda verilen YÖK Başkanlığı Yetkili Kurul kararının bozulmasına, haklarında karar verilmesine yer olmadığına ve genel hükümlere göre işlem yapılmak üzere dosyanın yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi..."⁴¹.

⁴¹ D2D, 10.10.2000, E. 2001/1035 , K. 2002/3424, www. kararevi.com, 24.02.2014. Danıştay'a göre "Yukarıda sözü edilen hükümlerle Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının tüzel kişiliğini temsil eden mütevelli heyetinin; yönetici, öğretim elemanı ve diğer personelin sözleşmesini yapacağı, atamalarını, görevden alınmalarını ve yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylayacağı, akademik organların düzenlenmesinde, görevlerini yerine getirmesinde, öğretim elemanlarının niteliklerinde Devlet yükseköğretim kurumlarındaki esasların aynısının uygulanacağı belirtilmek suretiyle vakıf üniversitelerinin Devlet yüksek öğretim sistemine entegrasyonunu sağlayan özel düzenlemelere yer verildiği halde, akademik ve idari personelin sözleşmeli olarak istihdamı nedeniyle tabi oldukları hukuki rejim gözönünde bulundurularak, bunların görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinde öngörülen soruşturma usulüne tabi olacaklarına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda, sözü edilen personel hakkında da 2547 sayılı Kanunun 53 üncü maddesindeki hükümlerin uygulanacağına dair açık bir hüküm bulunmadığından, suç işledikleri ileri sürülen bu kişiler hakkında genel hükümler uyarınca işlem yapılması gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle haklarında anılan yasanın 53üncü maddesi uyarınca karar verilmesine olanak bulunmayan...Üniversitesi görevlileri hakkında genel hükümlere göre işlem yapılmak üzere dosyanın yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi...." D1D, 02.02.2010, E. 2010/99, K. 2010/170(Yayımlanmamış Karar). Nitekim Danıştay, aynı yaklaşımını devam ettirmektedir. Danıştay, yakın zamanda 2547 sayılı Kanunda açıkça ifade edilmemesi sebebiyle vakıf üniversitesi Rektörlerinin ceza soruşturmasının genel hükümlere göre yapılması gerektiğine dair bir karar da vermiştir: "...Vakıf yükseköğretim kurumlarının tüzel kişiliğini temsil eden mütevelli heyetinin; yönetici, öğretim elemanı ve diğer personelin sözleşmesini yapacağı, atamalarını, görevden alınmalarını ve yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylayacağı, akademik organların düzenlenmesinde, görevlerini yerine getirmesinde, öğretim elemanlarının niteliklerinde Devlet yükseköğretim kurumlarındaki esasların aynısının uygulanacağı belirtilmek suretiyle vakıf üniversitelerinin Devlet yükseköğretim sistemine entegrasyonunu sağlayan

Ne var ki, yargı kararları ve uygulamada zikredilen hükümler 2547 sayılı Kanun'un Ek 5 ve 8. maddeleri ile Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 22. ve 23. maddeleri olmakla beraber, anılan Yönetmeliğin 32. maddesi, vakıf yükseköğretim kurumları personeli açısından da 2547 sayılı Kanun'un ceza soruşturmalarında uygulamasının önünü açabilecek niteliktedir. Anılan düzenlemeye göre " *Vakıf yükseköğretim kurumları 2547 sayılı Kanununun vakıf yükseköğretim kurumları ile ilgili ek Maddelerinde aksine bir hüküm bulunmadığı sürece 2547 sayılı Kanunun bütün hükümlerine uymakla yükümlüdürler*". 2547 sayılı Kanuna bakıldığında ise, bu yönde bir engelleme bulunmadığı görülmektedir. Kaldı ki, bu şekilde bir düzenleme bulunmasa dahi, Danıştay kararlarındaki yorum şekli, Anayasamız'da da ifadesini bulan "eşitlik ilkesi"ne de aykırı olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilere konu olmaktadır. Gerçekten de, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesindeki soruşturma usulü getirildiğinde, kurulmuş olan bir vakıf üniversitesi olmaması karşısında, maddede vakıf üniversitelerine ilişkin düzenleme yapılmasının unutulduğu sonucu çıkarılmak gerekmektedir⁴². Ayrıca, yukarıda da ifade edildiği üzere özlük hakları ya da akademik kriterler bakımından devlet üniversiteleri öğretim elemanları ile aynı statüde tutulan vakıf üniversite personelinin ceza soruşturması açısından farklı bir usule tabi tutulması, haklı bir gerekçeye dayanmamaktadır ve Anayasa Mahkemesi'nin de yıllardır ifade ettiği "benzer hukuki durumda olanlara benzer hukuki muamele yapılmasının eşitlik ilkesinin gereği olması"⁴³ kuralı ile çatışmaktadır.

özel düzenlemelere yer verildiği halde, akademik ve idari personelin sözleşmeli olarak istihdamı nedeniyle tabi oldukları hukuki rejim gözönünde bulundurularak bunların görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde öngörülen soruşturma usulüne tabi olacaklarına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda,...Üniversitesi Rektörü hakkında 2547 sayılı Kanununun 53üncü maddesi hükümlerinin uygulanacağına dair açık bir hüküm bulunmadığından, suç işlediği ileri sürülen...hakkında genel hükümler uyarınca işlem yapılması gerekmektedir" DİD, 11.06.2013, E. 2013/777, K. 2013/804, (Yayımlanmamış Karar).

42 ÇINARLI Serkan-HIZAL Sevinç Arslan-HIZAL Abdullah, "Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapan Öğretim Üyelerinin Ceza Soruşturması Usulü Sorunu", Leges Kamu Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 3., s. 40.

43 "Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 10. maddesine göre yasaların uygulanmasında ayırım gözetilmeyecek ve eşitsizliğe yol açılmayacaktır. Maddede düzenlenen "Eşitlik" ilkesiyle, birbirinin aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez".

Ayrıca Anayasamızın yükseköğretimi düzenleyen 130. maddesinde " vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, malî ve idarî konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tâbidir" hükmü yer almaktadır ve ceza soruşturmasının⁴⁴ da "güvenlik" kapsamında yorumlanması söz konusu olabilir. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu bir kararında şöyle demektedir: "Diğer yandan, Anayasa'nın 130. maddesinde belirtilen vakıf yüksek öğretim kurumlarının mali ve idari konular yönünden Devlet eliyle kurulan yüksek öğretim kurumlarından farklı olması, vakıf yüksek öğretim kurumlarında istihdam edilen akademik personelin mesleki güvenceden yoksun kılınması sonucuna yol açamaz. Anayasa koyucunun böyle bir amacının bulunduğu kabul edilemeyeceği gibi, bilimsel özerklik ilkesinin gereği hiçbir ayırım yapılmadan bütün yüksek öğretim kurumlarında bilimsel özgürlük, serbestçe araştırma ve yayın yapabilme, eğitim ve öğretimi özgürlük ve güvence içinde sürdürebilme hak ve yetkileri bütün üniversitelerdeki akademik personele tanınmıştır. Gerek Devlet, gerekse vakıf yüksek öğretim kurumlarında görev yapan akademik personelin, mesleki güvenceleri yönünden İdare Hukukuna tabi olduklarının kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla, vakıf yüksek öğretim kurumlarındaki akademik personelin mesleki güvenceleri yönünden özel hukuk hükümlerine tabi olmaları Anayasa'ya uygun görülmez"⁴⁵.

SONUÇ

Yükseköğretim mevzuatı, gerek akademik gerek idari olsun yükseköğretim personeli bakımından farklı bir ceza soruşturması usulü öngörmekle beraber, Kanun'da öngörülen düzenlemeler uygulamada birtakım sıkıntılara yol açmaktadır. Söz konusu durumun pek çok sebebi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. Maddesinde ceza soruşturması usulünün gerektiği kadar detaylı olarak düzenlenmemesidir. Bir diğer sebep ise Kanunda diğer Kanunlara yapılmış olan atıfların mevzuat değişiklikleri dikkate alınarak güncellenmemesidir. Nihayetinde bir diğer sebep ise, vakıf yükseköğretim kurumları örneğinde olduğu gibi Yükseköğretim sistemindeki yeni uygulamaların mevzuata eksik olarak adapte edilmesi ya da bu değişikliklerin mevzuata dahil edilmesinin unutulmasıdır.

AYM, 01.03.2012, E. 2011/119, K. 2012/33, aynı yönde bkz. AYM, 15.01.2002, E.2002/05, K. 2002/14.

⁴⁴ 2547 sayılı Kanunda getirilen ceza soruşturma usulünün, genel hükümlere göre yürütülen soruşturmadan kapsamlı olduğuna şüphe bulunmamak gerekmektedir.

⁴⁵ "DİDDK, YD İTİRAZ, 12.03.2010, E. 2010/5, www.kazancı.com., 23.10.2013.

Yükseköğretim personeli bakımından ceza soruşturması sürecinin daha sorunsuz bir şekilde işletilebilmesi bakımından tüm Yükseköğretim mevzuatı da dahil olmak üzere bilhassa ceza soruşturması sürecine yönelik düzenlemelerin diğer kanunlar ve uygulamaları dikkate almak suretiyle bir kez daha gözden geçirilmesi zorunlu görülmektedir. Ayrıca yükseköğretim ceza soruşturması usulü gözden geçirilirken, uygulamadaki sorunlar ve fiilen getirilmiş olan çözüm yolları da dikkate alınarak, mevzuata dahil edilmelidir.

KAYNAKÇA

AKYILDIZ Ali, "Memur Yargılamasında İdari Süreç", GÜHFD, C. 5, S. 1-2, Haziran-Aralık 2001.(http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5_7.pdf, 21.02.2014)

AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat-KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.

ATAY Ender Ethem, Hukuk Başlangıcı, Ankara: Gazi Kitabevi, Ankara 2013.

AVCI Mustafa, Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.

CENTEL Nur-ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2005.

ÇINARLI Serkan-HIZAL Sevinç Arslan-HIZAL Abdullah, "Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapan Öğretim Üyelerinin Ceza Soruşturması Usulü Sorunu", Leges Kamu Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 3.

GÖZLER Kemal-KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Bursa: Ekin Kitabevi, Bursa 2013.

DUMAN Bahattin, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, Ankara: Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

İç İşleri Bakanlığı Araştırma Raporu, http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/ortak_icerik/mulkiyeteftis/4483%20Say%C4%B1%C4%B1%20Memurlar%20ve%20Di%C4%9Fer%20Kamu%20G%C3%B6revlilerinin%20Yarg%C4%B1lanmas%C4%B1%20Hakk%C4%B1nda%20Kanunun%20Uygulanmas%C4%B1nda,%20Kamu%20G%C3%B6revlilerinin%20G%C3%B6rev%20Yapt%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Birim%20ve%20Yer%20%C4%B0tibariyle%20%20C3%96n%20%C4%B0nceleme%20Onay%C4%B1%20Ve%20S.doc., 21.02.2014.

UĞUR Hüsamettin, "3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'na Eleştirel Bir Bakış ve Çözüm Önerileri", TBB Dergisi, Y. 2008, S. 76.

UZ Abdullah, Disiplin Cezalarının Üst Kademe Yöneticiliklerine Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

PREFERRED PROTECTION ON POLITICAL SPEECH IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

*Arş. Gör. Serhat CEYLAN**

*"I disapprove of what you
say, but I will defend to the
death your right to say it."*

Voltaire

Introduction

The right to freedom of expression which is provided in the European Convention on Human Rights Article 10 is extremely broad. All types of expression are covered in the first paragraph of Article 10 such as paintings¹, books², cartoons³, films⁴, vide-recordings. There are mainly four types of expression covered by the Strasburg Court in its case law. These are political expression, religious or moral expression, commercial expression and artistic expression. It is explicitly recognised about the protection of free expression in the text of article 10 and also by the Court in its jurisprudence that free expression is a powerful tool carrying special responsibilities and duties particularly free speech on public debates and mass media. Free speech has a power to promote democracy and also advanced scientific, political, commercial and artistic development. For that reason, it is claimed that to protect the right to free speech is vital in itself. The Court is also aware of that freedom of speech and expression can be used to impinge on individual privacy and also to incite violence of basic rules. As a result, the Strasburg Court's

* Research Assistant at Erzincan University School of Law, Department of Constitutional Law.

1 *Muller v. Switzerland*, (App. 10737/84), 24 May 1988, Series A No 133, (1991) 13 EHRR 212.

2 *Handyside v United Kingdom*, (App. 5493/72), 7 December 1976, Series A No 24, (1979-80) 1 EHRR 737.

3 *Leroy v France*, (App. 36109/03), 2 October 2008.

4 *Otto-Preminger Institute v Australia*, (App. 13470/87), 20 September 1994, Series A No 295-A, (1994) 19 EHRR 34.

case law is an attempt to make a proper balance between these competing interests⁵.

From on one side of the balance, there are certain restrictions on the freedom of expression which is allowed by the article 10(1) itself. It provides that Contracting Parties may require the licensing of broadcasting, cinema and television enterprises. Furthermore, Article 10, second paragraph, which allows Contracting Parties to create limitations on the right set out in the first paragraph. As mentioned in the second paragraph, these limitations are '*prescribed by the law*' and they must be '*necessary in a democratic society*' in pursuit of one of the specified aims⁶.

On the other side of the balance is the nature of the expression restricted. It is taken into account by the Strasbourg Court that freedom of expression is not only important itself, in the context of the respect for human rights mentioned in the preamble to the European Convention, but also it has a key role in the protection of the other principles of human rights provided in the European Convention. Furthermore, the Strasbourg Court consistently gives a higher level of protection to speech and publications, which is related to political and social debate, information and criticism (in the broadest sense). In contrast, other types of expression namely artistic, moral and commercial expression have a lower protection level⁷. This paper will aim to discuss that preferred protection on political expression and public speech in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

Firstly, the Court's popular phrase of '*one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self fulfilment*' in the *Lingens* case will be analysed for understanding the ECtHR's justifications for the special protection on the expression⁸. Then, preferred protection of political expression and speech in the ECtHR case-law will be discussed. In the last part, one of the ways of the Court's preferred protection on the political speech, the protection the press from regulation and censorship, will be illustrated.

⁵ Eric Barendt, *Freedom of Speech*, (OUP, Second Edition, Oxford 2005).

⁶ *Wingrove v UK*, (App. 17419/90), 25 November 1996, (1997) 24 EHRR 1.

⁷ *Vgt Verein gegen Tierfabriken v Switzerland*, (App. 24699/94), 28 June 2001, (2002) 34 EHRR 159, ECHR 2001-VI, p.71.

⁸ *Lingens v. Austria*, (App. 9815/82), 8 July 1986, 8 EHRR 103. para. 41.

1. Certain Justifications of Special Protection on Freedom of Speech

There are broadly two justification categories for special protection of expression. Firstly, public debates are useful instruments for achieving social objectives. For that reason, speech is recognised as valuable by the authors. Personal expression, as a second category, is also seen as a human good in itself.

Freedom of speech has been associated with two related objectives, in so far as it is valued instrumentally. Generally speaking, it has been justified as the best way of assuring the discovery of the truth. It is claimed that the best way to increase knowledge comprises the uninhibited clash and consequent testing of opinions and ideas. This opinion is well summarised by Milton's in his *Aeropagitica*;

*'Though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so truth be in the field, we do injuriously, by licensing and prohibiting, to misdoubt her strength. Let her and falsehood grapple; whoever knew truth put to the worse in a free and open encounter?'*⁹

John Stuart Mill elaborated the same idea in the nineteenth century,¹⁰ and Justice Oliver Wendell captured a similar one¹¹.

The narrower version of the instrumental view of the free expression focuses on its utility in the functioning of a representative democracy. Justice Brandeis who is the framer of the First Amendment believed *'in the power of reason as applied through public discussion [so] they eschewed silence coerced by law'*¹². As Alexander Meiklejohn argued, democratic self-government depends on the ability of electors to choose their representatives who best reflect their own interests and convictions and also depends on the ability of the representatives to understand the concern of their constituents. Neither the character of the issue at stake nor the effectiveness of representation is possible without a thorough airing of facts and arguments¹³.

⁹ John Milton *Aeropagitica: a Speech for Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England* (1644) (Library of Alexandria, 1644).

¹⁰ John Stuart Mill, *On Liberty* (1859) vol. 25 (Harvard Classics, 1859).

¹¹ *Abrams v United States*, 250 U.S. 616,630 (1919) (Oliver Wendell Holmes, Jr. Dissenting).

¹² *Whitney v California*, 274 U.S. 357, 375-6 (1927) (concurring opinion).

¹³ Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government* (1948) (Law book, 2004).

The second justification category for free expression turns on the idea that free communication of opinions, ideas and feeling is essential for the full development of human personality in society. The ability to challenged, encouraged or provoked by the idea of others may be critical to the formation of these personal beliefs which are core of our capacity for self-definition¹⁴.

These two jurisdictions for freedom of expression, which might be called the instrumental and the intrinsic, are evidenced in judicial opinions applying the relevant constitutional guarantees¹⁵. This appreciation of the double character of this right has been expressed by the Strasburg Court, which has insisted in the *Lingens* case that freedom of expression;

‘constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self fulfilment¹⁶.’

In this context, it is a strong argument that the approach of the ECtHR to give particularly strong protection to political speech can be explained, and indeed justified, by reference to the weight of the argument from democracy¹⁷. While the rights-based argument concerning the importance of speech to self-development and Mill’s argument from truth suggests that artistic and scientific propositions are equally immune from legislative regulation, the argument from democracy overtly elevates political discourse to a special status. Free political speech encourages a well-informed, politically sophisticated electorate able to confront government on more or less equal terms. It also, as Brandeis J. pointed out in his celebrated judgment in the *Whitney* case, prevents that stifling of debate on political matters, which in the long term might endanger the stability of the community and make revolution more likely¹⁸.

¹⁴ Thomas Scanlon, ‘A Theory of Freedom of Expression’ *IPhil. & Pub. Aff.* 204 (1972).

¹⁵ Mark W. Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, (Oxford, Third Edition, 2008), p.140.

¹⁶ *Lingens v. Austria*, (App. 9815/82), 8 July 1986, 8 EHRR 103. para. 41.

¹⁷ Michael O’Boyle & Anna Austin, “Freedom of expression: essays in honour of Nicolas Bratza, president of the European Court of Human Rights” (Oisterwijk, 2012).

¹⁸ *Ibid.*

2. The Special Protection of Political Expression

Despite the fact that Article 10 provides ‘freedom of expression’ without specifying any kind of expression as less or more deserving of protection, judicial application of article 10 has varied the strictness with which the European Convention will be applied, depending on the particular kind of expression involved. As illustrated in the *Lingens* case;

‘...freedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society which prevails throughout the Convention.

...The limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual¹⁹’.

According to the Strasbourg Court, speech relating to political figures and issues has a key role functioning in the democratic societies. As a result, it will be really hard to maintain such an argument which argues that a restriction of such public debate in a democratic society is necessary. For instance, the Strasbourg Court found a violation of Article 10 in the *Bowman* case²⁰; the applicant printed and distributed 25.000 copies of a leaflet arguing the positions of the candidates in the parliamentary constituency on issues relating to abortion. When, section 75 of the Representation of the People Act 1983 was applied to the applicant. The statute has prohibited expenditures in excess of £5 by any person other than the candidate ‘with a view to promoting or procuring the election of a candidate’. This prohibition, of course, did not apply to print or broadcast media. This restriction was found as disproportionate to the legitimate aim of promoting equality among candidates by the Strasbourg Court because it ‘operated for all practical purposes as a total barrier to publishing information with a view to influencing the voters²¹’.

The preference for political speech in the jurisprudences of the ECtHR already has its counterparts in other law systems. For instance, in the United States, this kind of expression is at the ‘core’ of the First Amendment of the constitutional guarantee. Communications on issues of public interest is of a kind ‘entitled to the most exacting degree of First Amendment protection²²’. Justice McLachlin of the Supreme Court of Canada has captured the reasons

¹⁹ *Lingens v. Austria*, (App. 9815/82), 8 July 1986, 8 EHRR 103. para. 42.

²⁰ *Bowman v United Kingdom*, 19 February 1998, Reports 1998-1 175, 26 EHRR 1.

²¹ *Ibid*, para.47.

²² *FCC v. League of Women Voters*, 468 U.S. 364, 375-6 (1984).

for this focus in terms that seems equally applicable to the judgments of the ECHR;

The right to fully and openly express one's views on social and political issues is fundamental to our democracy and hence to all the other rights and freedoms guaranteed by the Charter. Without free expression, the vigorous debate on policies and values that underlines participatory government is lacking. Without free expression, rights may be trammelled with no recourse in the court of public opinion. Some restrictions on free expression may be necessary and justified and entirely compatible with a free and democratic society. But restrictions which touch the critical core of social and political debate require particularly close consideration because of the dangers inherent in state censorship of such debate. This is of particular importance under article 1 of the Charter which expressly requires the court to have regard to whether the limits are reasonable and justified in a free and democratic society²³.

It is, of course, not always obvious whether a particular instance of conduct amounts to political expression or not. For instance, in the *Thorgeir Thorgeirson*²⁴ case, the Court decided that a conviction for defamation based on a publication charging unspecified police officers with acts of brutality violated Article 10. The Government alleged that the strict rule of the *Lingens* case which is applicable to limitations of 'political discussion' did not apply to 'other matters of public interest' or matters did not concern 'direct or indirect participation of citizens in the decision making process'. The Strasbourg Court has rejected this distinction with no discussion other than to state that it was not warranted by the case-law of the Court²⁵.

From the other side, the Court found, in the *Janowski* case²⁶, that prosecution for '*insulting a civil servant ... during and in connection with carrying out of his official duties*' did not violate Article 10. The applicant had upbraided police men publicly whom he believed to be misusing their authority, calling them 'dumb' and 'oafs'. Because of that his statements were directed to the officers and were witnessed by a few bystanders, they '*did*

²³ *R. v. Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 697, 849-50.

²⁴ *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, (App. 13778/88), 25 June 1992, 14 EHRR 843.

²⁵ *Ibid*, paras. 61-64.

²⁶ *Janowski v Poland*, (App. 25716/94), 21 January 1999 available at: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58909#{"itemid":\["001-58909"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58909#{) (Last accessed at 02/02/2014).

not form part of an open discussion of matters of public concern²⁷. The Strasburg Court noted the limits of criticism that;

'[Many] in some circumstances [are] wider with regard to civil servants exercising their powers than in relation to private individuals. However, it cannot be said that civil servants knowingly lay themselves open to close scrutiny of their every word and deed to the extent to which politicians do and should therefore be treated on an equal footing with the latter when it comes to the criticism of their actions... What is more, civil servants must enjoy public confidence in conditions free of undue perturbation if they are to be successful in performing their tasks and it may therefore prove necessary to protect them from offensive and abusive verbal attacks when on duty²⁸'.

As illustrated in the *Barford* case²⁹ the special characteristics and role of the judiciary raise a few different questions with respect to public discussion of the actions of courts. Particularly, it may not be appropriate to treat such expression in the same way as criticism of some other public agencies. The difference is highlighted as one of the public aims for which expression may properly be limited by Article 10 (2)'s designation of *'maintaining the authority and impartiality of the judiciary'*. The Strasburg Court's discussion, in the 1979 *Sunday Times* case, considered the risks to fair adjudication arising from a public discussion of the issues in litigation;

If the issues arising in litigation are ventilated in such a way as to lead the public to form its own conclusion thereon in advance, it may lose its respect for and confidence in the courts. Again, it cannot be excluded that the public's becoming accustomed to the regular spectacle of pseudo trials in the news media might in the long run have nefarious consequences for the acceptance of the courts as the proper forum for the settlement of legal disputes³⁰.

However, the Court stated that the courts *'cannot operate in a vacuum'* and *'it is incumbent on –the media – to impart information and ideas concerning matters that come before the courts just as in other areas of public interest³¹'*. With balancing state interest against the freedom of expression

²⁷ *Ibid*, para. 32.

²⁸ *Ibid*, para. 33.

²⁹ *Barford v Denmark*, (App. 11508/85), 22 February 1989, 13 EHRR 493.

³⁰ *Sunday Times v. United Kingdom*, (App. 6538/74), 26 April 1979, 2 EHRR 245, para. 63.

³¹ *Ibid*, para. 65.

the extent of the public attention devoted to a particular matter was a proper factor to be considered³².

In *Worm v. Australi*³³, similar considerations were brought to the court. The applicant wrote an article about the trial of a public figure for tax evasion, it was strongly suggesting that the defendant was guilty. The authority convicted the writer of attempting to influence the outcome of criminal proceedings and the writer was also sentenced to pay a fine. According to the Strasbourg Court, the conviction was justified under Article 10(2) of the Convention. The Court did not distinguish its holding in the *Sunday Times* case but it has emphasized that '*public figures are entitled to the enjoyment of the guarantees of a fair trial set out in Article 6, which in criminal proceeding include the right to an impartial tribunal, on the same basis as every other person*³⁴'. Moreover, the Court held that such prosecutions were compatible with the Convention, even when states had not demonstrated '*an actual result of influence on the particular proceedings*³⁵'.

The Strasbourg Court has also illustrated the importance of protecting the authority of the judiciary not merely in cases concerning comments on ongoing proceedings, however, as illustrated by *Barfod*, in critical statements on judicial decisions after the fact. For instance, in *Prager Oberschlick case*³⁶, the applicants were writers who had been convicted of criminal defamation on the complaint of the judges who had been harshly criticised in an article. This magazine article had condemned the judge's court room actions describing the judge as 'rabid' and prone to 'arrogant bullying'. The Court was agreeing that press criticism of the judges and courts was proper and protected. However, the Court also stressed that the judiciary as the guarantor of justice... '*must enjoy public confidence if it is to be successful in carrying out its duties. It may therefore prove necessary to protect such confidence against destructive attacks that are essentially unfounded, especially in view of the fact that judges who have been criticised are subject to a duty*

³² *Ibid.*

³³ *Worm v. Australia*, 29 August 1997, (App. 76573/01), Reports, 1997-V 1534, 25 EHRR 464.

³⁴ *Ibid.*, para. 50.

³⁵ *Ibid.*, para 54.

³⁶ *Prager Oberschlick v Austria*, (App. 15974/90), 26 April 1995, 21 EHRR 1.

*of discretion that precludes them from replying*³⁷. These actions of state were not directed to criticism of the system of justice in this case but to the ‘*excessive breadth of the accusations, which, in the absence of a sufficient factual basis, appeared unnecessarily prejudicial*³⁸’.

In the *De Haes Gijssels* case³⁹, the Court found to be protected the press criticism of the courts by article 10. The applicants were authors and editors of article series criticizing the Antwerp Court of Appeal in a controversial child custody case. The Advocate General of the court and also some judges brought a civil defamation action. The judges had been accused of bias by the articles. Furthermore, they suggested that the judges were swayed by sympathy for the father because they held similar political views and were of the same social class. As mentioned above, in the *Prager Oberschlik* case, the Strasbourg Court has repeated its language about the special protection needed for the courts to maintain public confidence. However, in this case, the journalist had engaged in extensive research and the declaration published was generally accurate. The Court, on the personnel attacks, noted that they constituted only one aspect among many of the arguments of the applicants. The interference of state in this case was not necessary under Article 10(2), because they amounted to an opinion which, in light of the factual basis of the whole article series, was not ‘*excessive*⁴⁰’.

3. Press as a tool of Political Expression

The central place of political discussion in freedom of expression has naturally led to a special emphasis on the need to protect the press from regulation and censorship. There are many ways to protect political speech and expression in the ECtHR’s jurisprudence. Protection of press from regulation is one of them. In this part, the preferred protection of political expression will be illustrated by the special protection on the press. Although, the relevant clause has not been interpreted to provide any preferred status for

³⁷ *Ibid*, para. 34. Judge Martens joined by Judges Pekkanen and Makarczyk argued in his dissent that ‘*I agree that public confidence in the judiciary is important... but rather doubt whether that confidence is to be maintained by resorting to criminal proceedings to condemn criticism which the very same judiciary may happen to consider as ‘destructive’.*’ *Ibid*, para. 3.

³⁸ *Ibid*, para. 37.

³⁹ *Haes Gijssels v Belgium*, (App. 19983/92), 24 February 1997, Reports 1997-I 198, 25 EHRR 1.

⁴⁰ *Ibid*, para. 39, 44-9.

the press over other speakers, the First Amendment to the United States Constitution mentioned the press separately in its text⁴¹. The importance of the press has been stressed by the Strasburg Court in realizing the values Article 10 was intended to safeguard. Paragraphs 41 and 42 of the *Lingens* case are illustrative;

'Freedom of the press furthermore affords the public one of the best means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of political leaders. More generally, freedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society which prevails throughout the Convention⁴²'.

The Court also referred to the press having the 'vital role of public watchdog' in the *Spycather* case⁴³. It is a possibility, suggested by the importance of an independent press, that Article 10 may prohibit more than direct regulation of the actual materials or publication. Furthermore, it might bar actions that interfere with the ordinary gathering-information and disseminating function of media specifically, newspapers. For instance, the case of *Goodwin v. UK*⁴⁴ is such a case. A reporter received confidential information about some financial conditions of a company. This company then gained an order requiring the correspondent to make the press' sources known and an injunction prohibiting the publication of the information. Finally, the Strasburg Court noted that free press means, indeed, more than a right to publish;

Protection of journalistic sources is one of the basic conditions for press freedom, as is reflected in the law and the professional codes of conduct in a number of Contracting States... Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result the vital public watchdog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected. Having regard the importance of the protection of journalistic sources for press freedom in a democratic society and the potentially chilling effect an order of source disclosure has on the exer-

⁴¹ See for details; *First National Bank v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 795-802 (1978) (Burger C.J. concurring).

⁴² *Lingens v. Austria*, (App. 9815/82), 8 July 1986, 8 EHRR 103, para. 42.

⁴³ *Observer and Guardian v. United Kingdom*, (App. 13585/88), 26 Nov. 1991, 14 EHRR 153, para. 59.

⁴⁴ *Goodwin v. United Kingdom*, (App. 17488/90), 27 March 1996, Reports, 1996-II 483, 22 EHRR 123.

*cise of that freedom, such a measure cannot be compatible with article 10 of the Convention unless it is justified by an overriding requirement of public interest*⁴⁵.

As seen that case the Court agreed that preventing economical injury to the company and its employees was a legitimate public interest. On the other hand, identifying the source would only deal with the '*residual threat of damage through dissemination of the confidential information otherwise than by the press*' and also aid '*in obtaining compensation and in unmasking a disloyal employee or collaborator... Even if considered cumulatively sufficient* –these interests were not- *to outweigh the vital public interest in the protection of the applicant journalist's source*⁴⁶'.

After just a few months, one of the English Courts, in a similar case, affirmed another approach. It was held by the English Court that the standards of *Goodwin* case including English law were less or more identical, on the other hand, the facts' interpretation caused it to come to another result. It referred to additional conclusions why the lacking employee's identification may be significant to the submitting company, the National Lottery's operator. The Court of Appeal noted that '*unease and suspicion*' between employees would follow from '*the risk that employees who had proved untrustworthily in one regard may be untrustworthy in a different respect and reveal the name of, say, public figure who has won a huge lottery prize*' and the presence of the unidentified source⁴⁷.

These approaches to this question in both the European and English courts might be contrasted with that adopted in the dissenting opinion of Judge Walsh in the *Goodwin* case. Despite the other dissenting opinion adopted by seven judges that accepted the Court's conclusion that it was necessary to assess the competing interests, Walsh questioned whether any right in Article 10 could be asserted in these circumstances;

[I]t appears to me that the Court in its decision has decided in effect that under the Convention a journalist is by virtue of his profession to be afforded a privilege not available to other persons. Should not the ordinary citizen writing a letter to the paper for publication be afforded an equal privilege even though he is not by profession a journalist? ...

⁴⁵ *Ibid*, para. 39.

⁴⁶ *Ibid*, para. 45.

⁴⁷ *Camelot Group P.L.C v. Centaur Communications Ltd.* [1998] 1 All E.R. 251 (C.A).

In the present case, the applicant did not suffer any denial of expressing himself. Rather he has refused to speak. In consequence a litigant seeking the protection of the law for his interests which were wrongfully injured is left without the remedy the courts had decided he was entitled to⁴⁸.

The majority of the US Supreme Court adopted another similar approach. It was held by the Court that the First Amendment of USA Constitution does not protect any correspondent or journalist from the responsibility to examine his sources from any court or higher jury. It was also noted by the Court that any issues did not arise as for ‘*any inhibition on the use of any investigative procedure,*’ nor on publication⁴⁹. Similarly to Judge Walsh’s opinion, it was stressed that ordinary citizens did not have a right to hide confidential source, document and information from a chamber or jury⁵⁰.

It is clear that First Amendment does not invalidate every incidental burdening of the press that may result from the enforcement of civil or criminal statutes of general applicability. Under prior cases, otherwise valid laws serving substantial public interests may be enforced against the press as against others, despite the possible burden that may be imposed...

Nothing before us indicates that a large number or percentage of all confidential news sources... would in any way be deterred by our holding that the Constitution does not, as it never has, exempt the newsman from performing the citizen’s normal duty of appearing and furnishing the information relevant to the grand jury’s task...

[W]e cannot accept the argument that the public interest in possible future news about crime from undisclosed unverified sources must take precedence over the public interest in pursuing and prosecuting those crimes reported to the press by informants and in thus deterring the commission of such crimes in the future⁵¹.

In the meantime, Judge Powell took a narrower position which similar to that employed by the European Court in *Goodwin* case. It was argued by the Justice Powell that the ‘*asserted claim to privilege should be judged on its facts by the striking of a proper balance between freedom of the press and the obligation of all citizens to give relevant testimony with respect to crimi-*

⁴⁸ *Goodwin v. United Kingdom*, (App. 17488/90), 27 March 1996, Reports, 1996-II 483, 22 EHRR 123 (separate dissenting opinion of judge Walsh, para. 1-2).

⁴⁹ *Branzburg v. Hayes*, 408 United States Supreme Court 665, 681-2 (1972).

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, 682-3, 691,695.

*nal conduct*⁵². Such a kind of balance can be undertaken by just one way; ‘*case by case basis*⁵³’.

In conclusion, it is clear that there is a special protection on the press from regulations in the ECtHR’s jurisprudence. As shown above, the journalists’ acts and their sources are more protected when the subject is about the public interest and politicians. According to the American Court, free press is able to cope with the political, one of the means of forming and discovering of opinions, ideas and approaches of public figures⁵⁴. In other words, this emphasis on the need to protect the press from regulations is a necessity for the preferred protection on public speech and expression. As sum, the Court protects the political expressions by the way of the special protection of the press.

Conclusion

In sum, the Strasburg Court consistently gives a higher protection level, in the broadest sense, to speech and publications relating to political and social debate, information and criticism. In contrast, other types of expression namely artistic, moral and commercial expression have a lower protection level. This approach has already been taken by some other national legal systems such as the USA. However, this preferred protection on political expression is not, of course, absolute. As illustrated above, there are some legal restrictions on the political expression too. It is a strong argument that the approach of the ECtHR to give particularly strong protection to political speech can be explained, and indeed justified, by reference to the weight of the argument from democracy rather than other arguments which are based on right and truth. It can be clearly argued that the argument from democracy elevates political expression and speech to a special status. Practically, there are many ways to protect political speech and expression in the ECtHR’s jurisprudence. One of them is protection of press from regulations as discussed above. The Court’s approach is that a special emphasis on the need to protect the press from regulations is required for the preferred protection of political expression.

⁵² *Ibid*, 710 (Powell concurring).

⁵³ *Ibid*.

⁵⁴ *Lingens v. Austria*, (App. 9815/82), 8 July 1986, 8 EHRR 103, para. 42.

İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİN TÜRK VERGİ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Arş. Gör. Nazlı Kübra ÇELİK**

I. GİRİŞ

Kamu Hukukunun alt dallarını oluşturan İdare ve Vergi Hukuku gerek uygulama da gerek öğretilerde yakın ilişki içerisinde olup birbirine benzeyen pek çok noktası bulunmaktadır. Ancak bu iki disiplinin benzerliklerinin yanında, bu disiplinleri katı şekilde ayıran farklılıkları da mevcuttur. İşte bu sebeple, ortaya çıkan benzerliklerin sınırları ve farklılıkların boyutlarının incelenmesi öğretilerde ilgi uyandırmıştır.

Vergi Hukukunun temel prensibini vergilendirmede kanunilik ilkesi oluşturmaktadır. Bu ilke vergilendirme konusunda idareye takdir yetkisi tanınmayacağına da başlıca göstergesidir. Vergi hukuku alanında idarenin takdir yetkisini kullanabilmesi istisnai bir nitelik taşımaktadır. İdarenin takdir yetkisi, ana hatlarının kanunla belirlendiği sınırlar çerçevesinde, idareye serbestçe hareket edebilme imkânının tanındığı, idarenin eylem ve işlemlerinde karar mekanizmalarını, sistemi sorunsuz ve seri bir şekilde sürdürmeleri adına bir serbestlik tanıyan yetkidir. Takdir yetkisi konusunda uygulamada idareye geniş bir alan sunulmaktadır. İdareye bu denli takdir yetkisi tanınırken kısıtlı da olsa Vergi idaresine de kendisine yönelen takdir yetkisi hangi ölçüde kullanılacağı ve vergi idaresinin takdir yetkisinin esaslarının düzenleme, kullanma şekilleri bu çalışmamızda incelenecektir.

II. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

A. İdarenin Takdir Yetkisi Kavramı

Hukuk, birçok konuda idareye uygun çözüm şeklini seçebilmesi için, koşullar dahilinde az veya geniş ölçüde serbestlik tanımaktadır. Hukukun tanıdığı bu yetkiye “takdir yetkisi” denir. Fakat idare bu takdir yetkisini işin gereğini yansıtacak şekilde kullanmak zorundadır¹. Takdir yetkisi idareye keyfi şekilde değil, işin maksadına uygun olarak hareket etme serbestisi

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı.

¹ Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I Genel Konular*, Ankara 1970, s. 134.

tanır. İlkenin amacı, kanuni idare ilkesi ile kamu menfaatine uygun olarak hareket serbestisini uzlaştırmaya çalışmaktır². Onar "... Sayısız ve çok çeşitli ihtiyaçlara muhtelif bulunan idareye bazı hallerde tasarrufun sebebinin veya mevzuunu veyahut icra zaman ve mekanını tayin hususunda bir serbesti, bir takdir kudret ve salahiyeti tanınabilir.....takdir salahiyetinin sahasını ve idarenin böyle hallerde muhtelif ihtimallerden ve şıklardan birini tercih edebilmesi de takdir kudreti ve salahiyetini teşkil eder; idare bu salahiyetine dayanarak kabil olan muhtelif hal tarzlarından birini seçer veyahut herhangi bir kararı alıp almamak şıklarından birini tercih eyler, hülasa kanunun sükkut ettiği yerlerde kendi kanaat ve düşüncelerine göre hareket eder..."³ şeklinde idarenin takdir yetkisini açıklamıştır. Gözler ise; "İdarenin belli bir konuda karar alıp almama veya birden fazla karar arasında seçim yapma imkanını idarenin takdir yetkisi" olarak tanımlamıştır⁴.

Tarih boyunca insanlar sınırsız yetkilere haiz olan hükümdarların yetkilerini sınırlandırmaya çalışmış, bu özelliklerini keyfi olarak kullanmalarının önüne geçmek isteyip, mücadele etmişlerdir. Takdir yetkisinin de günümüzdeki anlamına erişebilmesi, yargı denetimi altında olması ve belirli unsurlarının mevcut olduğunun kabulü ve yetkilerin keyfi kullanımının önüne geçilmesi de aynı mücadelenin eseridir. İdarenin yetkilerini keyfi kullanmasını önlemek amacıyla yapılan eylemler idare hukukunun gelişimini sağlamıştır⁵.

Hukuk devleti kavramı *polis devleti* düşüncesinin aksi olarak ortaya çıkmıştır. Genel manada polis devletinden kastedilen, hukuka bağlı olmayan devlet anlayışıdır. Hukuk devleti *kanun devleti* anlamına da gelmemektedir. Hukuk kavramının kanun kavramını aştığı gibi, hukuk devleti yaklaşımı da kanun devletinin üzerinde ve ötesinde yer alan bir kavramdır. Hukuk devleti anlayışından hukuki güven ortamı ve hukuki güvenliğin sağlanması, devletin hukuka uyup, karar ve işlemlerinde yargı denetimine bağlı olması anlaşılmalıdır⁶. Hukuk devletinde asıl olan tüm faaliyetlerin hukuka uygun olmasıdır.

2 Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 1, S. 2, 1997, s. 207; Balta, s. 134; Ümit Süleyman Üstün, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Ankara 2007, s. 19; Adnan Gerçek, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Ankara 2006, s. 13.

3 Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku'nun Umumi Esasları*, İstanbul 1952, s. 299.

4 Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. 1, Bursa 2003, s. 818.

5 Üstün, s. 22.

6 Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2001, s. 99-100.

Bu yaklaşım idarenin çeşitli kurallara uymasını zorunlu kılar⁷. Anayasa Mahkemesi ise, hukuk devletini “*İnsan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet*” olarak tanımlamaktadır⁸.

Hukuk devletinin amaçları arasında takdir yetkisini kaldırmak değil, hukuka uygun olarak kullanılması vardır. Bu yetki hukuk devleti açısından olmazsa olmaz, “sine qua non” unsurudur. Takdir yetkisi idareye hukuka aykırılık yönünde bir istisna tanımaz, aksine idarenin hukuka bağlılığını arttıran bir unsurdur. Kanun koyucu, hukuken idarenin tüm faaliyetlerini düzenleme yetkisine haiz olsa dahi, pratikte bunları tüm ayrıntıları ile düzenlemesi mümkün değildir. İdarenin tüm faaliyetlerini, detayları ile kanun koyucunun bilmesi ya da öngörmesi beklenemez. Dolayısıyla idareye belirli bir çerçeve çizmesi ve bunun kapsamında idareyi serbest bırakması, ona takdir yetkisi vermesi hukuk devleti ilkesini zedelemeyecektir⁹. Öğretide, idarenin takdir yetkisinin idari işlemin hukukiliği ile ilgili olmayıp, yerindelik sorunu ile alakalı olduğunu savunan görüş de mevcuttur. Bu görüş ile idarenin hukuka uygun olan bir işlemi takdir yetkisi ile yapmasının onu hukuka aykırı hale getirmeyeceği gibi, hukuka aykırı bir işlemin de takdir yetkisi kullanılarak hukuka uygun hale getirilemeyeceği açıklanmıştır¹⁰. Burada asıl tartışılması gerekenin hukuka uygunluk değil, işlemin yerinde olup olmadığıdır¹¹. Özetle, hukuk devleti, takdir yetkisinin kamu yararının sağlanması açısından ilerlemesini, bu ilerlemenin ise hukuki sınırlar dâhilinde, hukuka uygun olarak gerçekleşmesini amaçlar¹².

⁷ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 2011, s. 123; Balta, s. 103-104; Üstün, s. 22.

⁸ AYM. 25.5.1976 tarih, E. 1976/1, K. 1976/28, *AMKD*, S. 14, s. 189; Ayrıca bkz. Ramazan Çağlayan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, *AÜEHFD*, C. II, S. 1, 75. Yıl Armağanı, Erzincan 1998, s. 41 vd.

⁹ Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara 2002, s. 43-44; Onar, s. 297; Cemil Kaya, “İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim”, *Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan I*, İstanbul 2001, s. 251; Kalabalık, s. 208.

¹⁰ Gözler, s. 827.

¹¹ Gözler, s. 827.

¹² Üstün, s. 23.

B. İdareye Takdir Yetkisinin Tanınmasının Nedenleri

İdareye takdir yetkisinin tanınmasının zorunluluk olduğu hususunda öğretide bir uzlaşma söz konusudur. Günümüzde; idari faaliyetlerin günden güne artıp, teknik bilgi ve uzmanlık gerektirdiği modern toplumlarda, idarenin faaliyetlerinde ona sınırları belirli bir çerçevede serbestlik tanınmasının gerekliliğini belirtmiş, Balta ise; her kamu alanı için bir ihtiyaç olduğunu dile getirmiştir. Gözler; kamu yararının gerçekleştirilmesi için bu yetkinin tanınması gerekliliğini savunmuştur¹³.

1. Kamu Hizmeti Niteliklerinin Farklaşması

İdarenin verdiği kamu hizmetinin nitelikleri zaman içerisinde değişmekte, gelişen teknoloji ile her bir hizmet uzmanlık gerektirir hale gelmiş bulunmaktadır. Bu çerçevede idareye takdir yetkisi verilerek, daha esnek davranması sağlanarak idarenin etkinliğinin artırılması hedeflenir. İdare her zaman olaylara belirli bir açıdan bakıp sabit, kalıplaşmış kararlar almaz. Somut olayın durumunu göz önüne alarak, takdir yetkisini kullanmak sureti ile kamu yararına en uygun yolu seçip o yönde hareket edecektir¹⁴.

2. İdarenin Karşılaştığı Sorunların Artması Nedeniyle Mevzuatta Ayrıntılı Düzenleme Yapılamaması

Sosyal hayatın sürekli değişmesi sürecinde, idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yasama organı tarafından önceden düzenlenmesini beklemek hukukun doğal mantığına aykırı gelmektedir. Hukukun sürekli kazuistik düzenlemelerde bulunması, uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Kanun koyucunun değişen koşullara ayak uydurabilmek uğruna sürekli değişiklik yapacağını varsayarsak yasama organının işleyiş usulleri sebebi ile çalışamaz hale geleceği, sistemin iyice tıkanacağı, sağlanmak istenen faydanın en baştan amacı dışında olacağı ortaya çıkacaktır. Kanunlarla ve bunlara dayanılarak hazırlanan düzenleyici işlemlerle daha soyut ve genel düzenlemelerde bulunarak uygulamadaki tıkanıklığın önünü açması hedeflenir. İdarenin görevi, yargı organları gibi hukuku uygulamaktan ibaret olmayıp, toplumun maddi ve manevi ihtiyaçlarını en seri ve en az sorunla karşılamaktır¹⁵.

¹³ Günümüzde, s. 44; Kalabalık, s. 206; Balta, s. 135. Gözler, s. 825.

¹⁴ Gerçek, s. 17; Üstün, s. 25; Günümüzde, s. 43; Gözler, s. 825.

¹⁵ Gerçek, s. 16; Üstün, s. 25; Günümüzde, s. 43-44; Kalabalık, s. 205-207; Balta, s. 135.

III. İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİN TÜRK VERGİ HUKUKUNDAKİ KAYNAKLARI

Vergi idaresinin sahip olduğu takdir yetkisinin temel kaynağı hiç kuşkusuz Anayasadır. Anayasanın md. 73/4 hükmünün Bakanlar Kuruluna vermiş olduğu düzenleme yetkisi, vergi idaresinin takdir yetkisi konusundaki yasal dayanağını oluşturmaktadır. Anayasanın haricinde vergi kanunlarında da takdir yetkisi tanıyan düzenlemeler bulunmaktadır. Kısaca takdir yetkisi dayanağını Anayasa ve kanunlardan almaktadır¹⁶.

A. Vergi İdaresinin Takdir Yetkisinin 1982 Anayasası Kapsamındaki Esasları

1982 tarihli T.C. Anayasası'nın hazırlık döneminde Anayasa Komisyonu "vergi ödevi" ile ilgili hükümlere "Yürütme" Bölümü'nde "Mali Yükümler", "Kamu Harcamalarının Finansmanı ve T.C. Merkez Bankası", "Vergi ve Benzeri Mali Yükümlülükler" başlıkları altında yer vermişti¹⁷. Danışma Meclisindeki görüşmeler sonucunda hüküm aynı bölümde ancak, "Mali ve İktisadi Hükümler" başlığı altında

düzenlemiştir¹⁸. Madde, Milli Güvenlik Konseyi tarafından 1961 Anayasasındaki sistematığe uygun olarak yeniden düzenlenip son halini almıştır¹⁹.

Vergi idaresi, vergilendirme hususunda Anayasaya dayanan bir takdir yetkisine sahiptir. 1982 Anayasası'nda vergilendirme 73. maddede "Siyasi Hak ve Ödevler" in düzenlendiği dördüncü bölümde, "Vergi Ödevi" başlığı altında düzenlenmiştir. AY. md. 73/son'da: "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin*

¹⁶ Üstün, s. 57.

¹⁷ Gülsen Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, İstanbul 2008, s. 92-93; Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, İstanbul 2009, s. 20-21.

¹⁸ "Vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oran ve miktarlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir." şeklinde bir düzenleme yapılarak vergi idaresine ilişkin takdir yetkisi düzenlenmiştir.

¹⁹ Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul 1982, s. 272; Saban, s. 20; Güneş, s. 94-95; Üstün, Dipnot 202, s.61; "Doktrinde Çağan, maddenin başlığının "Vergi Ödevi" olması eleştirilmektedir. Başlık konuyu sadece yükümlüler yönünden kapsamaktadır, oysa madde de devlete yönelik olarak mali güce göre vergilendirme, vergilerin kanuniliği ilkeleri ile yetki devrine ilişkin hükümler de yer almaktadır. Maddenin başlığının 'Vergilendirme' olarak değiştirilmesinin madde içeriğine daha uygun olacağı savunmaktadır.", "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme" *AÜHFD*, C. XXXVII, S. 1-4, 1980, s.129-151. Benzer görüş için, Saban, s.19 vd.

hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapma yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.” hükmü sayesinde, vergi idaresi dayanağı Anayasa olan takdir yetkisine erişmektedir.

1. Vergi İdaresinin Mali Yükümlülüklerdeki Takdir Yetkisi

Bakanlar Kurulu’nun, belirli sınırlar dahilinde “*benzeri mali yükümlülükler konusunda*” da takdir yetkisi vardır. Benzeri mali yükümlülükler kapsamına nelerin girdiğini anlatan bir tanım mevcut olmasa da bu kavramı çok geniş yorumlamamak gerekir. Maddedeki “*benzeri*” kelimesinin sınırlayıcı ve dar yorumlanması gerekir. Vergi, resim, harç olmayıp da bunlara benzeyen her mali yükümlülüğü “*benzeri mali yükümlülük*” tanımı içerisine sokmak doğru değildir. Yanıltıcı olan Anayasada yer alan “*benzeri mali yükümlülük*” kavramıdır. Bunun yerine karışıklığa yol açmayacak başka bir terim kullanılmalıdır. Benzeri mali yükümlülük kavramı kendine has, belirli unsurları olan bir kavram olarak kabul edilmelidir²⁰. Anayasa Mahkemesi bir kararında, “*kişilerden, kimi kamu hizmetleri karşılığında ya da bir hizmet karşılığı olmaksızın kamu gücüne dayanılarak alınan paralar*” şeklinde benzeri mali yükümlülükleri tanımlamıştır. Bunların ortak özelliği olarak, kamu günce dayanma suretiyle tek taraflı iradeyle salınmaları ve gerektiğinde zorla alınmaları, bir yasayla konulmaları olarak göstermiştir²¹. Benzeri mali yükümlülük kavramı ile parafiskalite, parafiskal gelirler kavramı benzerlik göstermektedir²². Ancak bu kavram benzeri mali yükümlülük kavramından

²⁰ Funda Başaran, “Anayasa Temelinde ‘Benzeri Mali Yükümlülük’ Kavramı”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 118, Temmuz 1998, s. 116-117.

²¹ AYM. 14.02.1991 tarih, E. 1990/18, K. 1991/4, sayılı Kararı RG. 8.05.1991/20865.

²² *Parafiskal Gelirler: Vergi, resim, harç ve şerefiyelere göre bir dereceye kadar yeni bir kamu geliri çeşidi olan parafiskal (vergi benzeri) gelirler M. Duverger’in tanımına göre ‘İktisadi ve kamu ya da yarı kamu kuruluşlarının bağımsız olarak finansmanlarını karşılamak amacıyla, bunların hizmetlerinden faydalanan kimselerden alınan gelirlerdir.’ Parafiskal gelirler özel kanunlara dayanan özel bir yükümlülük sonucu elde edilirler. Bu yükümlülüklerin vergiye benzemeleri kanunla konulmuş olmaları ve zora dayanarak elde edilmeleridir. Vergiden ayrılan en önemli özelliği ise ‘Genel Bütçe’ içinde yer almayıp, aksine bir iktisadi ve sosyal amaca karşılık olarak bütçe dışında kurulup yönetilmelerine özellikle dikkat olunan kurumlarda toplanmalarıdır. Kamu idareleri dışındaki tüzel kişilerle, iktisadi, sosyal ve mesleki kuruluş şeklinde olabilen bu kurumlara ödemede bulunanların, bu ödeme karşılığında bir çıkar elde etmesi gerekmektedir. Memleketimizde özel kanunlarla kurulmuş olan Ticaret, Sanayi ve Ticaret Odalarına, Ticaret Borsalarına, Barolara kayıtlı meslek sahiplerinin ödemiş oldukları kaydiye ücretleri, aidatlar, mesleki parafiskal gelirlerin; Sosyal Güvenlik Kurumu’nun teshil ettikleri emekli kesenekleri ile sigorta primleri sosyal parafiskal gelirlere örnektir. Nihat, Edizdoğan; Kamu Maliyesi, Bursa, 2007, s.125-126. Ayrıca Bknz: Parafiskalite, Abdurrahman Akdoğan, Kamu Maliyesi, Ankara 2007, s. 417-418.*

daha dar bir mahiyettedir. Benzeri mali yükümlülük, belirlenebilir nitelikteki, grup bağlantılı olarak gösterilmektedir. Aslolan bu yükümlülükle elde edilen gelirin bu alanda yükümlendirilen grubun menfaatine kullanılmasıdır. Ancak; bu bir zorunluluk değildir²³. AY. md. 73'ün vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükleri bir arada sayması ile bu grubun dışında kalan yükümlülüklerde ilgili maddedeki sınırlamalara yer verilmeyecektir²⁴.

AY. md. 73/4'de Bakanlar Kurulu takdir yetkisi konusunda yetkili kılınmıştır. Bu yetkinin devri söz konusu değildir, sadece Bakanlar Kurulu tarafından kullanılabilir. Bakanlar Kurulu haiz olduğu bu yetkiyi ne başka bir makama devredebilir ne de -kanunla dahi olsa- başka makam tarafından kullanılmasına izin verebilir. Böyle bir uygulamaya gidilmesi AY. md. 73'e aykırılık teşkil edecektir. Bunun bir istisnası Maliye Bakanlığının 25 Sıra No' lu Genel Tebliğinde mevcut olup, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununu tarifelerinde yer alan maktu vergi miktarlarının da yeniden derlemeye ilişkin artışların Maliye Bakanlığı tarafından belirlenebileceği yönündeki düzenlemeyi barındırmaktadır²⁵.

AY. md. 73/4'de düzenlenen takdir yetkisi sınırsız değildir. Bu yetki ancak kanunda belirtilen aşağı yukarı hadler içerisinde kullanılabilir. Ancak yetkinin kullanılabilmesi için önceden kanunla bütün unsurların düzenlendiği bir vergi bulunmalıdır. Tekrar, kanunla olmak şartıyla, bu unsurlar açısından hadleri üzerinde değişiklik yapma yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmelidir.

Vergiyle ilgili ana unsurların, vergilerin kanuniliği ilkesi gereğince kanunla düzenlenmesi gerekir. Vergilendirme işleminin temel öğeleri olan verginin konusu, vergiyi doğuran olay, vergi yükümlüsü, matrahın mutlaka kanunla düzenlenmeleri gerekir²⁶. Aksi yöndeki bir uygulama vergilendirme işlemlerinde keyfiyete sebebiyet verecektir.

Vergilerin kanuniliği ile kastedilen, maddi anlamdaki vergi kanunlarıdır. Bütçe kanunları süreli, her yıl yenilenen, şekli kanunlar olmakla birlikte²⁷, bütçe kanunları ile diğer maddi anlamdaki kanunlar arasında birbirlerini

23 Mualla Öncel/ Ahmet Kumrulu/ Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, Ankara 2010, s. 53.

24 Üstün, s. 62.

25 RG. 16.12.2005 S. 26025; Üstün, s.63.

26 Güneş, s.122-125; Akdoğan, s.145-147; Çağan,145-147.

27 Akdoğan, s. 315; Kürşat G. Yerlikaya, "Bütçe kanunları ile Vergi Kanunlarında Düzenleme Yapılması", e-akademi, <http://www.e-akademi.org/makaleler/gkyerlikaya-1.htm> (E.T 29.12.2011).

ikame edecek şekilde düzenleme yapılamaz²⁸. Bütçe Kanununda, bütçe ile ilgili düzenlemenin haricinde, vergi ile alakalı düzenlemenin bulunması AY. md. 73'e aykırılık teşkil edecektir. Bu durum aynı zamanda AY. md. 161/4'de yer alan bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamayacağı yönündeki düzenlemeye de aykırılık oluşturacaktır²⁹. Ancak, 1990'daki Bütçe Kanunu'nda hayat standartlarıyla ilgili bir düzenleme yapılmış, bu hükümler AYM. tarafından iptal edilmiştir³⁰. Bütçe kanunlarında zaman zaman bu tarz düzenlemelere rastlanmaktadır³¹.

Bakanlar Kuruluna tanınacak olan takdir yetkisinin Anayasaya aykırı olmaması için bu yetkinin çerçevesinin, aşağı ve yukarı sınırlarının kanunda açık bir şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin verdiği kararlarda bu hususa özen göstermektedir: "Anayasa Koyucunun, akçalı hükümlerin kanunla konulmasını buyururken keyfi ve takdiri uygulamaları önleyecek ilkelerin kanunda yer alması gerektiği yolunda bir yönerge verdiğine kuşku yoktur. Kanun koyucunun yalnızca konusunu belli ederek bir vergi, resim, harç veya benzeri paranın alınmasına izin vermesi bunun kanunla konulmuş sayılması için yeterli değildir. Mali yükümlerin yükümlüleri, matrah ve oranları, tarh, tahakkuk, tahsil usulleri, müeyyideleri, zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bunlar kişilerin sosyal ve iktisadi durumlarını, üstelik temel haklarını etkileyecek uygulamalara yol açabilirler. Onun içindir ki kanunla düzenlenmeleri zorunludur. ... (Anayasada) mali yükümlerin yukarı ve aşağı hadlerinin, ölçü ve esaslarının, muafiyet ve istisnalarının kanunda belli edilmesine açık işaret vardır³²". Vergilendirme konusunda Bakanlar Kuruluna tanınan bu yetkiler, kişilerin güvenliklerini sağlama amacıyla bu kadar sıkı koşullara bağlanmıştır³³.

28 Tahir Erdem, "Bütçe Dışındaki Konuların Yöntem Olarak Bütçe Kanunu Çerçevesinde Yasallaştırılması Sorunu", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 200, Mayıs 2005, s. 143.

29 Erdem T. , s. 142.

30 Garip Ayaz, "Vergilerin Yasallığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 181, Eylül 1996, s. 67-68; AYM. 28.6.1990 tarih, E. 1990/6, K. 1990/17, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/amk1990-6.htm> .

31 Ersan Öz, "Vergilendirme de Kanunilik İlkesi ve Bütçe Kanunları", *Vergi Sorunları Dergisi*, S.201, Haziran 2005, s. 147; 2003 ve 2005 yıllarında istihdama yönelik düzenlemelerle, kanuni faiz oranlarına ilişkin düzenlemeler Bütçe Kanunlarında yapılmış, 2003 yılındaki düzenlemeler AYM. tarafından bu düzenlemelerin Bütçe Kanunlarında değil, olağan kanunlarda yapılması gerekçesiyle iptal etmiştir, Erdem T. , s. 145-147.

32 AYM. , 26.6.1996 tarih, E.1996/5, K.1996/26, RG. 30.06.2001/24448 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/amk/iptaldava/mlinklist-m.htm>).

33 Üstün, s. 66; Balta, s. 197; Çağan, s. 101.

2. Vergi İdaresinin Şekli Yükümlülüklerdeki Takdir Yetkisi

Vergi ödevi mahiyetinde sadece kamusal bir borç-alacak ilişkisini değil aynı zamanda usule yönelik bir kısım özellikler de barındırmaktadır³⁴. Geniş manadaki ödev ilişkisi içerisindeki şekli yükümlülükleri; defter tutma, bildirimde bulunma, belge düzenleme, belgeleri saklama vb. gibi örneklendirilebilir. Vergilerin kanuniliği ilkesi vergi alacağının unsurlarının kanunla konulmasının yanında vergiden doğan usul ilişkilerinin, şekli yükümlülüklerin de kanunla düzenlenmesini amaçlar³⁵.

Anayasa md. 73/4 'de şekli yükümlülükler açısından vergi idaresine herhangi bir takdir yetkisinin tanınıp tanınmadığı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. İlgili fıkra maddi vergi borcuna ilişkin konuları düzenlemiştir. Vergi mükellefleri, vergi borçları haricinde, bu borçlarını ödeyebilmek için çeşitli masraflar yapmaktadırlar (muhasabe ücreti, belge basım parası vb.). Mükelleflerin yapmış oldukları bu masraflar mali yükümlülük kapsamına alındığında yapılan masraflar artacaktır. Vergi idaresinin, mükelleflere mali külfet yükleyecek değişiklikleri yapabilmesi olanak dâhilinde değildir³⁶.

Şekli yükümlülükler tasnif edildiğinde; asli ve tali olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Asli şekli yükümlülükler; kişilere ek mali yükümlülük getirip temel esaslarının kanunla düzenlendiği yükümlülüklerdir. Bunlara örnek olarak, tutulacak olan defterlerin belirlenmesi, tasdiki, muhafaza mecburiyeti gibi konular gösterilebilir. Tali şekli yükümlülüklerse; vergi uygulamasını kolaylaştırıcı nitelikte olup, kanunla düzenlenmesi gerekmeyen, mükellefe ek mali yükümlülük getirmeyen uygulamadır. Kanunla vergi idaresine tali şekli yükümlülükler konusunda yetki verilebilir. Bunlara örnek olarak, defter ve belgelerin mahiyetlerinin, içerecekleri konuların belirlenmesi ve ibraz mecburiyetinin getirilmesi gösterilebilir³⁷.

3. Vergi İdaresinin Vergilendirme Usul ve Esasları ile Bazı Vergilendirme Ölçülerindeki Takdir Yetkisi

Kanun koyucunun her konuda çok ayrıntılı düzenleme yapamaması, vergi idaresine takdir yetkisi tanınmasının başlıca nedenini oluşturmaktadır. Yasama organının hem çalışma usulleri ve yapısı hem de bu konunun uz-

34 Balta, s.197; Çağan, s.101.

35 Öncel/ Kumurulu/ Çağan, s. 72; Üstün, s. 67-68; Çağan, s.100-101; Güneş, s. 127.

36 Üstün, s. 68.

37 Üstün, s. 68.

manlık alanına girmemesi, düzenleme yapılacak hususların teknik konuları içermesi de³⁸ ayrıca takdir yetkisi tanınmasına dayanak oluşturmaktadır. Teknik konuların ve bunların detaylarının vergi idaresi tarafından düzenlenmesi gerektiği de bu nedenle ortaya çıkmaktadır.

Uygulamaya yönelik teknik hususların düzenlenmesi bakımından takdir yetkisinin kapsamına, vergilendirme usul ve esasları ile bazı vergilendirme ölçülerine dair düzenlemeler girmektedir. İdarenin takdir yetkisinin özünü, idarenin uzmanlığını gerektiren konularda, esaslı düzenlemenin kanun ile yapıp sonrasında idareye takdir yetkisi verilmesi oluşturur. Bu konular açıklayıcı, yol gösterici nitelikte olduğundan, idarece mali külfet getirici değişiklik yapılması mümkün değildir.

Özetle; ayrımı ve teknik uzmanlığı gerektiren konuları tanımlarsak, “Ayrımı, teknik ve uzmanlığa ilişkin konular, kanunlarla düzenlenmesi son derecede zor olan, kanunları ve diğer üst hukuk normlarını açıklayıcı, herhangi bir mali yükümlülük getirmeyen, uygulamaya yön verici ve onu aydınlatıcı özelliğe sahip, tali nitelikli konulardır³⁹.”

B. Vergi İdaresinin Anayasa’nın Md. 167/2 Kapsamındaki Takdir Yetkisi

Anayasanın vergi idaresine takdir yetkisi tanıyan bir diğer hüküm ise madde 167/2 ‘de düzenlenmiştir. Bu fıkra “*Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Dış ticaret işlemlerinin esneklik, çabukluk ve gizlilik gerektirmesi nedeniyle Bakanlar Kuruluna böyle bir yetki tanınmıştır⁴⁰.

Anayasa md. 167/2’ye dayanılarak 1984 yılında 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun çıkarılmıştır⁴¹. Bu kanunun gerekçesinde “istikrar ve büyümeyi sağlamak amacıyla, Anayasa md. 167 gereğince Bakanlar Kurulunca yapılacak düzenlemelerle fon teşkili; fonun kaldırılması ve

³⁸ Onar, s. 297; Günday, s. 43-44; Kalabalık, s. 206. Gerçek, s. 16-17.

³⁹ Üstün, s. 69.

⁴⁰ Sabahattin Yürekli, “Bakanlar Kurulu’nun Vergilendirme Yetkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.I S. 2, Aralık 1997, s. 291; Çağan, s. 128; Güneş, s. 173-174; Selim Kaneti, *Vergi Hukuku*, İstanbul 1989, s. 8; Çağan, s. 128.

⁴¹ RG., 15.2.1984 tarih, S. 18313.

bu konudaki esasların tespiti yoluyla, iç üretim ve ithal girdilerindeki ani fiyat yükselişlerini önlemek; bu yükselişten tüketiciyi korumak; iç ve dış ekonomik şartlar arasındaki dengeyi ekonomimiz yararına yönlendirmek ve ihracatı teşvik ederek ekonomik büyümeyi sağlamak” amacıyla çıkarıldığı açıklanmıştır⁴².

2976 sayılı Kanununun Anayasa md. 167/2’ye aykırılığı iddiasıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesine açılan iptal davasında; Anayasa Mahkemesi ilgili kanunu uygun bularak davayı reddetmiştir. Kararda, “...*ek mali yükümlülüklerin ‘... takibi...’ sözcüğüyle kurulacak fonların denetlenmesinin de sağlanacağını, Bakanlar Kurulu kararında denetleme mekanizmasının kurulması gerektiğini öngörmüştür. Gerçekten Bakanlar Kurulu kararı ile yapılan düzenlemede Kanun Koyucunun verdiği yetki sınırlarının aşılmamış olması, vazgeçilmez bir koşuldur. Anayasa’nın 8. maddesindeki yürütme yetki ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği kuralının anlamı budur.*”⁴³ şeklinde açıklanmıştır.

C. Vergi İdaresinin Olağanüstü Hallerdeki (OHAL) Takdir Yetkisi

Olağanüstü dönemlerde idareye tanınan yetkiler anayasal ve yasal düzenlemelerin sonucu olmakla birlikte, normal zamanlara kıyasla son derece geniş bir hal almaktadır⁴⁴. Bakanlar Kurulu vergilendirme alanında en geniş yetkiye olağanüstü hal dönemlerinde ulaşmaktadır⁴⁵.

Vergi hukukunu ilgilendirebilecek nitelikteki olağanüstü hal sebepleri arasında Anayasa md. 119’da düzenlenen ağır ekonomik bunalım sebebiyle, olağanüstü hal ilanıdır⁴⁶. Olağanüstü hal bu nedene dayanılarak ilan edildiğinde, amacı ekonominin düzenlenmesi ve iyileştirilmesi olmak koşuluyla vergi, para, kredi, kira, ücret ve fiyat politikalarını belirleyici, mal, sermaye ve hizmet piyasalarını yönlendirmeye yönelik önlem ve yükümlülüklerin

⁴² Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 21, s. 8. AYM. 11.1.1985 tarih, E. 1984/6, K.1985/1.

⁴³ AYM. 11.1.1985 tarih, E. 1984/6, K.1985/1, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> 05.09.2013); Güneş; s.178.

⁴⁴ Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Ankara 2005, s. 340

⁴⁵ Çağan, s. 137.

⁴⁶ AY. md. 119: *Tabii afet ve ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilanı: Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.*

belirlenmesi, düzenlenmesi ve izlenmesi konularında Bakanlar Kurulunca, kanun hükmünde kararname çıkarılabilir⁴⁷.

Anayasa md. 121’de, md. 119 uyarınca olağanüstü hal ilan edildiğinde, vatandaşlara mal, para ve çalışma yükümlülüğü getirilebileceği, bu düzenlemelerin kanunla yapılacağı belirtilmektedir. Anayasa md. 122’de, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde, vatandaşlara yükümlülükler getirilebileceği düzenlenmiştir⁴⁸.

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, 1982 Anayasasının, olağanüstü dönemlerle ilgili olarak getirdiği başlıca yeniliktir⁴⁹. Normal dönemlerde düzenlenemeyen hususlar bu dönemde düzenlenebilir. Olağanüstü hal dönemlerinde vergilendirmenin temel öğelerine ilişkin düzenlemeler, Kanun Hükmünde Kararnamelerle de yapılabilecektir⁵⁰.

IV. İDARENİN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMA ŞEKİLLERİ

A. Anayasadan Kaynaklanan Takdir Yetkisini Kullanma Şekilleri

Anayasa’da Bakanlar Kuruluna vergilendirme hususunda takdir yetkisi tanınabileceği düzenlenmiştir; ancak Anayasa md. 73/4 ve md. 167/2’de bu takdir yetkisinin ne şekilde kullanılacağı belirtilmemiştir.

Takdir yetkisini Bakanlar Kurulu düzenleyici işlemler vasıtasıyla kullanabilir. Bu takdir yetkisine dayanılarak yapılan düzenleyici işlemler aynı zamanda vergi hukukunun kaynağını oluşturur⁵¹.

Bu kaynaklar bağlayıcılıkları ölçüsünde asli (temel), tâli (yardımcı) kaynaklar olmak üzere ikiye ayrılabilir. Yeni bir norm koyup uyulması zorunlu kurallar getiren kaynaklar asli kaynaklar olurken, mevcut hukuk kurallarındaki hükümleri açıklayıp yorumlayan kaynaklar ise tâli kaynaklar olarak tanımlanabilir⁵²

47 Gözübüyük, s. 342.

48 Güneş, s. 170 vd.; Aykut Tavşancı, “Yürütme Organının Vergilendirme Yetkisi ve 1982 Anayasası”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 189, Haziran 2004, s. 155.

49 Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 402.

50 Güneş, s. 171.

51 Üstün, s. 73.

52 Sadık Kırbas, *Vergi Hukuku*, Ankara 1994, s. 34; Özhan Uluatam/ Yaşar Mehtibay, *Vergi Hukuku*, Ankara 2001, s. 35; Öncel/ Kumrulu/ Çağan, s. 13;

1. Bakanlar Kurulu Kararı

Bakanlar Kurulu, takdir yetkisinin hangi işlem türüyle kullanılacağını belli edilmediği durumlarda bu yetkisini serbestçe tayin edecektir. Anayasa-da kanun hükmünde kararnameler, tüzük ve yönetmelikler düzenlenmiştir. Öncelikle Bakanlar Kurulu kararı, genel tebliğ, genelge, genel emir, sirküler gibi düzenleyici işlemler “Adsız Kural İşlemler” olarak anılmaktadır⁵³.

Adsız kural işlem olarak geçen işlemlerden, tüzük ve yönetmeliğin unsur ve koşullarına haiz olanların geçerli işlemler olacağını kabul etmek gereklidir. Bu işlemlerin varlığı ve geçerliliği tüzük ve yönetmeliklerin unsurlarına göre değerlendirilir. Bakanlar Kurulu kararları maddi anlamda kanun niteliğine haiz olup, objektif kuralları barındırmaktadırlar⁵⁴. Anayasa gereği, Bakanlar Kuruluna vergilendirme alanında takdir yetkisi ancak kanunla verilebilir. Bakanlar Kurulu takdir yetkisini bu kanun hükümleri çerçevesinde kullanabilmektedir⁵⁵. Bakanlar Kurulu kararları, düzenleyici idari işlem sayıldığından ötürü, bu kararlara karşı açılan iptal ve tam yargı davalarına ilk derece ve temyiz mercii olarak Danıştay bakar (Dan.K. md. 2 ve 25).

2. Kanun Hükümünde Kararname

Anayasa md. 91 yasama organınca, Bakanlar Kuruluna Kanun Hükümde Kararname çıkarma yetkisinin verilebileceğini düzenlemiştir. Ancak bunun için öncelikle, çıkarılacak kararnamenin amacının, kapsamının, bu yetkinin kullanılma süresinin ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını açıkça gösteren bir yetki kanununun çıkarılması gerekir. Bakanlar Kurulu olağan dönemlerde kanun hükümde kararname çıkarma yetkisini doğrudan doğruya Anayasadan değil, yetki kanunundan alır⁵⁶. Kanun Hükümde Kararnamenin, idarenin bütün düzenleyici işlemleri üzerinde yer almasının nedeni kanunlarda değişiklik yapıp, bazı kanun hükümlerini yürür-

53 Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 360 vd.

54 Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 2007, s. 64; Üstün, s. 74.

55 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> DVDDGK., 9.3.1990 tarih, E. 1989/14, K.1990/26; Üstün, s. 75, dn. 252.

56 Kırbaş, s. 40; Teziç, s. 29 vd.; Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 361; Özbudun, s. 248; Kaneti, s. 21.

lükten kaldırabilmesinden kaynaklanmaktadır⁵⁷. Öğretide bu işlemin, organik bakımdan yürütmenin işlemi olduğu yönünde görüşler de mevcuttur⁵⁸.

Anayasa md. 90/1’de, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa’nın ikinci kısım, birinci ve ikinci bölümde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle, dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin çoğunlukla olumsuz statü hakları niteliğinde olup buralarda yapılacak olan bir düzenlemenin, bu hakların sınırlanması sonucunu doğuracağından kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceği hüküm altına alınmıştır⁵⁹. Vergi ödevini düzenleyen Anayasa md. 73 bu sınırlama içerisine dahil olduğundan, Bakanlar Kurulunun vergiler konusunda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi yoktur. Olağan dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri vergi hukukunun bir kaynağını oluşturmazlar⁶⁰.

Sıkıyönetim veya olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler ile olağan dönemde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler arasında farklılıklar mevcuttur. Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararnameler için bir yetki kanununa ihtiyaç vardır. Ancak, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinde yetki kanununa ihtiyaç yoktur. Bu kararnameler yer ve süre açısından ise olağanüstü halin uygulandığı yer ve süre ile sınırlıdır. Bunun için vergi hukuku bakımından olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, olağan dönemdekilerin aksine kaynak niteliğine haizdirler, yeni norm getirdikleri için asli kaynak olarak gösterilirler⁶¹.

3. Tüzük

Anayasa ve kanunlarla genel ve soyut ilkeler getirilir, bu ilkelerin kolayca anlaşılıp gereği gibi uygulanabilmesi için ayrıntılı bir şekilde olarak somut olarak düzenlenmesi gerekir. Tüzükler açıklayıcı, yorumlayıcı nitelikte-

⁵⁷ Üstün, s. 75.

⁵⁸ Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 365; Abdullah Kütükçü, “KHK’lar ve KHK’larla Yapılan Vergisel Düzenlemeler” Vergi Sorunları Dergisi, S. 139, Nisan 2000, s. 157.

⁵⁹ Özbudun, s. 250; Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 362; Kırbaş, s. 40; Yusuf Karakoç, *Vergi Hukuku*, Ankara 2011, s. 94; Sadık Kırbaş, “Vergi Hukuku Yönünden Kanun Hükmünde Kararnameler”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S.29, Ocak 1984, s. 37-45.

⁶⁰ Kırbaş, s. 40; Kırbaş, Kanun Hükmünde Kararname, s.37-45; Karakoç, s.94.

⁶¹ Özbudun, s. 212 vd; Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 403 vd; Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 14-15.

ki hukuk kurallarıdır, bunları çıkarmak da uygulayıcı pozisyonda ki yürütme organının görevidir⁶².

Anayasa md. 115'e göre; "Bakanlar Kurulu, kanunun uygulamasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkartabilir. Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır" şeklinde düzenlenmiştir. Usul ve şekil unsuru bakımından tüzükleri, diğer düzenleyici işlemlerden ayıran esas özellik, tüzüklerin Danıştay incelemesinden geçmesi ve geçirilmediği takdirde yok sayılması şartıdır. Öğretide bu incelemenin istisnâi nitelikte olduğu kabul görmektedir⁶³.

Vergi hukuku açısından tüzükler çok başvurulmayan düzenleyici işlemlerdir. Bunun nedeni, öncelikle Anayasa md. 73 uyarınca vergiyle alakalı konuların kanunlarla düzenlenmesidir. Bunun haricindeki uygulamaya ilişkin bazı hükümler tüzüklerle düzenlenebilecektir. Ancak uygulamada gözlenen ise, tüzük çıkarılmasındaki uzun ve karmaşık method gereğince bu yola pek başvurulmamasıdır⁶⁴.

Vergi hukuku alanında bilinen örnek, Emlak Vergisine Matrah Olacak Vergi Değerlerinin Takdirine İlişkin Tüzük' dür⁶⁵.

4. Yönetmelik

Anayasa md. 124'de "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Hangi yönetmeliğin Resmi Gazetede yayınlanacağı kanunda⁶⁶ belirtilir." şeklinde düzenlenmiştir.

Yönetmelikle düzenlenen konular, tüzüklere kıyasla daha az önem arz edip, idarenin iç işlemleri ile alakalıdır. Tüzükler gibi yönetmelikler de kanuna aykırı olmadığı sürece, kanunun boş bıraktığı konuları genel kurallar koyarak düzenleyebilmektedirler, ilgililer kanuna aykırılık iddiası ile yönet-

⁶² Kırbaş, s. 42; Özbudun, s. 262; Karakoç, s. 99; Üstün, s. 77.

⁶³ Özbudun, s. 263; Teziç, s. 65; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 384; Gerçek, s. 72.

⁶⁴ Kırbaş, s. 42; Çağan, s. 131; Karakoç, s. 99.

⁶⁵ RG., 15.3.1973, S. 14129.

⁶⁶ Resmi Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun, RG. 1.6.1984 tarih, S. 18418

melikler hakkında Danıştay'da iptal davası açılabilir⁶⁷. Tüzüklerin aksine vergi mevzuatı ile alakalı çok sayıda yönetmelik bulunmaktadır. Düzenleyici işlemler açısından en geniş uygulama alanına yönetmelikler sahiptir. Ayrıca yönetmeliklerin tüzüklere göre daha çok tercih edilmesinin nedeni olarak Danıştay incelemesine gerek olmadan çıkarılabilmeleri ve gerektiği takdirde tek bir bakanın iradesinin yeterli olması gösterilebilir⁶⁸.

Vergi hukuku alanında gerek Maliye Bakanlığı gerekse Bakanlar Kurulu gerekli gördükleri takdirde her zaman yönetmelik çıkarabilmektedirler⁶⁹. Ancak mali konulara ilişkin hususlarda Sayıştay'ın görüşünün alınması gerekmektedir. Sayıştay Kanunu md 105 gereğince, bakanlıklar ve Sayıştay'ın denetimine giren diğer idare ve kurumlarca mali konularda düzenlenecek yönetmelikler ancak Sayıştay'ın görüşü alındıktan sonra yürürlüğe konulabilir. Sayıştay görüşünü başvurunun yapıldığı tarihten itibaren başlamak kaydıyla iki ay içerisinde bildirmek durumundadır⁷⁰.

B. Diğer İşlemlerden Kaynaklanan Takdir Yetkisini Kullanma Şekilleri

Maliye Bakanlığı ve teşkilatının sahip olduğu, vergi kanunlarıyla tanınan takdir yetkisinin içeriğini, ayrıntılar ve teknik konular oluşturmaktadır. Vergi kanunlarının karmaşık yapısı gereği, vergi idaresi zorunlu olarak yorum yapmaktadır. Ancak vergi hukukunda ortaya çıkan boşluklar, vergilerin kanuniliği ilkesinin kıyas yasağını da beraberinde getirmesi nedeniyle bu yöntemle boşluk doldurulması söz konusu olamaz. Vergi idaresi bu yetkisini açıklayıcı, yorumlayıcı şekilde kullanmaktadır, gerçek anlamdaki takdir yetkisinden söz edilmemektedir. Vergi Hukukunda yorumun sınırını kıyas oluşturmaktadır⁷¹. Özetle, vergilendirmenin temel ilkelerine, kıyas yoluyla yorum yöntemi ters düşmektedir⁷². Ancak kıyas methodunu bütünleyen, vergilendirmede keyfiliğin önüne geçen, belirlilik ilkesi, vergilendirmeye ilişkin işlemlerin açık ve anlaşılır olması gerektiğini düzenler⁷³. Vergi huku-

⁶⁷ Karakoç, s. 100.

⁶⁸ Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku*, Ankara 2010, s. 41; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 384.

⁶⁹ Kırbaş, s. 43.

⁷⁰ Karakoç, s. 100; Çağan, s. 131; Üstün, s. 79.

⁷¹ Aykut Tavşancı, "Vergilendirme Yetkisinin Anayasal Sınırları ve 1982 Anayasası", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 203, Ağustos 2005, s. 142.

⁷² Öncel/Kumrulu/Çağan, s.29; Çağan, Vergilendirme, s. 174; Güneş, s. 142.

⁷³ Çağan, Vergilendirme, s. 172-173.

kunda aslolan sayma yönteminin uygulanmasıdır. Lakin sınır aşılmadan, sayma ilkesinden uzaklaşıp takdir yetkisi kullanılabilir.

Maliye Bakanlığı yönetmeliği gerekli gördüğü an çıkartabilir. Ayrıca, vergi hukukunda idarenin takdir yetkisini kullanabilmesi için farklı enstümanlar da mevcuttur ki bunlar; genel tebliğ, genelge, özelge ve sirküler'dir.

1. Genel Tebliğler

Vergi mevzuatının açıklanması gereken kavramlar içermesi, sıklıkla değişmesi nedeniyle idarenin bu konuda ilgilileri bilgilendirmesi gerekmektedir. Maliye Bakanlığının, vergi kanunlarının açıklanması ve yorumlanmasını kapsayacak yönde çıkartmış olduğu genel nitelikli düzenleyici işlemlerdir⁷⁴. Genel tebliğler nitelikleri itibariyle, düzenleyici ve vergi kanunlarını açıklayıcı olmak üzere ikiye ayrılır.

Düzenleyici Tebliğler: Kanunların vermiş olduğu yetkiye dayanılarak Maliye Bakanlığı tarafından çıkartılır. Bu tebliğler Danıştay tarafından iptali söz konusu oluncaya değin, bağlayıcı kaynak niteliğindedir. Ancak iptal edildiklerinde kaynak olma vasıflarını yitirmektedirler. Genel tebliğlere örnek olarak, VUK md. 315'de ki amortisman oranının tespiti gösterilebilir⁷⁵. Genel tebliğ uygulamasına taşıdığı pratik yarar dolayısıyla sıkça başvurulmaktadır⁷⁶.

Vergi Kanunlarını Açıklayan Tebliğler: Bu tebliğlerin yayınlanmasındaki amaç, mükellefleri ve bakanlık teşkilatını vergi kanunlarının uygulanması konusunda bilgilendirmektir. Bu tebliğlerin mükellef açısından hukuken bağlayıcılığı yoktur, ancak bakanlık görüşü olması nedeni ile vergi idaresi bu tebliğlere uymak zorundadır, idari emir niteliği taşımaktadırlar⁷⁷.

2. Genelgeler

Genelgeler Maliye Bakanlığı'nın vergi idaresine uygulamadaki bazı hususi durumları açıklanması ve uygulamada birlik sağlanması amacıyla gönderilen yazılı emirlerdir. Genelgeler de, genel tebliğler gibi vergi idaresini bağlayıcı bir nitelik taşıırken mükellefler ve yargı organları için bağlayıcı bir

⁷⁴ Karakoç, s. 108; Şükrü Kızılot/Metin Taş, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Ankara 2010, s. 37; Osman Pehlivan, *Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi*, Trabzon 2011, s. 33; Kamil Mutluer, *Vergi Genel Hukuku*, İstanbul 2008, s. 44.

⁷⁵ Kaneti, s. 24; Mutluer, s. 44; Pehlivan, s. 33; Karakoç, s. 109.

⁷⁶ Kızılot/Taş, s. 37.

⁷⁷ Kaneti, s.25; Pehlivan s. 33; Karakoç, 109; Mutluer, s. 44; Uluatam/Mehtibay, s. 42.

nitelik taşımamaktadırlar. Zira, yargı organları önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümünde, yorum ilkelerini göz önünde bulundurarak kanun hükümlerinin ne anlam taşıdığını kendileri açığa kavuşturacaklardır. Ancak vergi idaresi bakımından uygulama birliğini sağlaması nedeniyle faydalı işlemlerdir⁷⁸.

3. Müktezalar (Özelgeler)

Mükelleflerin vergi uygulamaları açısından karışık buldukları ve açıklanmasını istedikleri konular hakkında yazılı olarak Maliye Bakanlığında yahut Bakanlığın yetkili gösterdiği makamlardan bilgi isteyebilmesine VUK md. 413'deki düzenleme ile izin verilmiştir. Mükellefin bu yöndeki başvurusuna yetkili makamların vermiş oldukları yazılı cevap mükteza (özelge)'dir. Kısaca mükteza (özelge); vergi idaresinin mükellefin kişisel başvurusu üzerine, mükellefe özel olarak yaptığı özel yazılı açıklamadır⁷⁹.

4. Sirkülerler

Vergi Usul Kanunu'nun 315 no'lu genel tebliği uyarınca, müktezalardaki belirlenen tereddütlü konuların vergi idaresi tarafından kamuoyuna duyurulmasıdır. Müktezalardan farkı, burada pek çok mükellef uygulama hususunda tereddüte düşüp Maliye Bakanlığı'na başvurmasıdır. Maliye Bakanlığının bu sorulara cevabı genel nitelikli olup muhatabı anonimdir. Sirkülerlerle, müktezalarda olduğu gibi yeni bir kural ve hüküm getirilmemekte, var olan hükümlerin yorumlanması ve uygulanması açısından yol gösterilmektedir. Sirkülerlerin yargı organları ve mükellefler açısından bağlayıcılıkları yoktur, dolayısıyla bunlar hakkında doğrudan iptal davası açılmayacaktır⁸⁰.

V. SONUÇ

İdare eylem ve işlemlerini yerine getirirken devletin kendisine tanıdığı yetkiyi kullanmaktadır. İdarenin eylem ve işlemlerinde uygulanacak olan methodlar kanunla belirlenmiştir. Böylece idarenin eylem ve işlemlerinde istikrar ve düzen sağlanmıştır. Fakat gelişen teknoloji ve kamu hizmetlerinin çok yönlü bir hal alması, kanun koyucunun bu eylem ve işlemlere yönelik her faaliyeti yasa ile düzenlemesini imkansız hale getirmiştir. Bu çerçevede idareye eylem ve işlemlerini daha sorunsuz ve seri şekilde ilerletmesi adına

⁷⁸ Kaneti, s. 27; Kızılot/Taş, s. 38; Karakoç, s. 109.

⁷⁹ Kızılot/Taş, s. 38; Pehlivan, s. 33; Karakoç, s. 110; Üstün, s. 83.

⁸⁰ Karakoç, s. 111; Kızılot/Taş, s. 37; Pehlivan, s. 33; Bilici, s. 42.

takdir yetkisi kullanması adeta zorunluluk haline gelmiştir. İdarenin bu takdir yetkisini kullanabilmesi ancak yetkinin kanunla tanınması ile mümkündür. Her ne şartla olursa olsun idarenin eylem ve işlemlerinde hukuk devletinin temel gerekliliği olan “kanunilik ilkesi” ne göre hareket etmesi, her hareketin temelinde bu ilkenin yatması gerekmektedir.

İdarenin takdir yetkisini kullanacağı işlem, hukuk sisteminde bireysel ya da genel düzenleyici işlem olup bu yönde sonuç doğurabilir. İdare yetkisini bu işlemlerde kullanırken akıl olmalı, yerindelik ve ölçülülük esaslarına uymalıdır. Aksi halde idareye sınırsız takdir yetkisi tanınması idarenin uygulamalarında keyfiliğe sebep olacaktır. Bu keyfiyetin bir yansıması olarak da toplumun huzurunun bozulacağı gerçeği ortaya çıkacaktır. İdarenin bir diğer temel amacı toplum huzurunu da tesis etmek olduğundan kendi eylem ve işlemleri ile bu hususu bozması, adeta bir taraftan yaparken bir taraftan yıkması idareden beklenen bir davranış değildir.

İdarenin takdir yetkisini kullanacağı alanlardan bir tanesi de vergilendirmedir. Vergi hukukunda mükelleflere vergilendirme işlemi ile mali yükümlülük getirdiğinden bu işlemlerde keyfilik önüne geçilmesi adına vazgeçilmez olan ilke “kanunilik ilkesi” dir. Ancak vergi hukukunda da idareye takdir yetkisinin tanındığı alanlar mevcuttur. Bunlar içerisinde idareye verilen düzenleyici işlem yapma yetkisi kapsamına Kanun Hükmünde Kararnameler, Bakanlar Kurulu Kararları, Tüzük, Yönetmelik, Genel Tebliğ, Mukteza, Sirkülerler gösterilebilir.

Bunlarla beraber, idarenin takdir yetkisine dayanarak gerçekleştirmiş olduğu işlemlerde hukuka aykırılığın bulunup bulunmadığı açısından yargısal denetime tabi tutulacaktır. Takdir yetkisinin hukuka aykırılık oluşturacak şekilde kullanıldığı yargı organlarınca tespit edildiğinde, idari işlemlerin iptali ve idarenin sebep olduğu zararın tazmini yönünde karar verilecektir.

İdarenin topluma daha iyi hizmet verebilmek adına kamusal hizmet ağının çok geniş olduğu bilinen bir gerçektir. Kanaatimce de; idare, vergi hukuku alanında bu denli geniş bir alana hizmet sağlarken, eylem ve işlemlerinin daha seri ve sorunsuz ilerleyebilmesi için, başta Anayasa olmak üzere kanunlarda belirlenen sınırlara ve ölçülere uyararak, sınırları içerisinde takdir yetkisini kullanması zorunluluk halini almıştır.

KAYNAKÇA

- AKDOĞAN**, Abdurrahman; *Kamu Maliyesi*, Ankara 2007.
- AYAZ**, Garip; “Vergilerin Yasallığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 181, Eylül 1996.
- AYAZ**, Garip; “Vergilerin Yasallığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 181, Eylül 1996.
- BALTA**, Tahsin Bekir; *İdare Hukuku I Genel Konular*, Ankara 1970.
- BAŞARAN**, Funda; “Anayasa Temelinde ‘Benzeri Mali Yükümlülük’ Kavramı”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S.118, Temmuz 1998.
- BİLİCİ**, Nurettin; *Vergi Hukuku*, Ankara 2010.
- ÇAĞAN**, Nami; *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul 1982.
- ÇAĞAN**, Nami; “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme” *AÜHFD*, C. XXXVII, S. 1-4, 1980, s.129-151.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, *AÜEHFD*, C. II, S. 1, 75. Yıl Armağanı, Erzincan 1998.
- EDİZDOĞAN**, Nihat; *Kamu Maliyesi*, Bursa, 2007.
- ERDEM**, Tahir; “Bütçe Dışındaki Konuların Yöntem Olarak Bütçe Kanunu Çerçevesinde Yasallaştırılması Sorunu”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 200, Mayıs 2005.
- GERÇEK**, Adnan; *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Ankara 2006.
- GÖZLER**, Kemal; *İdare Hukuku*, C. 1, Bursa 2003.
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; *Yönetim Hukuku*, Ankara 2005.
- GÜNDAY**, Metin; *İdare Hukuku*, Ankara 2002.
- GÜNEŞ**, Gülşen; *Verginin Yasallığı İlkesi*, İstanbul 2008.
- KALABALIK**, Halil; “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 1, S. 2, 1997.
- KANETİ**, Selim; *Vergi Hukuku*, İstanbul 1989.
- KARAKOÇ**, Yusuf; *Vergi Hukuku*, Ankara 2011.
- KAYA**, Cemil; “İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim”, *Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan I*, İstanbul 2001.
- KIRBAŞ**, Sadık; *Vergi Hukuku*, Ankara 1994.

KIRBAŞ, Sadık; “Vergi Hukuku Yönünden Kanun Hükmünde Kararnameler”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S.29, Ocak 1984, s.37-45. (Kanun Hükmünde Kararname)

KIZILOĞ, Şükrü / **TAŞ**, Metin; *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Ankara 2010.

KÜTÜKÇÜ, Abdullah; “KHK’lar ve KHK2larla Yapılan Vergisel Düzenlemeler” *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 139, Nisan 2000, s. 156-164.

ONAR, Sıddık Sami; *İdare Hukuku’nun Umumi Esasları*, İstanbul 1952.

ÖNCEL, Mualla/ **KUMRULU**, Ahmet/ **ÇAĞAN**, Nami ; *Vergi Hukuku*, Ankara 2010.

ÖZ, Ersan; “Vergilendirme de Kanunilik İlkesi ve Bütçe Kanunları”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S.201, Haziran 2005.

ÖZBUDUN, Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 2011.

PEHLİVAN, Osman; *Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi*, Trabzon 2011.

SABAN, Nihal; *Vergi Hukuku*, İstanbul 2009.

TANÖR, Bülent / **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi; *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2001.

TAVŞANCI, Aykut; “Vergilendirme Yetkisinin Anayasal Sınırları ve 1982 Anayasası” *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 203, Ağustos 2005.

TAVŞANCI, Aykut; “Yürütme Organının Vergilendirme Yetkisi ve 1982 Anayasası”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 189, Haziran 2004.

TEZİÇ, Erdoğan; *Anayasa Hukuku*, İstanbul 2007.

ULUATAM, Özhan / **MEHTİBAY**, Yaşar; *Vergi Hukuku*, Ankara 2001.

ÜSTÜN, Ümit Süleyman; *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Ankara 2007.

YERLİKAYA, Kürşat G.; “Bütçe kanunları ile Vergi Kanunlarında Düzenleme Yapılması”, *e-akademi*, <http://www.e-akademi.org/makaleler/gkyerlikaya-1.htm> (29.12.2011).

YÜREKLİ, Sabahattin; “Bakanlar Kurulu’nun Vergilendirme Yetkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.I S. 2, Aralık 1997.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT WITHIN GLOBAL REALITIES, AND DESIRES BEYOND THE CUFF MOUNTAIN: “IS THE ICC A PROPER INTERNATIONAL INSTITUTION?”

*Arş. Gör. Sercan TOKDEMİR**

ABSTRACT

This paper covers a review of the article written by Damaska¹ which contains a great deal of critical analysis on the desired legal foundation of the International Criminal Court and doings of the court in reality since 2002. Our aim is to try to pay our attention to the real International Criminal Court and to answer the question of what the Court did so far. As will be seen through the paper, the role of the court in restorative justice discipline mentioning the retributive and/or restorative character of this permanent international criminal court will be discussed. It is, of course, not so far away to release the complementarity principle labelled in the Rome Statute. In this regard, the associations between the complementarity and the sovereignty will be explored giving example from reality such as Libya and Syria, and the principle will be also seen as a stabilizer-mechanism and a well-balanced tool between the sovereignty and universal jurisdiction. As a consequence, it can be said that regarding all points posted below, “*just being in existence is not enough.*”

Key Words: International Criminal Court, Rome Statute, Global realities, Paradoxical ICC

* Research Assistant at Erzincan University, Law Faculty: Criminal Law and Criminal Procedural Law; graduated from the University of Sussex in October 2013, L.L.M (Master of Laws) in International Criminal Law.

¹ Damaska, M. (2009). “International Criminal Court between Aspiration and Achievement”. University of California Los Angeles Journal of International Law and Foreign Affairs. 14(1): pp.19-35. Faculty Scholarship Series. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1572.

I. INTRODUCTION

Damaska, M. (2009). *International Criminal Court between Aspiration and Achievement*. University of California Los Angeles Journal of International Law and Foreign Affairs. 14(1): pp.19-36.²

Given essay is addressed to the review of a journal article published by Damaska³: *International Criminal Court between Aspiration and Achievement*. The paper of the author corresponding to paradoxical points in relation to International Criminal Court⁴ is a both welcoming and very informative source to international criminal law literature. Noting that, it is highly recommended to read for anybody with an interest in international criminal law as well as humanitarian law through a broad context consisted of much useful information. When one has a general overview through full article, one can realise the main point of his study which was to build his argument, mostly, on his concerns in relation to the participation of victims. In this attractive issue for a permanent international criminal court is a worth-while one to consider for a full performance; however, the position of the defendant cannot be regarded for this new international criminal institution. Reaching a result that, to what extent can be said that the ICC has met fundamental rights at the pre-trial and trial phases in this sense. Although this was written nearly four years ago, more information on defendant's rights issue in due process would help us to establish a greater degree of perception of the international entity and entirety of the ICC. Yet, I would say that to date, a little attention and awareness to the paradox between theoretical ICC and the ICC in practice has been drawn since 2002⁵. A fixed look at the "paradoxical ICC" can form the basis for forward studies upon the ICC in reality

2 The article published at University of California Los Angeles Journal of International Law and Foreign Affairs at 1.1.2009 in U.S. Yale Law School Legal Scholarship Repository: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1572/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1572&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages [accessed: 26 February 2014].

3 Mirjan Damaška is Sterling Professor Emeritus of Law and Professorial Lecturer in Law at Yale Law School. He teaches and writes in the fields of comparative and foreign law, procedural law, evidence, international criminal law, and continental legal history.' Available at: <http://www.law.yale.edu/faculty/damaskabio.htm> [accessed: 02 March 2013].

4 The International Criminal Court Available at: <http://www.hrw.org/topic/international-justice/international-criminal-court> [accessed: 4 February 2013]. The Court was established in 1998, and after four years, the legal foundation of the Court named Rome Statute came into force. *Hereinafter: 'the ICC and 'the Statute'*.

5 *Ibid.*

regarding new cases, such as Syria and so on. Thus, the purpose of our paper is to explore the success of the ICC in theory. However, the failure of the ICC within practice will be given to our attentions in the light of Damaska's opinions⁶. The first section of this paper will examine paradoxical ICC regarding his mind challenging scrutiny on the term of paradox⁷ with regard to the ICC. This is the best way for further evaluations upon the ICC amongst its short history, whilst the concept of paradox stands on the line between "aspirations" and "achievements". From those paradoxical approaches to the ICC; before analysing some internal points linked to the study of Damaska⁸, the paper will be pushed upon some external points. After a glimpse of methodological review in the context of external points, some core issues will be discussed within the latter step. However, particularly far too little attention has been paid to the complementarity issue. Throughout the following pages, more explanations will be integrated into the aspect of Damaska⁹ with the eye of the legal task (the Statute) as it is one of the most significant current discussions in legal forms. In this regard, further work needs to be done to discuss, to a large extent, the jurisdictional issues. Finally, this review paper concludes with my observations that on the one hand, the existence of a desired permanent international criminal tribunal is not sufficient and saying so that this court must revise its current position to shorten the distance between its promises and achievements; on the other hand, establishing an international criminal institution (the ICC) is not just one way and the best method to enter international criminal rules into force and it would be marked as a second but remarkable resort to apply.

II. PARADOXICAL ICC

The piece of the author seeks a significant "*paradox*" between the desire which was noted in the Statute as follows: "*an end to impunity for the perpetrators of grave crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes*"¹⁰- even promises to millions of victims during twenty century- and the achievements of the Court after entering into force of the Statute. One thing would be that both promoting justice and bringing minimum fair trial

⁶ Regarding the whole study of the author in a general sense, pp.19-35.

⁷ See the term of paradox in Damaska, *ibid*, p.21-23.

⁸ Such as the principle of the complementarity, the article 17 of the Statute and Damaska *ibid*, p.23, 24; the participation of victims at ICC, Damaska *ibid*, p.26.

⁹ *Ibid*, pp.23-27.

¹⁰ The 'preamble' of the Rome Statute, paragraph 2 and 5.

standards¹¹ are two significant goals for the ICC. Before elaborating the “paradoxical situations” linked to the ICC, he clearly describes a paradox in the general perception of international criminal law. When one goes ahead reading this part based on terminological aspect, the issue of “*law enforcement*” is a worth-while subject but beyond the scope of this study. As highlighted by Damaska, the impotence of international criminal courts and tribunals¹² due to “the absence of internal power” is at the heart of understanding of indigenous paradoxical situations, as well as external ones. It seems that the writer interprets the law enforcement as deficiency of legal power and has mercy for the Court herein. If any international criminal court (Here, the ICC upon which Damaska has interesting thoughts¹³) is unable to give effect to a command for sentences practically regarding its permanence in the future for “*interests of international peace and security*”¹⁴, it purports an absent power because of having no prisons to impose those. These explanations can be concealed as being rooted in an interesting idiomatic expression that is stated within the piece in question: “*What was good for the goose was not good for the gander.*” Worse still, the destiny of law enforcement for sentences, fines, and forfeitures is in the hand of “*outside assistance*”. When the writer rightly points out this issue, it is identified by Cryer and Friman *et al* as “*a voluntary undertaking*” for states¹⁵; and also acknowledged by Schabas (2011, p.339) in his own words referring to article 103¹⁶ of the Statute: “*The Court has no prison, and must rely upon state-parties for the enforcement of sentences of imprisonment*”¹⁷. Putting another way, local enforcement is required to perform the decisions in order to support the ICC¹⁸. Setting aside the issue, which the author considers in relation to law

11 Nmaju, M. C. (2009). "Violence in Kenya: Any Role for the ICC in the Quest for Accountability?" *African Journal of Legal Studies* 3(1): p.94.

12 Damaska, *op cit*, p.20.

13 *Ibid*, p.19; especially regard the terms of aspiration and achievement in the title of the article.

14 By Amal Alamuddin who is former adviser to Kofi Annan on Syria. Available at : <http://ilawyerblog.com/will-syria-go-to-the-icc> [accessed: 6 February 2013].

15 Cryer, R. Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst (2010). "An Introduction to International Criminal Law and Procedure ". New York, Cambridge University Press, p.504.

16 It is the core article herein in part 10-entitled ‘enforcement’.

17 Schabas, W. A. (2011). *An Introduction to the International Criminal Court*, New York, Cambridge University Press.

18 Cryer and Friman , *op cit*, p.170.

enforcement, it has become one of the central and much-disputed subjects within the field of international criminal law on a large-scale. In that sense, the author draws our attention to the paradox under discussion in the challenges of the ICC with regard to the “*indigenous powerlessness*”¹⁹. Thus, last but not least, his contribution sheds light on a resolution titled “*Strengthening the enforcement of Sentences*” which was accepted by 2010 Review Conference²⁰.

III. EXTERNAL POINTS

While it is becoming difficult to ignore the foregoing issue (*law enforcement*), it is needed to look at the “methodological approaches”. In fact, in that regard, it is a well-written piece based on a good-systematically-method as can be seen easily from the first glance to the pace of contents. First, the introduction of the paper, including the structure of the essay gives some general ideas to reach a conclusion. As less mentioned above, before analysing the paradox between “*aspirations*” and “*achievements*” of the ICC in details; the meaning of the paradox in the sense of international criminal law is explained. The paper then is pushed upon problems and solutions related to discrepancies. After a mind challenging scrutiny of those “disparities”, the last stage gives a summary. Nevertheless, Damaska²¹ still has some concerns about this division of the desire and promises of the Court for the proponents. It is important that the author clarifies his actual intention to keep away from misunderstandings; beyond that he motivates his readers for further-reading on the issues elaborated in his paper even if his argument is rooted in the perspective of victims, concluding with a rhetorical question: “*Was it not Burke who said dreams that only creep in some places can soar in others?*”

IV. INTERNAL POINTS

Having looked at the methodological basis, one may claim that there is far more to be learned from this systematic approach. It is not valid purely for methodology, but (also) the paper contains striking insights into the thinking of core issues ascribed to the ICC, which the author engages extensively on the basement of international criminal law. Another prominent point

¹⁹ Damaska, *op cit*, p.20.

²⁰ The first review Conference is held in Uganda as of 31 May to 11 June 2010; Schabas, *op cit*, pp.340, 390.

²¹ *Op cit*, p.34-35.

is that his essay includes an illustrative account of how the international community has dealt with the protection of human rights taking into consideration of “gravity” of more serious offences. In other words, both subject-matter and method-matter complete each other. If the latter is feasible, the former of course does make sense and *vice versa*. Otherwise, they are seen as “giants without arms and legs”. It is now clear that as every coin has two sides, let us turn our attention to the internal points. Some principal issues can be easily determined from the systematic text. Complementarity “*fashion*” ascribed to jurisdiction issue, procedural entanglements (such as, admissibility of a case or situation, evidences’ pertinence and admissibility, the cooperation regime) can be exemplified. The “*reparation issue*” exacerbated by the reality of “*victim participation*” has been an important task that will be discussed below specifically because of its importance within the ICC’s regime. Whilst it is meant as a hiatus between “*aspirations*” and “*achievement*”, Damaska²² gives us a chance to identify the “*retributive*” or “*restorative*” character of the Court in modern criminal justice whispering “*transitional justice*” concept. In addition, in that sense, the relationship between ICC and “*regime change*” should be evaluated not only from procedural aspects; but also from the issue relevant which is quite intriguing could be usefully explored in practice. This direction may drive us to make some points towards the role of the ICC in the current circumstances such as ongoing and prospective post-conflicts in Syria and reply to central concerns whether the ICC is a proper international court utilizing the materials of restorative justice²³ in the paradoxical situations (or not). Given that, this captivating article again would be putting down on paper; one observer wonders, can it be mentioned about the same paradox as of the establishment of the Court?

When turning to subject matters it will be begun by taking a closer look at complementarity principle²⁴ that Damaska infers article 17(a) of the Statute as follows:

Treaty of Rome leaves substantially more room for governments to refuse, delay, or manipulate assistance with the court than the ICC regimes. One reason is that the ICC is authorized only in a “complementary” fashion-that

²² *Ibid*, p.26.

²³ The author stressed the ‘proof-taking activity’ by victims or their agents, p.30.

²⁴ Consider ‘preamble’: paragraph 10 of the Statute which says: “*Emphasizing that the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions*”; and article 1 of the Statute which says: “*...and shall be complementary to national criminal jurisdictions...*”

is, only if States fail to institute proceedings with respect to the same conduct, or fail to proceed genuinely and fairly, may the ICC then have jurisdiction to prosecute.²⁵

In sum, the author believes that this jurisdictional mode has engendered an embankment between the provisions, which desire in order for promoting justice²⁶, and practice (considering global realities) of the Statute. Bearing in mind, the sentence of Schabas that “*States own courts get the first bite at the apple*”²⁷ if the State in question does not want to work with the ICC and rejects demand after an announcement from the Prosecutor Office to investigate international crimes, in that respect the mechanism does not work. It is not far that means the absence of legal power (“*not lack*”). Consequently, from the Damaska’ point of view²⁸, complementarity principle used in the lieu of universal jurisdiction is the failure of “*Rome Treaty*” on the conduct of the ICC’s judicial process. He attempts to explain that ‘the complementarity nature of the ICC’s jurisdiction is in itself a source of considerable difficulties with a “*cumbersome*” and “*delay-prone*” mechanism.

Leonardo then defines it as a “*transitional authority*” and new-structured sovereignty with a constructive approach. Leonardo believes that “*we cannot think of sovereignty, or any order defining concept of world politics, as a static institution or discourse-the world is socially constructed.*”²⁹ Furthermore, both Sifris³⁰ and Olsson³¹ have contended that the

25 Damaska *op cit*, p.23.

26 See: “*The ICC must consider fair trial concerns in determining Libya’s application to prosecute Saif al-Islam*” published by Jonathan O’Donohue & Sophie Rigney on 8 June 2012 concludes that ‘the ICC was established to bring the hope of justice where impunity exists. The court is intended to not only investigate and prosecute crimes under its jurisdiction but to act as a catalyst for genuine national justice by applying the principle of complementarity’; <http://www.ejiltalk.org/the-icc-must-consider-fair-trial-concerns-in-determining-libyas-application-to-prosecute-saif-al-islam-gaddafi-nationally> [accessed on 7 February 2013].

27 Schabas, *op cit*, p.64.

28 Damaska *op cit*, p.24.

29 Leonard, E. K. (2005). "Discovering the new face of sovereignty: Complementarity and the International Criminal Court." *New Political Science* 27(1): p.89.

30 Sifris, R. (2008). "Weighing Judicial Independence Against Judicial Accountability: Do the Scales of the International Criminal Court Balance?" *Chi.-Kent J. International & Comparative Law*. 8 (88): p.109.

complementarity may be a stabilizer-mechanism and a well-balanced tool between sovereignty principle and universal (criminal) jurisdiction. Those optimistic arguments which are well-grounded by Leonard, Sifris and Olsson might be true that absolute authority of a state has been subjected to global realities socially and politically “because of nature of the world”, yet the fact remains that the idea by Clark³², “we need to have justice in order to have peace”. Specifically, Libya can be taken as a striking example for the principle regarding the cooperation regime. A rejection came from Libya to collaborate with the ICC. However, the ICC forced Libya to surrender the accused³³. According to Kersten the context of complementarity is important in order for a good perception of the role of ICC in Post-Gaddafi Libya. He states in terms of a head of state the ICC acts politically implicating in regime change in conflicts³⁴. UN Security Council adopted Resolution 1970, which is the second basis that UNSC has requested the ICC to open an investigation for a situation, and 1973 under Chapter VII of the UN Charter. The latter is about the R2P (*the responsibility to protect*) that has a large scope rather than “a muscular interventionism” in 1980s. The current UN Secretary-General, Ban Ki-Moon classifies the doctrine into three pillars which are “protection responsibility of sovereign states”, “international assistance and capacity-building” and “timely and decisive international responses to actual and potential atrocity crimes” However, in this regard a “humanitarian intervention”³⁵ was required because Libya failed in “pillar 1” responsibility³⁶.

31 Olsson, A. (2003). "The principle of complementarity of the International Criminal Court and the Principle of Universal Jurisdiction." Thesis of Master, University of Lund: Law Faculty p.22.

32 Clark, J. N. (2011). "Peace, Justice and the International Criminal Court Limitations and Possibilities." *Journal of International Criminal Justice* 9(3): pp.521-545.

33 Charney, J. (2001). "International Criminal Court and the Role of Domestic Courts." *American Society of International Law*. 95 (1): p. 123.

34 The ICC and Regime Change: Some Thoughts but Mostly Questions. Available at: <http://justiceinconflict.org/2013/01/31/the-icc-and-regime-change-some-thoughts-but-mostly-questions> [accessed: on 12 February 2013].

35 Dunne, T. and J. Gifkins (2011). "Libya and the state of intervention." *Australian Journal of International Affairs* 65(5): pp.515-529.

36 *Ibid*, p.515 cited in Habermas 1999: “The terroristic use of state power turns a classic civil war into mass murder. If there is no other way out, democratic neighbour states have to intervene in an emergency based on a legitimisation by international law”.

While the international reaction to Libya tests the complementarity and cooperation policies under the Statute, the ICC has not taken any action for Syria yet. Accordingly, the extent to which a parallel can be drawn between the current ICC particularly within ongoing post-conflicts and the proper ICC as “*a potential facilitator of peace*” through complementarity pattern-Stahn pronounces “*complementarity dilemmas*”- within jurisdictional concerns³⁷. Even beyond that, Clark propounds that if peace is not delivered by means of justice and both are “in conflict”; the ICC can be an obstacle to peace. Meanwhile, as if the paper of the author, *Damaska* has been disregarded in the course of the thought-provoking debates on complementarity principle, but it is not quite contrary, but it is true. If the debate is to be moved forward, a better understanding of jurisdiction issue needs to be developed. His inspiring approach against to complementarity with the eye of (also) precedents of international tribunals, namely ICTY and ICTR, *albeit*, not much deals with this topic in the piece, opens a gate in order to avoid the paradox under consideration. At the fourth segment entitled “reducing the disparity”, suggestion to this problem smiles from the whole part: “an independent enforcement capacity” for the Court. Moreover, this regime based on a full capacity that might be an alternative to make the ICC a proper institute on supra-territorial scale cannot be ignored: it is believed that this well-founded argument feels the need to tackle the paradox between “*aspirations*” and “*achievements*”.

In respect of reparation issues particularly the participation of victims, which are seen as “*time-consuming*” and “*labor-intensive*” by the author³⁸, it can be said that a significant amendment linked to participation of this stakeholder happened.³⁹ The involvement of the victims at international scale was seen by Schabas as ‘*one of the great innovations of the [the Statute]*’.⁴⁰ Vogler also indicated that ‘...in many senses [here, for example the participation of the victims] they⁴¹ reflect a basic dynamic of the contempo-

37 Stahn, C. (2012). "Libya, the International Criminal Court and Complementarity A Test for 'Shared Responsibility'." *Journal of International Criminal Justice* 10(2): p.336.

38 *Damaska op cit*, p.25.

39 Crayer and Friman *et al, op cit*, p.479; Tochilovsky, V. (2002). "Proceedings in the International Criminal Court: Some Lessons to Learn from ICTY Experience." *European-journal Crime Criminal Law & Criminal Justice*. 10: pp.268-275.

40 Schabas, *op cit*, p.342.

41 The word of ‘they’ refers to *Ad hoc* tribunals which are International Tribunal for Yugoslavia (ICTY was established in 1991) and International Tribunal for Rwanda (ICTR was established in 1994); and International Criminal Court (ICC was established in 1998).

rary law reform process.’ For instance, Pre-trial of ICC enabled victims to take part in the court directly in January 2006.⁴² The issue of victims’ involvement in proceedings has grown in importance in light of “Restorative Justice Discipline”, which is very new for international criminal justice as regards restorative approaches by the ICC inspired by “*restorative and therapeutic forms*” (for example victim-offender mediations) in European domestic jurisdictions. From his point of view, “the reparation of harm” to victims can be seen as a brand in this discipline⁴³. Accordingly, article 68(3)⁴⁴ of the Statute speaks generally about the victims’ protection and their involvement in judicial process. The article is built on two prominent concepts related to their participation: the “*views*” and “*concerns*”. This provision seems to be saying that the judges render the most important roles of such kind of stakeholders, as well as witnesses. Nonetheless, the judge regarding every case’s circumstances evaluates the participation of the victims, and ultimately a decision by the ICC is called for an absolute participation to the proceeding. A Trial Chamber ruled it in the Situation of Democratic Republic Congo in 2006. Subsequently, just after two years, the ICC Appeals also decided in the Lubanga case as follows: “*Under certain conditions, victims may offer and examine (‘lead’) evidence relating to the guilt of the accused, and challenge the evidence’s admissibility and relevance*”. In that respect, the author nailed the difficulties related to “*proof-taking activity*” by victims as well as by their representatives. What is to the point, he then emphasises long-due process at trial phase rather than pre-trial stage and indicates that victims do not have any guarantee for a real implication in due process. The proceedings in the first cases of the ICC have been deferred because of more than hundred applications had been received from the victims. The author clearly explains the relationships between the situation of victims and due process taking an instrumental view. An admissibility of application by a victim takes one year or more (cited in Chung 2008). In that context, it would be interesting to compare practices of *ad hoc* tribunals (here ICTY) and the ICC

42 Vogler, R. (2005). *A World View of Criminal Justice*, England, Ashgate Publishing Company, p.315.

43 Freiberg, A. (2011). "Post-adversarial and post-inquisitorial justice: Transcending traditional penological paradigms." *European Journal of Criminology* 8(1): pp.93-95.

44 “*Where the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court and in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial. Such views and concerns may be presented by the legal representatives of the victims where the Court considers it appropriate, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.*”

amongst their experiences. For example, pre-trial stage in the case, *Dusko Tadic* in the ICTY had been completed in 360 days whereas the *Lubanga case* lasted more than 800 days in the ICC. All those issues in relation to reparation can be summarised as a rise of victims' participation in criminal proceedings and repairing of the harm to victims. Awards of compensation can be exemplified in this context. As it seems to Damaska⁴⁵ that a reasonable approach to tackle reparation issues could be to take into account other stakeholders like defendants, not only to provide an actual participation of the victims. The interests of victims and defendants should be balanced in a "liberal-democratic justice" as equality of arms entails this kind of balance. As for the second title, within the subject of the "harm reparation", a very logical and problems-solving aspect can be easily interfered. He claims⁴⁶ that to struggle with difficulties (such as time-consuming) in the involvement of victims, financial issues, and restorative programmes must be taken out of the task of the ICC and passed to "Trust Fund". To the point, this claim also includes that judges must not be involved in the exercise of restorative tasks. Otherwise, it might damage the character of an international proceeding. It is important to realize that while international criminal courts have a pragmatic function, the reparation issues are based on *moral* principles. From these philosophies, questions have been raised about reparation functions. One of the central questions might be about the entirety of the ICC at international-scale. Is the ICC a proper international institution? It is thought that as it is highly recommended by the author⁴⁷, the ICC should have a limited role in the reparation tasks. For example, The ICC can provide for "compensation payments" from the convictions' "captured" financial sources.

V. CONCLUSION

As a conclusion, "just being in existence is not enough [for ICC]" while people's demands and expectations are rising around talking related to justice. All statements given above prove that there is an apparent gap between theoretical promises and achievements of the ICC in reality. A great deal can be written about the function of the ICC. Should it be retributive or non-retributive (restorative)? The study of Damaska⁴⁸, herein, serves as a win-

⁴⁵ Damaska *op cit*, p.28.

⁴⁶ *Ibid*, p.30-32.

⁴⁷ *Ibid*, pp.24-27.

⁴⁸ *Op cit*, pp.19-35.

dow to an understanding of the process of the integrity with local legal powers. Hence, the reparative role of the ICC has been a controversial and much-disputed issue within the field of ending up impunity of the international serious offences. In the history of experiences of the ICC, living up to expectations of victims and fair trial standards for defendants have been thought of key factors in the duties of the ICC. In the new global, political, and legal developments, on one hand the ICC has a big role in the (post)-conflicts on the other hand, it is now becoming very difficult to bridge the gap between its desires and achievements. Nevertheless, those views stated below respectively by Chaney⁴⁹ and Cryer & Friman *et al*⁵⁰ should be considered that:

A single international court can accomplish little, especially if its fundamental purpose is to promote international mores that discourage impunity.

An international court is only one way to enforce international criminal law and it may not be every instance the best one. The ICC is a court of last resort and intended to supplement, not to supplant.

⁴⁹ Chaney, *op cit*, pp.123-124.

⁵⁰ Cryer & Friman *et al*, *op cit*, p.153.

BIBLIOGRAPHY

BOOKS AND ARTICLES

- Charney, J. (2001). "International Criminal Court and the Role of Domestic Courts." American Society of International Law. 95 (1): pp.120-124.
- Clark, J. N. (2011). "Peace, Justice and the International Criminal Court Limitations and Possibilities." Journal of International Criminal Justice 9(3)., pp.521-545.
- Cryer, R. Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst (2010). An Introduction to International Criminal Law and Procedure. New York, Cambridge University Press
- Damaska, M. (2009). "International Criminal Court between Aspiration and Achievement." University of California Los Angeles Journal of International Law and Foreign Affairs. 14(1) : pp.19-36.
- Dunne, T. and J. Gifkins (2011). "Libya And The State Of Intervention." Australian Journal of International Affairs 65(5): pp.515-529.
- Freiberg, A. (2011). "Post-Adversarial And Post-Inquisitorial Justice: Transcending traditional penological paradigms." European Journal of Criminology 8(1): pp. 82-101.
- Kersten, M., 2012. Justice After the War: The ICC and Post-Conflict Libya. In: Kirsten Fisher and Robert Stewart, ed. *Transitional Justice and the Arab Spring*. London., pp.1-36.
- Leonard, E. K. (2005). "Discovering The New Face Of Sovereignty: Complementarity and the International Criminal Court." New Political Science 27(1): pp. 87-104.
- Nmaju, M. C. (2009). "Violence in Kenya: Any Role for the ICC in the Quest for Accountability?" African Journal of Legal Studies 3(1): pp.78-95.
- Olsson, A. (2003). *The principle of complementarity of the International Criminal Court and the Principle of Universal Jurisdiction*. Thesis of Master, University of Lund: Law Faculty, pp.1-69.
- Sifris, R. (2008). "Weighing Judicial Independence Against Judicial Accountability: Do the Scales of the International Criminal Court Balance?" Chi.-Kent J. International & Comparative Law. 8(88): pp.88-166.
- Schabas, W. A. (2011). An Introduction To The International Criminal Court, New York, Cambridge University Press.

Stahn, C. (2012). "Libya, the International Criminal Court and Complementarity A Test for 'Shared Responsibility'". Journal of International Criminal Justice 10(2): pp.325-349.

Tochilovsky, V. (2002). "Proceedings in the International Criminal Court: Some Lessons to Learn from ICTY Experience." European Journal of Crime Criminal Law & Criminal Justice. 10: pp.268-275.

Vogler, R. (2005). A World View Of Criminal Justice, England, Ashgate Publishing Company.

INTERNET SOURCES

The International Criminal Court Available at:

<http://www.hrw.org/topic/international-justice/international-criminal-court> [accessed: 4 February 2013].

The ICC must consider fair trial concerns in determining Libya's application to prosecute Saif al-Islam Available at: <http://www.ejiltalk.org/the-icc-must-consider-fair-trial-concerns-in-determining-libyas-application-to-prosecute-saif-al-islam-gaddafi-nationally> [accessed on 7 February 2013].

The ICC and Regime Change: Some Thoughts but Mostly Questions. Available at: <http://justiceinconflict.org/2013/01/31/the-icc-and-regime-change-some-thoughts-but-mostly-questions> [accessed: on 12 February 2013].

Will Syria go to the ICC Available at: <http://ilawyerblog.com/will-syria-go-to-the-icc> [accessed: 6 February 2013].

Yale Law School Available at: <http://www.law.yale.edu/faculty/damaskabio.htm> [accessed: 02 March 2013].

Yale Law School Legal Scholarship Repository Available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1572/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1572&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages [accessed: 26 February 2014].

LEGISLATIONS

The Rome Statute of the International Criminal Court (17th July 1998).

BELEDİYE HİZMETLERİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDE ÖNCELİK SIRASI SORUNU

*Av. Bilal CAN**

Giriş

Belediyeler tarafından yürütülen kamu hizmetleri; nitelikleri, yerine getiriliş yöntemleri gibi birçok bakımından farklılıklar göstermektedir. Bu hizmetlerin hepsinin bir anda yerine getirilmesinin mümkün olamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, yerine getirme sırasına yönelik bir ilkenin belirlenmesi gerekli görülmektedir.

Belediye Kanunu hizmetlerin yerine getirilmesine ilişkin öncelik sırası koymakta ve *hizmetlerin yerine getirilmesinde öncelik sırasının, belediyenin mali durumu ve hizmetin ivediliğinin dikkate alınarak belirleneceğini* düzenlemektedir. Ancak hizmetlerin yerine getirilmesine yönelik bu kriter tek başına hizmetin öncelik sırasını belirlemeye yeterli değildir. Hizmetlerin önceliğini belirlemede söz konusu ilkenin yanında, bir takım başkaca yasal düzenlemelerin de dikkate alınması gereklidir. Yapılan değerlendirmeler neticesinde hizmet önceliğinin belirlenmesinde hizmetlerin niteliklerinin ve stratejik plan, performans programı ve bütçe ilişkisinin etkin olduğu görülmektedir. Bu niteliklerin belirlenmesinde ve ilişkinin kurulmasında da belediye meclisi önemli rol oynamaktadır.

1. Belediye Görevleri

5393 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 1. fıkrasında, belediye görevleri iki bent halinde sayılmıştır. Sayılan görevlerin belediye tarafından yürütülmesinin temel şartı, hizmetin mahallî müşterek nitelikte olması olarak belirlenmiştir. Aksi yöndeki görüşlerin varlığına rağmen¹, söz konusu maddenin yazım tarzının incelenmesinden; ilk bentte yer alan görevlerin zorunlu, ikinci

* Avukat, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

¹ Halil KALABALIK, *Yerel Yönetimlerin Fonksiyonel Özerkliği*, Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu (21-23 Kasım 2011), Türkiye Belediyeler Birliği, Ankara, 2013, s. 195.

bentte yer alan görevlerin ise ihtiyari nitelikte olduğu görülmektedir². Esasen ilk bentte yer alan hususlar belediyeler bakımından görevleri, ikinci bentte sayılan hususlar ise belediyelerin yapmaya yetkili olduğu hizmetleri ortaya koymaktadır³.

Belediyeler için ayrıca başka kanunlarda da özel olarak düzenlenmiş görevler söz konusudur. Belediye Kanunu dışında 5126 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda da büyükşehir belediyesinin görevleri, sayma yöntemiyle belirlenmiştir⁴. Söz konusu Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde kanunlarla münhasıran büyükşehir belediyesine verilen görevler ile 7. maddenin 1. fıkrasında sayılanlar dışında kalan görevlerin büyükşehir belediyesi dışındaki belediyelere ait olduğu belirtilmiş; fıkranın devamında bu belediyeler bakımından başkaca zorunlu görevler de sayılmıştır.

Belediye görevlerinin bir kısmının zorunlu, bir kısmının ise ihtiyari olduğunun belirlenmesi; bu görevlerin yerine getirilirken önceliğin zorunlu görevlerde olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak bu görevlerin kendi içlerinde önceliğinin hangisinin olduğuna ilişkin ise Kanun'un 14. maddesi özel bir kural öngörmüştür. Buna göre; hizmetlerin yerine getirilmesinde öncelik sırası, *belediyenin malî durumu ve hizmetin ivediliği* dikkate alınarak belirlenir⁵. Kısıtlı mali kaynakların planlaması açısından önemli olan bu düzenlemenin⁶, öncelik sırasına ilişkin belirlediği kriterlerin neyi ifade ettiğinin açıklığa kavuşturulması gereklidir. Söz konusu kriterlerin değerlendirilmesi yapılmadan ortaya konulan hizmetlerin müşterek ihtiyaçları karşılayamayacağı, bir takım hizmetlerin aksayabileceği ve böylece kamu hizmetlerinin belediye eliyle yürütülmesinde güdülen amaca ulaşamayacağı söylenebilir.

2 Arif ERENÇİN, **Belediye Görevleri Üzerine Bir İnceleme**, Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt:15, Sayı:1, Ocak 2006, s. 22.

3 İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü, **2012 Yılı Mahalli İdareler Genel Faaliyet Raporu**, Ankara, 2013, s. 18. Ayrıca ilk bentte yer alan görevler arasındaki kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açma da nüfus kriterine göre ayrıma tutularak zorunlu kılınmıştır.

4 Ramazan YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri I**, Mimoza Yayınları, Konya, 2009, s. 115. İrfan TÜRKOĞLU, **Yerel Yönetimlerde Mali Reform Arayışları: Türkiye'de Belediyelerde Mali Özerklik ve Belediye Başkanlarının Mali Özerklik Algılaması**, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2009, s. 122.

5 Turan YILDIRIM ve Nur KARAN, **İdare Hukuku I**, Oniki Levha Yayıncılık, Birinci Baskı, İstanbul, 2009, s.176.

6 Barış KURTULUŞ, **Türkiye'de Belediyelerin Mali Yapısı ve Harcamalarının Finansmanı**, Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara, 2006, s. 59.

2. Belediye Hizmetlerinin Yerine Getirilmesinde Öncelik Sırası

Belediyeler görevlerini yerine getirirken birtakım hususları göz önünde bulundurmalıdır. Bu hususların başında, hizmetlerin yerine getirilmesinde mali durum ve hizmetin ivediliği dikkate alınarak bir öncelik sırasının belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca dikkate alınacak diğer hususlar ise, hizmetlerin vatandaşa en yakın yerlerde ve en uygun usullerde sunulması; belediyenin görev, yetki ve sorumluluk alanının belediye sınırlarını kapsamaması; belediye meclis kararı ile mücavir alanlara da belediye hizmetleri götürülebilmesidir⁷.

2.1. Hizmet Önceliğine İlişkin Hukuki Düzenlemeler

Hizmetlerin yerine getirilmesinde önceliğe ilişkin temel kriter olan mali durum ve hizmetin ivediliği kriterlerine benzer düzenlemeler, diğer yerel yönetimlere ilişkin kanunlarda⁸ da bulunmaktadır. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda da bu yönde bir kural öngörülmüştür. Merkezi yönetim bakımından da Anayasa ile sosyal ve ekonomik alanlardaki hizmetlerin yerine getirilmesinde mali kaynaklar yönünden yapılmış bir sıralama yapılmış olduğu görülmektedir. Konuya ilişkin Anayasada ve Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda yer alan düzenlemeler incelendikten sonra Belediye Kanunu'na göre hizmetin önceliği ayrıca ele alınacaktır.

2.1.1. Anayasaya Göre Hizmet Önceliği

Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini yerine getirmesine ilişkin sınırlarına yönelik Anayasa'nın 65. maddesi incelendiğinde; söz konusu görevlerin, amaçlarına uygun öncelikler gözetilerek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirileceğinin düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı başlığını taşıyan, 1982 Anayasasının 65. maddesi "*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine*

⁷ Nuri TORTOP, Burhan AYKAÇ, Hüseyin YAYMAN, M. Akif ÖZER, **Mahalli İdareler**, Nobel Yayın Dağıtım, Birinci Basım, Ankara, 2006, s. 155.

⁸ 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinin 5. fıkrasında 5393 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeye benzer şekilde "*Hizmetlerin yerine getirilmesinde öncelik sırası, il özel idaresinin mali durumu, hizmetin ivediliği ve verildiği yerin gelişmişlik düzeyi dikkate alınarak belirlenir*" düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemede il özel idaresi hizmetlerinin öncelik sırasına ilişkin, mali durum ve hizmetin ivediliğinin yanında, 5393 sayılı Kanun'dan farklı olarak hizmetin verildiği yerin gelişmişlik düzeyi kriteri de konulmuştur. 442 sayılı Köy Kanunu'nun 12, 13, 14 ve 43. maddelerinin incelenmesinden de hizmetlere ilişkin bir öncelik sıralamasının var olduğu görülmektedir.

getirir" şeklindedir. Devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevleri bakımından bu sınırlamanın konulması, bir takım gerekçelere dayanmaktadır. Bunlar; devletin bütçeyi hazırlarken bazı öncelikleri gözetmesi gerektiği, çok farklı alanlarda verimsiz yatırımlar yapmak yerine, öncelikli alanlarda daha etkin yatırımlar yapması, kaynak aktarımlarının belirlenen önceliklere göre yapması gerektiği şeklinde ifade edilebilir⁹. Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan kuralın doğrudan doğruya uygulanabilir hukuk kuralı olmadığı, yasama organına yol gösteren program niteliğinde bir hüküm olduğu kabul edilmektedir¹⁰. Nitekim söz konusu maddenin gerekçesinde "...Madde hiç kimseye Devletten sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirmesini isteme hakkı vermediğini, bu hakların Devlete yüklenen ödevlerden ibaret olduğu belirlemektedir..." denilmektedir. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda¹¹ sosyal haklarla ilgili mali kaynakların yeterliliğine atıf yapmıştır. Benzer düzenlemenin de var olduğu 1961 Anayasası'nın¹² yürürlükte olduğu dönemde Danıştay 12. Dairesi'nin 29.04.1972 tarih ve 1970/5736 E. 1972/1282 K sayılı kararı ile "... Devlet'in sorumluluğu iktisadi gelişme ve mali kaynakların yeterliliği ile sınırlıdır" denilerek dere yataklarının sık sık temizlenerek bakımlı bir halde tutulması mali ve teknik imkânlarla bağlı olduğunu kabulle devleti meydana gelen zararlardan sorumlu tutmaya imkân olmadığına karar vermiş¹³ ve mali kaynakların yetersizliğini devletin verilen zarardan dolayı sorumlu tutulmaması şeklinde de yorumlamıştır.

⁹ Veysel DİNLER, 'Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı' Açısından İdarenin Sorumluluğu, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Aralık 2008, s. 5.

¹⁰ Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2004, s.135.

¹¹ Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin 17.04.2008 tarih ve 2004/34 E. 2008/94 K. sayılı ve 30.03.2011 tarih ve 2008/56 E. 2011/58 K. sayılı kararları. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Ümraniye çöplüğünde meydana gelen kaza ile ilgili olarak vermiş olduğu 30.11.2004 tarihli Öneriyıldız/Türkiye kararında, devletin sosyal ve ekonomik haklarla ilgili görevlerinin sınırını tartışmış ve *durumun ölümcül bir hale gelmesinden önce Ümraniye çöplüğünde kurulacak bir gaz boşaltma sisteminin, Devlet'in kaynaklarını Türk Anayasası'nın 65. maddesine aykırı bir şekilde harcanmasına fırsat vermeyen ... etkin bir önlem oluşturacağı* yönünde değerlendirme yapmıştır.

¹² Madde 53: Devlet, bu bölümde belirtilen iktisadi ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadi gelişme ile mali kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getirir.

¹³ Savaş TEK, **İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, Sayı:1, s. 321.

2.1.2. Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na Göre Hizmetin Önceliği

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 27. maddesinin 4. fıkrasında hizmetin yerine getirilmesine yönelik bir kural bulunmaktadır. Buna göre; "*Büyükşehir belediyesi, Kanun'un 7. maddesinde sayılan hizmetleri, malî ve teknik imkânları çerçevesinde, nüfus ve hizmet alanlarını dikkate alarak, bu hizmetlerden yararlanacak büyükşehir kapsamındaki diğer belediyeler arasında dengeli olarak yürütmek zorundadır*". Kanun hizmetin yerine getirilmesinde bir öncelik sırası düzenlememekle birlikte, hizmetlerin yerine getirilmesini; mali ve teknik imkan, nüfus ve hizmet alanı kriterlerine tabi tutmaktadır. Ayrıca büyükşehir belediyesinin sunduğu hizmetlerin alt belediyeler arasında dengeli yürütülmesinin zorunlu olması bu konudaki diğer kriterlerdir.

2.2. Belediye Kanunu'na Göre Hizmetin Önceliği

Belediye Kanunu'nun, 14. maddede görevlerin bir kısmının zorunlu, bir kısmını ihtiyari olduğunun belirlenmesi; bu görevlerin yerine getirilirken önceliğin zorunlu görevlerde olduğunu ortaya koymaktadır. Bu görevlerin kendi içlerinde önceliği ise belediyenin mali durumu ve hizmetin ivediliğine göre belirlenir.

Belediye Kanunu'ndaki bu kriter, Kanun'daki diğer düzenlemelerde de kendisini göstermektedir. Bu çerçevede Kanun'un mahalle yönetimini düzenleyen 9. maddesinin 4. fıkrasının, 14. maddede yer alan düzenlemeyle birlikte değerlendirilmesi gereklidir. Söz konusu fıkra; "*Belediye, mahallenin ve muhtarlığın ihtiyaçlarının karşılanması ve sorunlarının çözümü için bütçe imkânları ölçüsünde gerekli ayni yardım ve desteği sağlar; kararlarında mahallelinin ortak isteklerini göz önünde bulundurur ve hizmetlerin mahallenin ihtiyaçlarına uygun biçimde yürütülmesini sağlamaya çalışır*" şeklindeki düzenlemesiyle, belediye hizmetlerinin önceliğine ilişkin kriterlerin mahalle düzeyinde yansımaları sağlamaktadır. Bu nedenle mahalle hizmetlerinin yerine getirilmesinde; belediyenin mali durumu, mahallelinin ortak istekleri ve mahallenin ihtiyaçlarına uygunluk kriterleri ortaya çıkmaktadır. Mahalle hizmetlerine yönelik bu kriterler, esasen belediye hizmetlerinin yerine getirilmesinde öncelik sıralamasının ne olduğunun da anlaşılmasına katkı sağlamaktadır.

2.2.1. Belediye Dahilinde Görevlerin Türleri ve Önceliğe Etkisi

Belediye dahilinde mahallelerin varlıklarından yola çıkılarak belediyenin görevleri; tüm beldeye yönelik, mahalleye yönelik ve mücavir alanlara yönelik görevler olarak sıralanabilir. Bu sıralama, hizmetin ivediliğinin anlaşıl-

masına da katkı sağlamaktadır. Bu durumda hizmetler bakımından bazı olasılıklar gündeme gelebilir. Örneğin, belediyenin mali durumu iyi ise yapılacak görevlerin hangisinin ivedi olduğu sorunu ortaya çıkacaktır. Yapılan sıralamaya göre, koşulların olağan gittiği bir dönemde tüm beldeye yönelik hizmetlerin diğerlerine göre ivedi olduğu kabul edilebilecektir. Ancak bu durum her olay bakımından farklı değerlendirilmelidir. Örneğin bir mahallede bir doğal afet olmuşsa, bu durumda söz konusu ivedi olan görev bu mahalleye yöneliktir.

Doğal afet gibi durumlar bakımından hizmetlerin ivediliğine karar vermek daha kolayken, bazı durumlarda büyük zorluklar söz konusu olabilir. Bu kapsamda belediyenin mahalleye yönelik hizmetlerde; mahallelinin isteğini göz önünde bulundurması ve hizmetlerin ihtiyaçlara uygun bir şekilde yürütülmesinin zorunlu olması, mahalle bakımından hizmetin ivediliğinin saptanmasında mahallenin istek ve ihtiyaçlarının esas olduğunu ortaya koymaktadır. Buradan yola çıkılarak, belediye bakımından da hizmetin ivediliğinin, belde halkının istek ve ihtiyaçlarına göre belirlenmesi gerektiği söylenebilir. Ancak mahalle ve belde halkının istek ve ihtiyaçlarının öncelenmesi, kaynakların etkin ve verimli kullanılmasıyla ve teknik önceliklerle de uyumlu olmalıdır. Örneğin; kanalizasyonu, suyu ve asfalt yolu olmayan bir mahalle halkının belediyeden talebi asfalt yol olabilir. Böyle bir durumda teknik öncelik olan kanalizasyon ve su altyapısının tamamlanmasından sonra asfalt yapılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını da sağlayacaktır¹⁴.

Belediyenin sunduğu hizmetler, vatandaşların yararlanması bakımından da; genel ve özel nitelikli hizmetler ayrımına tabi tutulabilir. Genel nitelikli hizmetler, herkesin ortak kullanımına sunulan hizmetlerdir. Bu hizmetlere; içme suyu, kanalizasyon, yeşil alan, semt pazarı, yol, kaldırım, toplu taşıma, çöp toplama gibi bütün belde halkının sınırlama olmadan yararlanabilecekleri belediye hizmetleri dâhildir. Özel nitelikli hizmetler, özelleşmiş veya faydalanılması belirli nitelik ve özelliklerle sınırlandırılmış hizmetlerdir. Bu hizmetlere; belediyelerin belirli sosyal grupları desteklemek, yardımda bulunmak, iş edinmelerini sağlamak amacıyla sundukları kurslar, yaşlı, kadın, çocuk ve gençlere yönelik hizmetler, sağlık bilgilendirme kampanyaları, yoksul mahallelerde aş evleri kurulması, yoksullara doğrudan ayni ve nakdi yardımlar, yoksul öğrencilere eğitim bursları gibi hizmetler dâhildir¹⁵. Bu ayrıma göre hizmetin yerine getirilmesinde, birtakım olasılıklar ortaya çıka-

¹⁴ Baki KERİMOĞLU, Hayrettin GÜNGÖR ve Emre KOYUNCU, **Belediye Bütçesi Nasıl İzlenir? Yerel Paydaşlar İçin Bir Rehber**, Tepay Yayınları, Ankara, 2009, s. 19.

¹⁵ KERİMOĞLU/GÜNGÖR/KOYUNCU, s. 8.

bilir. Bazı durumlarda özel nitelikli hizmetlerin yerine getirilmesi, genel nitelikli hizmetlere göre öncelik taşıyabilir. Bu durumların ayrı ayrı saptanması gereklidir.

2.2.2. Hizmet Önceliğinin Belirlenmesinde Yetki

Belde halkının istek ve ihtiyaçlarından hangisinin ivedi olduğunun belirlenmesi, yetki meselesini de ortaya çıkarmaktadır. Bu yetki, esasen seçim yoluyla belde halkı tarafından kullanılmaktadır. Seçim yolu ile göreve gelen belediye meclisi ve belediye başkanı Kanun tarafından verilen görev ve yetkilere uygun olarak bu belirlemeyi yapmalıdır. Hizmetin ivediliğine yönelik değerlendirme yapılırken; belde, mahalle ve mücavir alan hizmetlerine yönelik ayrı ayrı değerlendirmeler yapılmalı, zorunlu ve ihtiyari görevler ayrımı göz önünde bulundurulmalıdır. 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde belediyelerin görevlerini yerine getirirken yetki eksikliği yaşanmamakta olduğu; ancak, mali kaynakların yetmezliği nedeniyle görevlerin yerine getirilmesinde güçlük çekildiği ve bazen de görevlerin yerine getirilemediği; kanunun mecburi ve ihtiyari görev ayrımında esas aldığı gelir kriterinin para değerindeki düşüş nedeniyle anlamının kalmadığı ve dolayısıyla gerçekleştirmeleri mümkün olmayan görevlerin belediyelerin mecburi görevleri arasına da girmiş olduğu ifade edilmiştir¹⁶. 5393 sayılı Kanun'da zorunlu ve ihtiyari görev ayrımında gelir kriterinin, istisnalar hariç, dikkate alınmamış olması bu tür bir olasılığı ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte hizmetin yerine getirilmesine yönelik kriter, yetki ile yakından bağlantılı olduğundan yetki meselesinin üzerinde ayrıca durulması gereklidir.

Belediye hizmetlerine yönelik istek ve ihtiyaçların belirlenmesinde seçim önemli bir etkidir. Seçim yolu ile belediyenin karar organı olan, belediye meclisi oluşturulur. Belediye meclisinin görev ve yetkileri Belediye Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenmiştir. Belediye görevleri açısından olduğu gibi belediye meclisinin görevleri arasında da birtakım öncelikler mevcuttur. Belediye meclisi, görevleri çerçevesinde; stratejik plan, yatırım ve çalışma programları, bütçe ve imar planları ile ilgili kararlarıyla belediyenin üstleneceği görevler bakımından önceliği belirleyecektir¹⁷. Bu kapsamda, belediye meclisinin ve dolayısıyla belediyenin faaliyetleri bakımından planlamanın esas olduğu söylenebilir. Hizmetlerin önceliği planlamayla saptanacak ve buna göre de yerine getirilecektir. Bu çerçevede belediye hiz-

¹⁶ Selçuk YALÇINDAĞ, Belediyelerin Görevleri ve Yetkileri, **Belediyeler El Kitabı içinde**, Türkiye ve Orta Doğu Ämme İdaresi Enstitüsü Yayını, Ankara, 1963, s. 24.

¹⁷ ERENÇİN, s. 24.

metlerinin temel dayanağını oluşturan hukuki kaynak olarak stratejik plan öne çıkmaktadır.

Stratejik planlamanın yararları sayılırken, örgütsel öncelikler arasında bir sıralama yapılmasına ve öncelikli alanlarda yoğunlaşmaya yardım etmesine de yer verilmektedir¹⁸. Bu kapsamda, belediye hizmetlerinin yerine getirilmesi için öncelikle mali durumun, dolayısıyla bütçenin varlığı gereklidir. Belediye Kanunu'nun 41. maddesine göre, *stratejik plân ve performans programı bütçenin hazırlanmasına esas teşkil eder ve belediye meclisinde bütçeden önce görüşülerek kabul edilir*. Bütçeden bahsedebilmek için öncelikle uygun olarak hazırlanması gereken, stratejik planın ve performans programının ne olduğunun ortaya konulması gereklidir. Nitekim nüfusu 50.000'i aşan belediyeler için stratejik plan hazırlanması zorunludur. Kanun'un 41. maddesinde; belediye başkanının, seçiminden itibaren altı ay içinde kalkınma plânı ve programı ile varsa bölge plânına uygun olarak stratejik plân ve ilgili olduğu yıl başından önce de yıllık performans programı hazırlayıp belediye meclisine sunacağı; stratejik plânın, varsa üniversiteler ve meslek odaları ile konuyla ilgili sivil toplum örgütlerinin görüşlerinin alınarak hazırlanacağı ve belediye meclisi tarafından kabul edildikten sonra yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Buradan yola çıkılarak, belediye hizmetlerinin varlık şartının stratejik plan olduğu söylenebilir. Belediye görevlerinin öncelik sırasını belirleyen mali durum ve hizmetin ivediliği en başta kendisini stratejik plan ile ortaya koymaktadır.

2.2.3. Stratejik Planlama ve Hizmetlerde Önceliğin Belirlenmesi

Stratejik planlamanın ne olduğuna ilişkin tam bir fikir birliği bulunmamasıyla beraber¹⁹; örgütün ne olduğu, ne yaptığı ve neyi neden yaptığına şekil veren ve yol gösteren temel kararları ve eylemleri üretmek için disipline edilmiş bir çaba şeklindeki tanımı²⁰ kavramı genel hatları ile ortaya koymaktadır. Stratejik plan, belediye yönetiminin görev anlayışı ve hedefleri ile kaynakları arasında ilişki kurmasını sağlayacaktır. Bu planlama, beldenin

18 Harun GÜRER, *Stratejik Planlamanın Temelleri ve Türk Kamu Yönetiminde Uygulanmasına Yönelik Öneriler*, Sayıştay Dergisi, Sayı: 63, Ekim-Aralık 2006, s. 97. Kutluhan YILMAZ, *Kamu Kuruluşları İçin Stratejik Planlama Uygulaması*, Sayıştay Dergisi, Sayı:50-51, Temmuz-Aralık 2003, s. 75.

19 F. Neval GENÇ, *Türk Kamu Yönetiminde Stratejik Planlama*, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı:23, Nisan 2009, s. 202. İlhami SÖYLER, *Kamu Sektöründe Stratejik Yönetim Uygulanabilir mi? (Engeller/Güçlükler)*, Maliye Dergisi, Sayı:152, Ocak- Haziran 2007, s. 105.

20 GÜRER, s. 91. SÖYLER, s. 106.

belli bir dönem için hizmet önceliklerinin belirlenmesini, bunları karşılayacak kaynakların nasıl etkin kullanılacağına yönelik kısa ve uzun dönemli hedeflerin gerçekleştirilebilirliğini sağlayacaktır²¹.

Stratejik plan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda tanımlanmaktadır. Belediyelerin de kapsamında olduğu bu Kanunun 3. maddesine göre stratejik plan; *"kamu idarelerinin orta ve uzun vadeli amaçlarını, temel ilke ve politikalarını, hedef ve önceliklerini, performans ölçütlerini, bunlara ulaşmak için izlenecek yöntemler ile kaynak dağılımlarını içeren"* plandır. Kanun'un incelenmesinden stratejik planın bir kamu idaresinin görevlerini yürütmesi bakımından temel plan olduğu görülmektedir. Stratejik plan idarenin diğer tüm birimlerinde yapılan planların üzerinde ve onlar için bir başvuru kaynağı, rehber olma özelliğindedir. Stratejik plan, idarenin genel amaç ve hedeflerini belirlediğinden diğer bütün planlar, idarenin stratejik planına uygun, onunla çelişmeyecek bir şekilde hazırlanmalıdır. Bu bakımdan stratejik plan idare için bir nevi Anayasa, diğer planlar da bu anayasa çerçevesinde yapılan kanunlar olarak ifade edilebilmektedir²².

Kamu İdarelerinde Stratejik Planlamaya İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik 12. maddesinde stratejik planın diğer plan ve programlarla ilişkisini ortaya koymaktadır. İdare bir nevi Anayasa niteliğindeki bu belgenin daha üst norm niteliğinde bir takım belgelere de uygun olması gereklidir. Buna göre; stratejik planlar, kalkınma planı, orta vadeli program ve faaliyet alanı ile ilgili diğer ulusal, bölgesel ve sektörel plan ve programlara uygun olarak hazırlanır; stratejik planlarını hazırlarken orta vadeli programda yer alan amaç, politikalar ve makro büyüklükler ile orta vadeli mali planda belirlenen teklif tavanlarını dikkate alarak yıllar itibarıyla amaç ve hedefler bazında kaynak dağılım tahmininde bulunur. Bu hüküm, Belediye Kanununun 41. maddesinde yer alan stratejik planın; kalkınma planı ve programı ile varsa bölge planına uygun olarak hazırlanması kuralı ile 5018 sayılı Kanunu'nda yer alan benzer yöndeki kurallarına göre daha geniş nitelikte bir sınırlama yapmaktadır. Bu çerçevede belediye hizmetlerinin önceliğinin sıralanmasında kalkınma planı ve bölge planının da dikkate alınması gerekli olmaktadır. Bu da söz konusu önceliği belirlemede yetkili olan meclisin yetkilerine merkezi idare tarafından getirilmiş bir sınırlama olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim idarenin bütünlüğü ilkesi, yerel yönetimlerin genel

21 Kayhan Ümit KUTLUCAN, **Belediyelerde Stratejik Planlama Uygulaması**, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 103.

22 GÜRER, s. 98.

maliye politikasına göre ve vesayet denetimi çerçevesinde sınırlandırılmasını gerektirebilmektedir²³. Bununla birlikte, söz konusu Yönetmeliğin 13. maddesinde yer alan stratejik planın uygunluk değerlendirmesi bakımından yerel yönetimlerin istisna tutulması; bu sınırlamanın çerçevesini azaltmakta, esasen uygunluk denetiminin yapılması belediye meclisinde olmaktadır. Bununla birlikte faaliyetlerin bu önceliğe göre yerine getirilip getirilmediği hususunun ise denetlenmesi bakımından faaliyet raporuna ilişkin düzenlemeler, merkezi yönetimin belediye yönetimi üzerinde vesayet yetkisinin varlığını ortaya koymaktadır. Bu husus ayrıca ele alınacaktır.

2.2.3.1. Stratejik Plan ile Amaç, Hedef ve Faaliyet Alanlarının Belirlenmesi

Görevin yürütülmesi için stratejik plan sonrasında, performans programı ve bütçenin de hazırlanması gereklidir. Bu çerçevede belediye görevlerinde öncelik sırasını belirleyen mali durum ve hizmetin önceliği kriterinin; stratejik plan, performans programı ve bütçe kapsamında gerçekçi bir anlamı olduğu söylenebilir. 5018 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre stratejik plan hazırlanırken; kalkınma planları, programlar, ilgili mevzuat ve kurumun benimsediği temel ilkeler dikkate alınır ve katılımcı yöntemler kullanılır. Belediye Kanunu da stratejik planın hazırlanmasında benzer nitelikte düzenlemeler öngörmüştür.

Stratejik plan ile belirlenen hedeflere ulaşabilmek için birtakım faaliyetlerin yapılması ve kaynakların tahsis edilmesi gereklidir. Bu faaliyet ve kaynaklara ilişkin ayrıntılı bilgiler, yer ve zaman, kimin yapacağı ve öncelikler gibi detaylı bilgiler proje veya detaylı plan olarak adlandırılan metinlerde yer alır. Proje veya detaylı planlar olarak da adlandırılan bu belgeler, stratejik plan hiyerarşisine bağlı kalarak bizzat uygulayıcıların yapacağı işleri ortaya koyar. Bu yapılırken idarenin hedefler yönünden öncelik sıralaması yapması zorunludur. Hedefler önceliklendirildikten ve sorumlu birimler tarafından tanımlandıktan sonra, bu hedeflere ulaşmak için gerekli olan faaliyetler ve projeler bir öncelik sırası dahilinde ele alınmalıdır. Bu çerçevede hedefler arasında bir öncelik sıralaması yapıldıktan sonra, hedeflere yönelik faaliyetler ve projeler arasında bir öncelik sıralaması daha yapılmaktadır²⁴.

²³ Onur KARAHANOGULLARI, Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi, **Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu**, Türkiye Belediyeler Birliği Yayınları, Ankara, 2013, s. 69.

²⁴ Atilla ÇAKIR, **Kamu İdarelerinde Stratejik Yönetim Kapsamında Planlama ve Plan-Bütçe İlişkisi**, Yayınlanmamış Maliye Uzmanlığı Yeterlilik Tezi, Ankara, 2008, s. 40.

Stratejik planda, amaçlara yönelik olarak belirlenen hedefler; ulaşılması öngörülen çıktı ve sonuçların tanımlanmış bir zaman dilimi içinde nitelik ve nicelik olarak ifadesidir. Hedeflerin; miktar, maliyet, kalite ve zaman cinsinden ifade edilebilir olması gerekmektedir. Bir amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak birden fazla hedef belirlenebilir²⁵. Amaç ve hedef ilişkisine ilişkin şu örnek verilebilir;

Amaç: *Trafik yoğunluğunu azaltmak.*

Hedef 1: *Toplu taşıma kullanımının artırılması sağlanacak, toplu taşıma için yeni hatlar kurulacaktır.*

Hedef 2: *Trafik yoğunluğunun en fazla olduğu bölgelerde yeni yollar trafiğe açılacaktır.*

Belirlenen hedefler daha sonra faaliyetler ve projelerle ilişkilendirilecektir. Her bir faaliyet ve proje belirli bir hedefe yönelik olmalıdır. Herhangi bir hedefle ilişkisi kurulamayan faaliyet ve projelere yer verilmesi mümkün değildir. Yürütülmekte olan veya yürütülmesi planlanan faaliyetler ve projeler de mutlaka bir hedefle ilişkilendirilmelidir²⁶. Belirlenen faaliyet ve projelerin gerçekleştirilmesi belediyenin insan kaynakları, fiziki kaynakları ve mali kaynaklarının gücüne bağlıdır ve bu da bir öncelik sıralamasını zorunlu kılar²⁷.

Önceliklerin belirlenmesi bakımından; amaçlar, hedefler, faaliyet alanları ile ürün ve hizmetlerinin belirlenmesi gereklidir. Bu husus esasen Belediye Kanunu'nda belirlenen belediyenin görevleri, yetki ve imtiyazları, görev alanı gibi hususlarla belirlenmiş bulunmaktadır. Stratejik plan hazırlanırken bu faaliyet ve hizmet alanlarından hangisinin önceleneceği ise hizmetin ivediliğinin saptanmasına ilişkin bir durumdur. Bu durum katılımcı bir yöntemle, paydaş analizi yapılarak ortaya konulmalıdır. Paydaş analizi, belediyenin etkileşim içinde olduğu tarafların görüşlerinin dikkate alınmasını, stratejik planın sahiplenilmesini sağlayarak uygulama şansını artıracaktır. Diğer yandan, kamu hizmetlerinin yararlanıcı ihtiyaçları doğrultusunda şekillendirilebilmesi için hizmetten yararlananların taleplerinin bilinmesi gerekir²⁸. Bu da ivedi hizmetlerin neler olduğunun saptanmasına yardım eder.

²⁵ Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, **Kamu İdareleri İçin Stratejik Planlama Kılavuzu- 2. Sürüm**, Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara, 2006. s. 34.

²⁶ Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, s. 41.

²⁷ Haktan SEVSAY, **Belediyelerde Stratejik Bütçe Yönetimi**, Yerel Siyaset, Sayı:33, Eylül, 2008, s. 82.

²⁸ Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, s. 17.

Paydaş analizi yapılırken, paydaş sayısının çokluğu görüşlerinin elde edilmesini zorlaştıracağından, bir kısım paydaşın belirlenerek önceliklendirilmesi gereklidir²⁹. Bu çerçevede paydaşlar olarak ilk başta belde sakinleri gelmektedir. Hizmetin belirlenmesine yönelik yetkiyi veren ve hizmetlerden etkilenecek kişiler paydaşlardır. Seçimle işbaşına gelen ve yeniden seçilmek isteyen belediye yönetiminin, kaynakları etkin ve verimli kullanmaya çalışırken diğer yandan da seçmen gruplarının tercihlerine göre karar vermesi ortaya çıkmaktadır³⁰. Belediye Kanunu'nun 41. maddesinde yer alan; "*stratejik plânın, varsa üniversiteler ve meslek odaları ile konuyla ilgili sivil toplum örgütlerinin görüşleri alınarak hazırlanması*" kuralı bu kurum ve örgütleri de paydaşlığa dahil etmektedir. Ayrıca belediye hizmetlerinin bir kısmının tüm beldeyi, bir kısmının mahalleyi bir kısmının da mücavir alanları ilgilendirdiği göz önünde bulundurulduğunda, bu kapsamdaki faaliyetler bakımından paydaşların hizmetin kapsamında olan kişiler olduğu da görülmektedir.

Paydaşların görüşleri alınırken çeşitli çalışmalar yapılabilir. Öncelikle seçim sırasında ortaya konulan vaatlerin, seçim sonucunda etkili olduğu ve dolayısıyla görüşlerin bir kısmını yansıttığı söylenebilir. Ayrıca görüşler, çeşitli araştırmalar sonucu elde edilebilir. Nitekim Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin 4. fıkrasındaki "*Belediye, belde sakinlerinin belediye hizmetleriyle ilgili görüş ve düşüncelerini tespit etmek amacıyla kamuoyu yoklaması ve araştırması yapabilir*" şeklindeki düzenleme, en başta hizmet önceliklerinin saptanması bakımından kullanılmalıdır. Belediye üst yönetiminin görüşleri ve belediyeye gelen şikayetlerin istatistikî dağılımı, hizmet memnuniyet anketi sonuçları, sivil toplum örgütlerinden ve çalışanlardan gelen görüş ve öneriler, konularının uzmanları tarafından değerlendirilerek stratejik planlama ile görevli belediye personeli tarafından bir öncelikli stratejik hedefler listesi hazırlanır³¹. Ayrıca bu görüş ve önerilerden faydalanılması, paydaş desteğinin alınmasını ve hizmetlerin benimsenmesini de sağlar³². Bu konuda Belediye Kanunu'nun 76. maddesinde düzenlenen kent konseyi de devreye girmektedir. Söz konusu maddeye göre; kent konseyi, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, sendikaların, noterlerin, varsa üniversitelerin, ilgili sivil toplum örgütlerinin, siyasi partilerin, kamu kurum ve kuruluşlarının ve mahalle muhtarlarının temsilcileri ile diğer ilgililerin katılımıyla olu-

²⁹ Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, s. 20.

³⁰ KERİMOĞLU/GÜNGÖR/KOYUNCU, s. 19.

³¹ SEVSAY, s.82.

³² KERİMOĞLU/GÜNGÖR/KOYUNCU, s. 44.

şur. Belediyeler, kent konseyinin faaliyetlerinin etkili ve verimli yürütülmesi konusunda yardım ve destek sağlar. Kent konseyi, kent yaşamında; kent vizyonunun ve hemşehrilik bilincinin geliştirilmesi, kentin hak ve hukukunun korunması, sürdürülebilir kalkınma, çevreye duyarlılık, sosyal yardımlaşma ve dayanışma, saydamlık, hesap sorma ve hesap verme, katılım ve yerinden yönetim ilkelerini hayata geçirmeye çalışır. Kent konseyinde oluşturulan görüşler, belediye meclisinin ilk toplantısında gündeme alınarak değerlendirilir. Bu da belediye hizmetlerinde öncelik sırasının tespitinde kent konseyinin görüşlerinin de mutlaka dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır.

İhtiyaç duyulan ve önceliklendirilen hizmetlerin yerine getirilmesi bakımından bir takım kaynaklara ihtiyaç vardır. Bu da belediyenin mali durumu ile ilgilidir. Belediyenin mali durumu söz konusu faaliyetlerin hangi finansal ve personel kaynaklarıyla yerine getireceğini ortaya koyacaktır. Bunun için kuruluş içi analiz yapılması gereklidir. Kuruluş içi analiz, kuruluşun mevcut durumunu ve geleceğini etkileyebilecek, iç ortamdan kaynaklanan ve kuruluşun kontrol edebildiği koşulların ve eğilimlerin incelenerek güçlü ve zayıf yönlerin belirlenmesi ve değerlendirilmesi olarak ifade edilmektedir. Kuruluş içi analizde; kuruluşun yapısı (kuruluşun örgüt yapısı, aynı ya da benzer görevi yapan birimler ve yetki çakışmaları, son dönemde kuruluş yapısında ve görev alanında yapılan önemli değişiklikler, kuruluşun yapısında ve görev alanında yapılması gündemde olan önemli değişiklikler, izleme ve değerlendirme sistemi), insan kaynakları (kuruluş personelinin sayısı ve dağılımı, personelin eğitim düzeyi, yetkinliği ve deneyimi), kurum kültürü (iletişim süreçleri, karar alma süreçleri, gelenekler ve değerler), teknoloji (kuruluşun teknolojik alt yapısı, teknolojiyi kullanma düzeyi) ve mali durum (mali kaynaklar, bütçe büyüklüğü, kuruluşun araç, bina envanteri ve diğer varlıkları) dikkate alınacak hususlardır³³. Özellikle mali durum analizi, ulaştırılması istenen hedeflerin gerçekleştirilmesi için gerekli finansal kaynaklara ilişkin durumu ortaya koyar³⁴.

2.2.3.2. Hizmet Önceliği Bakımından Stratejik Plan, Performans Programı ve Bütçe İlişkisi

Stratejik planın hazırlanması ile belediye, beş yıllık dönem boyunca hangi görevleri hangi kaynaklarla yerine getireceğini genel olarak belirlemiş olur. Daha sonra 5018 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre, hazırlanacak olan performans programında ise yürütülecek faaliyet ve projeler ile bunların

³³ Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, s. 23- 24

³⁴ SEVSAY, s.78.

kaynak ihtiyacı, performans hedef ve göstergeleri yer alır. Söz konusu maddenin son fıkrasında da bütçenin, stratejik planda yer alan misyon, vizyon, stratejik amaç ve hedeflerle uyumlu ve performans esasına dayalı olarak hazırlanacağı düzenlenmektedir. Bütçeler performans programına, performans programı ise stratejik plana uygun olarak hazırlanır. Stratejik plan, performans programı ve bütçeler arasında bir uyum ve bütünlük vardır³⁵.

Belediyelerde stratejik planları içerisinde yer alan faaliyetlerin yerine getirilmesi, onların ancak bütçe ile yani mali kaynaklarla ilişkilendirilmesi ile mümkündür³⁶. Stratejik planların hazırlanmasından sonra üzerinde durulması gereken en önemli konu, çok yıllık stratejik planların uygulama adımları olan yıllık programların bütçeyle ilişkilendirilmesidir. Stratejik planla idarenin önceliklerini içerecek nitelikte hazırlandıklarından, bu bir anlamda öncelikler ile kaynak tahsisi arasında bağın kurulduğu anlamına da gelmektedir³⁷. Nitekim stratejik planla ortaya konulan hedeflere yönelik faaliyet ve projelerin maliyet tahminleri yapılması sonucunda bir hedefin yaklaşık maliyetine ulaşılabacaktır. Hedeflerin maliyet tahmini toplamından her bir amacın tahmini maliyetine, amaç maliyetleri toplamından ise stratejik planın o yılki tahmini maliyetine ulaşılabacaktır. Beş yıllık toplam ise planın toplam tahmini maliyetini verecektir³⁸. Böylece stratejik plan ile yıllık bütçe arasındaki ilişki de ortaya çıkmaktadır. Stratejik planlarda yıllar itibarıyla amaç ve hedefler bazında kaynak dağılım tahmininde bulunulacağı Kamu İdarelerinde Stratejik Planlamaya İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 12. maddesinde de yer almaktadır.

Bütçe, hizmetlerin önceliğinin belirlenmesinde çok önemli bir rol oynar. Belediye bütçesi tahsis edilen maddi ve mali kaynakların nerelere ve hangi önceliklere göre tahsis edildiğini gösterir. Her yerleşim yerinin hizmet gereksinimi; nüfus, altyapı, iklim v.b. nedenlerden dolayı farklıdır. Bu da kısıtlı mali kaynakların ne gibi hizmetlerin öncelikli kabul edilerek, o hizmetlere harcanması sorununu gündeme getirmektedir. Bir hizmetin öncelikli hizmet olarak kabulü her belediye için farklılık taşıyabileceği gibi belediye hizmetlerinden yararlanacak olanlar bakımından da öncelikli hizmetler farklılaşmaktadır³⁹.

35 KERİMOĞLU/GÜNGÖR/KOYUNCU, s. 26.

36 SEVSAY, s. 78.

37 ÇAKIR, s. 46.

38 Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, s. 40.

39 KERİMOĞLU/GÜNGÖR/KOYUNCU, s. 18-19.

5018 Sayılı Kanun 3. maddesi bütçeyi; "belirli bir dönemdeki gelir ve gider tahminleri ile bunların uygulanmasına ilişkin hususları gösteren ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan belge" olarak tanımlamaktadır. Belediyeler bakımından bütçenin kabul edilmesinde meclis yetkilidir. 5393 sayılı Kanun'un 61. ve 5216 sayılı Kanun'un 25. maddelerine göre de bütçe; stratejik plana ve performans programına uygun olarak hazırlanan mali yıl ve izleyen iki yıl içindeki gelir ve gider tahminlerini gösteren, gelirlerin toplanmasına ve harcamaların yapılmasına izin veren bir meclis kararıdır⁴⁰. Mahalli İdareler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği m. 5 hükmünde de belediye bütçesi, *mali yıl içindeki gelir ve gider tahminlerini gösteren, gelirlerin toplanmasına ve harcamaların yapılmasına izin veren bir meclis kararı* şeklinde tanımlanmıştır. Söz konusu maddeye göre; bütçe, stratejik plan ve performans programları dikkate alınarak izleyen iki yılın gelir ve gider tahminleri ile birlikte görüşülür ve değerlendirilir. Bütçe, kurumların plan ve programlarının gerekleri ile fayda ve maliyet unsurları göz önünde tutularak verimlilik, tutumluluk ilkeleri ile uluslararası standartlara uygun olarak hazırlanır ve uygulanır. Bütçe; gider, gelir ve finansmanın ekonomik sınıflandırması bölümlerinden oluşur.

Belediye bütçesinin genel bütçeden en temel farkı, genel bütçenin kanun olmasına rağmen belediye bütçesinin meclis kararı olmasıdır. Bu hususta bir diğer fark ise belediye bütçesinde önce gelirlerin sonra giderlerin tahmin edilmesidir. Bunun nedeni ise belediyelerin gelir yaratma kapasitesinin sınırlı olmasıdır⁴¹. Belediyeler yapmak zorunda oldukları hizmetleri yerine getirebilmek için, yasaların kendilerine tanıdığı yetkileri kullanarak bir takım gelirleri toplarlar ve yasaların kendilerine tanıdığı sınırlar içinde bu gelirleri harcarlar⁴². Belediye gelirlerinin, merkezi yönetim tarafından kanunla belirlendiği ve harcamaların ise belediye meclislerinin kararı olarak kabul edildiği ve uygulandığı söylenebilir⁴³. Anayasa'nın 127. maddesinde, yerel yönetimlere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanmasına yönelik hükme yer verilerek kamu hizmetleri, merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasında, hizmet etkinliğinin ve rasyonel kaynak kullanımının gerektirdiği ölçüde bölüştürülmesi ve yönetimlere kendilerine verilen görevlerle orantılı gelir

40 Can Mustafa TÜRKYENER ve Abdullah ALTINTAŞ, **Belediyelerde Mali Analiz (Yönetim ve Denetim Odaklı Yaklaşım)**, Türkiye Belediyeler Birliği, Ankara, 2012, s. 19.

41 SEVSAY, s. 77-78.

42 TÜRKÖĞLU, s. 93.

43 KERİMOĞLU/GÜNGÖR/KOYUNCU, s. 12.

kaynakları sağlanması konusu üzerinde durulmuştur⁴⁴. Bu çerçevede belediye gelirleri genel olarak, merkezi idareden gelen transferler ile öz gelirlerden oluşmaktadır⁴⁵. Merkezi idareden gelen fonlar, genel bütçe vergi gelirleri üzerinden verilen paylar ve devlet yardımlarından oluşmaktadır. Öz gelirler ise belediyelerin kendilerince tahsil edilen vergi, resim, harç, katılma payları, faiz ve ceza gelirleri, girişim, iştirak ve faaliyet gelirlerinden oluşmaktadır⁴⁶.

Belediye giderleri, ekonomik fonksiyonlarına göre; cari harcamalar, yatırım harcamaları, sermaye teşkili ve transfer harcamaları ayrımına tabi tutulmaktadır. Cari harcamalar; personel, yolluk, hizmet alımları, tüketim mal ve malzeme alımları, demirbaş alımları ve diğer harcamalardan oluşur. Yatırım harcamaları; etüt ve proje giderleri, yapı tesisleri ve büyük onarım giderleri, makine teçhizat ve taşıt alımları giderleridir. Sermaye teşkili ve transfer harcamaları; kamulaştırma ve bina satın alımları, kurumlara katılma payları ve sermaye teşkili, ekonomik transferler ve yardımlar, mali transferler, sosyal transferler ve borç ödemeleri gibi kalemlerden oluşmaktadır⁴⁷. Hizmet öncelikleri tespit edilirken belediyenin gider yapısı iyi incelenmelidir. Özellikle cari ve transfer harcamaları sonrasında yatırımlara ne kadar kaynak ayrılacağı saptanmalı, yürütülmekte olan yatırım harcamaları için gereken kaynak belirlenmelidir⁴⁸. Belediye giderlerinin en önemli kısmını cari harcama-

44 TÜRKOĞLU, s. 176. Anayasa Mahkemesi'nin 26.1.2012 tarih ve 2011/6 E. 2012/16 K. sayılı kararında görevlerle orantılı gelire ilişkin şu değerlendirmeyi yapmaktadır: ... her büyükşehir belediyesinin yerine getirmek durumunda olduğu su hizmetlerinin nitelik ve nicelik itibarıyla farklılık göstereceği kuşkusuzdur. Dolayısıyla, büyükşehir belediyelerinin anılan farklılıklara paralel olarak sunacakları hizmetlere göre elde edebilecekleri gelirler ve bu gelirlerdeki kârlılık oranı da değişebilecektir. Ancak, kanunlarda alt ve üst sınırları belirlenmiş kârlılık oranları öngörüldüğünde durumları tamamen birbirinden farklı olan idarelerin gereksinim duyduğunda bu oranların altında veya üstünde bir kârlılık oranı belirlemesine imkân bulunmamaktadır. İdareler hizmet sunarken zamana ve değişen şartlara göre daha önceden kanun ile alt ve üst sınırı belirlenmiş kârlılık oranının üstünde veya altında bir kârlılık oranı uygulanmasına ihtiyaç duyabilirler. Bu itibarla, idarece sunulacak su hizmetinin zaman içinde değişen şartlara göre farklı kârlılık oranlarını gerektirebilmesi nedeniyle su bedelinin tespitinde uygulanacak kârlılık oranının belirlenmesi ölçülü ve adil olmaları koşuluyla idarenin takdirine bırakılması gerekmektedir.

45 SEVSAY, s. 79.

46 TÜRKOĞLU, s. 73.

47 Ahmet ULUSOY ve Tekin AKDEMİR, **Mahalli İdareler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 169.

48 SEVSAY, s. 79.

lar içerisinde yer alan personel giderleri oluşturmaktadır⁴⁹. Personel varlığı tüm belediye görevleri yönünden en temel şarttır. Bu nedenle de personel giderleri tüm diğer harcamalara önceliklidir. Ancak bu öncelikleme diğer hizmetlerin yürütülmesi bakımından dengesizlik oluşturmamalıdır. Personel ödemelerine öncelik veren Belediye Kanunu'nun 49. maddesinin 8. fıkrasına göre, belediyenin yıllık toplam personel giderleri, gerçekleşen en son yıl bütçe gelirlerinin 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre belirlenecek yeniden değerlendirme katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarın yüzde otuzunu aşamaz. Nüfusu 10.000'in altında olan belediyelerde bu oran yüzde kırk olarak uygulanır.

Belediye hizmetlerinin yürütülmesi bakımından temel şart olan personelin varlığı norm kadro kriterlerine göre belirlenmektedir. Bu hususta 5393 sayılı Kanun'un 49. ve 5216 sayılı Kanun'un 21. maddelerinde düzenlemeler yapılmış; ayrıca Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelik yürürlüğe konulmuştur. Bu yönetmelik belediyeleri, hukuki durumları ve hizmet özelliklerine göre çeşitli gruplara ayırmakta ve buna göre personel istihdamını olanaklı kılmaktadır. Yönetmelik, bu grupları oluştururken, büyükşehir belediyeleri ile diğer belediyeler arasında ayırım yapmış; diğer belediyeleri de nüfus, ilçe merkezi, sanayi veya ticaret ve turizm niteliklerine göre sınıflandırmıştır. Yönetmeliğin ekinde yer alan cetvelde hangi belediyenin hangi sınıfta yer aldığı tespit edilmiştir. Belediye içerisinde yer aldığı sınıfa göre personel istihdam edecek ve hizmetleri yerine getirecektir⁵⁰.

2.2.4. Afet ve Acil Durumlar Bakımından Hizmetin Önceliği

Belediye hizmetlerinin yürütülmesinde afet ve acil durumlar bakımından 5393 sayılı Kanun ayrı bir düzenleme yapmıştır. Kanun'un 53. maddesine göre, belediye acil durum planlaması yapmak zorundadır. Belediye; yangın, sanayi kazaları, deprem ve diğer doğal afetlerden korunmak veya bunların zararlarını azaltmak amacıyla beldenin özelliklerini de dikkate alarak gerekli afet ve acil durum planlarını yapar, ekip ve donanımı hazırlar. Acil durum planlarının hazırlanmasında varsa il ölçeğindeki diğer acil durum planlarıyla da koordinasyon sağlanır ve ilgili bakanlık, kamu kuruluşları, meslek teşek-

⁴⁹ TÜRKOĞLU, s. 117.

⁵⁰ Örneğin Üsküdar Belediyesi, 526.947 nüfusuyla C-14 grubunda yer alması gerekirken; ilçe merkezi, sanayi, ticaret ve turizm nitelikleri de göz önünde bulundurularak C-17 grubunda yer almaktadır. C grubunda yer alan belediyeler bakımından temel birimler olarak; Yazı İşleri, Mali Hizmetler ve Fen İşleri Müdürlükleri temel birimlerdir. C-1 grubundan, C-19 grubuna gidildikçe Müdürlük ve personel sayısı artmaktadır.

külleriyle üniversitelerin ve diğer mahalli idarelerin görüşleri alınır. Planlar doğrultusunda halkın eğitimi için gerekli önlemler alınarak sayılan idareler, kurumlar ve örgütlerle ortak programlar yapılabilir. Belediye, belediye sınırları dışında yangın ve doğal afetler meydana gelmesi durumunda, bu bölgelere gerekli yardım ve destek sağlayabilir. Acil durumlar, kendi başına ivedilik taşıyan durumlardır. Afet ve acil durum planlaması ile bu tür durumlar bakımından öncelik belirlenmiş olur. Ayrıca söz konusu düzenlemede, hizmetin mahalli müşterek nitelikte olmasına istisna sayılabilecek bir durum olarak belediye sınırları dışındaki afetler de sayılmaktadır.

2.2.5. Aksayan Hizmetler Bakımından Hizmetin Önceliği

Belediye Kanunu'nun *hizmetlerde aksama* başlığını taşıyan 57. maddesi, birtakım hizmetler bakımından hizmetin yerine getirilmesinde öncelik sırasını belirleyen mali durum ve hizmetin ivediliği bakımından istisnai nitelikte bir düzenleme ve vesayet yetkisi öngörmüştür.

Bu düzenleme bir kısım hizmetler bakımından, mali durum kriterine bakılmamasını gerektirmekte ve bunlar ivedi kabul edilmektedir. İlgili hüküm bu hizmetleri tek tek saymamıştır, ancak söz konusu hizmetler; ciddi bir biçimde aksamasının halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayati derecede olumsuz etkileyecek nitelikteki hizmetlerdir. Bu nitelikteki hizmetlerin aksaması halinde, İçişleri Bakanlığı'nın talebi üzerine yetkili sulh hukuk hakimi tarafından belirlenmesi durumunda İçişleri Bakanı, hizmetlerde meydana gelecek aksamanın giderilmesini, hizmetin özelliğine göre makul bir süre vererek belediye başkanından ister. Aksama giderilemezse, söz konusu hizmetin yerine getirilmesini o ilin valisinden ister. Bu durumda vali, aksaklığı öncelikle belediyenin araç, gereç, personel ve diğer kaynaklarıyla giderir. Mümkün olmadığı takdirde diğer kamu kurum ve kuruluşlarının imkânlarını da kullanabilir. Ortaya çıkacak maliyet vali tarafından İller Bankası'na bildirilir ve İller Bankasınca o belediyenin müteakip ay genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtı toplamı üzerinden belediyeye ayrılan paydan valilik emrine gönderilir. Bu durumdaki hizmetler bakımından hizmetin ivediliğinden ziyade, ivedi olduğu bizzat Kanun tarafından nitelikleri belirtilen hizmetlerin aksamasının tespiti önem taşımaktadır. Bu durumda ivediliğin tespitinde yetki İçişleri Bakanlığı'nın talebi ve sulh hukuk mahkemesinin kararı şeklinde yerel yönetim organları dışına çıkmaktadır. Ayrıca ilgili belediyenin kaynağı bulunmasa da hizmetler İller Bankası'ndan belediyeye ödenecek pay ile yerine getirilecektir. Bu payın karşılamaya yetmeyeceği, ciddi bir biçimde aksamasının halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayati derecede olumsuz etkileyecek nitelikteki hizmetler ise kendi içinde mali durum ve ivedilik kriterine göre yerine getirilecektir.

2.3. Hizmetin Önceliğinin Belirlenmesinin ve Hizmetin Bu Önceliğe Yönelik Gerçekleştirilmesinin Denetimi

Hizmetin önceliğinin saptanması bir meclis kararı olan stratejik planla belirlenmekte olduğundan; bu konuda çeşitli yöntemlerle elde edilen veriler sonrası değerlendirme yapılarak saptama yapılması belediye meclisinin takdirindedir. Bu konuda belediye meclisinin takdir yetkisinin sınırını ise kanuni sınırlamalar oluşturmaktadır. Yetkinin kanuna uygun olarak kullanılması halinde, stratejik plan bir davaya konu olamaz. Nitekim Anayasanın 125. maddesinin 4. fıkrası, “*Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.*” şeklindeyken; 5982 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle fıkranın ilk cümlesi değiştirilerek “*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.*” şeklini almıştır. Esasen söz konusu değişiklik öncesinde de yerindelik denetimi yapılması mümkün değildi. Bu düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda; belediye meclisinin hizmet önceliğini belirlediği stratejik planların yargısal denetiminin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu, idarenin yerindelik ve takdir yetkisi konularını kapsamamakta olduğu söylenebilir⁵¹. Hukuka uygunluk; bir idari eylem veya işlemin Anayasa ve hukukun genel ilkelerine, yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleriyle yargısal içtihatlarla uygunluğu şeklinde ifade edilmektedir. Yerindelik; idari işlem veya eylemin yapılmasında zaman, mekan, hal ve şartların icaplarına göre, idari gerekler uyarınca davranmaktır. Yerindelik, takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetiminin dışında kalan kısmıdır⁵². Hukuka uygunluk denetiminde; stratejik planın zorunlu görevler ile ihtiyari görevler arasındaki ayrımı göz önünde bulundurup bulundurmadığı, stratejik planda yer verilen faaliyetlerin belediyenin yetkisi içerisinde olup olmadığı ve stratejik planın kalkınma planı ve programı ile varsa bölge planına uygun olup olmadığı göz önünde bulundurularak yapılacaktır. Bu çerçevede kullanılan bir takdir yetkisi ve dolayısıyla hizmet önceliğinin belirlenmesi hukuka uygun olacaktır.

Stratejik plan sonrası faaliyetlerin yürütülmesine yönelik hukuka uygunluk denetimi ve yerindelik denetimi ise farklılık göstermektedir. Burada söz konusu olan belediye başkanının faaliyetlerinin stratejik plana, performans

51 ÖZBUDUN, s. 116.

52 İbrahim TOPUZ ve Kadir ÖZKAYA, *Açıklama-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara, Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2002, s. 29.

programına ve bütçeye uygun olup olmadığıdır. Hukuki denetim bakımından bu üst normlara aykırı olan faaliyetlerin hukuka aykırılığı söz konusudur.

Yerindelik denetimi bakımından ise hem belediye meclisi hem de merkezi idare etkin olmaktadır. Bu konuda Belediye Kanunu'nun 54. maddesi ve devamında düzenlenen denetime ilişkin hükümler, hizmetin önceliğe göre yürütülmesinin denetimini olanaklı kılmaktadır. Belediye hizmetlerinin yürütülmesinde meclis denetimini sağlamak bakımından, belediye başkanı yıllık olarak faaliyet raporu düzenler. Faaliyet raporunda; stratejik plan ve performans programına göre yürütülen faaliyetler, belirlenmiş performans ölçütlerine göre hedef ve gerçekleşme durumu ile meydana gelen sapmaların nedenleri ve belediye borçlarının durumu yer alır. Belediye Kanunu'nun 26. maddesine göre, faaliyet raporundaki açıklamalar, meclis üye tam sayısının dörtte üç çoğunluğuyla yeterli görülmezse, yetersizlik kararıyla görüşmeleri kapsayan tutanak, meclis başkan vekili tarafından mahallin mülkî idare amirine gönderilir. Vali, dosyayı gerekçeli görüşüyle birlikte Danıştay'a gönderir. Yetersizlik kararı, Danıştayca uygun görüldüğü takdirde belediye başkanı, başkanlıktan düşer. Böylece hizmetin önceliklere uygun olarak yerine getirilmemesinin bir yaptırımı da söz konusu olur.

Sonuç

Yerel kamu hizmetleri, kamu hizmetleri içerisinde büyük ve önemli yere sahiptirler. Bu hizmetlerin yerine getirilmesi bakımından belediyelere önemli görevler düşmektedir. Bu hizmetler bakımından kimi yasal düzenlemeler belediyelere genel yetki vermekteyken, kimi yasal düzenlemeler görevleri sayma yoluyla belirtmektedir.

Mevcut durumda da olduğu gibi sayma yoluyla belirlenen görevlerin bir kısmı zorunlu bir kısmı ise ihtiyari nitelikte görevlerdir. Kanun tarafından belirlenen ve geniş bir alanı kapsayan bu görevlerin yerine getirilmesi için yerel kaynakların yeterli olması gerektiği gibi etkin ve verimli kullanılması da gereklidir. Bu açıdan hizmetlerin yerine getirilmesi bakımından, mali durum ve hizmetin ivediliği kriteri getirilmiştir. Söz konusu kriter, stratejik plan, performans programı ve bütçe ilişkisi çerçevesinde anlam kazanmaktadır. Bu kapsamda hizmet önceliğinin saptanması belediye meclisinin yetkisindedir.

Belediye meclisi stratejik planla öncelikli amaç ve hedefler belirledikten sonra bunlara yönelik faaliyetleri de saptar. Söz konusu faaliyetler, yıllık bazda hazırlanan performans programında yer alır ve bütçe de buna uygun hazırlanarak, harcamalar faaliyetlerin önceliklerine göre yapılır. Öncelikler belirlenirken her belediyenin kendi belediye sınırları içerisindeki ihtiyaçları

ve teknik öncelikleri de göz önünde bulundurması gerekir. İhtiyaçların neler olduğunun tespitinde mahalle ve belde sakinleri ile sivil toplum kuruluşları, meslek kuruluşları ve kamu kuruluşlarının görüşlerine başvurulabilir. Söz konusu ihtiyaçların karşılanmasına yönelik faaliyet önceliklerinin belirlenmesinde ise bu konu teknik nitelikte olduğundan, uzman görüşlerinden yararlanılmalıdır.

Yasal yetki ve şartlara uygun olarak hazırlanmış olan bir stratejik plan ile buna dayalı olarak hazırlanan performans programı ve bütçe, belediye hizmetlerinin önceliğini belirleyeceği gibi hukuki altyapısını da oluşturur. Bu hukuki altyapıya uygun olmayan bir faaliyetin gerçekleştirilmesi söz konusu olamaz; aksi durum yargısal ya da idari denetime ve dolayısıyla yaptırıma neden olabilir. Ayrıca belediyenin içerisinde yer aldığı belediye grubunun, personel istihdamı ve belediye niteliği bakımından etkisi olduğundan hizmetlerin öncelenmesinde bu hususun da dikkate alınması da gereklidir.

KAYNAKÇA

ÇAKIR, Atilla. **Kamu İdarelerinde Stratejik Yönetim Kapsamında Planlama ve Plan-Bütçe İlişkisi**, yayımlanmamış Maliye Uzmanlığı Yeterlilik Tezi, Ankara, 2008.

Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, **Kamu İdareleri İçin Stratejik Planlama Kılavuzu- 2. Sürüm**, Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara, 2006

DİNLER, Veysel. ‘**Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı**’ Açısından **İdarenin Sorumluluğu**, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Aralık 2008.

ERENÇİN, Arif. **Belediye Görevleri Üzerine Bir İnceleme**, Çağdaş Yerel Yönetimler, Cilt:15, Sayı:1, Ocak 2006.

GENÇ, F. Neval. **Türk Kamu Yönetiminde Stratejik Planlama**, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı:23, Nisan 2009.

GÜRER, Harun. **Stratejik Planlamanın Temelleri ve Türk Kamu Yönetiminde Uygulanmasına Yönelik Öneriler**, Sayıştay Dergisi, Sayı: 63, Ekim-Aralık 2006.

İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü, **2012 Yılı Mahalli İdareler Genel Faaliyet Raporu**, Ankara, 2013.

KALABALIK, Halil. **Yerel Yönetimlerin Fonksiyonel Özerkliği**, Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu (21-23 Kasım 2011), Türkiye Belediyeler Birliği, Ankara, 2013.

KARAHANOĞULLARI, Onur. Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi, **Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu**, Türkiye Belediyeler Birliği, Ankara, 2013.

KERİMOĞLU, Baki, Hayrettin GÜNGÖR ve Emre KOYUNCU. **Belediye Bütçesi Nasıl İzlenir? Yerel Paydaşlar İçin Bir Rehber**, Tepay Yayınları, Ankara, 2009.

KURTULUŞ, Barış. **Türkiye’de Belediyelerin Mali Yapısı ve Harcamalarının Finansmanı**, Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara, 2006.

KUTLUCAN, Kayhan Ümit. **Belediyelerde Stratejik Planlama Uygulaması**, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.

ÖZBUDUN, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2004.

SEVSAY, Haktan. **Belediyelerde Stratejik Bütçe Yönetimi**, Yerel Siyaset, Sayı:33, Eylül, 2008.

- SÖYLER, İlhami. **Kamu Sektöründe Stratejik Yönetim Uygulanabilir mi? (Engeller/Güçlükler)**, Maliye Dergisi, Sayı:152, Ocak- Haziran 2007.
- TEK, Savaş. **İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, Sayı:1.
- TOPUZ, İbrahim ve Kadir ÖZKAYA, **Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, Mahalli İdareler Derneği Yayını, 2002.
- TORTOP, Nuri, Burhan AYKAÇ, Hüseyin YAYMAN, M. Akif ÖZER. **Mahalli İdareler**, Nobel Yayın Dağıtım, Birinci Basım, Ankara, 2006.
- TÜRKOĞLU, İrfan. **Yerel Yönetimlerde Mali Reform Arayışları: Türkiye’de Belediyelerde Mali Özerklik ve Belediye Başkanlarının Mali Özerklik Algılaması**, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2009.
- TÜRKYENER, Mustafa Can ve Abdullah ALTINTAŞ, **Belediyelerde Mali Analiz (Yönetim ve Denetim Odaklı Yaklaşım)**, Türkiye Belediyeler Birliği, Ankara, 2012.
- ULUSOY, Ahmet ve Tekin AKDEMİR. **Mahalli İdareler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.
- YALÇINDAĞ, Selçuk. Belediyelerin Görevleri ve Yetkileri, **Belediyeler El Kitabı** içinde, Türkiye ve Orta Doğu Âmme İdaresi Enstitüsü Yayını, Ankara, 1963.
- YILDIRIM, Ramazan. **İdare Hukuku Dersleri I**, Mimoza Yayınları, Konya, 2009.
- YILDIRIM, Turan ve Nur KARAN. **İdare Hukuku I**, Oniki Levha Yayıncılık, Birinci Baskı, İstanbul, 2009.
- YILMAZ, Dilşat. **Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: Oniki, 2008, Sayı: 1-2.
- YILMAZ, Kutluhan. **Kamu Kuruluşları İçin Stratejik Planlama Uygulaması**, Sayıştay Dergisi, Sayı:50-51, Temmuz-Aralık 2003.

İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAMINDA DİNİ SEMBOLLERİN KULLANIMININ MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Hayrettin KURT**

Giriş

İnanç özgürlüğünün evrensel boyutları çerçevesinde gündeme gelen tartışma konularından birisi, dini sembollerin kullanılmasıdır. Dini semboller, modernizm ve kamusal alan kavramları ile birlikte sosyolojik, hukuksal ve siyasal yaklaşımlarla sınırları çizilmeye çalışılan bir kavramdır. Bu kavramın içeriğinde bulunan aşkın öğeler bir yana bırakılırsa, kavramın sosyolojik ve hukuksal etki ve sonuçları çalışmamızın temel aldığı bir husustur.

Diğer taraftan, dini sembollerin 19. yüzyıl ile birlikte ortaya çıkması, aydınlanma sonrası oluşan pozitivist yaklaşımlara karşı bir tepki niteliği de taşımaktadır. Bu bakımdan kavram, aydınlanma, modernizm, kamusal alan, pozitivism olguları ile sıkı bir bağ kurmaktadır. İncelememizde, belirtilen kavramlar tarihsel bağlamları çerçevesinde kısaca ele alınarak, dini sembolere ilişkin tartışmaların tarihi ve sosyolojik çıkış yönleri anlatılmaya çalışılmıştır. Kavramın belki de çıkış noktası sayılan modernizm ile siyasal ve hukuksal çekişmelerin merkezi haline gelen kamusal alan kavramları özet olarak anlatılmaya çalışılmış; dini sembollerin Avrupa’da özellikle bir azınlık tartışmasına dönüşmesine ilişkin tespitler yapılmış; dini sembollerin yapmış olduğu çağrışımlar bakımından sembol kavramının etimolojik temeline kısaca yer verilmiş; semboller, modernizm, kimlikler ve kamusal alan tartışmaları dini sembollerin neden bir hak merkezi haline dönüşmesi gerektiği bağlamında sosyolojik veriler çerçevesinde yorumlanmaya çalışılmıştır.

Dini semboller, kavram, kullanma ve hukuksal düzenleme yapılması bakımından belirtmiş olduğumuz sosyolojik veriler ile incelenmiş ve dini sembolü kullanmanın bir hak olduğu bu tarihsel gerçeklikler ile ortaya konulmuştur. Dini sembolleri kullanmak tarihsel ve sosyolojik bağlam da dikkate alındığında farklı inanç taleplerinin bir yansıması olan “haklar” temelinde ele alınmalıdır. Bizce negatif haklardan sayılan dini sembollerin kullanımı,

* Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, Bakanlık Uzmanı, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

eşitlik, laiklik ve çoğulculuk ilkeleri temelinde ancak her ülkenin somut gerçekleri gibi muğlak kavramlara yaslanmamalı, temel hak ve hürriyetler çerçevesinde değerlendirilmelidir. Türkiye’de yaşanan kamusal alan tartışmaları, son yirmi yıla damgasını vuran başörtüsü yasağı, AİHM’in başörtüsüne yasaklama getirmedini düşündüğümüz, tartışmalı “Leyla ŞAHİN” kararı ile Hıristiyan geleneğin güçlü sembolü şeklinde yorumladığı İsa haçına ilişkin kararı, konunun genel, objektif ve tatmin edici bir seyir izlemediğini göstermektedir.

Çalışmamızda konunun bu yönleri, tarihsel süreç ve sosyoloji disiplini temel alınarak birinci bölümde semboller, kamusal alan, modernizm, azınlıklar, küreselleşme ve kimlikler, ikinci bölümde siyasal ve hukuksal verilerle Türkiye’de kamusal alan tartışmalarında dini sembollerin kullanılması, üçüncü ve son bölümde ise mukayeseli olarak dini sembollerin kullanımına ilişkin ülke örnekleri ve AİHM kararları incelenmektedir. Sonuç bölümünde ise tespit ve yargılarımıza yer verilerek konu tamamlanmaktadır.

A) Modernizm, Kamusal Alan, Azınlıklar ve Kimlikler

1. Din, Sembol ve Anlam İlişkisi

Tanım olarak, “bir göstergenin etrafını saran yan anlamlardan oluşan tecrübeler”¹ olarak ifade edilebilen, bu tecrübelerdeki “aşkın gerçeklik”, “dilsel” ya da “görüntüsel göstergeler” sembol olarak adlandırılmaktadır².

Semboller, farklı anlamları taşıma özelliğine sahip bir iletişim araçlarıdır³. Örneğin, Hz. Musa’nın Asası ve Levhaları, Tabut, Belkıs’ın tahtı. Bu iletişim araçları, sahip oldukları ya da üzerlerinde gerçekleştikleri olağanüstü olaylar sayesinde sembolik bir dile kavuşmuşlardır. Musa’nın Asası, Allah’ın mucizesiyle dev bir ejderhaya dönüşmüş yine Levhalar, gökten indirilmiştir. Kendisinden aşkın bir anlamı taşıyan bu objeler, yan anlamlara çağrışım yapmışlardır⁴.

Kendilerinden her bahsedildiğinde farklı çağrışım yapma özelliğine sahip bu semboller, bazı topluluklarda kutsal çağrıştırmakta bazılarında ise bir

1 Ömer Faruk YAVUZ, “Kur’an’da Kutsal Mekân, Zaman ve Eşya Kavramlarının Sembolik Değeri”, *Milel ve Nihal, İnanç ve Kültür Mitoloji Araştırmaları Dergisi*, Y. 3, S. 1-2, Aralık 2005-Haziran 2006, s. 42.

2 *İbid.*, s. 42.

3 *İbid.*, s. 56

4 *İbid.*, s. 65.

kimlik tezahürü olmaktadır⁵. Aynı şekilde İsa haçı da Hıristiyanlığın kuvvetli bir sembolü iken, Kipa ya da Kippa Musevilerin başlarına taktıkları bir örtü ya da küçük takkidir.

Semboller, kültür ile sıkı bir bağ içerisindedir. Zira, sembol kültürün görünen ve görünmeyen tüm unsurlarını ihtiva eder. Sembolün çağrışımında herkesin aynı şeyi anlaması amaçlanır. Bu bakımdan, bir sembolün kullanılması, kullanan kişinin dini inanç, kültür ve tarihi değerlerini çağırıştırır⁶. Yine sembol, kendi gerçekliğini aşan başka bir gerçeklik veya bu gerçekliği tasvir eden nesne şeklinde de anlaşılmaktadır⁷. Sembolizm unsurları hiçbir şekilde gözardı edilemez. Bu çerçevede evrensel bir “olguya” da işaret etmektedir⁸.

2. Kamusal Alan

Kamusal alan kavramı, yirminci yüzyılın son dönemlerine rastlayan yoğun tartışma kavramlarından birisidir. Kısaca insanların bir araya geldiği mekân olarak⁹ tanımlanmaktadır.

Kamusal alan kavramı, dinin toplumdaki dönüştürücü fonksiyonu ile birlikte ele alındığında, sosyolojik kurumlardan ayrı düşünülemez¹⁰. 1990’lardan sonra yoğun bir şekilde gündeme gelen kamusal alan kavramı, dinin bu dönüştürücü fonksiyonu ile devletin bir müdahale aracı olarak kullanıldığı iddialarına maruz kalmıştır¹¹. Devletin bir müdahale aracı olarak kullandığı kamusal alan, toplumsal temsil ve taleplerin de bir yansıması ola-

5 Robert A. ORSI, *Religious Studies*, Cambridge University Press, New York, 2012, s. 86; Laurent BERGER, “Why Maurice Bloch’s Work on ‘Religion’ Is Nothing Special but Is Central”, *Religion and Society: Advances in Research*, 1 (2010): 14–18, s. 16.

6 Selçuk Kürşad KOCA, “Genel Hatları ile Kültür ve Sembol İlişkisi”, *SAÜ Fen Edebiyat Dergisi*, 2010-II, s. 90.

7 Galip ATASAGUN, *İlahi Dinlerde (Yahudilik, Hıristiyanlık ve İslam’da) Dini Semboller*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı Dinler Tarihi Bilim Dalı, Konya 1996, s. 1, dipnot 4, Benjamin Franklin Kimpel, *The Symbols of Religious Faith*, New York, 1954, s. 132.

8 Hüsni AYDENİZ, “Semboller, Sembolün Anlam Kaybı ve Etkilerine Gelenekselci Bir Yaklaşım (Rene Guenon Örneği)”, *EVEV Akademi Dergisi*, Y. 15, S. 48 (Yaz 2011), s. 88.

9 Özlem ULUÇ, *Kamusal Alanda Din*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı Din Sosyolojisi Bilim Dalı, İstanbul 2001, s. 8.

10 *İbid.*, s. 9.

11 *İbid.*, s. 14.

rak gündeme gelmiştir¹². Toplumsal temsil ve meşruiyet talepleri ile kamusal alanda ortaya çıkan dinler, farklı din ve düşünce grupları ile birlikte yeni bir çatışma zemini oluşturmuşlardır. Özellikle, bazı semavi dinlerin resmî düzeyde tanınmış olması bu çatışma zeminini genişletmiştir¹³.

Kamusal alanı bir ayrışma alanı olarak gören Habermas, 17. yüzyıldan itibaren incelemeye başladığı bu alanı, tarihsel süreç bağlamında araştırmıştır. Habermas'ın “Kamusal alanın Yeniden Dönüşümü” adlı eseri, “*burjuva kamusal alanını tanımlamış ve gelişmelerle burjuva kamusal alanından sosyal yaşamdaki sivil toplumun yarattığı ‘farklılaşmış’ kamuya*”¹⁴ evrilmiştir. Kamusal alan, toplumun devleti etkileyebildiği bir alan olmakla, aynı zamanda vatandaşların gerekli bilgiyi elde ettiği bir alandır¹⁵. Bu alan, ideal olarak tarafsız olmalı ve devlet zorundan arındırılmalıdır¹⁶.

KEYMAN ise kamusal alanı, “Rasyonel-yasal otoriteyi yaşama geçiren modern-devlet iktidarının meşruluğunu yalnızca yasalarla değil, aynı zamanda diyalog ve iletişime dayalı bir rasyonellik anlayışı üzerine kurulmuş normatif ilkeler yoluyla değerlendirilebildiği” bir alan olarak ifade etmektedir¹⁷.

3. Gelenek ve Modernizm Bağlamında Dini Semboller

Aydınlanma ile birlikte Avrupa’da ortaya çıkan ve düşünsel temellerini Hegel ile bulan modernite, 17. ve 18. yüzyıla damgasını vurmuştur. Modernite, yeni bir yaşam formu ve düşünce biçimini ifade etmektedir¹⁸.

Modernite, rasyonalizme vurgu yaparak insan aklını ön plana çıkarır ve onu nihai amaç kılar¹⁹. Modernite ile birlikte bireyin ön plana alınması, kim-

¹² *İbid.*, s. 18.

¹³ Judith BUTLER, Jürgen HABERMAS, Charles TAYLOR, Cornel WEST, *The Power of Religion In The Public Sphere*, Columbia University Press, New York, 2011, s. 2.

¹⁴ Ülker YÜKSELBABA, *Habermas'ta Kamusal Alan/Özel Alan Ayrımı*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2008, s. 50.

¹⁵ *İbid.*, s. 80.

¹⁶ *İbid.*, s. 289.

¹⁷ Fuat KEYMAN, “Kamusal Alan ve ‘Cumhuriyetçi Liberalizm’: Türkiye’de Demokrasi Sorunu”, *Doğu-Batı Düşünce Dergisi*, Y. 2, S. 5, Kasım, Aralık, Ocak 1998-9, s. 59.

¹⁸ Fazilet DALFİDAN, *Türk Modernleşmesi Sürecinde Değişen Kadın Kimliği, Muhafazakar Kadınların Kamusal Alandaki Görünürlüğü Üzerine Sosyolojik Bir Değerlendirme*, Yüksek Lisans Tezi, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyoloji Anabilim Dalı, Aydın 2012, s. 7.

liklerin değer kazanmasına yol açmıştır. Özellikle ulus devletlerin kurulmasına yol açan modernizm, kimlik kavramının yeniden tartışılmasına yol açmıştır. İnsanlar, modernizmin homojenize yapısı karşısında, kimliklerinin tanınırlığını istemişlerdir²⁰. 20. yüzyılın son çeyreğinde kamusal alan tartışmalarıyla moderniteye ait pek çok kavram da sorunsallaşmaya başlamış, getirmiş olduğu özgürlük ve düşünce biçimleri eleştirilmeye başlanmıştır²¹.

Modernizm devlet ve toplum ilişkilerine bir çözüm arayışının da sonucudur. Bu arayış iki sonucu oluşturmuştur. Birincisi, Machiavelli ve Hegel'in ortaya attığı otoriter, hikmet-i hükümet uygulamalarında bulunan devlet. İkincisi, sosyal sözleşmeye dayanan ve devletin haklar temelinde sınırlandırıldığı devlet. Klasik liberal anlayışı oluşturan bu görüş devletin her alanda sınırlandırılması gereğinden bahseder. İşte bu sonuncu anlayış, hukuk devleti anlayışının da temelidir²².

Avrupa'da düşünsel temelleri atılan modernizm, her ne kadar insan aklını, düşüncede rasyonalizmi konu edinse de Türk Modernleşmesi, formel bir algıya dayanır. Görsellik ön plandadır. Hatta ulus devlet inşasında, modernizme dayanan kadrolar, temel olarak kadının özgürleşmesini ele almaktadır. Bunun için kadın, geleneksel kıyafetlerden arındırılacaktır. Ve böylece modern ve çağdaş kadın ortaya çıkacaktır²³. Cumhuriyet dönemine damgasını vuran biçimsel modernizm algısı, toplumda "öteki" leşmeyi hızlandırmış. Modern ve çağdaş kadın karşısında geri ve cahil kadın algısı oluşturulmuştur. Kadın kimliği üzerinden giden bu modernleşme düşüncesi, 80'li yıllara kadar devam etmiştir. Özellikle 80'lerin sonunda geleneksel dindar kadının iyi eğitim almış ve üniversite mezunu olması, kendilerini kamusal alanda görünür kılmış, artık radyo ve televizyonlarda bu kadınlar boy gösterir olmuşlardır. Geleneksel dindar kadının kimliği, resmî ideolojinin cahil, edilgen ve geleneksel Müslüman tiplmesi karşısında mevzi kazanmıştır²⁴. Bu doğ-

19 *Ibid.*, s. 8.

20 *Ibid.*, s. 86.

21 Fazıl Hüsnü ERDEM, "Müdahale, Mücadele ve Müzakere Mekânı Olarak Kamusal Alan", *Köprü Dergisi*, Yaz 2007, S. 99, s. 1.

22 Gülay ERCİNS, "Demokrasinin bir Önkoşulu Olarak Kamusal Alan ve Türkiye'de Kamusal Alan Algısı", *C. Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 14, S. 1, 2013, s. 304.; Coşkun Can AKTAN, "Leviathan: İnsan Haklarının Koruyucusu mu, Yoksa İhlalcisi mi?", *Yeni Türkiye Dergisi*, Y. 4, S. 21, Mayıs-Haziran 1998, s. 500.

23 *Ibid.*, s. 27.

24 *Ibid.*, s. 29.

rultuda türban ya da başörtüsü, modernizmin ve batılılaşmanın tartışma konularından birisi olmuştur²⁵.

4. Azınlıklar ve Dini Sembol Kullanma Hürriyeti

Dini sembollerin kullanılması bakımından azınlık kavramının tanımlanmasında fayda bulunmaktadır. Zira, Avrupa’da, inanç özgürlüğü bağlamında azınlıkların kendi din, dil ve kültürlerini yaşamalarına sınırlı da olsa izin verilmekte, din özgürlüğünün doğal sonuçlarından olan dini sembollerini kullanma ya da takma hakkı azınlıklar bağlamında yoğun bir şekilde tartışılmaktadır.

Bir tanıma göre, “*Bir devletin nüfusunun geri kalanına göre sayısal olarak az olan, egemen konumda bulunmayan, üyeleri o devletin vatandaşı olan ve nüfusun geri kalanından farklı etnik, dilsel ya da dinsel özelliklere sahip olan, kültürlerini, geleneklerini, dinlerini veya dillerini korumaya yönelik üstü örtülü de olsa bir dayanışma duygusu gösteren grup*”²⁶ olarak azınlık kavramı açıklanmıştır. Bu azınlık tanımında dikkati çeken husus, din ve dini sembollerini takma ve kullanma özgürlüğü için vatandaşlık bağının aranmakta olmasıdır. Azınlık kavramını sosyoloji ve hukuksal değerlendirmeye tabi tutan ORAN ise, “*bir toplulukta sayısal bakımdan azınlık oluşturan, başat olmayan ve çoğunluktan farklı niteliklere sahip olan grup*”²⁷ olarak tanım yapmaktadır.

Bu iki tanıma göre bir azınlığın belirlenmesinde; niceliksel azlık ve egemen olmama, farklı sosyolojik özellikler, tabiiyet, bilinç ve çoğunluğun baskısı²⁸ gibi nitelikler dikkati çekmektedir. Dini sembollerin kamusal alanda kullanılması, pek çok sorunu gündeme getirmiştir. Özellikle etnik, dilsel

25 Canan TANIR, *Clothed Bodies That Matter: In Search of a Feminist Perspective on the Headscarf Controversy*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kültürel İncelemeler Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2009, s. 30.; Türkiye’de başörtüsü tartışmaları öyle bir hal almıştır ki, bırakınız idare edenleri, yüksek mahkeme kararlarında bile konu “toplum için zararlı”, “çarpık”, “sapkın”, “bağnaz” gibi basit ifadelerle yer almıştır. Bkz. Sami SELÇUK, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Yeni Türkiye y.*, Ankara, 1998, s. 35.

26 Pınar BAŞBİLEN, *Avrupa Birliği’nin Etnik ve Dini Kimliklere Yaklaşımı: Güneydoğu Anadolu Bölgesi Örneği*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı, Ankara 2008, s. 11. Bu tanım, aynı yazara göre, BM İnsan Hakları Komisyonunun Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu özel raportörü Francesco Capatorti tarafından yapılmıştır.

27 *Ibid.*, s. 27.

28 *Ibid.*, s. 14.

ve dini azınlıkların var olduğu Avrupa, konuya farklı bir perspektifle yaklaşma eğilimindedir. Avrupa Birliği de (AB) azınlık sorunu konusunda tutarlı bir politika üretememiş bu konuda üye devletlere serbesti tanımıştır²⁹.

Çokkültürlü toplum oluşturmayı benimseyen Batılı demokrasiler, ilk zamanlar eşitlik temelinde gördükleri “birlikte yaşama düşüncesini”, sonraları farklı toplum talepleri ile birlikte yeniden ele almak zorunda kalmışlardır. Zira farklı toplum talepleri, daha fazla siyasal ve hukuksal özerklik alanı inşa edecektir. Bu bakımdan ilk zamanlar oluşturulmaya çalışılan farklılık talepli kamusal alan inşası sonraları yeni bir çatışma alanı oluşturmuştur. Bu çatışma alanı, azınlıkların görünürlüğü ile kültürel homojenleşmeye doğru evrilmektedir³⁰.

Roma Antlaşması 151/1. maddesi “Topluluğun, ulusal ve bölgesel çeşitliliğe saygı gösterirken, üye devletlerdeki kültürlerin gelişmesine de katkıda bulunması” hükmünü içermektedir. Bu hüküm, Avrupa’daki azınlıkların ya da kültürel farklılıkları bulunan toplulukların varlığını kabul etmekte ve bunların temel kültürel değerlerinin korunmasını ilke olarak benimsemektedir³¹. Böylelikle, Avrupa’da dini sembollerin kamusal alanda kullanılabilirliği yasal bir zemine oturmaktadır.

Azınlıkların kültürel farklılıklarını koruyan bir diğer hukukî metin, 1987 tarihli Tek Senet’tir. Giriş bölümü, “Demokrasiyi birlikte yaşatmak amacıyla üye devletlerin yasal ve anayasal düzenlemelerinde, AIHS’de ve Avrupa Sosyal Şartı’nda yer alan temel haklara, özellikle özgürlük, eşitlik ve sosyal adalet kavramlarına dayanarak demokrasiyi birlikte yaşatmak” düzenlemesini içermektedir³². Bu düzenlemede yer alan “demokrasiyi birlikte yaşatmak, çatışmacı ve homojen bir yaşam algısından, çok kültürlü ve farklı toplumsal taleplere cevap veren bir demokrasi düşüncesine yer vermektedir.

Aynı şekilde 1999 Amsterdam Anlaşması 13. maddesi toplumsal ayrımcılık ile mücadele edilmesi gereğinden bahsetmekte ve bu konuda azınlıklar yararına pozitif ayrımcılık yapılmasını tavsiye etmektedir³³. AB Anayasası

29 *İbid.*, s. 26.

30 Peter G. DANCHIN and Elizabeth A. COLE (Edit.), *Protecting The Human Right of Religious Minorities In Eastern Europe*, Columbia University Press, New York, 2012, s. 33.

31 BAŞBİLEN, *Avrupa Birliği’nin Etnik ve Dini Kimliklere Yaklaşımı: Güneydoğu Anadolu Bölgesi Örneği*, s. 30.

32 *İbid.*, s. 30.

33 *İbid.*, s. 33.

da 80 ve 81. maddeleriyle topluluklar arasında eşitlik, ayrımcılık yasağını ve farklılıklara saygıyı temel almaktadır³⁴. Diğer taraftan 1976 tarihli Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi 27. maddesinde, farklı etnik ve dinsel toplulukların birlikte yaşam haklarından açıkça söz etmekte ve bunlara yönelik yer türlü ayrımcılığa karşı durulacağını belirtmektedir³⁵. BM Genel Kurulu 47/135 sayılı kararıyla, Ulusal ya da Etnik, Dinsel ve Dilsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Haklarına İlişkin bir bildirge yayımlamıştır. Bu bildirgede, diğer hukuksal metinler gibi, farklı kültürel toplulukların eşit yaşam, ayrımcılık yasağı ve kimliklerinin korunması haklarından yararlanacağını ifade etmektedir³⁶. 1990 tarihli Kopenhag İnsanî Boyut Konferansı Belgesi, dinsel azınlık kimliklerinin korunması konusunda düzenlemeler içermekte ve dinsel kimliklerin teşvik edileceğini belirtmektedir³⁷.

Avrupa’da dinsel azınlıkların kimliklerinin korunacağı ve teşvik edileceğine ilişkin belirtilen hukuksal metinlere rağmen özellikle Fransa bir entegrasyon krizi yaşamaktadır. Fransa’da yaşayan Müslüman nüfusun sayısal artışına bağlı olarak, kamusal alanda daha fazla görünür olmaları, eşitlikçi söylemin yerini çatışmacı ve yasaklayıcı bir retoriğe bırakmıştır³⁸.

5. Küreselleşme ve Kimlik Farkındalığının Dini Sembollere Etkisi

Toplumların her bakımdan birbirleri ile olan etkileşimlerinin artırılması ve bu sayede dünyanın küçük bir köye dönüşmesi anlamına gelen küreselleşme olgusu, birey, topluluk ya da devletleri birbirine bağlamaktadır. Bu bağ, gelişen teknoloji ve göçler sayesinde her olayın ya da olgunun yayılmasını sağlamıştır. Düşünceler, internet teknolojisi, dini inanışlar ve semboller bu yayılmanın belli başlı unsurlarıdır.³⁹

Kimlikler ise, kişisel özelliklerin tümüdür. İnsana ait olan her özellik kimliğin konusunu oluşturur. Bu özellikler, kişinin bulunduğu toplumun geçmişi, yaşadığı çağı ve geleceğe birlikte bakabilme duygusuna göre şekil-

³⁴ *Ibid.*, s. 35.

³⁵ *Ibid.*, s. 36.

³⁶ *Ibid.*, s. 37.

³⁷ *Ibid.*, s. 38; Peter CUMPER and Steven WHEATLY, *Minority Rights in The New Europe*, Kluwer Law International, Netherland, 1999, s. 53.

³⁸ *Ibid.*, s. 30. Dipnot 142, Deniz Altınbaş, “Avrupa ve Çokkültürlülük: Fransa Örneği”, *Stratejik Analiz*, Sayı: 78, Ekim 2006, s. 56.

³⁹ Mustafa ERDOĞAN, “Küreselleşme, Hukuk ve Türkiye”, *Liberal Düşünce Topluluğu*, <http://www.liberal.org.tr/incele.php?kategori=MTg=&id=NzIw>, ET. 01.11.2013, Saat:11.20.

lenir⁴⁰. Kimliklerin görünürlüğü, bazı sosyal kimlikleri de gündeme getirmiştir. Örneğin muhafazakârlık bunlardan bir tanesidir. Ancak konumuzu sınırlandırmak bağlamında bu konuya yer vermeyeceğiz. Sadece dini sembollerin yükselişinde muhafazakârlığın rolünü belirtmekle yetineceğiz. Muhafazakârlık, içerisinde geliştiği toplumun, sosyal, siyasal ve tarihsel gelişimine göre şekillenen bir yaşam biçimidir⁴¹. Bu yaşam biçimi, dini sembollerin dışavurumunda önemli bir rol üstlenmektedir. Zira sembole ilişkin tüm anlamlar bu yaşam biçiminin bileşenlerini oluşturmaktadır.

İşte bu bağlamda küreselleşme, kimliklerin hızlı değişimine ve etkileşimine de neden olmuş ve tüm bu etkileşimlerin hukuken ya da siyasal olarak gerçekleştiği bir kamusal alan oluşturmuştur. Kamusal alanda bireyin ayırt edici unsuru kimliklerdir. Kimlikler, bireyin içerisinde bulunduğu toplumun sosyo-kültürel yapısı ile şekillenmektedir. Ayrıca birey, kimliğini inşa ederken, kendisini bir başkasına göre ifade eder. İşte bu ifade etme biçimi “öteki” diye kavramsallaştırdığımız, farklı düşünme, yaşama ve sembolleştirme kalıplarına sahip birey ya da toplum gruplarına göre belirir⁴².

Bireyin, ötekine göre şekillendirdiği düşünce ve yaşama kalıpları, aslında modernizm tasavvuruna karşı bir tepkinin ifadesidir. Modern birey, rasyonel, tekdüze, mutlak doğrular ile sonsuz düzlemde yer alırken, kendisine standart oluşturur. Modern bireyin kimliği, farklılıklardan oluşmaz. Aksine, homojenlik ve rasyonel algı, modern bireyin tek doğrusudur. Diğer taraftan, modernizmin bu evrensel doğrularına karşı, farklı düşünce, yaşam, kültür ve hatta din tasavvuru geliştiren ve kendisini “öteki” ne göre konumlandıran birey, postmodern yapıda yerini alır⁴³. Kimliği hatta dini sembolü şekillendiren unsur, bireyin içinde yaşadığı toplumun sentezidir. Bu sentez sadece güncel ilişkilerin değil, aynı zamanda geçmişin de bir terkidir⁴⁴. Semboller kavramsallaştırması, modernizmin rasyonel, pozitivist ve homojen yaşam kültürü karşısında, sembollerin anlam kazanmasına ve nihayet kimliğin oluş-

40 İlkur MEŞE, *Ulus Devlet Olma Yolunda Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Siyasal Kimlikleri ve Modernleşme*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyoloji Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 30.

41 İsmail SAFİ, *Türkiye'de Muhafazakarlığın Düşünsel-Siyasal Temelleri ve Muhafazakar Demokrat Kimlik Arayışları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2005, s. 20.

42 İbrahim AKKAŞ, *Küreselleşme Sürecinde Kimlikler*, Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı, Elazığ, 2008, s. 81.

43 *Ibid.*, s. 103.

44 *Ibid.*, s. 129.

masına pozitif katkı yapar. Geleneksel çatışmacı üslup yerini postmodern ve heterojen değerler üreten bir forma dönüştürür⁴⁵.

B) Türkiye’de Kamusal Alan ve Başörtüsü Sorunu

1. Türkiye’de Kamusal Alan Tartışmaları

Cumhuriyet Türkiye’sine Osmanlı’dan tevarüs eden cemaatçi, geleneksel ve kültürel farklılıklara dayanan kamusal alan, devleti yönetenler tarafından tektipleştirici bir forma dönüştürülmüştür. 1980’li yıllara kadar devam eden bu dönüştürücü form, tek bir toplum modelini oluşturmaya çalışmış, farklılıklara karşı bir duruş göstermiştir. 80’li yıllardan sonra Türkiye’de başlayan yapısal dönüşüm özellikle liberalizm politikalarının ivme kazanması, bu tektipleştirici toplum modelini tartışmaya açmıştır.

Türkiye’de yoğun bir şekilde başlayan kamusal alan tartışmaları, İslâmi sembolizm üzerinde yaşanmıştır⁴⁶. Kamusal alanı laiklikle ilişkilendiren resmî ideoloji, laik sıfatının neye ya da kime ait olacağını belirlememiştir. Bu yüzden Türkiye’de kamusal alan tartışmaları hep laiklik ile ilişkili ve bu yüzden soyut bir form kazanmıştır⁴⁷. Diğer taraftan, Türkiye’deki tartışmalar, kamusal alanı dizayn etme ve sahiplenme biçimindedir. Bu kavram Türkiye’de bir dönüştürme ve ötekileştirme projesinin konusu yapıldığı için, iktidarın meşrulaştırıcı bir araçtır da. Dolayısıyla Türkiye’deki kamusal alan, ideolojik kaygıların yoğun yaşandığı bir konu olmuştur⁴⁸. Avrupa’da ise daha 18. yüzyılda netlik kazanan kamusal alan kavramı, yalnızca aile ve yakın çevrenin bulunduğu bir anlamda değil, farklı insanları, bunların tanıdıklarını ve yabancıları da içine alan anlamda kullanılmıştır⁴⁹.

90’lı yıllar ile birlikte, kamusal alan tartışmalarında daha belirgin olan İslâmi sembolizm, İslâmi cemaatlerin güçlenmesi ile birlikte bir hak mücadelesine dönüşmüştür. Ancak bu hak mücadelesi, eskiye oranla daha sistemli

⁴⁵ *Ibid.*, s. 139.

⁴⁶ Nazım ONAT, *Kamusal Alan ve Sınırları*, Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2010, s. 89.

⁴⁷ Ahmet BATTAL, “Kamusal Alan”, *Köprü Dergisi*, Kamusal Alanda Din-Siyaset-Toplum İlişkileri, Yaz 2007, S. 99, s. 1.

⁴⁸ Talip KÜÇÜKCAN, “Kamusal Alan”, *Köprü Dergisi*, Kamusal Alanda Din-Siyaset-Toplum İlişkileri, Yaz 2007, S. 99, s. 1.

⁴⁹ Zafer YILMAZ, *Hannah Arendt’te Özel Alan-Kamusal Alan Ayrımı ve Modern Çağda Toplumsal Alan*, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, Erzurum, 2007, s. 2.

ve insan haklarına eklenmiş bir yapıyla ortaya çıkmıştır. Türkiye’de yaşanan kamusal alan tartışmaları, “türban yasağının meşrulaştırılması” özelinde somutlaşmaktadır. Kavrama sahip çıkanlar, bu alana devletin alanı olarak bakarlar, kavramı farkı taleplerin ifade edildiği bir alana dönüştürmek isteyenler ise “milletin alanı”na tahvil etmek istemektedirler. Kavramın temsiliyet ve meşruiyet krizi oluşturması, kavrama farklı anlamlar verilmesi nedeniyle oluşmuştur. Hak ve sınırlama temelindeki tartışmalar mücadelenin odak noktasını oluşturmaktadır⁵⁰. Kamusal alanda yaşanan tartışmalar, anayasal haklar temelinde çözülebileceği gibi, geliştirilecek yeni bir modelleme ile de soruna çözüm getirilebilecektir⁵¹.

Türkiye’de Cumhuriyet’in ilânı ile birlikte kamusal alan yeniden oluşturulmaya başlanmıştır. Bu kamusal alan, batıdaki aksine burjuva kesiminde değil, devleti yönetenlerce şekillendirilmiştir⁵². Devleti yönetenler, kamusal alanı kadının kimliği üzerinden inşa etmiş ve kadın kimliği üzerinde durmuşlardır. Zira, modern algı, kadının kimliği ile oluşturularak, yenileşmenin somut görüntüsü ortaya çıkartılmıştır⁵³. Bu dönemde ortaya çıkan kamusal alan, büyük ölçüde Habermas’ın kamusal alanını yansıtmaktadır. Habermas’ın kamusal alanı evrenselliği, tektipçiliği ve homojenleşmeyi öncülerken tek bir kamusal alan gerçeğinden hareket eder. Yani, kamusal alan dönüştürülmesi gereken bir alandır⁵⁴. Devletin, kamusal alan tasavvuru katı pozitivist bir algı ile 60’lı yıllara kadar sürmüştür. Bu yılların nisbeten özgürlükçü havası, İslâmcıların kamusal alana dâhil olma istekleri ile yeniden şekillenmeye başlamış, özellikle 90’lı yıllar ile birlikte kamusal alan farklılık talepleri ile daha fazla tartışılır olmuştur⁵⁵.

Türkiye’de kamusal alan tartışmalarında kentleşme ve kente özgü dindarlık formlarının önemli olduğu bir gerçektir. Zira kente özgü dindarlık, kamusal alanın farklılaşması ile dini sembollerin ifade edilmiş biçimlerine

50 Çağla Kubilay, “İslamcı Söylemde Kamusal Alan Tasavvuru: Devletle Tanımlanan Kamusal Alanın Millete Tahvili ve Kamusal Alanın Reddi”, *Alternatif Politika*, C. 1, S. 3, Aralık 2009, s. 348.

51 ONAT, s. 90.

52 Evren HASPOLAT, “Siyasal İslam ve İslamcı Kadının Kamusal Alana Katılımı”, *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, C. 5, S. 17, Kış:2006/2007, s. 10.

53 *İbid.*, s. 10.

54 *İbid.*, s. 11.

55 *İbid.*, s. 13-14.

doğrudan etki etmektedir⁵⁶. Kente özgü dindarlık ya da kent dindarlığı, geleneksel, cemaatçi ve kuşatıcı köy dindarlığı ya da halk dindarlığının aksine rasyonel, tüketim talepleri güçlü, bireyci bir dindarlık türüdür. Bu dindarlık, kamusal alan ve dini sembollerin özel alandan görünür alana geçiş sürecinde başat rol üstlenmiştir. Rasyonel kent dindarı, kamusal alanda daha fazla görünmekte bu ise dinî sembollerin kullanılmasıyla gerçekleşmektedir⁵⁷. Bu anlamda, Türkiye’de dinsel sembolizm üzerinden yaşanan tartışmaların temeli, kentleşme ve kent dindarlığı ile başlamış, 50’li yıllarla başlayan iç göç olgusu, çevreden merkeze yönelik talepleri bu çerçevede arttırmıştır. Kitlelerin kent merkezlerinde yoğunlaşması, sadece tüketim taleplerinde içkin olan talepleri değil, dini anlayışları ve anlayışların tezahürü olan sembolleri de kamusal alana taşımıştır⁵⁸. Şerif Mardin bu durumu “çevrenin merkezi fethi” olarak adlandırmaktadır. Zira geleneksel din kültürü, kent kültürünü işgal etmiş ve hatta dönüştürmüştür⁵⁹.

Türkiye’deki kamusal alan tartışmaları aslında siyasal İslâm tartışmasıdır. Bu tartışmalar da başörtü veya türban öne çıkarken yeni bir kimlik ortaya çıkmıştır: “Rozetçi Kimliği”. Bu kimlik, bir tepki niteliği taşımaktadır. Ve “öteki” ye tepkinin bir tezahürüdür. Kamusal alanda ortaya çıkan siyasal İslâm’a karşı batılı değerleri ve laikliği benimsediğini ifade eden bu kimlik, İslâm’ın yükselen bir değer olmasına karşı çıkmakta, bu protest duruşunu ise yeni bir savunma biçimi ile ifade etmektedir. Özellikle muhafazakâr partilerin Türk siyasi yaşamında belirgin bir biçimde ortaya çıkışları, bu kesimi “Atatürk Rozetleri” ile oluşturulan yeni bir sembolizme götürmüştür⁶⁰.

Kamusal alan tartışmalarında türbanın sosyolojik rolünü göstermesi bakımından yapılan incelemeler konunun bugün itibariyle geldiği noktayı göstermesi bakımından ilginçtir. Bu konuda Göle’nin yapmış olduğu saha çalışmasında türbanlı bir kız: “Ben türban takan bir kızla asla derin bir ilişkiye girmem. Türban yalnızca dini bir gerek değil bence, bir görüşün simgesi o. Bu yüzden ben türbana karşıyım. Eğer daha önce tanıdığım biri türban takarsa arkadaşlığımı keserim. Kesinlikle buna tahammül edemem, benimle

⁵⁶ Celaleddin ÇELİK, “Kentleşme Sürecinde Dini Hayat”, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şaban Kuzgun’un Anısına, S. 11, Kayseri 2011, s. 140.

⁵⁷ *Ibid.*, s. 141.

⁵⁸ *Ibid.*, s. 145.

⁵⁹ *Ibid.*, s. 10, dipnot. 59, Şerif MARDİN, *Türkiye’de Din ve Siyaset*, İstanbul 1991, s. 234.

⁶⁰ Nilüfer GÖLE, *İslamın Yeni Kamusal Yüzleri*, Metis y. 2009, s. 127.

aynı fikirleri paylaşmayan biriyle anlaşamam.”⁶¹ Muhafazakâr bir erkek öğrenci: “Onlar için öncelikle “Tanrı’ya inanani” ayırt etmeye yarıyor. Ama türbanın işlevi bununla sınırlı değil. Türban, diğerleri gibi bir giyim tarzı olsa da, saygı görme isteği de bu giyimin seçimini etkiliyor. Görüşmelerimizden, “namus” figürü olan bir türbanlı kız simgesi çıktı. Türban takan bir kız, sokakta erkekler tarafından atılan laflara ve bakışlara maruz kalan diğer kızlardan daha fazla saygı görüyor. Türbancı kategorisine giren bir erkek öğrencinin türbancılar hakkındaki şu sözleri anlamlı: Sokakta bir kız gördüğümde, insanın aklından her türlü şey geçer ama şurada türbanlı bir kız geçse, yani onu diğer kızların arasında görünce, hiçbir zaman hakkında kötü bir şey düşünmem. Saygı duyarım, onun ciddi biri olduğunu düşünürüm, kimseyi tahrik etmeye çalışmıyor, ciddi, namuslu.”⁶² Yine lise çağındaki bir kız öğrenci: “Otobüste, yolda yürürken kimse seni rahatsız etme, laf atmaz. Kimse seni hafif bir kız sanmaz. Gerçekten insanlar daha çok saygı duyuyorlar türban takınca.” Diğer bir kız öğrenci ise: “Türban takmak istiyorum, çünkü bu Kur’an’da yazılı ve ben Kur’an’a inanıyorum. Müslümanım, dinimin gereğini yerine getirmek istiyorum. Namaz gibi bu da emredilmiş.”⁶³ yorumlarında bulunmuşlardır.

Bu durumda göstermektedir ki, İslâmî aktörlerin kamusal alanı kullanma biçimleri modernizm ve geleneğe bağlı olarak bir değişim göstermekte, dini semboller yeni ifade biçimlerine dönüşmektedir. Bu dönüşüm, kentsel yaşam biçimleri, tüketim talepleri ve alışkanlıkları ya da kamusal hayata dâhil olma pratikleri ile gerçekleşmektedir⁶⁴.

Kamusal alanda yaşanan değişme ve dönüşme, geleneksel yaşam formlarını da etkilemiştir. Cinsiyet ilişkileri ve dini sembolleri kullanan kişilere karşı farklı tutum kalıpları kırılmaya başlamıştır. Başörtülü bir üniversite öğrencisi yaşadığı çelişkiyi şu şekilde ifade etmektedir: “İlesam’a ilk gittiğimde aynı kimliği paylaştığımı düşündüğüm insanların bu kimliği çok farklı şekillerde, hiç alışık olmadığım bir tarzda dışavurdıklarını fark etmiştim. Ortam, o zamana kadar tabu saydığım, hiç sorgulamadığım şeylerin sarsılmasına yol açtı. Tek bir kimliğin bu kadar farklı şekillerde ifade edilmesi benim için çok şaşırtıcıydı. Erkekler kızlar aynı masada oturuyoruz ki, bizim evde mesela misafir gelince zaman zaman erkekler ayrı odada kadınlar ayrı

61 *Ibid.*, s. 139.

62 *Ibid.*, s. 132.

63 *Ibid.*, s. 133.

64 Uğur KÖMECOĞLU, “Örtünme Pratiği ve Toplumsal Cinsiyete İlişkin Mekansal Bir Etnografi”, *Doğu-Batı Dergisi*, Y. 6, S. 23, Mayıs, Haziran, Temmuz 2003, s. 48.

odada oturur. Bu kadar erkeğin arasında nasıl oturacağım demiştim ilk başlarda. Kendimin bile bazen garipsediği şeyler vardır. Ben hala açıkçası erkeklerin yanında bir genç kızın sigara içmesi fikrine alışabilmiş değilim, özellikle de başörtülü bir bayanın, ama bunu çok rahat yapan insanlar var.....”⁶⁵.

Diğer taraftan kamusal alanın hukukî değil, siyaset bilimine mahsus bir kavram olduğu da unutulmamalıdır. Kaldı ki, siyaset biliminde dahi, kamusal alan kavramı üzerinde net bir tanım birliği yoktur. KÜÇÜK’ün de belirttiği üzere “....siyaset bilimi alanında da, mahiyet ve içeriğine ilişkin bu belirsizlik yanında, ağırlıklı olarak, devlete air resmi alanı değil, tamamen toplumda müşterek olarak kullanılan kamuya açık sivil alanı ifade etmek üzere kullanılmaktadır”⁶⁶. Siyaset biliminin dahi üzerinde uzlaşmadığı bir kavram olan kamusal alan kavramının, yasaklamada ölçüt olarak kullanılmasının hukuksal dayanağı yoktur. Zira Anayasa Mahkemesi’nin bir hak ve hürriyetinin sınırlandırılmasında ölçüt olarak kullandığı Anayasa m. 13, yasallık ilkesine vurgu yapmakta, belirsiz kavramlar ile sınırlandırma yapılamayacağını değişik kararlarında vurgulamaktadır⁶⁷.

2. Türkiye’de Dini Sembollere İlişkin Bir Tartışma: Başörtüsü

Kadının giyim ve kuşamına ilişkin tartışmalar 19. yüzyıla kadar uzanmaktadır⁶⁸. Ancak Türkiye’deki tartışmalar 80 öncesine dayanmaktadır.

Özellikle Şule Yüksel Şenler’in Bugün Gazetesi’nde yazmış olduğu “İslam Kadını” adlı yazı Türk kamuoyunda tartışmalara neden olmuştur. Zamanın Cumhurbaşkanı Cevdet Sunay’da tepkisini şu sözlerle dile getirmiştir: “Ankara sokaklarında kapalı kadınlar ve kızlar görmekteyim. Her şeyden önce şunu bildireyim ki Kur’an’da örtünmek veya açılmakla ilgili hiçbir ayet yoktur. Kapalılığa teşvik eden öncüler mutlaka cezalarını göreceklerdir”.

⁶⁵ KÖMECİOĞLU, s. 49.

⁶⁶ Adnan KÜÇÜK, “Türkiye’de Bir Tuhafılık: “Başörtüsü Yasağı”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Y. 13, S. 51-52, Yaz-Sonbahar 2008, s. 92.

⁶⁷ Bkz. KÜÇÜK, s. 92, AYM., E. 2003/30, K. 2003/38, KT: 29.04.2003.

⁶⁸ Şeyda ÇAMLI, *Attitudes Towards Allowance of Headscarf in the Universities: A Terror Management Theory Perspective*, ODTÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Eylül, Ankara 2010, s. 16.

Bu olumsuz örneklerin varlığına rağmen, kamusal hayatta başörtüsüne karşı topyekûn bir mücadele de yoktur⁶⁹.

80'ler döneminde başörtüsü konusu, İslâmi aktörlerin siyaset sahnesinde yer almaya başlamasıyla yeniden bir iktidar ve güç mücadelesi konusu olmuştur. Bu dönemde gericiilik kavramları, siyasi muhalifleri bastırmanın bir aracı haline gelmiştir. Resmî ideoloji, Türk modernleşmesini bir iktidar pratiği olarak gördüğü için Türkiye'de bu dönemde başörtüsü söylemi, gericiilik retoriği haline dönüşmüştür⁷⁰.

1989 yılında 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu Ek m. 16 ile getirilen düzenleme, Türkiye'de dini sembollerin tartışılmasını derinleştirmiştir. Söz konusu düzenleme, yükseköğretim kurumlarında “*dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ya da türbanla kapatılmasını*” serbest bırakmıştır. Bu düzenleme Cumhurbaşkanı'nca Anayasa Mahkemesi'ne götürülerek iptal davası açılmıştır. Cumhurbaşkanı'nca iptal istemiyle açılan dava, laik devlette din duygularından esinlenilerek başörtüsüyle ya da türbana serbestlik getiren düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçeleriyle kabul edilmiş ve söz konusu düzenleme iptal edilmiştir⁷¹. Mahkemenin üzerinde durduğu hususlardan bir diğeri de dinsel dogmalarla, kamusal alana ilişkin hukuksal düzenleme yapılamayacak olmasıdır. Bu yaklaşım daha sonraları AİHM'de açılan Leyla ŞAHİN davasında da görülmüş, mahkeme kararında dini semboller ve dini dogmalar kavramı toplumu çatışmaya yol açma potansiyeli anlamında kullanılmıştır. Ayrıca, toplumda bulunan aşırı uçların bu sembol ve dogmalarına karşı tutum alınabileceği gibi, bunlara karşı yapılacak düzenlemelerin demokratik toplumda haklılığı gibi soyut varsayımlara dayanıldığı da görülmüştür⁷².

Yakın tarihte Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 10 ve 42. maddelerine ilişkin Anayasa Değişikliklerine karşı açılan davaya ilişkin 2008/116 K. Sayılı kararında Mahkeme, başörtüsü ile ilgili düzenlemenin, usûl bakımından aslî kurucu iktidar yetkisine müdahale edilmesi; esas bakımından ise

⁶⁹ Selin ÇAĞATAY, *Kemalizm ya da Kadınlık: Çağdaş Kadının Başörtüsüyle İmtihanı*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kültürel İncelemeler Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2008, s. 31.

⁷⁰ ÇAĞATAY, s. 32.

⁷¹ S. Alp LİMONCUOĞLU, “Türban Sorununun Hukuksal Boyutu Anayasal Değişiklik Çözüm Olur mu?”, *TBB Dergisi*, S. 75, 2008, s. 144.

⁷² *İbid.*, s. 150.

“laiklik” ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle iptal etmiştir⁷³. Bu karar, Yüksek Mahkemenin 89 ve 91 yılındaki kararları ile paraleldir. Ancak bir hususu vurgulamak gerekir ki, Mahkeme, bu kararında başörtüsünü “bi-reysel tercih meselesi” olarak görmüş, önceki kararlarında sıklıkla vurguladığı “çağdaş yaşama aykırılık” hükmüne ise yer vermemiştir.

Yüksek Mahkeme, eski yasakçı tavrını biraz yumuşatmakta, başörtüsünün bir özgürlük kullanımı olabileceğini kabul etmektedir. Ancak Mahkemeye göre bu özgürlük, başkalarının haklarını sınırlandırabilecek ve kamu düzenini bozabilecek mahiyettedir. Mahkeme, farklı yaşam biçimlerinin başkalarına bir dayatma aracı olarak kullanılabilmesini bunun ise zamanla baskıya dönüşmesi ihtimalinden söz etmektedir⁷⁴. Bizce de tamamen korku ve varsayımlara dayandığı düşünülen Karar, çoğunluğu Müslüman ülkede başkalarının haklarını sınırlayabileceği ve baskı oluşturabileceği şeklinde faraziyelere dayanmakta, özgürlükleri genişletmeyi değil, sınırlandırmayı temel almaktadır.

Bir hakka özgürlük tanımak, sosyolojik verilerin kuvvetine göre değerlendirilmeli iken, doğruluğu ispatlanmamış ve ideolojik bir refleks ile belli bir hareket tarzını yansıtan karar, toplumsal meşruiyete sahip değildir.⁷⁵ Devlet seçkinlerince ortaya atılan “başörtüsü yasağı” sosyolojik olarak hiçbir veriye dayanmamaktadır. Sorunu anlamadan ve empati yapmadan bu yasakçı tavrın sürdürülmesi, başörtüsünün siyasal islam ile özdeşleştirilmesi, devlet seçkinlerinin tek argümanıdır ve bir çelişkidir. Zira pozitivizm ya da deneysellik, doğruluğu ispatlanmış verilerden hareket eder. Bir taraftan pozitivizm anlam yükleyip diğer taraftan pozitivizm verileri ile çelişkiye düşmek ise bir ironidir⁷⁶.

Başörtüsüne ilişkin TBMM’de geçtiğimiz günlerde yaşanan mutabakat önemli olmakla birlikte, başörtüsünün hukuken yasak olmamasına rağmen Anayasa Mahkemesi gerekçesi gösterilerek yasağa başvurulması hukuk garantisi olmuştur. 2547 sayılı YÖK Kanunu Ek 17. maddesi, dini kıyafet serbesttir hükmünü taşımasına rağmen, farklı yorumlardan beslenilmiş, AİHM’in Leyla Şahin kararı da yasağa temel teşkil etmiştir. Kaldı ki AİHM, yasağın değerlendirilmesinde kendisini yetkisiz saymış, somut durumun

⁷³ Zühtü ARSLAN, “Başörtüsü, Ak Parti ve Laiklik, Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe”, *Seta Analiz*, S. 2, Ocak 2009, s. 5.

⁷⁴ *İbid.*, s. 10.

⁷⁵ *İbid.*, s. 12.

⁷⁶ *İbid.*, s. 14.

değerlendirmesini Türk mahkemelerine bırakmıştır. Hatta Yargıtay Eski Başkanı Sami SELÇUK da, AİHM kararının yasaklama ihtiva etmediğini belirtmiştir⁷⁷. Ayrıca, temel hakların mahkemelerde yargılama konusu edilmesinin hukuk devleti ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir⁷⁸.

C) Mukayeseli Hukukta Dini Semboller

1. Genel Olarak

Avrupa’da dini sembollerin kullanılmasına ilişkin tektip bir düzenleme yoktur. Bu konuda, Ukrayna, Türkiye ve İsviçre’nin bazı kantonlarında kamu çalışanlarına yönelik mutlak sınırlamalar varken, özel sektör çalışanlarında yasak bulunmamaktadır.

Aşağıda da incelediğimiz Fransa, Almanya ve Hollanda ile İskandinav ülkelerinde ise özel sektör çalışanlarına yönelik, işverenlerce sınırlamalar yapılabileceği kabul edilmektedir. Ancak, sınırlamalara ilişkin yasaklar, yasa düzeyinde değildir. Avrupa ülkelerinde özel sektör çalışanlarına yönelik işverenlerce getirilen sınırlamalarda da orantılılık, meşru amaç ve müşteri imajı gibi ilkelere riayet edilmesi gerekmektedir⁷⁹.

AİHM, AİHS m. 9’da din ve vicdan hürriyetine ilişkin dört unsura yer vermiş olup, bunlar inanma ve inanmama, dinin gereklerini yerine getirme, dini inancı başkalarına telkin ve tebliğ etme ve öğretim hürriyeti’dir⁸⁰. Mahkeme, 9. maddedeki “öğretim” hakkını geniş yorumlamakta, herkesin din ve inancını başkalarına ulaştırma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir⁸¹. Buradan bakıldığında, dini sembollerin yapmış olduğu çağrışım, bir dinin ya da inancın başkasına ulaştırılması hakkı çerçevesinde yorumlanabilecektir. Yine AİHM, din eğitimi ve öğretimi bağlamında ebeveynin haklarına saygı ve çoğulculuk ilkesini göz önüne alarak, dolaylı da olsa dini sembollerin inanç özgürlüğü içerisinde yer aldığını kabul etmektedir⁸².

⁷⁷ Ahmet MERCAN, “İhdas Edilmiş Başörtüsü Yasağı Sorunu Üzerinden Hukuk Devleti Anlayışı”, *Ümrân Dergisi*, Kasım 2010, s. 30.

⁷⁸ MERCAN, s. 31.

⁷⁹ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/eweidavd.pdf>, E.T: 20.11.2013, saat: 14:51.

⁸⁰ Adnan KÜÇÜK, “AB Üyesi Bazı Ülkeler İle ABD ve Türkiye’de Din Eğitim ve Öğretiminin Hukukî Çerçevesi”, *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 14, S. 55, Yaz: 2009, s. 62, dipnot. 1, Mustafa ERDOĞAN, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion: Ankara, 2007, s. 161.

⁸¹ *Ibid.* s. 63.

⁸² *Ibid.* s. 64.

1989 yılında, Müslüman üç kız öğrencinin sınıflarda başörtüsü kullanmak istemesiyle başlayan tartışma, Fransa'yı ikiye bölmüştür. Okul idaresinin başörtüsü talebine olumsuz yanıt vermesiyle karara uymayan öğrenciler, uzaklaştırma kararı almışlardır. O dönemin Milli Eğitim Bakanı olan Lionel Jospin, meselenin uzlaşısı ile çözülmesi gerektiği yönündeki açıklamaları sert tepkiler alınca, konu Danıştay'a götürülmüştür. Danıştay, başörtüsü kullanımını "din ve vicdan özgürlüğü" bağlamında değerlendirmiş; diğer öğrencilere baskı aracı olarak kullanılmadığı müddetçe bu hakkın kısıtlanamayacağı yönünde görüş belirtmiştir.

Yine Danıştay'a göre başörtüsü kullanımı, eğitimin normal işleyişine zarar verecek şekilde anlaşılacaktır. Fransız Danıştay'ın vermiş olduğu bu karar başörtüsüne nisbi özgürlük tanısa da kullanımın sınırları her somut olaya göre değerlendirilecek olup, somut olayın şartları değerlendirilerek "başörtüsünün eğitimin olağan işleyişine müdahale" olarak kullanılıp kullanılmadığı bireysel idari yasaklamaları gündeme getirebilecektir⁸³.

Almanya'da başörtüsüne ilişkin olarak 2003 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, başörtüsü kullanmanın meslek icrasına engel olmayacağı yönündedir. Davacı Feriştah Ludin'in öğretmenlik yapmasına izin verilmemesi üzerine Anayasa Mahkemesi önüne gelen davaya ilişkin karar, hukuksal sonuçları itibariyle yeni bir tartışmaya yol açmıştır. Anayasa Mahkemesi kararı, her ne kadar başörtüsünün engellenemeyeceği yönündeyse de, eyaletler yasal düzenleme yapabileceklerdir. Bu karar sonrasında, 8 eyalet "Tarafsızlık Yasası"nı yürürlüğe koymuş ve bu yasa dini sembollerin kamuda kullanılmasını yasaklamıştır. Söz konusu yasa Hıristiyanlığa ait bazı objelerin kullanımına da izin vermiştir. Tarafsızlık Yasası'nın oluşturulma gerekçesi, başörtüsü kullanmanın kadın özgürlüğüne yönelik ağır ve kabul edilemez bir durum olarak görülmesidir. Yine bu gerekçeye göre kadın, İslâm dininde kamusal alandan soyutlanmakta, başörtüsü de bunun aracı haline gelmektedir⁸⁴. Ancak Tarafsızlık Yasası'nın konusu, sadece başörtüsüne münhasır kılınmış, diğer sembollere ilişkin yasaklayıcı bir karar alınmamıştır.

İngiltere'de dini sembollerin kullanılmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen 11 Eylül saldırısı sonrasında dini sembolle-

⁸³ Tevfik Sönmez KÜÇÜK, "Fransız Eğitim Sisteminde Dini Sembollerin Kullanılması", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s. 102.

⁸⁴ <http://www.dw.de/almanyadaba%C5%9F%C3%B6rt%C3%BCs%C3%BCm%C3%BCadelesi/a-17117863>, E.T.: 20. 11.2013, saat: 14:04.; Mustafa ÖZCAN, Avrupa'da Tezettir Tartışmaları, Köprü Dergisi, Güz 2003, S. 84, s. 1.

re, özellikle başörtüsüne yönelik önyargılar gittikçe artmaktadır⁸⁵. İtalya’da da dini sembollerin kullanılmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır⁸⁶. Ancak Hristiyanlığın Katolik mezhebi yaygın olduğu için devlete ait eğitim ve öğretim kurumlarındaki sınıflarda haç işareti asılmaktadır⁸⁷. Hollanda, dini sembollerin kamusal alanda yaşatılmasına önem vermektedir. Dini sembollerin hatta başörtüsünün yasaklanmasına dair bir düzenlemesi bulunmamaktadır⁸⁸.

İsviçre’de sadece Cenevre’de ilkökul öğretmenlerinin dini sembol taşımalarını yasaklayan bir düzenleme bulunmaktadır. Diğer eğitim ve öğretim kurumlarında ise böyle bir yasak bulunmamaktadır⁸⁹. Danimarka’da kamuda başörtüsü ile çalışan görevliler için özel işaretli başörtüsü takılması zorunludur. Hatta Danimarka ordusunda “burka” haricinde her türlü dini sembolün takılabileceği belirtilmiştir⁹⁰. Yunanistan’da dini sembol kullanılmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, başörtüsü gibi dini semboller dahi Ortodoks kıyafetlerine benzediğinden dolayı da hiç problem yaşanmamaktadır⁹¹. Birleşik Devletler Anayasası ve 1964 Yurttaş Hakları Kanunu, kamu çalışanlarının dini sembol takma hakkını güvence altına almaktadır. Ayrıca, özel sektör çalışanlarına yönelik hakkın kullanılmasını sınırlayan bir düzenleme de yoktur⁹². 1982 Hak ve Özgürlükler Şartı, dini sembollerin kullanılmasına anayasal güvence sağlamaktadır. Bu şartın 1. Bölümünde istisnai olarak, “zorlayıcı hükümet çıkarı”nın gerekli olması halinde, sınırlama asgari düzeyde olmak koşuluyla yapılabilecektir.

Kanada mahkemesine yansıyan sihizim dinine mensup bir kişinin türban ve hançer taşıma hakkı üzerine açılan davada mahkeme, bu hakkın niteliği üzerinde durmuş; *Bhinder v. Kanada Ulusal Demiryolları Şirketi* (1985) 2

85 *İbid.*, s. 7.

86 Jeroen TEMPERMAN, *Religious Symbols in The Public School, The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religios Symbols in The Public School Classroom* içinde (Edt: Jeroen Temperman), IDC Publishers and Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2012, s. 143.

87 Mustafa ÖZCAN, *Avrupa’da Tesettür Tartışmaları*, s. 8.

88 *İbid.*, s. 8.

89 *İbid.*, s. 8.

90 *İbid.*, s. 8.

91 *İbid.*, s. 9.

92 <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/eweidavd.pdf>, E.T.: 20.11.2013, saat: 14:51.

SCR 561 davasında, işyerinde türban takılmasının kask takmayı engelleyeceği bunun sınırlandırma için yeter şart olduğu kararına varılmıştır.

Kanada’da mahkemeler, dini sembolün samimiyeti gibi muğlak bir kavramı veri kabul etmekte, bu durumun ispatına çalışmaktadırlar. Yani, o sembolün takılması, kişinin inancı için bir gereklilik ise ya da “olmazsa olmaz” bir şart ise, takılmasına izin verilebilmelidir. Örneğin, Sih öğrencinin hançer taşınması, bu çerçevede değerlendirilmiştir. Zira, mahkemeye göre, hançer taşımak, o inancın olmazsa olmaz bir şartıdır ve temel bir göstergesidir⁹³.

2. AİHM’de Dini Sembollerin Kullanılmasına İlişkin Örnek Karar İncelemeleri

2.1 Karaduman ve Bulut Davası

İnceleme konumuz olan kararlardan ilki 1993 tarihli “Karaduman ve Bulut” kararıdır. Bu dava, mezuniyet diplomasına türbanlı fotoğraf verilmesinin engellenmesine ilişkindir.

O dönemdeki Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, engelleme kararını AİHS m. 9’a aykırı bulmamıştır. Söz konusu kararın dikkat çeken yönü, laik üniversitede okumayı tercih eden öğrencinin kılık kıyafet kurallarına uymak zorunda olduğudur. Karara yönelik olarak, ULUSOY, “*Türkiye’de diğer Avrupa ülkelerinde görüldüğü gibi dinsel cemaatlerce yönetilen ve işletilen özerk özel üniversitelerin bulunmadığı ve tüm üniversitelerin zorunlu olarak laik olduğu konusunda aydınlatılmamış olduğu izlenimi doğmaktadır.*” eleştirisinde bulunmuştur⁹⁴. ULUSOY’un eleştirisinde de ifade edildiği üzere, Türkiye’de üniversiteler, devlet ve vakıf üniversiteleri şeklinde ikiye ayrılma ile birlikte, vakıf üniversitelerinde de resmî kurallar geçerlidir. Vakıf üniversitelerinin sadece işletme özerkliği bulunmakta ve ayrıca ücretli kurumlar olmaktadır. Bunun haricinde, YÖK mevzuatına ilişkin tüm gereklilikler yerine getirilmelidir.

2.2 Leyla Şahin Davası

AİHM, 2004 tarihli “Leyla Şahin” kararında, Türkiye gibi radikal dinci tehlikenin olduğu bir ülkede, başörtüsünün yasaklanmasının hukuka uygun

⁹³ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/eweidavd.pdf>, E.T.: 20.11.2013, saat: 14:53.

⁹⁴ Ali ULUSOY, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar”, *AÜHFD*, Y. 2004, C. 53, S. 4, s. 125.

olduğu ve AİHS'yi ihlal etmediği kanaatine varmıştır⁹⁵. Mahkeme, mahkemelerin takdir yetkisini değerlendiremeyeceğini ve bunun hukuksal denetime konu edilemeyeceğini belirtmiştir⁹⁶. ULUSOY'un da haklı olarak belirttiği gibi, AİHM, AİHS uygulamasında “farklı ölçütler ve standartlar” kullanmamalıdır. Zira objektif bir yargılama yerine, ülkenin somut şartları gibi subjektif yargılamalara dayanak teşkil edecek yargılama pratikleri, hukuksal güvenlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır⁹⁷.

2.3 Ahmet Arslan Davası

Aczimendi tarikatına mensup olan davacılar, Kocatape camiindeki bir törene dini kıyafetleri ile katılmışlar ve haklarında Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun'u ihlal ettikleri gerekçeyle kamu davası açılmıştır. Davacıardan bazıları, mahkemede yapılan yargılamada kıyafetlerini çıkarmak istememişlerdir. Yargılama sonucunda davacılar para ve hapis cezalarına çarptırılmıştır. Davacılar hakkında açılan ceza davası 2001 Nisan ayında ertelenmiş ve beş yıl sonra geriye dönük olarak düşmüştür⁹⁸.

Davacılar, AİHS. m. 9 kapsamında, din özgürlüğünün ihlal edilmesi gerekçesine dayanarak kararı AİHM'e taşımışlardır. AİHM'de açılan davada Hükümetin savunması şu hususlara ilişkindir: “Devrim yasalarına aykırılık”, “şeriat sisteminin getirilmek istenmesi”, “adalete saygısızlık”, “kamu düzenini bozan davranışlar”⁹⁹.

AİHM, Türk mahkemesinde verilen cezanın duruşma sırasındaki disiplinsiz harekete ilişkin değil, sokaklarda giyilen kıyafete ilişkin olduğu tespitini yapmıştır. Davacılar, Kocatepe Camiinde, dini kıyafetlerini giymişler, mahkûmiyetleri de bu hareketlerinden kaynaklanmıştır. AİHM, kıyafetlerin cami avlusunda giyilmesinden ötürü ceza verilmesini AİHS. m. 9'a aykırı bulmuş, davacıların kıyafetine ilişkin zorlayıcı ve cezalandırıcı müdahalenin

⁹⁵ *İbid.*, s. 126.; Case of Leyla ŞAHİN v. Turkey, Application no. 44774/98, KT. : 10 Kasım 2005., par: 152-156; [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70956#{"itemid":\["001-70956"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70956#{), E.T.: 21.11.2013, saat: 12:03.

⁹⁶ *İbid.*, s. 128.

⁹⁷ *İbid.*, s. 129.; Case of Leyla ŞAHİN v. Turkey, Application no. 44774/98, par: 157-162.

⁹⁸ Ahmet ARSLAN and oth. V. Turkey, Application no. 41135/98, KT. : 23 Şubat 2010, s. 1.

⁹⁹ Ahmet ARSLAN and oth. V. Turkey, Application no. 41135/98, KT. : 23 Şubat 2010, s. 2.

“yasayla öngörülmediği”, “meşru amaç gütmeyişi” ve “demokratik toplumda gerekli olmadığı” gerekçelerine dayanmıştır¹⁰⁰.

2.4 Nadia EWEİDA ve Shirley CHAPLIN Davası

Bir Kıpti Hristiyan olan Eweida, British Airways Plc şirketinde bilet kontrol ekibindedir. Şirket, tüm çalışanları için üniforma giyme zorunluluğu getirmiştir. Üniformada yüksek yaka bluz kullanılmakta ve kravatla giyilmesi gerekmektedir¹⁰¹.

Şirket, yayınladığı kılık kıyafet rehberinde, üniforma dışında bir aksesuarın takılmasını yasaklamaktadır. Eweida, 2006 yılına kadar iş yerinde haç takmış, şirket yetkililerinin ikazlarına rağmen haç çıkarmayı reddetmiştir. Şirket bunun üzerine Eweida’yı evine göndermiştir. Daha sonra, üniforma giyilmesi zorunlu olmayan başka bir işi de Eweida kabul etmemiştir. 2007 yılında şirket, üniforma dışında aksesuar takılmasını yasak olmaktan çıkarmıştır¹⁰².

Bunun üzerine Eweida, şirkete karşı önce İş Mahkemesine kendisine yönelik ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla başvurmuş, reddi üzerine kararı İş Temyiz Mahkemesi’ne götürmüştür. İş Temyiz Mahkemesi’nden de olumlu yanıt alamayan Eweida, Temyiz Mahkemesi’ne başvurmuş, bu başvurusu da aynı gerekçeler doğrultusunda reddedilmiştir. Dava, AİHM’e dini haklarının korunması hususunda iç hukuk yollarının yeterli güvenceler getirmediği gerekçesine dayanılarak götürülmüştür¹⁰³.

Hemşire olan Chaplin, boynuna takmış olduğu zincirin ucundaki haçın görünür şekilde kullanılması, Sağlık Bakanlığı’nın kılavuzu uyarınca gizlenmesi gerekliliğinden dolayı, haçın çıkarılması istenmiştir. Davacı, haçın dini sembol olduğunu ifade etmesine rağmen çalıştığı pozisyondan alınarak geçici bir pozisyona geçirilmiştir. Dava, AİHM’e dini hakların korunması

¹⁰⁰ Ahmet ARSLAN and oth. V. Turkey, Application no. 41135/98, KT. : 23 Şubat 2010, s. 2-3.

¹⁰¹ Eweida and Others v. UK, Application no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, KT. : 15 Ocak 2013, par: 9.

¹⁰² Eweida and Others v. UK, Application no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, KT. : 15 Ocak 2013, par: 12.

¹⁰³ Eweida and Others v. UK, Application no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, KT. : 15 Ocak 2013, par: 15.

hususunda iç hukuk yollarının yeterince güvence getirmediği gerekçesine dayanılarak götürülmüştür¹⁰⁴.

AIHM, Eweida ve Chaplin Davalarını AIHS'nin 9 ve 14. maddelerine göre şu şekilde değerlendirmiştir:

AIHS'nin 9. maddesine¹⁰⁵ göre düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, demokratik toplumun temel ilkelerinden bir tanesidir. Bu ilke inananları ve inandımayanları birbirinden ayırmaksızın, tamamlayıcı, birleştirici ve çoğulculuğu sağlayan bir olgudur¹⁰⁶.

Diğer taraftan, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, inandırıcılığı ve tutarlılığı olan görüşlerdir. Bir hakkın 9. maddenin koruması kapsamında olabilmesi için, inandırıcılığı ve tutarlılığı olan bir inanç ile doğrudan bağının olması gerekir¹⁰⁷.

Maddenin birinci paragrafına göre, bireyin bir dine inancının koruma görmesi gibi inandımayanların da bu kanaatlerinden ötürü korunmaları mutlak bir haktır. Yine birey, bir inanca sahip olduğunu gösterebilme hakkına da sahiptir. Dini inancın gösterilmesi çeşitli ritüeller, semboller ya da öğretme şeklinde de olabilir. Ancak, demokratik toplum düzeni açısından başkalarının özgürlüğüne müdahale sayılabilecek eylemlerden ötürü, bu hakka meşru amaçlar doğrultusunda sınırlama getirilebilecektir. AIHM, taraf devletlere, bu hakka ilişkin olarak makul ve meşru amaçlar doğrultusunda sınırlama getirilebileceğini kabul etmektedir. Getirilen sınırlamalar da toplum ve birey çıkarı arasında adil bir denge de gözetilmelidir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/eweidavd.pdf>, E.T.: 20.11.2013, saat: 16:08.; Eweida and Others v. UK, Application no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, KT. : 15 Ocak 2013, par: 51.

¹⁰⁵ 1. Herkes, düşünce, vicdan ve din hakkına sahiptir, bu hak, tek başına ya da başkaları ile birlikte, aleni ya da gizli olarak, dinini ya da inancını değiştirme özgürlüğünü ve dinini ya da inancını sergilemek için ibadet, öğretme, uygulama ve gözlemlene özgürlüklerini de kapsar.

2. Kişinin dinini ya da inançlarını yaşama özgürlüğü, yalnızca yasayla belirlenen ve kamu düzeni, sağlık ya da ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması adına demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin selameti için gerekli olan kısıtlamalara tabidir.

¹⁰⁶ Eweida and Others v. UK, Application no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, KT. : 15 Ocak 2013, par: 79.

¹⁰⁷ Eweida and Others v. UK, Application no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, KT. : 15 Ocak 2013, par: 81.

¹⁰⁸ Eweida and Others v. UK, Application no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, KT. : 15 Ocak 2013, par: 84.

AİHS'nin 14. maddesine¹⁰⁹ göre, Sözleşme'de belirlenen hak ve özgürlüklerin kullanılması, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da farklı bir görüş, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlık ile alaka, varlık, doğum ya da başka bir statü gibi her koşulda ayrımcılıktan bağımsız bir güvence altındadır. AİHM, 14. maddeyi, sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükler bağlamında değerlendirmektedir. Yani 14. madde kapsamında dava konusu edilen maddî olaylar, sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklerdir¹¹⁰.

AİHM, Eweida davasında, somut olarak davacının başkalarının özgürlük alanına müdahale ettiğine ilişkin bir ihlale rastlanmamış olduğunu, üçüncü bir kişide maddî bir zararın oluşmadığını, devletin ise davacının dini sembol taşıma hakkını güvence altına almadığını, 9. maddenin ihlal edildiği gerekçesiyle hüküm altına almıştır. 14. maddenin ise ihlal edilmesini kararlaştırmıştır¹¹¹.

AİHM, Chaplin davasında, davacının hemşire olarak görev yapmasının, sağlık ve güvenlik yönleri gözetilerek, haçının çıkartılmasının istenmesini, sözleşmeye aykırı görmemiştir. Zira Mahkemeye göre, idarelerin, bu tür durumlarda takdir hakları bulunmalıdır ve alınan tedbirle orantılıdır. Bu bakımdan Sözleşmenin 9. maddesi ihlal edilmemiştir, tespitinde bulunulmuştur. 14. Maddenin ise ihlal edilmediği kanaatine varmıştır¹¹².

2.5 Lautsi Davası

Davacı, devlet okuluna giden çocuklarının, sınıflarda çarpmıha gerili İsa figürü bulunmasını gerekçe göstererek, bunun bir dini sembol olduğunu, kaldırılması gerektiğini ileri sürmüştü, önce okul idaresine başvurmuş, red cevabı üzerine İdare Mahkemesi'nde "laiklik" ilkesinin ihlal edildiği iddiasıyla dava açmıştır¹¹³.

¹⁰⁹ Sözleşme'de belirlenen hak ve özgürlüklerin kullanılması, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da farklı bir görüş, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlık ile alaka, varlık, doğum ya da başka bir statü gibi her koşulda ayrımcılıktan bağımsız olarak güvence altındadır.

¹¹⁰ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/eweidavd.pdf>, E.T.: 20.11.2013, saat: 16:15.

¹¹¹ Eweida and Others v. UK, Application no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, KT. : 15 Ocak 2013, par: 95.

¹¹² Eweida and Others v. UK, Application no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, KT. : 15 Ocak 2013, par: 101.

¹¹³ Case of Lautsi And Others v. Italy, Applican no. 30814/06., KT. 18 Mart 2011, par: 10.; <http://www.ihb.gov.tr/dosyagoster.ashx?id=318>, E.T. : 21.11.2013, saat: 12:16.

İdare Mahkemesi, sınıflarda çarmıha gerili İsa figürü bulunmasını sağlayan Kraliyet Kararnamesinin 118 ve 119. maddelerini Anayasa Mahkemesine götürmek suretiyle, özellikle laiklik ilkesinin ihlal edildiğini gerekçe göstererek Anayasa'ya uygunluk sorunu yöneltmiştir. Anayasa Mahkemesi, kararnamenin yönetmelik statüsünde olduğunu ve başvurunun kabul edilemez olduğunu belirterek başvuruyu reddetmiştir¹¹⁴.

Yeniden İdare Mahkemesi önüne gelen davada, “çarmıha gerili İsa figürünün bir dini sembol olmasına rağmen, Hıristiyanlığın bir sembolü olduğu ve diğer inançlar için referans noktası teşkil ettiği”, “kimlikle bağlantılı bir değer taşıdığı”, “Avrupa'nın tarihi ve kültürel gelişim özelliklerini yansıttığı” gerekçeleriyle red kararı verilmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay, yerel mahkeme kararını onamıştır.

Karar AİHM'e götürülmüş ve 1 No. lu Protokol'ün 2. maddesi ile AİHS'nin 9. maddesinin ihlal edildiği gerekçelerine dayanılmıştır¹¹⁵. Daire, ihlal iddiasını kabul etmiş ve şu gerekçelere yer vermiştir: “dolaylı bile olsa devlet bir inancı empoze edemez”, “haç işaretinin dini anlamı büyüktür”, “Hıristiyanlığa inanmayan öğrenciler rahatsız olabilir”, “negatif hak özel olarak korunmalıdır”, “devlet, din tarafsızlığını desteklemelidir”, “dini semboller ile eğitim çoğulculuğu sağlanamaz”, “dini sembol dayatması ebeveynlerin dini eğitim verme hakkına saldırıdır”¹¹⁶.

Daire kararına karşı, İtalyan Hükümeti, “haç işaretinin sadece dini sembol olmadığını, kültürel ve kimlikle bağlantılı bir değerler bütünü olduğunu”, “haç işaretinin bazı Avrupa ülkesi bayraklarında bulunduğunu”, “sembolün çağrışım gücü ne olursa olsun pasif bir sembol olduğunu”, “devletin aktif bir yönlendirme yapmadığını”, “İsa figürünün ulusal bir özelliğın yansıması olduğunu”, “başka bir dini empoze etme ihtimali (potansiyel risk) kavramının muğlak anlam taşıdığını”, “okul ortamında azınlık dinlerine mensupların dini kiske ve sembol kullanma hakkını tanıdığını” gerekçe göstererek kararın AİHM Büyük Dairesi tarafından incelenmesi talebinde bulunmuştur.

AİHM Büyük Dairesi, “haç işaretinin dini bir sembol olduğunu kabul ederek, öğrenciler üzerinde etkide bulunduğuna ilişkin bir delile rastlamadığını”, “devletin eğitim ve öğretimin dini ve felsefi inançlara göre yapılması hususunda takdir hakkına sahip olduğunu”, “devlet tarafından bir inanç aşılmanmadığı sürece takdir hakkının tanınması gerektiğini”, “dini semboller

¹¹⁴ Case of Lautsi And Others v. Italy, Applican no. 30814/06., KT. 18 Mart 2011, par: 16.

¹¹⁵ Case of Lautsi And Others v. Italy, Applican no. 30814/06., KT. 18 Mart 2011, par: 29.

¹¹⁶ Case of Lautsi And Others v. Italy, Applican no. 30814/06., KT. 18 Mart 2011, par: 30-32.

konusunda Avrupa genelinde bir uzlaşma bulunmadığını bu durumun da ülkenin somut koşullarına göre değerlendirilmesini”, “sınıflara haç işareti asılmasının pasif bir sembol olduğunu, dini faaliyetlere katılmak gibi anlaşılmaması gerektiğini”, gerekçe göstererek, AİHS’ye Ek 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesinin ihlal edilmediğine ve AİHS m. 9 kapsamında incelenecek bir husus bulunmadığına karar vermiştir¹¹⁷.

Sonuç ve Değerlendirmeler

Dini sembollerin kullanılması ya da takılması inanç özgürlüğünün bir yansımasıdır. Bu özgürlük, bireyin içerisinde doğduğu toplumun kültürel, dini ve dilsel özelliklerine göre şekillenir.

Dini sembollerin kullanılmasında modernizm ile birlikte başlayan tartışma, aslında toplumların tarihsel yürüyüşleri ile izah edilmektedir. Her toplum, tarihsel yürüyüşü içerisindeki kazanımlarını sembolere yüklemiş, o topluma ait olan bireyi ise bu semboller ile aidiyet bilincini geliştirmiştir.

Modernizm, bireyi hatta toplumu dönüştürebileceği “kamusal alan” lar inşa etmiş, bu alanlarda devlet eliyle hak ve özgürlükler üzerinde sınırlamalar yapmıştır. Modernizm, aslına bakılırsa, batı kültür ve medeniyetinin tarihsel yürüyüşünün neticesidir. Bu yüzden genel geçer bir modernite tanımı yoktur. Modernite, kaynağını aydınlanmada bulan ve geleneksel toplum yapısını parçalamayı, kutsal ve aşkın ide kavramlarını pozitivistik transfer etmeyi kendine ilke edinen bir yapının adıdır. Eski, geleneksel, cemaatçi, aşkın toplum yapıları, modernizm ile parçalanmış, birey ön plana çıkarılmış, pozitivist ve biçimsel kalıplarla insan dönüştürülmeye çalışılmıştır.

Modernizm ve gelenek arasında yaşanan tartışmalar, aslında doğu ile batının, ilericilik ile gericiliğin, pozitivistizm ile aşkın olanın, özel alan ile kamusal alanın mücadelesidir. Bu yüzden modernizme eklemeye çalışılan toplumlar, eskiyi terke ve inkâra zorlanmakta, eskiyi çağrıştıran sembollerden arındırılmaya çalışılmaktadır.

Kilisenin, devlet yetkilerini kullanmasına tepki olarak doğan ve zamanla bir devlet sistemi olan laiklik ise modernizmin geleneğe karşı bir tepkisi olarak ortaya çıkmıştır. Batı modernizmini kendine rehber alan Türkiye Cumhuriyeti, Şerif Mardin’in deyişi ile “*Türk Modernleşmesi*”, batı medeniyetine benzer bir modernizm algısı oluşturmaya çalışmış, inşa ettiği “kamusal alan” retoriği üzerinde bireyi ve toplumu şekillendirmeyi amaçlamıştır. Bu şekillendirmede başat rol “kadın giyimidir”. Modernizmin aydınlanmacı yüzü sayılan “kadın” üzerinden yeni bir kamusal alan dizayn edilmiş, kadın,

¹¹⁷ Case of Lautsi And Others v. Italy, Appican no. 30814/06., KT. 18 Mart 2011, par: 57-78.

modern giysiler ile çağdaşlaşmanın simgesi haline getirilmiştir. Diğer taraftan, Türk modernleşmesinde eskiye dair red ve inkâr, çağdaşlaşmanın çıkış noktası olmuştur.

Türk modernleşmesi, inanç özgürlüğü bakımından dini sembolleri, kamusal alandan tamamen uzaklaştırmakla, yeni bir ulus yaratmayı amaçlamıştır. Bu proje, kamusal alanın, dini sembollerden arındırılarak, teptileştirici, homojen ve “öteki” algısına dayanan bir yapı oluşturmuştur. Türkiye’de yaşanan tartışmaların çıkış noktası da budur. Zira, homojen yapısıyla ulus devlet, kamusal alanda tek renk görmek ister ve farklılıklara tahammül etmez. Türk modernleşmesi, ulus devleti inşa etmek için, toplumu dönüştürmeyi kendisine birincil vazife saymıştır.

Türban ya da başörtüsü tartışmaları ise işte tam da bu noktada ortaya çıkmış, Türk modernleşmesine karşı bir duruş olarak görülmüştür. Niteliği itibariyle aydınlanmayı, modernizmi ve pozitivistliği ilke edinen Türk modernleşmesinde, oluşturulan homojen ulus, kamusal alanda yer almalıdır. Farklılıklara ise bu alanda tahammül edilmemiştir. Dolayısıyla Türk modernleşmesi, özgürleştirici, farklılıklara saygı gösteren ve dolayısıyla dini sembollerin görünürlüğünü kamusal alanda destekleyen değil, aksine sınırlandırıcı ve yasakçı bir hareket olmuştur.

Dini semboller, Avrupa’da farklı uygulamalara konu edilmiştir. Bazı ülkeler azınlıklara ve farklılıklara kültürel temelli saygı gösterirken, dini sembollerin de bir kültürün, bir inancın yansıması olduğunu kabul etmiş; bazı ülkeler ise kamusal alanda yasaklayıcı tavır almayı benimsemiştir. Yasak tavır alan ülkelerde ortak payda, İslam’ın yükselen bir din olması, müslümanların sayıca artması ve 11 Eylül saldırılarından sonra değişen algıdır. Bu algı, Avrupa’da ağırlıklı bir din olarak Hıristiyan sembollerine karşı müsamaha gösterir iken, İslâmî sembollere karşı tutum değişmemiştir.

AİHM’e yansıyan örnek kararlarda genellikle, İslâmî sembolleri kullanmak isteyenlere karşı “laik okulda okumayı tercih etmek”, “radikal dinci tehlikenin varlığı”, “farklı ölçütler ve standartlar”, “yasaklayan devletin takdir yetkisi”, “başörtüsü kullanmayanlara baskı uygulama potansiyeli” gibi kavramlara vurgu yapılırken; Hıristiyan sembolleri kullanmak isteyenlere karşı ise “dini sembol taşıma hakkının devletçe güvence altına alınmadığı”; Hıristiyan sembollerinin kaldırılmasını isteyenlere karşı da “haç işaretinin dini bir sembol olduğu kabul edilerek, öğrenciler üzerinde etkide bulunduğu”na ilişkin bir delile rastlanmadığı”, “devletin eğitim ve öğretimin dini ve felsefi inançlara göre yapılması hususunda takdir hakkına sahip olduğu”, “devlet tarafından bir inanç aşılmadığı sürece takdir hakkının tanınması gerektiği”, “sınıflara haç işareti asılmasının pasif bir sembol olduğu, dini

faaliyetlere katılmak gibi anlaşılmasında gerektiği” şeklinde tutarsız ve çifte standartta yol açan kararlara yer vermiştir.

Bu da göstermektedir ki AİHM, inanç özgürlüğü bakımından dini sembollerin kullanılmasında Hıristiyanlara karşı daha müsamahalı ve objektif kararlar vermektedir. Aynı durumda Müslümanların kullanımı, kamu düzeni, kamu yararı, potansiyel riskler, sınırlamada takdir yetkisi gibi gerekçelerle karşılanmaktadır.

Dini sembollerin kullanılmasında, AİHM kararlarının tatmin edici ve hukukî olduğundan söz edilemez. AİHM’de dini sembollerin kullanılmasındaki kriterlerden birisi o dini sembolün ait olduğu dini inanç bakımından gerekli olması, tutarlı ve inandırıcılık taşımasıdır. Bu sübjektif kriterler, AİHM temelinde çözümlenerek, dini sembollerin kullanılabilmesine imkân tanıyan yasal düzenleme yapılmalı, dini sembol kullanmanın, temel bir insan hakkı olması gerçeği dikkate alınmalıdır.

Dini sembollerin kullanımına ilişkin kriterler, azınlık hakları, farklı toplum talepleri ve bireysel tercih temelinde belirlenmelidir. Diğer taraftan, dini sembollerin kullanımı konusunda Mahkemenin, Hıristiyanlık ile İslam sembollerini arasında objektif standartlar getirmesi zorunludur. Leyla ŞAHİN davasında, AİHM’in yasağa ilişkin Türk mahkemelerinin takdir yetkisini denetlemeyeceği savı, hukuksal gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Şayet AİHM, mahkemelerin takdir yetkisini, evrensel hukuk normlarına göre dahi denetlemeyecekse, temel hak ve hürriyetlerin güvencesi sayılan AİHM’in güvence fonksiyonu tartışmaya açılacaktır. Mahkemenin bu tür çelişik kararlar vermesinin önüne geçilmeli gerekirse, karar birleştirmesi yapılarak, hukuksal güvenlik sağlanmalıdır. Bir ülkenin somut gerçeklerine göre farklı, başka bir ülkenin somut gerçeklerine göre farklı bir karar, mahkemenin saygınlığına gölge düşürecektir.

Dini sembol kullanma hakkı, bir insan hakkıdır. Temel hak ve hürriyetler çerçevesinde, kişinin kendisini geliştirmesine, anlamlandırmasına ve bireysel tercihlerine saygı gösterilmesini gerektirir. Türkiye’de geçtiğimiz günlerde TBMM’de varılan mutabakatla başörtüsü sorununun çözülmesi, konunun toplum tabanındaki meşruiyetinin bir yansıması da sayılarak sevindiricidir.

Diğer taraftan, Avrupa’da İslâma yönelik olumsuz algının, başörtüsünü konu edinerek devam ettirilmesi, temel hak ve hürriyetlerin en yüksek düzeydeki koruyucusu sayılan AİHM’nin çelişik kararlarında da yansımasını bulmaktadır. Evrensel, genel, objektif hukuk normlarına ve kararlara yer vermesi gereken AİHM’in varsayımlara, korkulara, potansiyel risklere dayanarak bu hakka ilişkin farklı kararlar vermesi, konunun hala bir tartışma düzleminde olduğunu göstermektedir.

KAYNAKÇA

AKKAŞ İbrahim, Küreselleşme Sürecinde Kimlikler, Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı, Elazığ, 2008.

AKTAN Coşkun Can, “Leviathan: İnsan Haklarının Koruyucusu mu, Yoksa İhlalcisi mi?”, Yeni Türkiye Dergisi, Y. 4, S. 21, Mayıs-Haziran 1998.

ARSLAN Zühtü, Başörtüsü, Ak Parti ve Laiklik, Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe, Seta Analiz, Sayı: 2, Ocak 2009.

ATASAGUN Galip, İlahi Dinlerde (Yahudilik, Hıristiyanlık ve İslam’da) Dini Semboller, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı Dinler Tarihi Bilim Dalı, Konya 1996.

AYDENİZ Hüsnü, Semboller, Sembolün Anlam Kaybı ve Etkilerine Gelenekselci Bir Yaklaşım (Rene Guenon Örneği), EVEV Akademi Dergisi, Yıl: 15, Sayı: 48 (Yaz 2011)

BAŞBİLEN Pınar, Avrupa Birliği’nin Etnik ve Dini Kimliklere Yaklaşımı: Güneydoğu Anadolu Bölgesi Örneği, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı, Ankara 2008.

BATTAL Ahmet, Kamusal Alan, Köprü Dergisi, Kamusal Alanda Din-Siyaset-Toplum İlişkileri, Yaz 2007, S. 99

BERGER Laurent, “Why Maurice Bloch’s Work on ‘Religion’ Is Nothing Special but Is Central”, Religion and Society: Advances in Research, 1 (2010): 14–18

ÇAĞATAY Selin, Kemalizm ya da Kadınlık: Çağdaş Kadının Başörtüsüyle İmtihanı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kültürel İncelemeler Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2008

ÇAMLI Şeyda, Attitudes Towards Allowance of Headscarf in the universities: A Terror Management Theory Perspective, ODTÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Eylül, Ankara 2010.

ÇELİK Celalettin, Kentleşme Sürecinde Dini Hayat, Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şaban Kuzgun’un Anısına, Sayı: 11, Kayseri 2011.

DALFİDAN Fazilet, Türk Modernleşmesi Sürecinde Değişen Kadın Kimliği, Muhafazakar Kadınların Kamusal Alandaki Görünürlüğü Üzerine Sosyo-

lojik Bir Değerlendirme, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyoloji Anabilim Dalı, Aydın 2012.

ERCİNS Gülay, Demokrasinin bir Önkoşulu Olarak Kamusal Alan ve Türkiye’de Kamusal Alan Algısı, C. Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2013.

ERDEM Fazıl Hüsnü, Müdahale, Mücadele ve Müzakere Mekânı Olarak Kamusal Alan, Köprü Dergisi, Kamusal Alanda Din-Siyaset-Toplum İlişkileri, Yaz 2007, S. 99

ERDOĞAN Mustafa, “Küreselleşme, Hukuk ve Türkiye”, *Liberal Düşünce Topluluğu*, <http://www.liberal.org.tr/incele.php?kategori=MTg=&id=NzIw>, ET. 01.11.2013, Saat:11.20.

GÖLE Nilüfer, *İslamın Yeni Kamusal Yüzleri*, Metis y., 2009.

HASPOLAT Evren, “Siyasal İslam ve İslamcı Kadının Kamusal Alana Katılımı”, *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, Cilt:5, Sayı: 17, Kış:2006/2007, Sayfa: 4-21.

Judith BUTLER, Jürgen HABERMAS, Charles TAYLOR, Cornel WEST, *The Power of Religion In The Public Sphere*, Columbia University Press, New York, 2011.

KEYMAN Fuat, “Kamusal Alan ve ‘Cumhuriyetçi Liberalizm’: Türkiye’de Demokrasi Sorunu”, *Doğu-Batı Düşünce Dergisi*, Y. 2, S. 5, Kasım, Aralık, Ocak 1998-9.

KOCA Selçuk Kürşad, “Genel Hatları ile Kültür ve Sembol İlişkisi”, *SAÜ Fen Edebiyat Dergisi*, 2010-II.

KÖMECOĞLU Uğur, “Örtünme Pratiği ve Toplumsal Cinsiyete İlişkin Mekânsal Bir Etnografi”, *Doğu- Batı Düşünce Dergisi*, Y. 6, S. 23, Mayıs, Haziran, Temmuz 2003.

KUBİLAY Çağla, “İslamcı Söylemde Kamusal Alan Tasavvuru: Devletle Tanımlanan Kamusal Alanın Millete Tahvili ve Kamusal Alanın Reddi”, *Alternatif Politika*, C. 1, S. 3, Aralık 2009.

KÜÇÜK Adnan, “AB Üyesi Bazı Ülkeler İle ABD ve Türkiye’de Din Eğitimi ve Öğretiminin Hukukî Çerçevesi”, *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 14, S. 55, Yaz: 2009.

KÜÇÜK Adnan, “Türkiye’de Bir Tuhaflık: “Başörtüsü Yasağı”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Y. 13, S. 51-52, Yaz-Sonbahar 2008.

KÜÇÜK Tevfik Sönmez, “Fransız Eğitim Sisteminde Dini Sembollerin Kullanılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 68, S. 2010/1

KÜÇÜKCAN Talip, “Kamusal Alan, Kamusal Alanda Din-Siyaset-Toplum İlişkileri”, *Köprü Dergisi*, Yaz 2007, S. 99

LİMONCUOĞLU S. Alp, “Türban sorununun hukuksal boyutu anayasal değişiklik çözüm olur mu?”, *TBB Dergisi*, S. 75, 2008.

MERCAN Ahmet, “İhdas Edilmiş Başörtüsü Yasağı Sorunu Üzerinden Hukuk Devleti Anlayışı”, *Ümran Dergisi*, Kasım 2010.

MEŞE İlknur, *Ulus Devlet Olma Yolunda Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Siyasal Kimlikleri ve Modernleşme*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyoloji Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

ONAT Nazım, *Kamusal Alan ve Sınırları*, Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2010.

ORSİ Robert A., *Religious Studies*, Cambridge University Press, New York, 2012.

ÖZCAN Mustafa, “Avrupa’da Tesettür Tartışmaları”, *Köprü Dergisi*, Güz 2003, S. 84.

Peter G. DANCHIN and Elizabeth A. COLE (Edit.), *Protecting The Human Right of Religious Minorities In Eastern Europe*, Columbia University Press, New York, 2012, s. 33.

SAFİ İsmail, *Türkiye’de Muhafazakarlığın Düşünsel-Siyasal Temelleri ve Muhafazakar Demokrat Kimlik Arayışları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2005.

SELÇUK Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Yeni Türkiye y., Ankara, 1998.

TANIR Canan, *Clothed Bodies That Matter: In Search of a Feminist Perspective on the Headscarf Controversy*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kültürel İncelemeler Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2009.

TEMPERMAN Jeroen, *Religious Symbols in The Public School, The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religios Symbols in The Public School Classroom* içinde (Edt: Jeroen Temperman), IDC Publishers and Martinus Nijhoff Publishers, , Netherlands, 2012.

ULUÇ Özlem, *Kamusal Alanda Din*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı Din Sosyolojisi Bilim Dalı, İstanbul 2001.

ULUSOY Ali, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar”, *AÜHFD*, Y. 2004, C. 53, S. 4.

YAVUZ Ömer Faruk, “Kur’an’da Kutsal Mekan, Zaman ve Eşya Kavramlarının Sembolik Değeri”, *Milel ve Nihal, İnanç ve Kültür Mitoloji Araştırmaları Dergisi*, Y. 3, S. 1-2, Aralık 2005-Haziran 2006.

YILMAZ Zafer, *Hannah Arendt’te Özel Alan-Kamusal Alan Ayrımı ve Modern Çağda Toplumsal Alan*, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, Erzurum, 2007.

YÜKSELBABA Ülker, *Habermas’ta Kamusal Alan/Özel Alan Ayrımı*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2008.

Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı’nın Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı’na yazmış olduğu 6594379 sayılı ve 30 Mart 2011 tarihli AİHM’in Lautsi-İtalya (30814/06) Kararı Hakkındaki yazısı, <http://www.ihb.gov.tr/dosyagoster.ashx?id=318>, E.T. : 21.11.2013, saat: 12:16.

<http://www.dw.de/almanyada-ba%C5%9F%C3%B6rt%C3%BCs%C3%BCm%C3%BCcadesi/a-17117863>, E.T.: 20.11.2013, saat: 14:04.

<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/eweidavd.pdf>, E.T.: 20.11.2013, saat: 14:51.

Case of Lautsi And Others v. Italy, Applican no. 30814/06., K.T. 18 Mart 2011.

Case of Leyla ŞAHİN v. Turkey, Application no. 44774/98, K.T. 10 Kasım 2005.

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00170956#{"itemid":\["001-70956"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00170956#{), E.T.: 21.11.2013, saat: 12:03.

Eweida and Others v. UK, Application no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, KT. : 15 Ocak 2013.

Ahmet ARSLAN and Oth. v. Turkey, Application no. 41135/98, KT. : 23 Şubat 2010.

Özel Hukuk

ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKUNDA ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA TEK ELDEN YÖNETİM KAVRAMI

*Yrd. Doç. Dr. Hakan ÇEBİ**

I. Genel Olarak

Şirketler topluluğunda tek elden yönetim (einheitliche Leitung) kavramı oldukça önemlidir. Alman ve İsviçre hukukunda şirketler topluluğu bakımından bu kavram esas alınmıştır. Yeni Türk Ticaret Kanunu'na ilişkin tasarruğun ilk halinde de bu ilke benimsenmekle birlikte, daha sonra bundan vazgeçilerek kontrol ilkesi benimsenmiştir¹.

Tek elden yönetim ilkesinde ekonomik bütünlük ön plandadır. Bu ilke bakımından da, oy oranı ve yönetim organında çoğunluk üyeye sahip olmak gibi hakimiyet olguları önemlidir. Ancak, bir işletme ana şirketin hakimiyeti altında olmasa bile, tek elden yönetim altındaysa topluluğa dahildir. Kontrol ilkesi bakımından ise, hakimiyet olguları önemlidir². Bu ilkeye göre, ekonomik bütünlük olmasa bile, hakimiyet olguları varsa, hakimiyet teşekkül etmiştir. Bu ilkeye göre, kontrolün varlığından sözedilebilmesi için, bir şirketin veya teşebbüsün diğer bir şirketin oy haklarının veya hakimiyeti kuracak şekilde paylarının çoğunluğuna sahip bulunması veya yönetim organında karar alabilecek sayıda üyeye sahip olması gereklidir³.

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

¹ Ticaret Kanunu Tasarısı'nın ilk şeklinde m. 195/IV ve V'de şu şekilde bir düzenleme yapılmıştı: "Bağlı şirketler, hakim şirkete doğrudan ve dolayısıyla bağlılıkları sebebiyle, tekelden yönetim altında kabul edilirler.

Tekelden yönetim altında bulunan şirketler, hakim şirketle birlikte, "şirketler topluluğu"nu oluştururlar. Bağlı şirketler topluluk şirketi olarak adlandırılırlar".

² **Tekinalp, Ünal;** Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi, Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. II, İstanbul 2009, s. 1543 vd.; **Pulaşlı, Hasan;** Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 219; **Nilsson, Gül Okutan;** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 87 vd.

³ **Tekinalp, Ünal;** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 538. Belirtilen hakimiyet araçlarının varlığı durumunda iki şirketin topluluk oluşturduğu kesindir, artık bu hakimiyet araçlarının kullanılıp kullanılmadığı dikkate alınmamaktadır.

Alman ve İsviçre hukukunda kavram kanunlarda tanımlanmamakla birlikte, bu konuda öğretilerde pek çok görüş ileri sürülmüştür. Alman ve İsviçre hukukunda kavram önemli olduğu için, bu çalışmada incelenmiştir.

II. Hukuk Öğretisindeki Görüşler

1. Karar Yetkileri Üzerinden Tanımlanan Tek Elden Yönetim

Tek elden yönetim kavramı üzerindeki tartışma Alman ve İsviçre öğretisinde uzun zamandan beri devam etmektedir. Öğretilerde çoğunluk tek elden yönetimi, hakim ve yavru şirket arasındaki karar yetkilerinin paylaşımına göre tanımlama yoluna gitmektedir. Buna göre, tek elden yönetim kavramı bakımından belirleyici olan hangi kararların, kim tarafından alındığıdır. Bu bağlamda, tek elden yönetimin oluşturulması için ana şirket tarafından yerine getirilecek karar yetkileri, kural olarak asli yönetim görevleri olarak kabul edilmektedir⁴.

Schlupe tek elden yönetim kavramı ile ilgili olarak APOK 18 bakımından, baskın görüşün, önemli alanlardaki genel işletme politikasının koordinasyonu veya sadece bir karar yetkisindeki yabancı etkisini esas aldığı ileri sürmektedir⁵⁻⁶. Bu şekilde bir tanımlamadan herhangi bir sonuç çıkarılmamaktadır, zira belirsiz bir hukuki kavram yerine diğeri geçmektedir.

Buna karşı, tek elden yönetimin çok geniş ve farklı bir kavram olduğunu Gessler savunmaktadır. Yazara göre, yönetim görevleri herhangi bir karar alanında işletmenin kendisi tarafından belirlenmiyorsa, o işletme artık bağımsız olarak yönetilmemektedir, aksine yabancı bir yönetimin altına girmiştir⁷. Buna göre Gessler, ekonomik birliği (wirtschaftliche Einheit) şirketler topluluğu kavramının gerekli unsuru olarak görmemektedir.

Tek elden yönetiminin var olup olmadığının hangi yetkilere göre belirleneceğine ilişkin görüşler ise şu şekildedir:

Bkz. **Karahan, Sami/Giray, R. Eda**; Şirketler Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Konya 2013, s. 129.

⁴ **Harsch, Sebastian**; Die einheitliche Leitung im Konzern, Bern-Stuttgart-Wien 2005, s. 37.

⁵ **Schlupe, Walter**; Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und –kooperation, ZSR 1973, s. 269.

⁶ APOK 18'e göre; bir hakim ve bir veya daha fazla bağlı işletme, hakim işletmenin tek elden yönetimi altında toplanmışsa, bunlar bir şirketler topluluğu teşkil eder.

⁷ **Gessler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Eckardt, Ulrich/Kropff, Bruno**; Aktiengesetz, 15-22, München 1973, AktG 18, Rn. 32.

a) Belirleyici Yetki Olarak Finans Alanı

Öğretide Koppensteiner finans alanının koordinasyonunu esas almaktadır. Yazara göre herhangi bir yetki alanının koordinasyonu yeterli değildir. Buna karşı, hukuken bağımsız birçok işletme arasında ekonomik bir birlik, diğer işletmesel görevlerin tek elden yönetimi dikkate alınmadan daima bir şirketler topluluğu teşkil eder⁸.

Bu görüş, Slongo tarafından da desteklenmektedir. Yazar, finansa ilişkin yönetim yetkisiyle diğer tüm alanların kontrol edilebileceğini, çünkü bu yetkinin bir işletmenin finansmanına ilişkin hemen her kararı etkilediğini kabul etmektedir. Slongo, finans yetkisinin merkezi olarak kullanılmasını tek elden yönetimin kurulması için yeterli görmektedir⁹. Bugün için finans yetkisinin kullanılmasının işletmenin akıbetini önemli ölçüde belirleyebildiği ve bu nedenle, merkezi bir finans politikasının tek elden yönetimin önemli bir belirtisi olduğu tartışmasızdır. Fakat bu yetkinin hangi kapsamda kullanılması gerektiği ve böylece tek elden yönetimden bahsedilebileceği ise, yanıtı bırakılmıştır. Buna göre, büro malzemelerinin alınmasını da gerektirecek kapsamda çok geniş kullanılan finans yetkisi ve sadece kar amacına yönelik bir görev arasında bir yerde tek elden yönetim bulunacaktır. Tek elden yönetimin esası için kullanılacak finans yetkisinin gerekli ölçüsünü Slongo da cevaplandırmamaktadır.

b) Belirleyici Yetki Olarak Personel Politikası

Finans yetkisine ilişkin etki dışında Slongo personel politikasına ilişkin etkiye de, ikinci önemli alan olarak belirli bir anlam yüklemektedir, ancak tek elden yönetimin esası için yönetimin bu alanını tek başına sadece istisnai hallerde yeterli görmektedir¹⁰.

Şirketler topluluğu uygulamasına bakıldığı zaman, yavru şirketin personel kararlarına etki imkanının topluluk olgusunun önemli bir unsuru olduğu görülmektedir. Nitekim, yavru şirketin organları ancak hakim şirketin onayıyla personel alımı yapabilmektedir. Çoğunlukla, hakim şirketin aynı zamanda yavru şirkette organ fonksiyonlarına sahip temsilcileri de bu şirkette

⁸ **Koppensteiner, Hans-Georg**; Kölner Kommentar zum AktG, 15-22, 291-328 AktG, Köln-Berlin- München 2004, AktG 18, Rn. 9.

⁹ **Slongo, Bruno**; Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs, Zürich 1980, s. 191.

¹⁰ **Slongo**, s. 194.

istihdam edilmektedir¹¹. Bühner, incelediği 46 yönetim holdinginden sadece 11’inde, yavru şirkette personele ilişkin yükümlülük bulunmadığını tespit etmiştir¹².

İki işletmenin karar yetkisi aynı yetkili kişinin elinde bulunduğu zaman, bu halde tek elden yönetimden bahsetme imkanı da ortaya çıkar. Bu fikir yürütme, hakim şirketin konumuna istinaden çoğu halde yavru şirketin organlarının atanmasına ilişkin karar verme yetkisini elinde bulundurmasıyla da daha güçlü hale gelir. Görevden alma imkanı, yavru şirketin yönetiminin hakim şirketin istek ve talimatlarını yerine getirmesini öncelikli hale getirir. Buna göre, hakim ve yavru şirkette yönetim organları bakımından personel birliğinin olması halinde tek elden yönetimin varlığı için bir varsayım mevcut olur¹³.

c) Belirleyici Yetki Olarak Devredilemeyen Görevler

İsviçre’de 1992 yılında yapılan revizyonla OR 716a pay senetli ortaklıklar hukukuna dahil olmuştur. Burada sayılan yönetim kurulunun görevlerini yasa koyucu devredilemez olarak tanımlamaktadır. Böylece yasa koyucu, yönetim kurulunun şirketi üst yönetim anlayışına göre etkili şekilde yönetmesini garanti altına almak istemiştir. Bu suretle, OR 716a’da sayılan görevlerin doğrudan işletme yönetiminin merkezinde bulunduğu açık bir şekilde ifade edilmiştir¹⁴.

Tek elden yönetim, şirketin kaderini önemli ölçüde etkileyen işletme yönetim yetkileri olarak anlaşılırsa, bu durumda ancak yasa koyucu tarafından OR 716a’da sayılan görevler, tek elden yönetim kapsamında, ana şirket tarafından yerine getirilecek görevler olarak kabul edildiği zaman mantıklı olacaktır¹⁵.

Bu görüş, tek elden yönetimin tanımlanması bakımından işletme yönetim görevlerinin yasal olarak belirlenmesine dayanması avantajına sahiptir. Bu-

¹¹ Bu temsil, ya yavru şirketin organı veya sadece yavru şirketin yardımcı şahsı olarak yerine getirilmektedir. Her iki halde de özellikle sorumluluk alanındaki tartışmalı hususları ortadan kaldırmaktadır.

¹² **Bühner, Rolf**; Management-Holding in der Praxis, Der Betrieb 1993, s. 289.

¹³ **Halter, Rudolf**; Der Begriff der einheitlichen Leitung im Konzern, Heidelberg 1974, s. 78; **Slongo**, s. 195.

¹⁴ **Harsch**, s. 30.

¹⁵ **Handschin, Lukas**; Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, s. 45.

nunla birlikte, dikkate alınması gereken başka bir hususta OR 716a'da sayılan görevlerin her ne kadar birkaçı, tek elden yönetim kavramından daha net bir şekilde kaleme alınsa da, hala daha detaylı bir yoruma gereksinim duyacak kadar belirsiz olduğudur. Bu bilhassa, OR 716a/I'deki işletmenin üst yönetimi kavramı için geçerlidir.

Böylece bu görüşün tek elden yönetim kavramına daha belirgin sınırlar çizdiği, ancak hangi kriterler doğrultusunda karar verileceğinin ve ne zaman ana şirketin yönetime ilişkin müdahalelerinin tek elden yönetim için yoğunlaştığının açık olduğu da görülmektedir. Dolayısıyla burada da tek elden yönetim kavramının içeriği belirsizliğini korumaktadır.

2. Ekonomik Birlik Üzerinden Tanımlanan Tek Elden Yönetim

Halter'in görüşlerinin hareket noktası, tek elden yönetimin ancak işletme ekonomisi ilkelerine göre tek tip şirketler ile karşılaştırılabilen ekonomik bir birlik yaratılabilirse mevcut olabileceği yönündedir¹⁶. Buna göre, tek elden yönlendirme, finansal koordinasyonun yanında, tüm işletme süreçlerini ilgilendiren karar ve kontrol görevlerini de dikkate almalıdır. Bu bağlamda şirketler topluluğu yönetimi, münhasıran birbirine bağlı planlama ve kontrol gibi eylem safhalarında bulunan, ancak uygulama safhasında bulunmayan asli yönetim görevlerini dikkate almalıdır¹⁷. Burada göz ardı edilmemesi gereken husus ise, tek elden yönetime ancak merkezi bir ekonomik plan ve merkezi bir yönetim anlayışı ile ulaşılabileceğidir¹⁸. Fakat, dikkat edilmesi gereken bir başka husus da yavru ve ana şirket arasındaki personel bütünlüşmesinin tek elden yönetimin bir aracı olduğu, bununla birlikte buna vücut vermediğidir.

3. Yönetim Yapıları Üzerinden Tanımlanan Tek Elden Yönetim

Her yönetim faaliyeti, gerekli hallerde yönetenin kararlarına uyulmasını sağlayan yönetsel yapıların varlığını şart koşmaktadır. Böylece Halter, tek elden yönetimin ancak, topluluk şirketlerinin farklı kısmi görevlerinin, bütünsel olarak üst basamakta yerine getirilmesine izin veren örgütsel tedbirler alınmışsa, mevcut olabileceği görüşünü öne sürmüştür¹⁹.

¹⁶ Halter, s. 7; Schneider, Uwe; Die Personengesellschaft als herrschendes Unternehmen im Konzern, ZHR 1979, s. 497.

¹⁷ Halter, s. 62.

¹⁸ Halter, s. 77.

¹⁹ Halter, s. 83.

Handschin, yönetim yapılarının varlığını tek elden yönetimin varlığı ile eşit görerek bir adım daha ileri gitmektedir²⁰. Yazar bu yapıları içsel ve dışsal olarak ayırmaktadır. İçsel olarak yönetim mensuplarını veya genel kurul mensuplarını emniyete alan mekanizmalardan bahsetmektedir. Parite teorisine göre yönetim ve genel kurul tamamen şekli olarak ele alınırsa, eşit haklara sahiptir ve yan yana durmaktadır. Fiili olarak bakıldığında ise, yönetimin elinden alınamayacak yetkileri olduğu ancak, genel kurulun başka bir gücün etkisi altına girmesiyle birlikte yönetimi, seçim tehdidi ile sindirebileceği ve böylece üste çıkacağı da açıktır. Ancak bu, yavru şirket yönetiminin ana şirketin etkisinden kısa vadeli olarak kaçabileceğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle Handschin'e göre tek elden yönetim sadece, yönetimin ve genel kurulun idaresini güvence altına alan yönetsel yapıların varlığı ile mevcut olabilmektedir²¹.

Tek elden yönetimi güvence altına alacak dışsal yapılar olarak, ana şirketin yavru şirket üzerinde yeterli etki alanı yaratan sözleşme düzenlemeleri söz konusu olabilir²². Bunun yanında böyle bir etki, buna uygun düzenlenmiş esas sözleşmelere de dayanabilir. Handschin, böyle dışsal yapıların uygun şekilde tasarlandıklarında tek elden yönetim olarak kabul edilebileceğini öne sürmektedir²³. Ancak genelde, böylesi dışsal yönetim yapıları içsel olanlar ile birlikte görülmekte ve dolayısıyla birbirlerini güçlendirmektedirler. Bu durum bilhassa, içsel yönetim yapıları tek başına yeterli değil ise veya uzun vadeli güvence altına alınacaklar ise, geçerlidir. Ancak bu dışsal yönetim yapılarının merkezi yönetimden söz edilebilmesi için, ne ölçüde bir yoğunluğu olması gerektiği ise belirsizliğini korumaktadır.

Bu tanımlamanın avantajı Handschin'e göre, bir kez böyle yönetim yapılarını kuran ana şirketin, somut durumda ana şirketin talimatı veya herhangi bir yönlendirmesi olmadığı zaman, tek elden yönetime dayanan yasal kurallara tabii olmasıdır²⁴. Tek elden yönetimin kolay tespit edilebilmesinin diğer önemli bir avantajı da, normal durumda bu sözü geçen yönetim yapıları objektif ve oldukça basit şekilde tespit edilebilen olgulardır. Yani, tek elden yönetim bu şekilde tespit edilebilir ise, şirketler topluluğunun varlığının saptanmasındaki hukuki belirsizlik ortadan kalkabilecektir.

20 Handschin, s. 44.

21 Handschin, s. 46.

22 Örneğin, işletme veya uzun süreli özel temin veya kredi sözleşmeleri gibi.

23 Handschin, s. 49 vd.

24 Handschin, s. 43.

Fakat, şirketler topluluğunun içerisindeki güçlüklerle ilişkin tartışma dikkate alınırsa, bir topluluğun varlığının yalnızca yönetim yapılarına dayanılarak kabul edilip edilemeyeceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Böylesi yönetim yapılarının varlığı sadece, ana şirketin kararlarını yavru şirketin iradesine karşı uygulayabileceğini göstermektedir. Bu durum aynı zamanda bazı yazarlar tarafından tek elden yönetimin asgari şartı olarak algılanmaktadır²⁵.

Handschin, şirketler topluluğu kapsamında tek elden yönetime, ekonomik birliği de münferit unsur olarak eklemiştir. Yazara göre tek elden yönetim ancak, ana ve yavru şirket arasında kar dağıtımına ilişkin kurallar tarafından kapsama alınmayan ama buna rağmen yine de, kar devrine izin veren kanun ve yönetmeliklere uygun mekanizmalar var ise, mevcut olabilmektedir. Bu gibi mekanizmalar sebebiyle şirketler topluluğu, kar ve zarar dengelenmesi olan bir tehlike birliği oluşturmaktadır. Handschin'e göre, ekonomik bir birlik, şirketler topluluğunda yapılan faaliyetler, farklı bağlı şirketler arasında toplulukla bütünleşmeden varlığını sürdüremeyecek şekilde olduğu zaman da mevcut olabilmektedir²⁶.

4. Norm İntikali Üzerinden Tanımlanan Tek Elden Yönetim

Gutjahr, tek elden yönetim kavramına, Alman hukukundaki şirketler topluluğu hukukuna ilişkin düzenlemeler üzerinden yaklaşmaktadır. Öğreti tarafından tek elden yönetime ilişkin bakış açısının yasal kavrama dahil olup olmadığını, yasal hükümlerin, özellikle de şirketler topluluğu hesap verme ve yönetime katılma haklarının, bakış açıları ile bağlantılı olup olmadığını incelenmektedir²⁷.

Gutjahr, tek elden yönetime ilişkin şu tanımlamayı yapmıştır: “Tek elden yönetim altında toplama, iki veya daha fazla konzern işletmesi tarafından bir veya daha fazla konzern işletmesiyle, en azından bir üretim veya finans alanında, hukuki veya fiili yeterliliği olan konzern işletmelerinin bağımlılık veya koordinasyon temelli iradelerinin oluşumuna istinaden, tek elden iradeyle yönetim görevlerinin uygulanmasını garanti altına alacak ve konzern

25 **Everling, Wolfgang;** Konzernführung durch eine Holdinggesellschaft, Der Betrieb 1981, s. 2549; **Hoffmann, Friedrich;** Konzernhandbuch: Recht, Steuern, Rechnungslegung, Führung, Organisation, Praxisnahe, Wiesbaden 1993, s. 8.

26 **Handschin,** s. 56.

27 **Gutjahr, Hans-Joachim;** Der Begriff der Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung im Konzerngesellschaftsrecht, Hamburg 1972, s. 11 vd. Alman hukukunun yönetime katılmaya ilişkin düzenlemeleri söz konusu olduğunda, İsviçre hukukunda bunun çok az tartışılan bir kurum olduğu görülmektedir. Gutjahr tarafından konu edilen diğer birçok düzenlemenin de İsviçre hukukunda denkliği yoktur.

bölümünü organize edecek sürekli olarak plana uygun oy verme veya yönetimidir”²⁸. Yazara göre tek elden yönetimin ağırlıklı unsuru oylama, yönetim ve plana uygunluktur²⁹. Ancak sonucusu daima mevcut olmalı, diğer ikisi de en azından alternatif olarak bulunmalıdır. Bu şekilde tanımlanan yönetim faaliyeti en azından ya üretim alanında ya da finans alanında gözetilmelidir.

III. İşletme Ekonomisi Öğretisindeki Görüşler

Tek elden yönetim işletme ekonomisi bakımından ele alındığında, işletme ekonomisi öğretisinin sadece kesin ve net hatlarla sınırlanan bir kavramla ilgilendiği görülmektedir. Zira, işletme ekonomisi incelemelerinin amacı, tek elden yönetim kavramının hukuki olarak açıklığa kavuşturulması değildir. Bunların amacı her durum için en elverişli organizasyon şeklini bulmaktır³⁰. Tek elden yönetimin işletme ekonomisindeki tanımları çoğunlukla, hukuk biliminin etkisi altındadır.

1. Şirketler Topluluğu Hedefi Üzerinden Tanımlanan Tek Elden Yönetim Kavramı

Şirketler topluluğu farklı nedenlerden dolayı oluşturulmaktadır. Örneğin; örgütsel yapı, finansal sebepler veya pazarlama nedeniyle böyle bir oluşum yararlı görülebilir³¹. Bunun yanında özellikle, riskin sınırlandırılması veya sadece, o dönemdeki eğilim de rol oynayabilir³². Nedenler çok çeşitli olduğu gibi birbirinden çok farklı da olabilmektedir. Tek elden yönetim açısından bakıldığında ise, şirketler topluluğunun oluşumunun arka planındaki saik önemli değildir. Daha çok, bir şirketler topluluğu çerçevesinde yönetim intikallerine ve böylece, ikinci bir adımda bunların tek elden oluşuna izin verecek olan sürekli aynı sebeplerin ve aynı hedeflerin bulunup bulunmadığı önemlidir.

Bir şirketler topluluğu ancak, yönetimi tek elden bir hedefe yönelik ise, yönlendirilebilmektedir³³. Dolayısıyla yönetimin tek elden hedeflere yön-

28 **Gutjahr**, s. 161.

29 **Gutjahr**, s. 43, 44.

30 **Theisen, Manuel Rene**; Der Konzern, Stuttgart 2000, s. 18.

31 **Theisen**, s. 91.

32 **Scheffler, Eberhard**; Konzernmanagement – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernführungspraxis, München 1992, s. 3.

33 **Scheffler**, s. 9.

lendirilmesi her şirketler topluluğu yönetiminin temelidir³⁴. Her işletmenin birinci hedefi uzun vade de ayakta kalabilmektedir. Bu durum elbette ekonomik bir birlik ve aynı zamanda bir işletme olarak görülen şirketler topluluğu için de geçerlidir. Ancak bir şirketler topluluğu çerçevesinde, hayatta kalma hedefi tüm münferit işletmeleri ayakta tutmak değildir, aksine ana hedef tüm topluluğun uzun vadede hayatta kalmasıdır³⁵. Bu ana hedef ister işletme, ister şirketler topluluğu olarak yapılanmış olsun her bir teşebbüs için geçerlidir. Dolayısıyla tek elden yönetim kavramını tanımlamak için uygun değildir, çünkü tanımlama şirketler topluluğuna özgü bir yapıya değinmemekte ve bu da kesin olarak yanlış bir sonuca götürmektedir.

Şirketler topluluğu oluşumunun kendine özgü hedefi olarak sinerji etkisi ifade edilmektedir³⁶. Bu durum da oldukça açık biçimde $1+1=3$ formülü ile gösterilmektedir. Bu formülün anlamı ise, iki işletmenin bir araya gelmesinden elde edilenin sadece, münferit değerlerin kümülasyonu değil, aynı zamanda sinerji potansiyellerinin kullanılmasıyla bir katma değer ortaya çıkışıdır. En büyük sinerji etkisinin yaratılması, tek elden yönetimin temel hedefi olarak görülmektedir.

2. Yönetimin Etkinliği Üzerinden Tanımlanan Tek Elden Yönetim

Tek elden yönetim kavramını hukuk biliminden bağımsız olarak tanımlamaya çalışan ilk kez Scheffler olmuştur. Yazar, mümkün olan en büyük sinerjinin elde edilmesi hedefinden ve aynı zamanda, olası en etkili yönetim talebinden yola çıkarak tek elden yönetimi şu şekilde tanımlamaya çalışmıştır:

Etkili bir şirketler topluluğu yönetimi mümkün olduğunca ademi merkezileşmiş olmalıdır, zira yerinden verilen bir kararlar, hantal ve etkisiz bir yönetim organizasyonunun önüne geçilmektedir. Bu alt basamaklara doğru yapılan yetki devri, yönetim uygulamasına da uygun düşmektedir³⁷. Dolayısıyla şirketler topluluğunun başının tek elden yönetimi çerçevesinde sadece, asli yönetim görevleri ifa edilmektedir. Bu görevlerin temel özellikleri, bir şirketler topluluğunun ve topluluğun üst şirketinin geleceği, devamlılığı, varlıkları, geliri ve finans durumu için oldukça önemli olmalarıdır³⁸. Bu

34 Theisen, s. 208.

35 Scheffler, s. 124.

36 Scheffler, s. 126.

37 Scheffler, s. 33.

38 Scheffler, s. 37.

ifade tek başına diğer görüşlerden farklı değildir. Ancak Scheffler'in münferit asli yönetim görevlerini tespit şekli ve bu yönetim görevlerinin asli olarak sınıflandırılması gerektiğine ilişkin gerekçesi yerindedir.

Scheffler'e göre bir yönetim görevi devredilemez olduğu sürece, asli bir yönetim görevidir. Bu ise, bir karar "şirketler topluluğunun tüm ilişkisine yönelik bilgiyi şart koştuğunda" söz konusu olmaktadır. Bunlar özellikle, münferit topluluk şirketleri için hedeflerin bir araya getirilmesi, topluluğun mevcut kaynakları ve tüm topluluğun en tepedeki hedeflerine yönelik bilgidir. Ayrıca burada, topluluk şirketlerinin topluluk yapısından, finans birliğinden, münferit şirketlerin büyüklüğünden ve diğer özelliklerinden ve aynı zamanda topluluk üst şirketinin iktisadi durumundan ve gelişiminden ortaya çıkan topluluk ilişkileri söz konusudur³⁹.

Scheffler, asli yönetim görevlerinin bir diğer nitelikli özelliği olarak da, "topluluk yönetiminin bir bütün olarak topluluğa ve topluluk üst şirketi için denetim organlarına, sermaye sağlayıcılara, çalışanlara, devlete karşı kesin ve kati sorumluluklarının yönetimin kendisi tarafından gözetilmesi gerektiği" hususunu dile getirmiştir⁴⁰. Bu son özellik hukuki açıdan kavram içeriğinin belirlenmesi için uygun değildir, çünkü bu noktada belirsizlik ortaya çıkmaktadır: Görev, topluluk yönetimi bundan sorumlu ise asli görev midir ya da topluluk yönetimi görev asli bir görev olduğundan mı yükümlülük altına girmektedir?

Scheffler yaptığı tanım çerçevesinde aşağıdaki görevleri asli görev olarak tespit etmiştir:

- "Şirket felsefesinin ve konseptinin aynı zamanda genel şirket politikasının ve şirket yapısının hatta organizasyonun belirlenmesi.
- Şirket hedeflerinin ve temel stratejilerinin saptanması.
- Piyasa, ürün, finans, yatırım ve personel politikalarının belirlenmesi.
- Kaynakların dağıtımındaki önceliklerin belirlenmesi.
- Şirket yönetiminin kısmi alanlarının koordine edilmesi.
- Şirket yönetimi için önemli olan varlıklar, finans ve kar durumlarına ilişkin diğer kararların alınması.

³⁹ Scheffler, s. 36.

⁴⁰ Scheffler, s. 38.

- İş ve sonuç gelişimlerinin denetlenmesi ve aynı zamanda temel hedeflere varılıp varılmadığı ve gerekli hallerde bu hedeflere ulaşmak için tedbirlerin sağlanması.

- Şirket içerisindeki önemli yönetim pozisyonlarının doldurulması”⁴¹.

3. Şirketler Topluluğunun Değişken Kavramı Olarak Tek Elden Yönetim

Tek elden yönetimin niteliği, önemli bir sınırlama kriteri olmasına rağmen, bugüne kadar hala genel olarak kabul gören bir şekilde tanımlanamamıştır. Tanımın belirginleştirilmesi için kullanılan planlama, yönlendirme ve yönetim araçları genelde zor anlaşılabilen ve çoğu kez birbirinden farklı biçimlerde kullanılmaktadır.

Theisen bu nedenle kendisinin şirketler topluluğu tanımından yola çıkarak, şirketler topluluğunun ilgili hedef belirleme ve buna bağlı organizasyonunu ön plana koymayı önermektedir⁴². Yazar açıklamalarında öncelikle, olası en büyük verimliliği değil, aksine şirket bağlarının biçimlerine dikkat çekmektedir; personele, kuruma ve işlevselliğe bağlı olan işletme bağlarını ve bunların birleşimi olan bağlar arasında farklar gözetmektedir⁴³. Buna göre, mevcut organizasyon yapısı çerçevesinde bir topluluk şirketinin var olup olmadığına karar verilmelidir.

Bu görüş elbette işletme bilimi açısından haklı sayılabilecektir, ancak yine de bu bilim daha ziyade şirketler topluluğu hedeflerine ulaşılması için, en verimli olabilecek organizasyon ile ilgilenmektedir. Ancak hukuk bilimleri açısından tek elden yönetimi arka plana atmak pek doğru değildir, çünkü bu husus şirketler topluluğuna özgü düzenlemelere ilişkin tartışmaların çıkış noktasıdır. Bu kapsamda bağlı olunan şirketin bağlı şirketin yönetimine olan müdahaleleri, şirketler topluluğu hukukunda oldukça önemlidir.

IV – Tek Elden Yönetimin Unsurları

Tek elden yönetiminin varlığından söz edilebilmesi için 4 unsurun bulunması gerekir: Bunlardan ilki, işlev anlamında tek elden yönetimin kullanılmasına ilişkindir, diğerleri ise, bunun şekli içeriğine ilişkindir:

⁴¹ Scheffler, s. 36.

⁴² Theisen, s. 127.

⁴³ Theisen, s. 127.

- Yönetim merkezi bir yönetim organı tarafından yerine getirilmelidir. Ancak burada önemli olan, yönetim organının şekli olarak bu görev için yetkili olup olmadığı değildir.

- Tek elden yönetim sürekli olmalıdır; ancak bu asgari bir süreklilik olmamalıdır, aksine tek elden yönetimin istikrarından çıkmalıdır.

- Ana şirket en azından fiili olarak kararlarını tek taraflı kabul ettirebilmelidir.

- Potansiyel olarak kapsamlı olan tek elden yönetim fiilen de uygulanmalıdır⁴⁴.

Bu unsurları ayrıntılı olarak inceleyecek olursak:

1. Yönetim Fonksiyonunun Kullanılması

Yönetim fonksiyonunun kullanılması ile ilgili olarak, tek elden yönetimin kim tarafından uygulanacağı veya tek elden yönetimin kabul edilmesi için bu yönetim organının niteliğinin ne olduğu meselesi önemlidir. Yönetimle ilişkin ihtilafli müdahalelerin sonuçta tek bir organa dayandırılması mı gerekir yoksa birbirinden bağımsız ancak aynı hedeflere yönelik veya farklı şekillerde birleştirici kararlar alan, iki veya daha fazla yönetim organının var olması halinde de tek elden yönetim tesis edilebilir mi?

Merkezi bir organın varlığı, tek elden yönetim kavramının ana unsuru kabul edilmektedir. Ademi merkeziyetçi anlayışla yönetilen şirketler topluluğu, bütün kollarının birleştiği bir merkeze ihtiyaç duymaktadır. Ancak böylesi bir merkez mevcut ise, öğretisi ve uygulamanın zamanla elde etmiş olduğu, şirketler topluluğu hukukuna bağlı esasların uygulanması haklı görülmektedir. Zira, eğer merkezi bir karar alınmamış ise veya herhangi bir merkezi etkiye bağlı olunmamışsa bir şirketler topluluğu mevcut sayılmamaktadır. Belki sadece birbirine danışan ve ortak karar alan iki ayrı şirket vardır. Bu durumda ilgili hukuki sonuçlar sadece, şirketler topluluğu hukuku dışındaki esaslara göre belirlenmektedir. Merkezi bir yönetim organının gerekliliği ise, bunun günlük işletme yönetimini yerine getirmek zorunda olduğu anlamına gelmemektedir. Bunları ana şirketin, alt yönetim kademelerine veya bağlı şirketin yönetimine devretmesi mümkündür⁴⁵.

Ancak, merkezi bir yönetim organının varlığı tek elden yönetimin unsuru olarak algılanırsa, şirketler topluluğu kavramının şekli veya maddi bir yöne-

⁴⁴ Harsch, s. 43-44.

⁴⁵ Harsch, s. 44.

tim organını mı veya bunların kombinasyonunu mu gerektirdiği incelenmelidir.

a) Şekli Yönetim Organı

Şekli yönetim organı kavramından, ilgili kanunlar ve esas sözleşmeye istinaden yönetim sorumluluğu temelinde faaliyette bulunan ve ilgili kararları şekli olarak alan bir organ anlaşılmaktadır. Yönetim sorumluluğu da bu organa ait olmaktadır.

Böyle bir şekli yönetim organı ancak, ilgili yasal düzenlemelere istinaden tüm işletme yönetimi, bağlı şirketin dışındaki bir hukuk sujesine devredilebilir ise, sözkonusu olabilmektedir. Bu ise, yasa koyucunun şirketler topluluğunu onaylamasına rağmen, anonim şirketlerde mümkün değildir. Buradan, şekli olarak karar gücünün de merkezileştirilmiş olduğu şekli bir merkezi yönetim organının şirketler topluluğu hukukunda yönetim kavramının ön koşulu olmadığı sonucu çıkmaktadır.

b) Maddi Tek Elden Yönetim Organı

Maddi tek elden yönetim organı kavramı altında, bir şirketler topluluğunun içerisinde tipik olarak görülen bir yönetim yapısı anlaşılmaktadır. En azından merkezi bir yönetimi tesis eden kararlar, ana şirketin işletme yönetimini de yerine getiren bir yönetim organı tarafından alınır. Bununla birlikte yönetimin en azından, kısmen ortak ana şirketin bağlı şirketi olan yönetim şirketine devredilmesi imkanı da mevcuttur. Bu şirketin işlemleri ise ana şirkete isnat edilebilmektedir, zira yetkisini ana şirketin pozisyonundan almaktadır. Böylece tek elden yönetimi tesis eden kararlar bir yönetim şirketinin var olması halinde, maddi açıdan merkezi olarak alınmaktadır.

Anonim şirket şeklinde ki bağlı şirketin de maddi açıdan tek elden yönetime tabii olduğu görülmektedir. Uygulamada bu durum, ana şirket tarafından verilen kararların daha sonra bağlı şirket yönetim kurulunca şekli olarak alınmasıyla çözülmektedir. Maddi ve şekli yönetim organı, anonim şirket olarak yapılanmış bağlı şirket bakımından, ana ve bağlı şirketin yönetim kurulunda aynı kişilerin yer almasına rağmen, hiçbir zaman birbirinin aynı değildir.

Buna göre, merkezi bir yönetim organının varlığı, bir şirketler topluluğunun varlığı için bir önkoşuldur. Söz konusu bu yönetim organının şekli bir organ olması gerekmemektedir. Bundan, maddi açıdan merkezi bir yönetim organının bir şirketler topluluğunun tepesinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu önkoşulun gerekli olmasına rağmen şirketler topluluğu olarak nitelendirilmek için yeterli değildir. Sadece bunun gibi bir yönetim organının

varlığı, şirketler topluluğu hukukunda meydana gelen sorunların çözümünü sağlamamaktadır. Ancak fiili tek elden yönetim, risk potansiyellerinin ortadan kaldırılmasını sağlayabilir. Bu nedenle şirketler topluluğu kavramı fiilen uygulanan bir merkezi yönetimi gerektirmektedir⁴⁶.

2. Tek Elden Yönetim Sürekli Olmalıdır

Tek elden yönetimin süresi bakımından iki husus dikkate alınmaktadır⁴⁷. Ana şirketin yönetime ilişkin müdahalesinin, tek elden yönetim olarak kabul edilmesi için uzun süre devam etmesinin gerekip gerekmediği ve yine, tek elden yönetim olarak nitelendirebilmek için yönetime ilişkin müdahalenin hangi zaman aralığında var olması gerektiğidir.

a) Tek Elden Yönetimin Başlangıcı

Ana şirketin bağlı şirkete olan yönetsel müdahalelerinin, tek elden yönetim olarak nitelendirilmeden önce belirli bir süre gerçekleşip gerçekleşmediği sorusu, tek elden yönetimin asgari süresine ilişkin soruyla aynıdır. Her iki halde de bu soruların ardında, sadece münferit yönetsel müdahalelerin söz konusu olmadığına, aksine bunların, tek elden yönetim olarak nitelendirilebilmesi için, belirli bir süreklilik göstermesine ilişkin zorunluluk bulunmaktadır. Böylece, örneğin genel kurul toplantısı çerçevesinde tek seferlik tesadüfî bir çoğunluğu tek elden yönetim için yeterli kabul etmek mümkün değildir.

Tek elden yönetimin varlığının kabul edilmesi için, belirli bir bekleme süresince mevcut olması gerektiği düşüncesi ise, dayanaksızdır. Böyle bir asgari sürenin belirlenmesi bu bağlamda isteğe bağlıdır. Dolayısıyla bir bekleme süresi veya asgari bir sürenin belirlenmesi tek elden yönetim için şart değildir. Bu nedenle tek elden yönetim doğrudan ilk yönetim müdahalesinden sonra, şayet diğer tüm koşullar da yerine getirilmiş ise başlamaktadır.

b) Sürekliliğin Fonksiyonu

Münferit müdahale, tek elden yönetimin varlığı için yeterli değildir. Şirketler topluluğu hukukundaki düzenleme ihtiyacı, tekrarlanan ve genellikle aynı yöndeki yönetim müdahalelerinden doğmaktadır. Tek elden yönetimden söz edebilmek için ana şirketin yönetim algısının, belirli bir sürekliliği olması gerekmektedir.

⁴⁶ Slongo, s. 185; Harsch, s. 47.

⁴⁷ Gutjahr, s. 97.

Tek elden yönetimin sürekli olması, diğer yönetsel müdahalelerin mevcudiyeti için, bir gerekçe olmaktadır. Dolayısıyla doktrin haklı olarak merkezi yönetimin belirli bir süreklilik içinde olmasını ve sonlandırılmasının da bağlı şirketin isteğine göre vuku bulmamasını talep etmektedir⁴⁸.

c) Tek Elden Yönetimin Sürekliliğinin Belirlenmesi

Burada önemli olan tam olarak tespit edilemeyen bir sürenin varlığı değil, aksine bu süre içerisinde tek elden yönetimin uygulanıp uygulanmadığıdır. Yönetimin sürekliliğine ilişkin tespitte bulunurken farklı birçok unsur dikkate alınmalıdır.

Tek elden yönetim ancak yönetim müdahaleleri için uygun temelin var olması halinde mevcut olabileceğinden, sürekliliğin en temel unsuru tek elden yönetim esaslarının sürekli var olmasıdır. Bundan, esasların devamlılığına ilişkin bir gereklilik ortaya çıkmaktadır. Zira, tek elden yönetim esasları sürekliliğini koruyamadığı takdirde ve dolayısıyla bağlı şirket veya onun işletme yöneticisi tabi olmadıkları için bir yaptırım ile karşı karşıya kalmadığında, o zaman istenmeyen yönetim müdahalelerini kabul etmeyecektir.

3. Tek Taraflı Kararlar Alma İmkânı Olarak Yönetim

Tek elden yönetim kavramı, son kararın yöneticide olduğu ve yönetilenin ise, buna uyması gerektiği hususunu içermektedir⁴⁹. Dolayısıyla tek elden yönetimden ancak, bağlı şirkete ana şirketin verdiği veya vereceği kararlara ilişkin karar verme alanı tanınmıyor ise, söz edilebilmektedir. Bu elbette ki bağlı şirketin ana şirket tarafından alınan kararların uygulanmasında hiçbir değerlendirme ve söz söyleme hakkının olmadığı anlamına gelmemektedir, sadece kendisine verilen fikir yürütme ve değerlendirme alanını aşmamalıdır.

Tek elden yönetimin belirlenmesi bakımından kararın hukuki yollarla mı yoksa fiili baskı yoluyla mı yani, seçim baskısı veya bağlı şirketin ilgili yönetim kurulu üyesinin çıkarılmasıyla mı uygulanacağı önemli değildir. Önemli olan ana şirketin bağlı şirkete olan yönetim müdahalelerinin tek elden yönetimi pekiştirecek şekilde olup olmadığıdır. Yönetim kararlarının uygulanma şekli, uygun imkân bulunduğu sürece önemli değildir.

48 Harsch, s. 50.

49 Handschin, s. 44; Everling, s. 2549.

4. Potansiyel veya Fiili Yönetim

Anglosakson “kontrol” yaklaşımının aksine İsviçre hukuku tek elden yönetimin fiilen de uygulanması gerektiğinden hareket etmektedir⁵⁰. İngiliz yaklaşımının uygulamada avantajlı olduğu açıktır, çünkü oldukça kolay ve net bir şekilde tespit edilmektedir.

Potansiyel yönetim müdahalesinin aksine fiili yönetimi hedeflemek, tek elden yönetimin dinamik unsurunu dikkate almayı mümkün kılmaktadır. Sadece gerçekten vuku bulan yönetsel müdahale şekli müdahale gücünü ve en fazla organa özgü olarak sınıflandırılacak olan niteliği kanıtlamaktadır. Sadece müdahaleye ilişkin olasılığın bulunması, organ için tipik olan bir etki etme değildir.

V – Sonuç

Tek elden yönetim kavramı ile ilgili olarak hukuk ve işletme ekonomisi öğretisinde pek çok görüş ileri sürülmüştür. İşletme ekonomisi öğretisindeki görüşler çoğunlukla hukuk öğretisinin etkisi altındadır. Hukuk öğretisindeki görüşler; karar yetkileri üzerinden, ekonomik birlik üzerinden, yönetim yapıları üzerinden ve norm intikali üzerinden tanımlanan tek elden yönetim görüşleridir.

Karar yetkileri üzerinden tek elden yönetim, hakim ve yavru şirket arasındaki karar yetkilerinin paylaşımına göre tanımlanmaktadır. Buna göre, tek elden yönetim kavramı bakımından belirleyici olan hangi kararların, kim tarafından alındığıdır. Tek elden yönetiminin var olup olmadığını belirleyen yetkilere ilişkin ise, finans alanını, personel politikasını, devredilemeyen görevleri esas alan görüşler ileri sürülmektedir. Ekonomik birlik görüşü, işletme ekonomisi ilkelerine göre tek tip şirketler ile karşılaştırılabilen ekonomik bir birlik yaratılabilirse tek elden yönetimin mevcut olabileceğini savunmaktadır.

Yönetim yapıları üzerinden tek elden yönetimi tanımlayan görüş, topluluk şirketlerinin farklı kısmi görevlerinin, bütünsel olarak üst basamakta yerine getirilmesine izin veren örgütsel tedbirler alınmışsa, tek elden yönetimin mevcut olabileceğini ileri sürmektedir. Norm intikali üzerinden tanımlanan tek elden yönetim kavramında ise önemli olan plana uygunluktur

Tek elden yönetiminin varlığından söz edilebilmesi için 4 unsurun bulunması gerekir: Bunlar; yönetimin merkezi bir yönetim organı tarafından yerine getirilmesi, tek elden yönetimin sürekli olması, ana şirketin en azın-

⁵⁰ Handschin, s. 42; Slongo, s. 185; Harsch, s. 57.

dan fiili olarak kararlarını tek tarafli kabul ettirebilmesi ve tek elden yönetimin fiilen de uygulanmasıdır.

KAYNAKÇA

- Bühner, Rolf;** Management-Holding in der Praxis, Der Betrieb 1993, s. 285 vd.
- Everling, Wolfgang;** Konzernführung durch eine Holdinggesellschaft, Der Betrieb 1981, s. 2549 vd.
- Gessler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang /Eckardt, Ulrich/Kropff, Bruno;** Aktiengesetz, 15-22, München 1973.
- Gutjahr, Hans-Joachim;** Der Begriff der Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung im Konzerngesellschaftsrecht, Hamburg 1972.
- Halter, Rudolf;** Der Begriff der einheitlichen Leitung im Konzern, Heidelberg 1974.
- Handschin, Lukas;** Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.
- Harsch, Sebastian;** Die einheitliche Leitung im Konzern, Bern-Stuttgart-Wien 2005.
- Hoffmann, Friedrich;** Konzernhandbuch: Recht, Steuern, Rechnungslegung, Führung, Organisation, Praxisnahe, Wiesbaden 1993.
- Karahan, Sami (Editör) ;** Şirketler Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Konya 2013.
- Koppensteiner, Hans-Georg;** Kölner Kommentar zum AktG, 15-22, 291-328 AktG, Köln-Berlin- München 2004.
- Nilsson, Gül Okutan;** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topuluğu Hukuku, İstanbul 2009.
- Pulaşlı, Hasan;** Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012.
- Scheffler, Eberhard;** Konzernmanagement – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernführungspraxis, München 1992.
- Schlupe, Walter;** Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und –kooperation, ZSR 1973, s. 155 vd.
- Schneider, Uwe;** Die Personengesellschaft als herrschendes Unternehmen im Konzern, ZHR 1979, s. 485 vd.
- Slongo, Bruno;** Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs, Zürich 1980.

Tekinalp, Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013.

- Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemede Kontrol İlkesi, Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. II, İstanbul 2009, s. 1543 vd.

Theisen, Manuel Rene; Der Konzern, Stuttgart 2000.

LİMİTED ŞİRKET VE ORTAĞI KOMANDİT ŞİRKET (GMBH & CO. KG)

*Yrd. Doç. Dr. Hakan ÇEBİ**

I – Genel Olarak

Limited şirket ve ortağı komandit şirket, Almanya ve Avusturya’da oldukça yaygındır. Bu şirket türü çeşitli nedenlerden dolayı tercih edilmektedir ve sayısı her geçen gün artmaktadır. Bunun nedeni komandit şirket türü tercih edilmesine rağmen, ortak olarak tüm gerçek kişiler için bu şekilde sorumluluk sınırlamasının elde edilmesidir. Gerçi bu şirkette de, komandite ortak (limited şirket) diğer komandit şirketlerde olduğu gibi şirketin borçlarından dolayı sınırsız sorumludur, ancak limited şirket borçlarından dolayı sadece şirket malvarlığıyla sorumlu olduğu için, ortaklarının herhangi bir şahsi sorumluluğu söz konusu değildir.

Bu şirket türü şu an için ülkemizde mümkün değildir. Zira, TK 304/III’e göre, komandite ortakların gerçek kişi olması lazımdır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı hazırlanmadan önce bu hükmün (ETK 243/III) kaldırılarak tüzel kişilerin de komandite ortak olabilmeleri önerilmiş ve böylelikle limited şirket ve ortağı komandit şirket kurulabilmesinin yolu açılmak istenmiştir¹. Ancak bu şirket tipi yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na, kanunun dolaşmasını ifade eden bir model olduğu gerekçesi ile alınmamıştır². Bununla birlikte ileride kanunda yapılacak bir değişiklikle, ülkemizde de bu türde bir şirket kurulması imkanı getirilebilir.

II – Tanımlanması

Limited şirket ve ortağı komandit şirket, komandite ortağı bir limited şirket olan komandit şirkettir³. Almanya’da bu şirket türü başlangıçta mah-

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

1 **Tekinalp, Ünal**; Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklık, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s. 58.

2 Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Genel Gerekçesi, Nr. 116, s. 39.

3 **Binz, Mark K./Sorg, Martin H.**; Die GmbH & Co. KG, 11. Auflage, München 2010, s. 1; **Grunewald, Barbara**; Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Tübingen 2002, s. 145; **Hueck, Götz/Windbichler, Christine**; Gesellschaftsrecht, 20. Auflage, München 2003, s. 519.

kemeler ve öğreti tarafından şüphyle karşılanmış ve çoğunlukla da böyle bir şirketin caiz olmadığı görüşü savunulmuştur. Bununla birlikte artık, bu şirketin caiz olduğu kabul edilmektedir⁴, zira bu şirketin varlığını kabul eden pek çok yasal düzenleme vardır (HGB 125 a, 129 a, 130 a, b, 172/VI, 172 a, 177 a)⁵.

Limited şirket ve ortağı komandit şirket, şahıs ve sermaye şirketinin bileşimi olarak görülmektedir. Her iki şirket türünün önemli unsurları bir araya getirilmiştir. Komandit şirketin iç ilişkisindeki geniş sözleşme serbestisi ve anonim şirkete kıyasla limited şirketteki şekil verme özgürlüğü, bu şirket türünün tercih edilmesine yol açmıştır. Bu şirket hem şahıs, hem de sermaye şirketlerinin unsurlarını içermektedir. Somut duruma göre biri veya öteki ön planda olabilir⁶.

III - Kuruluşu

Limited şirket ve ortağı komandit şirket, ortaklar arasında bir şirket sözleşmesinin yapılmasıyla kurulur ve bu sözleşme herhangi bir şekle tabi değildir. Bu şirket, bir ticari işletmenin işletilmesine yönelik veya ticaret siciline tescil edilmiş olmalıdır. Almanya'da 1998 yılında yapılan ticaret kanunu reformuyla bu şirketin uygulama alanı genişletilmiştir. Artık, Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB) 1/II. maddesinde ticari işletme aktifler üzerinden tanımlanmamakta, işletmenin şekline göre tanımlanmaktadır. Ayrıca, küçük işletme işleten veya sadece kendi malvarlığını yöneten işletmeler de, ticaret siciline tescille kolektif (OHG) veya komandit şirket (KG) olabilirler.

IV – Tercih Nedenleri

Limited şirket ve ortağı komandit şirket, gerçek kişi ortaklı komandit şirkete göre daha avantajlıdır. Zira, komandit şirkette yönetim ve temsil yetkisi komandite ortağa aittir, ancak çoğunlukla komandite ortak şirketi yönetme kabiliyetine sahip değildir. Bu durum, yeni bir yönetici bulunması ve komandit şirketin sözleşmesinin değiştirilmesini ve tüm ortakların onayını zorunlu kılan bir şekilde yeniden yapılandırılmasını gerektirdiği için, uygulama açısından elverişli değildir. Ayrıca, yöneticinin bütün ortaklar tarafın-

⁴ Grunewald, s. 145; Hueck/Windbichler, s. 520.

⁵ Esasen Almanya'da limited şirket ve ortağı komandit şirket gibi, başka bileşimler de mümkündür. Kurulan şirket kolektif veya komandit şirket olabileceği gibi, katılan ortaklar da limited veya anonim şirket olabilir. Kolektif şirket türüne fazla rastlanmamaktadır, fakat anonim şirket ve ortağı komandit şirkete (AG & Co. KG) rastlanmaktadır.

⁶ Hueck/Windbichler, s. 521.

dan istenip istenmediği şüpheli olabileceği gibi, ortak çevresindeki bazı şahıslara karşı şüpheler de olabilir. Yönetim ve temsil limited şirkette olduğunda, durum daha basittir. Limited şirketin yönetici pozisyonundaki her değişiklik aynı zamanda komandit şirketin işlemlerini yürütecek kişinin değişmesine de yol açar, zira limited şirket komandite ortaktır. Şirketin yönetiminin ortaklık sıfatına bağlı olmasına gerek yoktur. Bu şekilde içten organ ilkesine şekli olarak bağlı kalınmasına rağmen, yabancı organın avantajları şahıs şirketi için de elde edilmektedir⁷.

Almanya’da limited şirket karşısında bu şirket türü, vergi bakımından da avantajlar sunmaktadır⁸. Buna ilaveten, tüzel kişiler için geçerli olan sermayenin getirilmesi ve elde edilmesi için sıkı kurallar, şahıs şirketi olarak bu şirket bakımından geçerli değildir⁹. Limited Şirketler Kanunu’nun (GmbHG) 30. maddesi de komandit şirketin malvarlığına uygulanmaz, dolayısıyla ortaklara ödeme mümkündür.

Limited şirket ve ortağı komandit şirket, farklı amaçlar için kullanılmaktadır. Bu şirket türü, hem aile şirketlerinde, hem de geniş ortak çevresi olan şirketlerde görülmektedir. Bunun yanında komanditer bir ortak ve tek ortaklı limited şirket şekli de vardır (Einmann- GmbH & Co. KG). Almanya’da halka açık pek çok şirket, bu şirket şeklindedir. Kurucu ortaklar, şirket üzerindeki etkilerini, kendileri yönetici olmak veya limited şirketin ortağı olarak yönetici seçmek ve etkide bulunmak suretiyle garantiye almaktadırlar¹⁰.

V – Komandite Limited Şirketin Durumu

Komandit şirkette iç ilişkide (Innenverhaeltnis) öncelikle şirket sözleşmesi hükümleri geçerlidir (HGB 109, 161, 163). Sözleşmede bir düzenleme yapılmamışsa, o zaman yasal düzenlemeler uygulanır. Buna göre ortaklar, sözleşme serbestisi ilkesine uygun olarak başta veya daha sonra şirket sözleşmesini değiştirerek, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, arala-

⁷ **Grunewald**, s. 146; **Hueck/Windbichler**, s. 523; **Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger**; *Recht der Kapital-gesellschaften*, 4. Auflage, München 2006, s. 627.

⁸ **Grunewald**, s. 146; **Hueck/Windbichler**, s. 522.

⁹ Alman, İsviçre ve Avusturya hukukunda kolektif ve komandit şirketlerin tüzel kişiliği yoktur. Bu ülkelerde kolektif ve komandit şirket ortakları arasında, iştirak halinde mülkiyet ilişkisinin varlığı kabul edilir. Ancak dış ilişkide ortaklığın, ortakların kişiliklerinden ayrı bir birlik arzettiği, ticaret unvanı altında hak iktisap edip, borç altına gireceği, davalı veya davacı olacağı, iflas edeceği görüşü benimsenmiştir. Ayrıca ortaklığın özel bir malvarlığına sahip olduğu da kabul edilir. Bkz. **Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin**; *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 9. Bası, İstanbul 2003, s. 149.

¹⁰ **Tekinalp**, s. 58.

rındaki iç ilişkiyi düzenleyebilirler¹¹. Bu nedenle sınırsız sorumlu olan limited şirketin hukuki durumuna ilişkin sözleşme düzenlemesi, yasadan çok farklı olabilir.

1. Yönetim ve Temsil

Komandite olarak limited şirket, tek başına yönetim ve temsil yetkisine sahiptir (HGB 164, 170). Komandite limited şirket yetkisini organları, yani müdür veya vekilleri (ticari temsilci, ticari vekil, genel yetkili vekil) aracılığıyla kullanır¹². Bunlar doğrudan limited şirket için işlem yaparlar, fakat işlemin hukuki sonuçları komandit şirket için gerçekleşir. Buna göre limited şirketin müdürü çoğunlukla, limited şirket ortaklı komandit şirketin de dolaylı yöneticisi olarak kabul edilir¹³.

Şirket sözleşmesinde, komandite limited şirketin yönetim yetkisini kullanırken tüm veya bazı işlemlerde, komanditer ortağın onayını alması gerektiğine dair bir düzenleme de yapılabilir¹⁴. Şirkette limited şirketin yanında başka komandite ortaklar da varsa, şirket sözleşmesinde limited şirketin yönetim ve temsil yetkisine sahip olmadığı kararlaştırılabilir¹⁵.

Limited şirket, şirketin tek sınırsız sorumlu ortağı ise, dış ilişkide geri alınmaz ve sınırlandırılmaz şekilde, şirketi tek başına temsil etme hakkına sahiptir¹⁶. Bunun yanında şirket için, ticari temsilci veya vekil gibi temsilci de atanabilir¹⁷.

¹¹ **Domanıç, Hayri**; *Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler*, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 1988, s. 456; **Karahan, Sami/Çeliktas, İlyas**; *Şirketler Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 308; **Klauss, Herbert/Mittelbach, Rolf**; *Die GmbH & Co. KG*, 3. Auflage, Ludwigshafen 1973, s. 59.

¹² **Hesselmann, Malte**; *Handbuch der GmbH & Co.*, 15. Auflage, Köln 1976, s. 73.

¹³ **Binz/Sorg**, s. 53; **Raiser/Veil**, s. 635.

¹⁴ BGHZ 45, 209.

¹⁵ **Binz/Sorg**, s. 55.

¹⁶ Buna göre, limited şirketin tek komandite olarak şirketin temsili için, ticari temsilcinin iştirakine ihtiyaç duymasına ilişkin bir düzenleme de caiz olmayacaktır. Böyle bir toplu temsil sadece iki komandite ortağın bulunması halinde sözkonusu olabilir.

¹⁷ TK 318/II'ye göre de komanditer ortaklar şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmaması şartıyla, ticari temsilci, ticari vekil veya seyyar tacir memuru (pazarlamacı) olarak atanabilirler.

2. Sermaye ve Kara İştirak

Alman hukukunda komandit şirketin tüzel kişiliği olmadığı için şirketin malvarlığı, iştirak halinde tüm ortaklara aittir, yani oransal bir katılım söz-konusu değildir. Şirket malvarlığında bir ortağın belirli bir payından sözedildiği zaman, bu sadece sonuca iştirak anlamına gelir.

Şirketin tüm ortakları amacın gerçekleştirilmesi için şirkete katılım payı getirmekle yükümlüdürler. Bu katılım payları mutlaka para veya aynı sermaye olmak zorunda değildir. Bunların yerine hizmet gibi diğer edimler de kararlaştırılabilir¹⁸⁻¹⁹.

Şirket sözleşmesinde farklı bir düzenleme yapılmamışsa, kar ve zarara iştirak HGB 168'e göre yapılır. Buna göre her ortak kardan, önce katılım payının % 4'ünü alır. Sermayenin % 4'ünü aşan miktar, zararda olduğu gibi, sözleşmede farklı bir düzenleme yapılmamışsa, halin icabına uygun bir paylaşımına göre dağıtılır²⁰.

3. Oy Hakkı

Limited şirket ortaklı komandit şirket için oy birliği ilkesi (Einstimmigkeitsprinzip) geçerlidir, yani karar için tüm ortakların onayı şarttır (HGB 161/II, 119). Ancak oy birliği ilkesi emredici nitelikte değildir, sözleşmeyle çoğunluk ilkesi kabul edilebilir. Yasa koyucu belirli haller için ortağın oy hakkını kullanamayacağını da öngörmüştür (HGB 113/II, 117, 127, 140/I)²¹.

4. Sınırsız Sorumluluk

Şirketin borçlarından dolayı limited şirket sınırsız sorumludur (HGB 128, 161). Sorumluluk bakımından komandite ortağın gerçek kişi olmasının

¹⁸ Türk hukukunda komandite ortakların her türlü mal ve hakları sermaye olarak koyabilmelerine karşın, komanditer ortaklar, kişisel emek ve ticari itibarlarını şirkete sermaye olarak koyamazlar (TK. 307/II).

¹⁹ **Hesselmann**, s. 72.

²⁰ Bu bakımdan limited şirketin sorumluluğu, şirket için faaliyeti, onun için geçerli olan rekabet yasağı, diğer taraftan komanditerin sınırlı sorumluluğu, yönetim yükümlülüğünün ve rekabet yasağının olmaması dikkate alınır.

²¹ Komandite limited şirketin, şirkete katılım payı getirmediği ve kara ve zarara iştirak etmediği zaman, sınırsız sorumlu ortak olarak yasadaki oy yasaklarının dışında sözleşmeyle oy hakkından mahrum edilip edilemeyeceği meselesine ilişkin olarak Alman Federal Mahkemesi (BGH), ortakları aynı olan yani, komanditerlerin aynı zamanda limited şirketin ortağı olan limited şirket ve ortağı komandit şirket için, oy hakkından mahrumiyeti onaylamıştır. Bkz. BGH, NJW 1993, s. 2100 vd.

dan farklı bir durum söz konusu değildir. Tüzel kişi olarak limited şirket, gerçek bir kişi gibi tüm malvarlığıyla sorumludur.

Dış ilişkide komandite limited şirket ancak, şirketin alacaklılarıyla yapılan bir anlaşmayla ilgili alacaklar için sınırsız sorumluluktan kurtarılabilir. Ortaklar kendi aralarında yapacakları anlaşma ile bunu sağlayamazlar (HGB 161, 128). Buna karşın iç ilişkide sınırsız sorumlu limited şirketin komanditerler veya şirket tarafından sorumluluğundan kurtarılması imkanı vardır. Bu durumda şirket alacaklılarına karşı limited şirket yine sınırsız sorumludur, fakat alacaklıların talepte bulunması halinde komanditerlere veya şirkete karşı denkleştirme talebinde bulunabilir²².

5. Rekabet Yasağı

Komandit şirketin her sınırsız sorumlu ortağı gibi, komandite limited şirket de, ortak olduğu süre boyunca rekabet yasağına (Wettbewerbsverbot) tabidir (HGB 161/II, 112)²³. Bu nedenle limited şirket, komanditerlerin rızası olmadan ne şirketin ticaret dalında kendi adına işlem yapabilir, ne de benzer diğer bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak iştirak edebilir. Komandite limited şirketin bu rekabet yasağı, şirket sözleşmesiyle veya diğer ortakların rızasıyla kaldırılabilir (HGB 161/II, 112).

Yine, HGB 112'ye göre, ortaklığın kuruluşunda, ortağın başka bir şirkette, sorumluluğu sınırlanmamış ortak olduğu diğer ortaklar tarafından bilinmekteyse ve buna rağmen bu iştirake açık olarak son verilmesi istenmemişse, başka bir şirkete katılmak için muvafakat verilmiş kabul olunur.

VI - Komanditer Ortakların Durumu

1. Yönetim ve Temsil

Komandit şirkette komanditer ortakların yönetim ve temsil yetkileri bulunmamaktadır (HGB 170, 164)²⁴. Sadece, şirketin mutad ticari işlerinin dışına çıkan işlemler, komanditerlerin itirazına rağmen yapılamazlar (HGB

²² Binz/Sorg, s. 65.

²³ Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J.; *Handelsgesetzbuch*, 34. Auflage, München 2010, Anh. 177a, Rn. 23; Hesselmann, s. 94; Klauss/Mittelbach, s. 68.

²⁴ Yasadaki emredici hüküm nedeniyle (HGB 170) komanditerler şirketin organsal temsilcisi olamazlar, bununla birlikte ticari temsilci veya ticari vekil olabilirler. Bkz. Schmidt, Karsten; *Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2002, s. 1649.

164). Yine, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi gibi, olağanüstü işlemler için komanditerlerin de onayı alınmalıdır²⁵.

Komanditerlerin yönetim yetkisi bulunmamakla birlikte şirket sözleşmesiyle bunlara, komandite limited şirketin her işlemine veya belirli işlemlerine onay verme veya onların talimatlarına göre yapılması suretiyle hakim bir etki tanınması imkanı vardır. HGB 164 emredici nitelikte olmadığından şirket sözleşmesi komanditere, komandite limited şirketin yanında veya onun yerine iç ilişkide şirketin işlerini yürütmesini de öngörebilir²⁶.

2. Sınırlı Sorumluluk

Komanditerler şirketin borçları için alacaklılara karşı sermaye paylarına kadar doğrudan sorumludurlar. Bunlar sermaye paylarını ödedikleri takdirde, şahsi sorumlulukları söz konusu değildir²⁷. Komanditerlerin ek sermaye koyma yükümlülükleri de (Nachschusspflicht) bulunmamaktadır.

Komanditer ortaklar sınırlı sorumlu olmakla birlikte bazı hallerde sınırsız sorumlu olmakta, bazı hallerde ise sorumlulukları genişlemektedir. HGB 176'ya göre, şirket, merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin ticaret siciline tescil edilmeden önce faaliyete geçmişse, faaliyetin başlamasına rıza gösteren her komanditer ortak, şirketin tesciline kadar yapılan taahhütlerden, komandite ortak gibi sorumlu olur, meğer ki, komanditer ortak olarak katıldığı, alacaklı tarafından bilinsin. HGB 172/IV'e göre de, bir komanditer ortağın yatırdığı miktardan geri ödenen kısım, alacaklılar için, ifa edilmemiş sayılır. Aynı hüküm bir komanditer ortağın sermaye payı, zarar sebebiyle ifa edilmiş olan miktarın altına düşmüş olmasına rağmen kar payı alması ya da çekme sonucu sermaye payının söz konusu miktarın altına düşmesi halinde de uygulanır.

²⁵ TK 309/III'e göre de, komanditerler olağanüstü iş ve işlemlerde, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi, tür değiştirme, birleşme ve bölünme gibi yapısal değişikliklerde; şirkete ortak alınması, çıkarılması ve payın devri türünden temel işlemlerde oy hakkını haizdirler. 6102 sayılı yeni Kanunda açıkça komanditer ortakların olağanüstü iş ve işlemler için oy kullanabilecekleri belirtilerek, eski Kanundaki (6762 sayılı TTK) eksiklik nedeniyle doktrindeki tartışmalar ortadan kaldırılmıştır. Bkz. **Pulaşlı, Hasan**; Yeni Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 291-292.

²⁶ **Binz/Sorg**, s. 68; **Hesselmann**, s. 83; **Klauss/Mittelbach**, s. 43.

²⁷ Dış ilişkide komanditerlerin sorumluluk sınırlamaları, sözleşme tarafıyla yapılacak bir anlaşmayla kaldırılabilir. Gerçi, komandit şirketin varlığı için en azından şirkette sorumluluğu sınırlı bir ortağın bulunması şarttır. Fakat kanun sadece kurumsal olarak şirketteki sorumluluk durumunu düzenlemiştir, şirket alacaklılarıyla yapılacak bir sözleşme ile komanditerlerin sorumluluğu yasal düzenlemenin kapsamı dışına genişletilebilir. Bkz. **Binz/Sorg**, s. 89.

3. Sermaye ve Kara İştirak

Komandite limited şirketten farklı olarak komanditerler için, bir malvarlığı değerinin şirkete sermaye olarak getirilmesi öngörülmüştür (HGB 161). Bu değer para veya aynı sermaye olabileceği gibi, kullanım yetkisinin devri veya hizmet ifası da olabilir. Yalnız kullanım yetkisinin devrinde veya hizmet ifasında bunun para ile değerlendirilebilir olması şarttır²⁸.

Şirket sözleşmesinde farklı bir düzenleme yapılmamışsa, kar ve zarara iştirak HGB 168'e göre yapılır. Buna göre her ortak kardan, önce katılım payının % 4'ünü alır. Sermayenin % 4'ünü aşan miktar, zararda olduğu gibi, sözleşmede farklı bir düzenleme yapılmamışsa, halin icabına uygun bir paylaşımına göre dağıtılır.

4. Kontrol ve Bilgi Alma Hakları

Komanditer ortaklara HGB 166 uyarınca sınırlı bir bilgi alma hakkı tanınmıştır. Komanditer aynı zamanda limited şirketin de ortağıysa, GmbHG 51 a uyarınca hem limited şirket hem de komandit şirket hakkında geniş bir bilgi alma imkanına sahip olur. Ancak, aynı zamanda limited şirketin ortağı olmayan komanditerler için HGB 166 geçerli olmaya devam eder.

HGB 166'ya göre, komanditer ortak, yıllık bilançonun bir kopyasının verilmesini istemeye ve doğruluğunu ticari defter ve evraklarla karşılaştırarak tetkik etmeye yetkilidir. 118. paragraftaki, işleri idare yetkisi olmayan ortağa tanınan diğer haklara komanditer ortak sahip değildir. Komanditer ortağın isteği üzerine, haklı sebepler varsa, mahkeme her zaman bilançonun ibrazına veya diğer açıklamaların yapılmasına ve ticari defterler ve evrakın ibrazına karar verebilir.

5. Rekabet Yasağı

Komanditer ortaklar için rekabet yasağı söz konusu değildir. Bu durum, aynı zamanda limited şirkette müdür olan komanditerler için de geçerlidir²⁹. Komanditer ortaklara sözleşmeyle rekabet yasağının getirilmesi ise, genel olarak kabul edilmemektedir³⁰.

28 **Baumbach/Hopt**, HGB 172, Rn. 4

29 **Baumbach/Hopt**, HGB Anh 177, Rn. 23.

30 **Binz/Sorg**, s. 109-110.

VII – Oluşumu ve Yapısı

Bu şirket çeşitli şekillerde oluşabilir. Bir limited şirket ve ortağı komandit şirketin kurulması, komandit şirketin bir limited şirket ve komanditerler tarafından kurulması suretiyle veya bir limited şirketin mevcut bir komandit şirkete, bir veya daha fazla gerçek kişinin yerine komandite olarak katılması suretiyle gerçekleşebilir³¹.

Limited şirket ve ortağı komandit şirkette bir komandit şirkettir. Dolayısıyla bu şirkete öncelikle komandit şirkete ilişkin hükümler uygulanır. Buna göre, yönetim ve temsil komandite ortağı aittir (HGB 164, 170). Limited şirket bunları müdürü veya müdürleri aracılığıyla yerine getirir. Temsil bakımından bu durum emredici niteliktedir, zira HGB 170 ve GmbHG 35 farklı bir düzenlemeye izin vermemektedir. Buna karşı iç ilişkide, şekil verme serbestisi geçerlidir. Şirket içi irade oluşumu ve yönetim geniş ölçüde sözleşmeyle düzenlenebilir. Şirket sözleşmesi diğer komandit şirketlerde olduğu gibi komanditerlere önemli etkide bulunma hakları verebileceği gibi, sermaye şirketlerine benzer bir yapı da oluşturulabilir^{32,33}. Tam tersi bir durum da söz konusu olabilir. Yani, şirket sözleşmesiyle yasa da komandite ortağı tanınan üstünlük korunabileceği gibi, daha da güçlendirilebilir.

Ortaklar toplantısında, iradesi limited ve komandit şirketlere ilişkin düzenlemelere göre oluşması gerekirken iki şirketin sözkonusu olduğu hususu önemlidir. Bu bakımdan da meydana getirilen şekille zorluklar azaltılabilir. Bununla ilgili olarak, ortaklıkların ve oy haklarının eşitliğinin teminat altına alınması, yetki düzenlemeleri örnek verilebilir.

VIII – Şirketin Borçlarından Sorumluluk

Şirketin borçlarından dolayı komandit şirket malvarlığıyla sorumludur, komandite olarak limited şirket sınırsız sorumludur³⁴. Limited şirketin ortak-

³¹ Bu durumda komandite gerçek kişiler komanditer olurlar veya şirketten ayrılırlar. **Klauss/Mittelbach**, s. 25 vd.

³² Gözetim kurulu (Aufsichtsrat) MitbestG (Mitbestimmungsgesetz) m. 4'ün şartları mevcut olduğu zaman zorunludur.

³³ Şirket sözleşmesiyle başka ihtiyari organlar da oluşturulabilir. Bunlar gözetim kurulu, danışma kurulu, ortak-lar veya komanditerler kurulu olabilir.

³⁴ Sorumluluk bakımından bazı özel durumlar kuruluş aşamasında söz konusu olur. Burada ön şirket hukukunun gelişmesi birçok hususu açıklamaktadır. Zira, bu gelişme, ön limited şirket ve ortağı komandit şirketin durumuyla da önemli ölçüde ilişkilidir. Sorumlulukla ilgili meseleler özellikle ticaret siciline tescilden önceki işlemlerin kabulünde ortaya çıkmaktadır. Ön limited şirket komandit şirketin komandite ortağı olabilir ve böylece HGB 128'e göre sorumludur. Bu suretle eksik bilanço (Unterbilanz) oluşursa, ortaklar iç

larının herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Komanditer ortaklar da şirketin borçlarından dolayı taahhüt ettikleri sermaye payları oranında sınırlı sorumludurlar (HGB 171). Bu sermaye payı ödendiği ve geri alınmadığı takdirde, komanditerler kural olarak şahsen sorumlu değildirler.

IX – Sermayenin Getirilmesi ve Korunması

Limited şirket ve ortağı komandit şirkette, sınırsız sorumlu bir gerçek kişi olmadığı için sermayenin getirilmesi ve korunması, alacaklılar açısından oldukça önemlidir. Bu hususta Alman yasa koyucusu tarafından özel düzenlemeler yapılmıştır. Bununla ilgili olarak, limited şirketler hukukunun sermayenin getirilmesi ve elde edilmesine ilişkin hükümleri (GmbHG 30 vd.) ön planda bulunmaktadır³⁵:

1. Sermayenin Getirilmesi

Komandit ve limited şirkete ilgili hükümlere göre sermaye getirilmelidir. Limited şirketin payları sermaye olarak komandit şirkete getirilebileceği için, aynı malvarlığının hem limited hem de komandit şirketin malvarlığı olması tehlikesi vardır. Bu nedenle HGB 172/VI, limited şirket ve ortağı komandit şirkette, sermaye, komandite limited şirketin paylarından oluşursa, komanditerin sermayesini getirilmemiş olarak kabul etmektedir.

2. Sermayenin Korunması

HGB 172 a'ya göre, sermayeye eklenen ödünce ilişkin GmbHG 32 a, b sınırsız sorumlu ortağı gerçek kişi olmayan komandit şirketler için de kıyasen geçerlidir. Böylece limited şirket ve ortağı komandit şirkette de, şirkete bir komanditer veya limited şirket ortağı tarafından, şirketin öz sermayesine

ilişkide sınırsız sorumlu olurlar. Diğer taraftan limited şirket müdürü de GmbHG 11/II'ye göre sorumlu olur. Müdürün sorumluluğu limited şirketin ticaret siciline tescili ile sona erer ve böylece ön limited şirket tüm borçlardan sorumlu olur. Kurucu ortaklar limited şirkete karşı ana sermayenin azalmasının denkleştirilmesi için sorumlu olurlar. Komandit şirket tescilden önceki işlemleri kabul ederse, limited şirket ve ortağı komandit şirkette komanditerlerin sorumluluğu bakımından yukarıda yapılan açıklamalar geçerli olur. Alacaklılara sadece komanditer olarak iştirak edildiği bildirilmişse, komanditerlerin sınırsız sorumluluğu söz konusu olmaz. Şirketin limited şirket ve ortağı komandit şirket olduğu belirtilerek işlem yapılmışsa, bundan üçüncü şahıslar kolayca iştirak eden gerçek kişilerin komanditer sıfatını anlayabileceklerinden, bu durumda yine komanditerler sınırsız sorumlu olmazlar. Bkz. **Baumbach/Hopt**, HGB Anh 177 a, Rn. 19; **Hueck/Windbichler**, s. 529.

³⁵ Buna göre, limited şirketin malvarlığından ortaklara yapılan ödemelerin, GmbHG 30'un şartları altında geriye ödenmesi lazımdır.

eklenmek için verilen veya yüklenilen kredilere, bu tarihte limited şirkete verilen krediler gibi muamele edileceği hükme bağlanmıştır.

Yine, komanditer ortağa sermaye payı tamamen veya kısmen iade edildiği zaman, aynı oranda şahsi sorumluluğu söz konusu olur (HGB 172/IV, 171/I). Sermayenin geriye iadesi, limited şirketin sermayesine yük getiren caiz olmayan bir ödemeyle aynıdır³⁶.

X – Şirketten Ayrılma

Ortakların şirketten ayrılması çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Ayrılma en çok payın devri şeklinde gerçekleşir. Diğer ayrılma nedenleri ortağın ölümü, çıkma veya çıkarılma olabilir.

Bir ortağın şirketten ayrılması bir taraftan tazminat hakkını doğurur, diğer taraftan ortağın şirketten ayrıldıktan sonraki sorumluluğu (Nachhaftung) söz konusu olur. Yine, ortağın ayrılmasından sonra sadece bir ortak kaldığı zaman farklı bir durum geçerlidir. Zira, tüm ortakların ayrılmasıyla şirket malvarlığı külli halefiyet ilkesi uyarınca kalan ortağa intikal eder³⁷.

XI – Limited Şirket Ortağının Şahsi Sorumluluğu

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi (Durchgriffshaftung) komandite limited şirket için de geçerlidir³⁸. Bu teoriye ilişkin şartlar gerçekleşmişse, şirketin borcundan dolayı limited şirket ortağına başvurulabilir. Limited şirket ortağı yanında bu teoriye göre, komanditerlere başvuru da sözkonusu olabilir.

XII - Şirketin Sona Ermesi

Limited şirketin sona erme nedenleri için Limited şirket hukuku, komandit şirketin sona erme nedenleri için komandit şirket hukuku geçerlidir³⁹.

³⁶ Komanditere kredi verilmesinin sermayenin geriye iadesi olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Aynı sorun şirketin kendisinin kredi vermeyip, şirket malvarlığından üçüncü bir şahsa aynı teminatlar verilmesi veya ortağın kredi borcu için kefil olunması halinde de söz konusu olur. Bkz. **Schmidt, Karsten**; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 3, 2. Auflage, München 2007, 171, 172, Rn. 72.

³⁷ **Binz/Sorg**, s. 114.

³⁸ Bu teoriyle ilgili olarak bkz. **Kervankıran, Emrullah**; Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna : Tüzel Kişilik Perdesi'nin Kaldırılması, EÜHFD, C. XI, S. 3-4 (2007), s. 453 vd.

³⁹ **Baumbach/Hopt**, HGB Anh 177 a, Rn. 45; **Hueck/Windbichler**, s. 528.

Limited şirket ve ortağı komandit şirketin sona ermesine, kolektif şirkete ilişkin hükümler uygulanır (HGB 161/II). Buna göre şirket;

- kararlaştırılan sürenin dolmasıyla,
- ortakların kararıyla,
- ortaklık malvarlığı hakkında iflasın açılmasıyla,
- mahkeme kararıyla,
- malvarlığı kaybı nedeniyle terkinle,

sona erer. Bu sayım sınırlayıcı nitelikte değildir, şirket sözleşmesiyle başka sona erme nedenleri de kararlaştırılabilir.

KAYNAKÇA

- Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J.;** Handelsgesetzbuch, 34. Auflage, München 2010.
- Binz, Mark K./Sorg, Martin H.;** Die GmbH & Co. KG, 11. Auflage, München 2010.
- Domaniç, Hayri;** Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 1988.
- Grunewald, Barbara;** Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Tübingen 2002.
- Hesselmann, Malte;** Handbuch der GmbH & Co., 15. Auflage, Köln 1976.
- Hueck, Götz/Windbichler, Christine;** Gesellschaftsrecht, 20. Auflage, München 2003.
- Karahan, Sami (Editör);** Şirketler Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2012.
- Kervankıran, Emrullah;** Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi'nin Kaldırılması, EÜHFD, C. XI, S. 3-4 (2007), s. 453 vd.
- Klauss, Herbert/ Mittelbach, Rolf;** Die GmbH & Co. KG, 3. Auflage, Ludwigshafen 1973.
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin;** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2003.
- Pulaşlı, Hasan;** Yeni Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2012.
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger;** Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Auflage, München 2006.
- Schmidt, Karsten;** Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2002.
- Schmidt, Karsten;** Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 3, 2. Auflage, München 2007.
- Tekinalp, Ünal;** Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklık, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s. 58 vd.

İFLASIN ERTELENMESİNİN FİNANSAL KİRALAMA (LEASİNG) SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNE ETKİLERİ

*Arş. Gör. Aynaz UĞUR**

I. GİRİŞ

İflasın ertelenmesi, ticaret mahkemesine, borca batık durumda olan bir sermaye şirketi ya da kooperatif hakkında iflas kararı vermekten, belli koşullarla geçici olarak sarfinazar etme imkanını veren ve iflasın önlenmesine hizmet eden bir kurumdur¹. İflasın ertelenmesinin amacı, ticari hayat bakımından büyük önem taşıyan sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, alacaklılarının durumunu iflasa nazaran ağırlaştırmamak kaydıyla, faaliyetlerini yürütmek suretiyle ticari hayatın içinde tutulmasıdır². İflasın ertelenmesinde hem borçlu şirketin hem de alacaklılarının menfaati olduğuna göre, iflasın ertelenmesine karar verilirken sadece şirket alacaklılarının menfaatinin değerlendirilmesiyle yetinilmemelidir³.

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı

1 **Pekcanitez Hakan / Atalay Oğuz / Sungurtekin Özkan Meral / Özkes Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 521; **Muşul Timuçin**, İcra ve İflas Hukuku C.II, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 1198, (İcra ve İflas); **Deliduman Seyithan**, İflasın Ertelelenmesinin Etkileri, Kocaeli Üniversitesi Yayını, Kocaeli 2008, s. 5; **Atalay Oğuz**, Borca Batıklık ve İflasın Ertelelenmesi, Güncel Yayınevi, İzmir 2007, s. 65, (Kitap); **Muşul Timuçin**, İflasın Ertelelenmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 19, (İflasın Ertelelenmesi); Yargıtay bir kararında iflasın ertelenmesini şöyle tanımlamıştır: "... borca batık durumda olan bir sermaye şirketi ve kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olması halinde iflası önleyen bir kurumdur. İflasın ertelenmesinde amaç, sermaye şirketi ve kooperatifin ekonomi içinde kalarak faaliyetine devamını sağlamak ve alacaklıları iflasa bağlı olumsuz sonuçlardan etkilenmesinden korumak...", Yarg. 19. HD., T. 7.4.2005, E. 2005/448, K. 2005/3753, (**Bilgen Mahmut**, İflas İflasın Ertelelenmesi Konkordato Yargılama Usulü, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 707).

2 **Deliduman**, s. 19.

3 **Muşul**, İcra ve İflas, s. 1200, 1201; **Muşul**, İflasın Ertelelenmesi, s. 30, 31; **Öztek Selçuk**, İflasın Ertelelenmesi, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007, s. 22, 23, (Kitap); **Özkes Muhammet**, "İflasın Ertelelenmesi", LHD, C. III, S. 33, 2005, s. 3251; **Pekcanitez Hakan**, "İflasın Ertelelenmesi", İBD, C. 79, S. 2, 2005, s. 323, 324; **Atalay**'ın bu husustaki görüşü biraz daha şirket menfaatinden yanadır: "Bu durum gösteriyor ki, iflasın ertelenmesi ile önce-

İflasın ertelenmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı bir husustur. Bir görüşe göre iflasın ertelenmesi, iflasa engel olan ve ilgili tarafların menfaatlerini koruyan bir adli tedbir niteliğindedir⁴. İflasın ertelenmesini bağımsız bir dava olarak kabul eden görüşe göre ise; iflasın ertelenmesi ilk talep edildiği anda çekişmesiz yargı işi olup, erteleme talebine ilgililer tarafından itiraz edilmesi üzerine çekişmeli yargı niteliği kazanmaktadır⁵. Bu görüş, iflasın ertelenmesi talebinin incelenmesi temeldeki iflas yargılamasından ayrı olarak düşünülemeyeceği için eleştirilmiştir⁶. Başka bir görüşe göre iflasın ertelenmesi iflas davası prosedürünün içinde bir ön sorun teşkil eder, iflasa karar verilmeden önce incelenmeli ve sonuçlandırılmalıdır, ayrı bir dava niteliğinde olmadığından bekletici sorun sayılması söz konusu olmaz⁷. Bu görüş de iflasın ertelenmesinin iflas talebi hakkında karar verilebilmesi için önceden çözülmesi gereken bir sorun olmaması, tek koşul vakıanın borca batıklık olması sebebiyle eleştirilmiştir⁸. Doktrindeki baskın görüşe göre iflasın ertelenmesi, şirketler hukuku ve iflas hukukunun iç içe geçmiş özelliklerini bünyesinde barındıran, kendine özgü bir geçici hukuki koruma tedbiri hükmündedir⁹.

İflasın ertelenmesinin yakından ilgili olduğu sözleşmelerden birisi de finansal kiralama sözleşmesidir. Sermaye şirketleri sahip oldukları makine ve teçhizatı büyük ölçüde finansal kiralama yolu ile elde ettiklerinden, iflasın ertelenmesinin bu sözleşmeyi nasıl etkileyeceğinin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

likle sermaye şirketinin faaliyetine devamını sağlamak amaçlanmıştır. Bunu yanı sıra alacaklılar da korunmuş ve daha iyi konuma gelmiş olacaklardır.” Bkz., **Atalay**, Kitap, s. 66, 67.

- 4 **Öztek**, s. 23, 24; **Öztek Selçuk**, “İflasın Ertelenmesi”, *Bankacılar Dergisi*, S. 53, 2005, s. 30, <http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/53.pdf>, E.T. 15.04.2013.
- 5 **Balcı Şakir**, *İflasın Ertelenmesinin Usul ve Esasları*, İzmir 2007, s. 285, (**Deliduman**, s. 23’ten naklen).
- 6 **Muşul**, *İcra ve İflas*, s. 1199; **Atalay**, Kitap, s. 69; **Özekes**, s. 3255, **Altay Sümer**, “İflasın Ertelenmesi Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 629, 630.
- 7 **Pekcanitez**, s. 340.
- 8 **Atalay**, Kitap, s. 71; **Muşul**, *İcra ve İflas*, s. 1199; **Deliduman**, s. 25.
- 9 **Muşul**, *İflasın Ertelenmesi*, s. 27; **Deliduman**, s. 30; **Özekes**, s. 3256; İflasın ertelenmesi şirketler hukukuna özgü bir geçici hukuki koruma tedbiridir. Bkz., **Atalay**, Kitap, s. 73; “Esasen iflasın ertelenmesi şirketler hukukuna özgü bir geçici hukuki koruma olduğuna göre...”, *Yarg. 12. HD.*, T. 17.02.2006, E. 13446, K. 19586, (**Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes**, s. 521).

6331 sayılı yeni Finansal Kiralama Kanunu¹⁰ düzenlemesinin finansal kiralama sözleşmesinin tanımına ilişkin m. 18 hükmü uyarınca; “*Finansal kiralama sözleşmesi; kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü bir kişiden veya bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka suretle temin ettiği veya daha önce mülkiyetine geçirmiş bulunduğu bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören sözleşmedir.*”. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, kiralayan finansal kiralama konusu malın mülkiyetine sahip olmak zorundadır. Bu şart 3226 sayılı eski FKK m. 9 ve m. 17/f.I hükümleri uyarınca da geçerliydi¹¹.

Finansal kiralama sözleşmesinin hukuki niteliği hususunda da farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre bu sözleşme Borçlar Kanunu açısından atipik bir sözleşmedir¹². Başka bir görüş 3226 sayılı FKK düzenlemesinin lafzını dikkate alarak, bu sözleşmenin bir tür kira sözleşmesi olarak ele alındığını ifade etmektedir¹³. Diğer bir görüşe göre ise, finansal kiralama sözleşmesi 3226 sayılı Kanun ile sui generis bir sözleşme olduğu görüşüne yer vermeyecek şekilde, tipik bir sözleşme olarak, bu finansman tekniğinin kötüye kullanılmasını önleyecek şekilde emredici hükümlerle düzenlenmiştir¹⁴.

Buraya kadar iflasın ertelenmesi kurumunu ile finansal kiralama sözleşmesini ana hatlarıyla anlatmaya çalıştık ve iki kurum arasındaki ilişkinin önemine değindik. Çalışmamızın konusunu iflasın ertelenmesinin finansal kiralama sözleşmesine etkisi oluşturmaktadır. Bu bağlamda, iflasın ertelenmesi kararının finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesine etkisi ve finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları ana başlıkları altın-

¹⁰ Bundan böyle yalnız “FKK” olarak anılacaktır.

¹¹ **Altop** Atilla, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990, s. 147; **Reisoğlu** Seza, “Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, Bankacılar Dergisi, S. 48, 2004, s. 50, <http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/48.pdf>, E.T. 20.04.2013; Yavuz’a göre kiralayanın malik olmasına gerek olmayıp, mal üzerinde tasarrufa yetkili olması yeterlidir. Bkz., **Yavuz** Cevdet, “3226 Sayılı Kanunla Düzenlenen Finansal Kiralama Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Özellikleri”, Prof. Dr. Ernst Hirsch’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 729, 730, 743; Bkz., **Yavuz** Cevdet / **Acar** Faruk / **Özen** Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 376.

¹² **Kuntalp** Erden, Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara 1988, s. 69.

¹³ **Kötel** Argun, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmeleri, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1991, s. 147.

¹⁴ **Yavuz** / **Acar** / **Özen**, s. 368; **Yavuz**, s. 742; **Altop**, s. 109.

da; özellikle iflasın ertelenmesinin kiralayana fesih hakkı verip vermediği sorunu, kiralayanın finansal kiralama sözleşmesini iflasın ertelenmesi sebebiyle feshetmesinin kabulü halinde kiracıya yönelik takiplerin durumu ve iflasın ertelenmesi kapsamında verilen ihtiyati tedbir kararının kira konusu malları kapsayıp kapsamadığı sorunu ele alınacaktır.

II. FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN İFLASIN ERTELENMESİ KARARI NEDENİYLE SONA ERMESİ

A. Genel Olarak Sona Erme Sebepleri

FKK ile düzenlenmiş olan sona erme sebepleri şöyledir: FKK m. 30 hükmü uyarınca; “(1) Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme süresinin dolması, kiracının iflası, ölümü veya fiil ehliyetini kaybetmesi hâllerinde kendiliğinden sona erer. (2) Kiracının tasfiye sürecine girmesi veya tasfiyeye girmeksizin finansal kiralama konusu malın tahsis edildiği işletmesini tasfiye etmesi hâlinde kiracının talebi üzerine sözleşmede aksine hüküm yoksa sözleşme, süresinden önce feshedilebilir.”. Sözleşmenin ihlali halinde sona ermesi ise, FKK m. 31 hükmünde şöyle düzenlenmiştir: “(1) Kiralayan, finansal kiralama bedelini ödemede temerrüde düşen kiracıya verdiği otuz günlük süre içinde de bu bedelin ödenmemesi hâlinde, sözleşmeyi feshedebilir. Ancak, sözleşmede, süre sonunda mülkiyetin kiracıya geçeceği kararlaştırılmış ise, bu süre altmış günden az olamaz. Bir yıl içinde sözleşmede yer alan kira bedellerinden üçünü veya üst üste ikisini zamanında ödememesi nedeniyle ihtara muhatap olan kiracılarla yapılan sözleşmeler kiralayan tarafından feshedilebilir. (2) Taraflardan birinin sözleşmeye aykırı harekette bulunduğu hâllerde, bu aykırılık nedeniyle diğer tarafın sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemeyeceği durumlarda sözleşme feshedilebilir.”.

FKK, 3226 sayılı eski FKK düzenlemesinden farklı olarak; “... şirketin sona ermesi, tüzel kişiliğin hitamı, kiracının aleyhine yapılan bir icra takibinin semeresiz kalması...” (3226 sayılı FKK m. 22) hallerini, açıkça sona erme hali olarak düzenlememiştir. Ancak sözleşmenin ihlali nedeniyle sona ermeye ilişkin m. 23 hükmü yeni düzenlemeyle neredeyse aynıdır.

FKK m. 5/f.I/b.(a) uyarınca kiralayan sıfatının ancak anonim şirket kimliğindeki bir tüzel kişiye ait olabileceği emredici şekilde düzenlenmiştir. Bu durumda şirketin ya da tüzel kişiliğin sona ermesinin, finansal kiralama sözleşmesini sona erdirip erdirmeyeceği önemli bir sorundur. 3226 sayılı FKK m. 22 uyarınca tarafların sözleşme ile bu hallerin finansal kiralama sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmeyeceğini kararlaştırmaları mümkündür. Aynı Kanun’un m. 7 hükmü yeni FKK düzenlemesinden farklı olarak finan-

sal kiralama sözleşmesinin dört yıl süre ile feshedilemeyeceğini düzenliyordu. İşte kanun koyucunun, finansal kiralama şirketinin sona ermesi ya da tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde finansal kiralama sözleşmesinin sona ermeyeceğine yönelik bir hükmün sözleşmede yer almasına” izin vermesinin altında yatan amacın; feshin mümkün olmadığı bu dört yıllık süre içinde kiracının menfaatlerini korumak olduğu savunuluyordu¹⁵. Diğer taraftan finansal kiralama şirketinin sona ermesine veya tüzel kişiliğini yitirmesine rağmen, sözleşmenin uzun süre devamını sağlamanın zor olması sebebiyle; finansal kiralama sözleşmesine konacak bir hüküm ile sona eren şirketin tasfiyesinin en geç bitecek sözleşmenin sonuna kadar uzayacağını ya da bu çok masraflı olacaksa, finansal kiralama konusu malın tasfiye sırasında ancak bir başka finansal kiralama şirketine satılabileceğini ve onun da feshin mümkün olmadığı ana süre sonuna kadar sözleşme ile bağlı kalacağını kabul etmek suretiyle, kiracının sözleşmeye devam edebilmesinin sağlanması öneriliyordu. Kanun koyucu yeni FKK düzenlemesinde bu yorum ve önerileri göz önünde tutmuş olabilir. Elbette, taraflar şirketin sona ermesi ya da tüzel kişiliğini yitirmesi halini bir sona erme sebebi olarak sözleşmede kararlaştırabilirler¹⁶.

Kiracının aleyhine yapılan bir icra takibinin semeresiz kalması da yeni Kanun’a alınmayan kendiliğinden sona erme sebepleri arasındadır. Kiralayanı korumaya yönelik olan bu hüküm, finansal kiralama işleminin finansman amacına yönelik bulunmasından ve kiralayanı asıl ilgilendirenin malın bizzat kendisinin değil, bunun sağlanması amacıyla özgülediği fonun finansal kiralama bedelleri ile kendisine geri dönüşü olmasından ileri geliyordu¹⁷. 3226 sayılı FKK döneminde de bu hükmün pek uygulama alanı bulamayacağı, zira sözleşmelere aksine düzenlemelerin konulacağı savunulmaktaydı. Yasal düzenleme bulunmayan ülkelerde sözleşmeye konulan bir hüküm ile kiracının ekonomik durumunun finansal kiralama bedellerini ödemesini tehlikeye düşürecek ölçüde kötüleşmesi halinde; kiralayana sözleşmeyi feshetme veya muacceliyet klozlarına başvurma hakkı tanınmaktaydı ve gerçekten önemli bir kötüleşmenin var olduğunu kiralayan ortaya koymak zorundaydı¹⁸. Kanun koyucunun bu durumu göz önüne alarak ve söz konusu durumu sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sebebi olmaktan çıkararak, sözleş-

15 **Altop**, s.260, 261; **Köteli**, s. 254.

16 **Altop**, s.261; **Köteli**, s. 254.

17 **Kuntalp**, s. 92.

18 **Altop**, s.256.

menin devamını sağlamak suretiyle kiracıyı korumak istemiş olabileceği düşünülebilir.

Kiracının iflası ise FKK düzenlemesinde de sözleşmeyi kendiliğinden sona erdiren haller arasında sayılmıştır. Halbuki bunun da uygulama alanı bulamayacağı ve sözleşmeye konacak bir hüküm ile; adi kira sözleşmesinde kiracının iflasını düzenleyen 818 sayılı BK m. 261 (TBK m. 332) hükmü doğrultusunda, kiralayana birikmiş ve işleyecek finansal kiralama bedelleri için uygun bir süre içerisinde kiracı veya iflas idaresi tarafından yeterli teminat verilmemesi durumunda sözleşmeyi feshetme hakkının tanınması yoluna gidileceği savunulmaktaydı¹⁹. Kanun koyucu burada kiracının iflasını sözleşmeyi kendiliğinden sona erdiren bir sebep olarak koruyarak, kiracıyı kiralayanın sözleşmeyi derhal feshinin olumsuz sonuçlarından korumak istemiş olabilir. Ancak taraflar bunun aksini kararlaştırıp, kiracının iflasının kiralayana fesih hakkı veren bir durum olarak da düzenleyebilirler²⁰.

B. İflasın Ertelenmesi Kararının Kiralayana Fesih Hakkı Verip Vermediği Sorunu

Kanunda iflasın ertelenmesi kararının finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesi üzerindeki etkisi hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. İflasın ertelenmesi kararının sözleşmelere doğrudan bir etkisi bulunmadığından, sözleşme ilişkisinin devam edeceği; ancak sözleşmenin iyileştirme projesi ile bağdaşmaması durumunda mahkemenin erteleme talebini reddederek iflasa karar vermesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır²¹.

Mahkemenin iflasın ertelenmesine karar vermesinin ardından borçlu hakkında takip yapılamayacağından, kiralayanın TBK m. 98 hükmüne dayanarak sözleşmeyi feshedip edemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre erteleme talebinde bulunan şirket borca batık olduğu, bu durum kiralayanın alacağını tehlikeye düşürdüğü ve iflasın ertelenmesi bu tehlikeyi kural olarak

¹⁹ **Altop**, s.255, 256.

²⁰ Kuntalp, kiracının iflasının sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi nedeni olmasını şöyle açıklamaktadır: Bunun nedeni, bu durumların ortaya çıkması halinde, kiralayanın alacağı için bir teminat oluşturan malın kendisine hemen geri dönmesini sağlamak olabilir. Bkz., **Kuntalp**, s. 95.

²¹ **Türk Ahmet**, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (TTK m. 324), Nobel Yayınları, Ankara 1999, s. 343; **Muşul**, İflasın Ertelenmesi, s. 206; **Öztek**, Kitap, s. 15; **Öztek**, Bankacılar Dergisi, s. 65; **Atalay**, Kitap, s. 175; **Atalay Oğuz**, “İflasın Ertelenmesi”, Türkiye Barolar Birliği 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 91, (Armağan); **Deliduman**, s. 159; **Özkes**, s. 3282; **Bilgen**, s. 987.

ortadan kaldırmadığı için; mali durumun iyileştirildiğinin kesinlik kazandığı istisnai haller dışında, kiralayan kiracının ifada güçsüzlüğe düşmüş olduğunu ileri sürerek, uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeyi feshedebilmelidir²². Diğer görüşe göre ise; iflasın ertelenmesinin hükümde fesih sebepleri arasında sayılmamış olması, ayrıca iflasın ertelenmesinin amacının yalnız tarafların menfaatlerinin korunması değil, şirketin ayakta kalmasını sağlayarak üçüncü kişilerin de menfaatlerinin ve neticede ülke ekonomisinin korunması olması sebebiyle, kiralayanın TBK m. 98 uyarınca sözleşmeyi feshedebilmesi mümkün değildir²³.

Yargıtay ise bir kararında, “... özellikle iflasın ertelenmesi kararının finansal kiralama sözleşmesine aykırılık nedeniyle ihtar çekilerek öngörülen süreden sonra dava açılmasında bir isabetsizlik bulunmadığından davalının temyiz itirazının reddiyle hükmün onanması gerekmiştir...” şeklinde hüküm kurarak; iflasın ertelenmesi kararının, kira bedelinin ödenmemesi halinde kiralayanın temerrüt olgusuna dayanarak sözleşmeyi feshetmesine engel teşkil etmeyeceği yönünde karar vermiştir²⁴.

Biz de kiralayanın TBK m. 98 hükmüne dayanarak sözleşmeyi feshedebilmesinin, iflasın ertelenmesi müessesesinin amacıyla bağdaşmayacağı yönündeki görüşlere katılmakla birlikte; tarafların sözleşmeye bu doğrultuda bir hüküm koyabilecekleri kanaatindeyiz. Zira 3226 sayılı FKK m. 7 hükmü ile getirilmiş olan, sözleşmenin en az dört yıl süreyle feshedilemeyeceğine ilişkin düzenleme, yeni FKK düzenlemesinde yer almamaktadır²⁵.

Doktrinde iflasın ertelenmesinin FKK m. 31/f.II uyarınca sözleşmenin feshi için bir haklı sebep teşkil etmeyeceği de savunulmaktadır²⁶. Haklı sebebin varlığı için taraflardan birinin sözleşmeye aykırı hareketlerde bulunması ve bu hareketler nedeniyle sözleşmenin diğer tarafından sözleşme iliş-

²² Türk, s. 345; Atalay, Kitap, s. 176, 177.

²³ Öztekin, Kitap, s. 15; Öztekin, Bankacılar Dergisi, s. 27; Deliduman, s. 160.

²⁴ Yarg. 19. HD., T. 8.3.2007, E. 2006/9006, K. 2007/2187, (Bilgen, s. 989).

²⁵ Tarafların sözleşme yapılırken iflasın ertelenmesini sözleşmenin feshi sebebi olarak öngörmelerinin, sözleşmenin en az dört yıl süreyle feshedilemeyeceği yönündeki emredici FKK m. 7 düzenlemesi karşısında bir geçerliliği olmayacaktır. Bkz., Deliduman, s. 160.

²⁶ Deliduman, 3226 sayılı FKK m. 7 hükmü nedeniyle sözleşmeye iflasın ertelenmesinin fesih sebebi olduğu şeklinde bir hüküm koyamayacaklarını savunmaktadır. Bu durumda sözleşme ile iflasın ertelenmesini kararlaştırmalarının haklı bir gerekçesi olmadığından, böyle bir şartın bulunmadığı halde iflasın ertelenmesini haklı sebep olarak yorumlamak evleviyetle mümkün olmamalıdır. Bkz., Deliduman, s. 160.

kisine devam etmesinin beklenememesi gerekir. Özel bir yasal düzenlemenin bulunmadığı Almanya ve İsviçre’de, uygulamada sözleşmeye konan bir hüküm ile sadece kiracının sözleşmeden doğan, finansal kiralama bedellerini ödemek dışındaki, herhangi bir yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda, kiralayana fesih ya da muacceliyet klotuna başvurma imkanı tanınmaktadır²⁷. Kiracının malın sigorta primlerini ödememesi, malı bir başkasına kullandırması ya da onun eskimesine sebep olması gibi borca aykırı davranışları ve bu aykırılık nedeniyle kiralamanın sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemeyeceği durumlarda sözleşme feshedilebilir²⁸. Görüldüğü üzere iflasın ertelenmesinin haklı sebep olarak yorumlanması mümkün görünmemektedir.

İİK m. 179/a uyarınca iflasın ertelenmesine karar veren mahkeme, şirketin malvarlığının korunması için gerekli her türlü tedbiri, iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alır²⁹. Şirketin kullandığı makine, araç ve demirbaşların tamamı veya önemli bir kısmı finansal kiralama sözleşmesi ile elde edilmişse, bunların kiralayana teslimi iyileştirme projesinin uygulanamaması veya beklenenin gerçekleşmemesi sonucunu doğuracağından; iflasın ertelenmesi sebebiyle fesih hakkının kabulü halinde dahi, mahkemenin feshin engellenmesi yönünde bir tedbir kararı verebileceği savunulmaktadır³⁰.

III. FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları; “sözleşmenin sona ermesinin sonuçları” (FKK m. 32) ve “sözleşmenin feshinin sonuçları” (FKK m. 33) şeklinde iki ayrı madde altında düzenlenmiştir. FKK m. 32 hükmüne göre; “Sözleşme sona erdiğinde, sözleşmeden doğan satın alma hakkını kullanmayan veya bu hakkı bulunmayan kiracı finansal kiralama konusu malı derhâl geri vermekle mükelleftir.” Aynı düzenleme 3226 sayılı FKK m. 24 hükmünde de yer alıyordu. Doktrinde eski Kanun’daki düzenlemenin, sözleşmenin yalnızca süresinin dolması sebebiyle sona ermesinin sonuçlarını düzenlediği, diğer sona erme sebeplerinin hükmün kapsamının

²⁷ Altop, s. 273.

²⁸ Köteli, s. 258.

²⁹ Öztekin, Bankacılar Dergisi, s. 57; Öztekin, Kitap, s. 116; Deliduman, s. 160.

³⁰ Deliduman, s. 160, 161.

dışında olduğu, bu nedenle kiracının ancak sözleşmeden doğan tüm yükümlülüklerini yerine getirmiş olması halinde, sözleşme ile kendisine tanınmış olan alım hakkından yararlanabileceği savunulmaktaydı³¹.

Her iki hükümde de sadece finansal kiralama konusu malın geri verilmesi sorununa değinilmiş, kiralama bedelleri üzerinde durulmamıştır. Bu durum eski Kanun döneminde eleştiri konusu olmasına rağmen, yeni Kanun'da bir farklılığa gidilmemiştir. Halbuki sözleşmenin sürenin dolması dışındaki nedenlerle sona ermesi halinde, henüz muaccel olmamış kira bedellerinin akibeti sorunu gündeme gelmektedir. Doktrinde bir görüş bu konunun finansal kiralama sözleşmesinin hukuki niteliğine bağlı olarak çözülebileceği yönündedir. Buna göre finansal kiralama sözleşmesinin adi kira ilişkisi kurduğu kabul edilirse, henüz muaccel olmamış kira bedellerinin talep edilebilmesi mümkün değildir; fakat sözleşmenin finansman sağlama yönüne ağırlık verildiğinde, kiralayanın tatmini ancak bu işe tahsis ettiği fonun masraf ve karı ile birlikte kendisine geri dönmesinin sağlanmasına bağlı bulunmaktadır³². Bu nedenle malın satılarak ya da yeniden kiraya verilerek değerlendirilmesi, neticede elde edilen bedelin, sözleşme normal şekilde sona erseydi elde edilecek olandan fazla olması halinde fazlanın kiracıya ödenmesi, daha az olması halinde ise, sözleşmenin erken sona ermesinde kiracının bir kusuru yoksa buna kiralayanın katlanması öneriliyordu³³. Kiracının iflası ile sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi haline ilişkin olarak; 3226 sayılı FKK m. 24 hükmü kira bedelleri hakkında bir düzenleme getirmediğinden; kiralayanın iflasın açılmasından sonraki kira bedellerini talep edemeyeceği, iflasın açılması tarihine kadar olan ödenmemiş kira borcu varsa bu alacağın iflas alacağı olarak ödenmesinin istenebileceği kabul edilmekteydi³⁴.

“Sözleşmenin feshinin sonuçları” başlıklı FKK m. 33 hükmü ise şöyledir: “(1) Sözleşmenin kiralayan tarafından feshi ile 30 uncu maddenin ikinci fıkrası uyarınca kiracı tarafından feshi hâllerinde, kiracı malı iade ile yükümlüdür. İade edilen malın üçüncü kişilere satılması hâlinde sözleşmede aksi bir değer kararlaştırılmadıkça satış bedelinin, vadesi gelmemiş finansal kiralama bedelleri ile varsa kiralayanın bunu aşan zararı toplamından düşük olması durumunda aradaki fark kiracı tarafından kiralayana ödenir. Sözleşmede aksi bir değer kararlaştırılmadıkça iade edilen malın satış bedeli

31 **Altop**, s. 262, 263; **Kuntalp**, s. 97, 98; **Tercan** Erdal, İflasın Sözleşmelere Etkisi, Adil Yayınevi, Ankara 1996, s. 284.

32 **Kuntalp**, s. 96.

33 **Kuntalp**, s. 96, 97.

34 **Köteli**, s. 256; **Altop**, s. 233; **Bilgen**, s. 429, 430; **Tercan**, s. 283.

linin, vadesi gelmemiş finansal kiralama bedelleri ile varsa kiralayanın bunu aşan zararı toplamından yüksek olması durumunda aradaki fark kiralayan tarafından kiracıya ödenir. İade alınan malın üçüncü kişilere finansal kiralama yöntemiyle kiralanması hâlinde de aynı esaslar uygulanır. (2) Sözleşme kiracı tarafından feshedilirse kiracı malı geri vermekle beraber uğradığı zararın tazminini, kiralayandan talep edebilir. ...”.

Görüldüğü üzere yeni Kanun’da öncelikle kiracının malı iade yükümlülüğü düzenlenmiştir. Ardından malın satılmak suretiyle değerlendirilmesinden elde edilecek bedelin, vadesi gelmemiş finansal kiralama bedelleri ile varsa kiralayanın bunu aşan zararı toplamından düşük olması halinde aradaki farkın kiracı tarafından ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Aksi durumda da elde ettiği fazlayı kiralayan kiracıya ödeyecektir. Ancak sözleşmede satış bedelinden farklı bir değer kararlaştırılmış olabilir. Malın satış yerine yeniden kiraya verilmek suretiyle değerlendirilmesi halinde de aynı esaslar uygulanacaktır.

3226 sayılı eski FKK m. 25 düzenlemesine göre ise; *“Sözleşmenin kiralayan tarafından feshi halinde kiracı malı iade ile birlikte vadesi gelmemiş finansal kiralama bedellerini ödemek yükümlülüğü altında olduğu gibi kiralayanın bunu aşan zararından da sorumludur. Sözleşme kiracı tarafından feshedilirse kiracı malı geri vermekle beraber uğradığı zararın tazminini kiralayandan talep edebilir.”.* Burada kanun koyucu iade yükümlülüğünü aynı şekilde düzenlemiş olmakla birlikte; finansal kiralama konusu malın değerlendirilmesi suretiyle kiralayanın tatmini yolunu öngörmemiş, kiracıyı doğrudan vadesi gelmemiş finansal kiralama bedellerini ödemek yükümlülüğü altına sokmuştur. Her iki düzenlemede finansal kiralama sözleşmesinin bir adi kira ilişkisi kurmadığının ve finansman sağlama fonksiyonunun³⁵ bir göstergesi olsa da, her halde yeni kanunun öngördüğü düzenleme kiralayan bakımından daha adildir. Neticede kanun koyucu vadesi gelmemiş alacakların akibetini sözleşmenin feshi hali bakımından her iki kanunda da düzenlemiş (FKK m. 33 ve 3226 sayılı FKK m. 25); ancak sözleşmenin süresinden önce diğer nedenlerle sona ermesi hali için düzenlememiştir.

³⁵ Kuntalp, s. 98; Reisoğlu, s. 49.

B. Kiralayanın Finansal Kiralama Sözleşmesini İflasın Ertelemesi Sebepiyle Feshedebileceğinin Kabulü Halinde Kiracıya Yönelik Takiplerin Durumu

İİK m. 179/b hükmü, iflasın ertelenmesi kararı üzerine borçlu aleyhine takip yapılamayacağı hususunu, iki istisnası ile birlikte çok açık şekilde düzenlemiştir³⁶. Hükme göre; “Erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur; bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü müddetler işlemez. Erteleme sırasında taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiple devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. Bu durumda erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehinle karşılanamayacak faizler teminatlandırılmak zorundadır. 206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilir.”.

Görüldüğü üzere hükmün ilk fıkrasında takip yasağından bahsedilmiş, ikinci ve üçüncü fıkrada ise bunun istisnaları düzenlenmiştir. Hükümde ilamlı-ilamsız takip ya da haciz yolu ile-iflas yolu ile takip ayrımı yapılmamış³⁷ ve ayrıca yalnızca borçlu şirketin bizzat kendisine (müteselsil borçlular ya da kefiller hükme dahil değildir) yönelik olan takipler³⁸ kastedilmiştir. Burada kiralayan alacaklarını iflasın ertelenmesi süresi içinde takip yapamayacağından tahsil edemeyeceği gibi, finansal kiralama konusu malı da kiracının iradi olarak iade etmemesi halinde geri alamayacaktır³⁹.

Doktrinde ve uygulamada henüz iflasın ertelenmesi kararı verilmeden ihtiyati tedbir yoluyla takiplerin durdurulmasına karar verilebileceği kabul

³⁶ **Öztek**, Bankacılar Dergisi, s. 51; **Öztek**, Kitap, s. 90; **Deliduman**, s. 161; Temyize konu olan ilk derece mahkemesi kararında, iflasın ertelenmesine karar verilen şirket hakkında finansal kiralama sözleşmesine konu olan mallar da dahil olmak üzere ihtiyati tedbir verilmesinden sonra takip yapılamayacağı ifade edilmiştir. Yarg. 19.HD., T. 12.11.2004, E. 2004/7679, K. 2004/11354, <http://www.kazanci.com>, E.T. 21.04.2013.

³⁷ **Muşul**, İflasın ertelenmesi, s. 219; **Muşul**, İcra ve İflas, s. 1253; **Deliduman**, s. 162.

³⁸ **Atalay**, Kitap, s. 157; **Öztek**, Kitap, s. 122; **Pekcanitez**, s. 353; “İflasın ertelenmesi talebinin kabulü halinde, kefilleri kapsayacak şekilde tedbire karar verilemez. SSK ve Vergi Dairesi yönünden takip yapma imkanının tanınması usul ve yasaya aykırıdır.”, Yarg. 19. HD., T. 17.3.2005, E. 2004/11750, K. 2005/2789, (**Günel Mete**, İflas Davaları ve İflasın Ertelemesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 234).

³⁹ **Deliduman**, s. 161, 162.

edilmektedir⁴⁰. Kanun başlamış takiplerin duracağını düzenlemiş olmakla birlikte, doktrinde, bu takipler çerçevesinde başlamış mevcut hacizlerin kaldırılmasına karar verilemeyeceği savunulmaktadır⁴¹. Ayrıca, iflasın ertelenmesine karar verilmeden önce, borçluya ait mallar haczedilip paraya çevrilmişse, mahcuz mallar bedelinin alacaklıya ödemesine İİK m. 179b/f.I hükmünün engel teşkil etmeyeceği savunulmaktadır⁴².

Alacaklılar arasında eşitlik kuralının bozulmaması adına; doktrinde, erteleme kararından sonra doğmuş olan alacaklar için, şirketin erteleme kararının verildiği sıradaki malvarlığından ödemede bulunduğu takdirde, eski alacaklıların, iflasın ertelenmesi kararının verildiği tarihtekinden daha kötü duruma düşürülmüş olabilecekleri, bu sebeple yeni alacaklılara sadece şirkete erteleme kararından sonra girmiş olan nakitten ödeme yapılabileceği görüşü savunulmuştur⁴³. Yani takip yapma yasağı, erteleme kararından sonra doğmuş olan alacaklar bakımından da geçerlidir⁴⁴. Bu görüşün temelinde, erteleme süresince şirket aktiflerinin alacaklılar menfaatine muhafaza edilmesi ilkesi yatmaktadır⁴⁵. Ayrıca doktrinde işletmeye hammadde sağlayan alacaklılar gibi bazı alacaklılara, şirketin erteleme kararı sırasındaki mevcut aktifle-

⁴⁰ Yarg. 19. HD., T. 31.3.2005, E. 2005/338, K. 2005/3430, (Öztek, Bankacılar Dergisi, s. 51); Öztek, Kitap, s. 91.

⁴¹ Muşul, İflasın Ertelenmesi, s. 220, 221; Muşul, İcra ve İflas, s. 1254; Öztek, Bankacılar Dergisi, s. 51; Öztek, Kitap, s. 94; Pekcanitez, s. 353; Atalay, Kitap, s. 153; “İİK.nun 179/b maddesinin birinci fıkrasına göre erteleme talepleri üzerine borçlu aleyhine ... hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur. Takiplerin durması takibin bulunduğu aşamada kalması anlamında olup hacizlerin ve bloke kayıtların kaldırılması usul yasaya aykırıdır.”, Yarg. 19. HD., T. 7.4.2005, E. 2005/448, K. 2005/3753, (Günel, s. 228); Benzer yöndeki kararlardır. Bkz., Yarg. 19. HD., T. 17.3.2005, E. 2004/10326, K. 2005/2788, (Günel, s. 235); Yarg. 19. HD., T. 10.3.2005, E. 2004/11763, K. 2005/2432, (Günel, s. 238); Yarg. 23. HD., T. 6.3.2012, E. 2011/4686, K. 2012/1701, <http://www.kazanci.com>, E.T. 21.04.2013; Yazar aksi görüştür. Malvarlığının bir kısmının hacizli kalması da olumsuz sonuçlar doğurabilir. İşletmenin bazı malvarlığı değerlerinin el değiştirmesi zorunluluğu bulunması halinde, hacizli olan mal ve haklar üzerinde tasarrufta bulunmak mümkün olmayacaktır. Bkz., Özkes, s. 3280.

⁴² Muşul, İflasın Ertelenmesi, s. 224; Yazar değeri süratle düşen ve muhafazası masraflı olan mallar bakımından, satışa icra müdürü tarafından iflasın ertelenmesi süresi içinde dahi karar verilebileceği ve bedelin alacaklıya ödenebileceği yönündeki görüşe katılmaktadır. Satışın yapılarak bu paranın bloke edilmesinin iflasın ertelenmesi kurumuna hakim olan ilkelere daha uygun olduğu görüşündedir. Bkz., Öztek, Kitap, s. 101.

⁴³ Atalay, Kitap, s. 169, Öztek, Bankacılar Dergisi, s. 55, 56; Öztek, Kitap, s. 113, 114; Muşul, İflasın Ertelenmesi, s. 215.

⁴⁴ Muşul, İflasın Ertelenmesi, s. 214; Pekcanitez, s. 355.

⁴⁵ Atalay, Kitap, s. 169.

rinin paraya çevrilmesi yoluyla ödeme yapılması, şirket malvarlığının korunması kuralına ve alacaklılar arasında eşitlik ilkesine aykırı düşeceğinden, bu şirket hakkındaki iflasın ertelenmesi kararının kaldırılabilmesi ve şirketin iflasına karar verilebileceği savunulmaktadır⁴⁶. Ancak şirketin faaliyetlerini sürdürebilmesi için zorunlu olan mal ve hizmetin temini için gerekirse bu yola başvurulabileceğini savunan, aksi yönde bir görüş de mevcuttur⁴⁷.

İflasın ertelenmesi kararının alacaklıları muaccel hale getirmek ya da faiz işlemlerini durdurmak gibi bir etkisi yoktur⁴⁸. Erteleme kararıyla birlikte takiplerin durması ve yeni takip yapılamaması kuralına aykırılık halinde, eğer iflası ertelenen şirkete İİK m.179/b/f.I hükmüne aykırı olarak bir tebligat yapılmışsa, bu tebligat hükümlerini ancak erteleme süresinin sona ermesini takip eden günden itibaren doğuracaktır; buna mukabil yasağa aykırı olarak yapılan işlem daha önemli ise ve sonuçları erteleme süresinin sonuna ertelenemiyorsa, bu işlemin (süresiz) şikayet yoluyla iptal ettirilmesi mümkün olmalıdır⁴⁹.

Neticede faaliyetlerini önemli ölçüde finansal kiralama konusu mallarla yürüten şirketlerde, bu malların iflasın ertelenmesi kararından sonra şirketin elinden alınması, tek başına iyileştirme projesinin gerçekleştirilebilmesini engellemekle kalmayıp, şirketin faaliyetlerinin büyük oranda durmasına sebep olacağı gibi alacaklıların durumunu da tehlikeye düşüreceğinden; feshin kabulü halinde dahi, iyileştirme projesinin gerçekleştirilebilmesi bakımından şirket için vazgeçilmez olan malların kiracının elinden alınmaması gerekmektedir⁵⁰.

IV. SONUÇ

İflasın ertelenmesi, borca batık durumda olan bir şirketin sunduğu iyileştirme projesine dayanılarak iflastan kurtulabilmesi için ticaret mahkemesi tarafından belirli şartlara bağlı olarak tanınan bir imkandır. Özellikle büyük işletmelerde makine ve teçhizatın finansal kiralama yolu ile temin edildiği

46 **Öztek**, Bankacılar Dergisi, s. 59; **Öztek**, Kitap, s. 123.

47 **Pekcanitez**, s. 352; **Atalay**, Kitap, s. 170.

48 **Öztek**, Bankacılar Dergisi, s. 57; **Öztek**, Kitap, s. 116.

49 **Muşul**, İflasın Ertelemesi, s. 217; **Muşul**, İcra ve İflas, s. 1250, 1251; **Öztek**, Bankacılar Dergisi, s. 55; **Öztek**, Kitap, s. 112; "... iflasın ertelenmesi kararından sonra alacaklıların ... takip yapmasına yasal imkan bulunmadığından, bu takibin iptaline karar vermek gerekirken, durdurulmasına karar verilmesi isabetsizdir.", Yarg. 12. HD., T. 28.5.2004, E. 2004/8556, K. 2004/13661, <http://www.kazanci.com>, E.T. 20.04.2013.

50 **Deliduman**, s. 162.

düşünüldüğünde, bunların iflasının finansal kiralama ilişkisi üzerindeki etkisi önemli olmaktadır.

FKK incelendiğinde, öncelikle 3226 sayılı FKK düzenlemesine göre çok daha ayrıntılı hükümler içerdiği göze çarpmaktadır. Kuruluş ve faaliyet izinleri, ana sözleşmeye ilişkin hükümler, birleşme-devir-bölünme-tasfiye, kurumsal yönetim, finansal raporlama, başlıklı bölümler yeni kanun ile getirilmiş ve yeni düzenlemeler içermektedir. Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde kanun koyucunun finansman işi yapan şirketlerde denetime ve şeffaflığa büyük önem verdiği ve neticede bu kuruluşların toplum gözündeki güvenilirliğini arttırmayı hedeflediği görülmektedir.

İflasın ertelenmesinin finansal kiralama sözleşmesi üzerindeki etkisi, erteleme kararının kiralayana sözleşmeyi derhal fesih imkanı verip vermediği noktasında toplanmaktadır. FKK düzenlemesinde sözleşmenin sona ermesine ve feshinin sonuçlarına ilişkin eski Kanun'a nazaran farklılıklar öngörülse de, her hangi bir açıklık getirilmemiştir. Bu konu yazımızda açıkladığımız üzere doktrinde tartışmalıdır. Ancak biz iflasın ertelenmesi kurumunun amacını ve işlevini göz önünde tutarak fesih hakkının doğmayacağını savunan görüşlere katılıyoruz. Ancak iflasın ertelenmesi kararının TBK m. 98 uyarınca kiralayana fesih imkanı verdiği kabul edilse bile, doktrinde de haklı olarak savunulduğu üzere, ticaret mahkemesi, İİK m. 179/a uyarınca şirketin malvarlığının korunması için gerekli önlemleri alabilecek; bu doğrultuda vereceği ihtiyati tedbir kararı ile feshin sonuçlarını erteleyebilecek ve finansal kiralama konusu mallar da tedbir kararı kapsamında ertelenme süresince kiracıda kalmaya devam edecektir. İİK m. 179/b hükmü uyarınca iflasın ertelenmesi kararı üzerine kiracı aleyhine takip yapılabilmesi ya da daha önce başlamış olan takiplere devam edilebilmesi de mümkün değildir.

Neticede iflasın ertelenmesi kararının verilmesinde amaç, iyileşme ümidi olan bir şirketi yeniden ekonomik hayata kazandırmak olduğundan, gerek TBK gerekse FKK hükümlerinin bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Altay** Sümer, “İflasın Ertelemesi Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 625-658.
- Altop** Atilla, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990.
- Atalay** Oğuz, Borca Batıklık ve İflasın Ertelemesi, Güncel Yayınevi, İzmir 2007, (Kitap).
- Atalay** Oğuz, “İflasın Ertelemesi”, Türkiye Barolar Birliği 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 49-99, (Armağan).
- Bilgen** Mahmut, İflas İflasın Ertelemesi Konkordato Yargılama Usulü, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Deliduman** Seyithan, İflasın Ertelemesinin Etkileri, Kocaeli Üniversitesi Yayını, Kocaeli 2008.
- Günel** Mete, İflas Davaları ve İflasın Ertelemesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- Köteli** M. Argun, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1991.
- Kuntalp** Erden, Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Türleri, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara 1988.
- Muşul** Timuçin, İcra ve İflas Hukuku C.II, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, (İcra ve İflas).
- Muşul** Timuçin, İflasın Ertelemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, (İflasın Ertelemesi).
- Özekes** Muhammet, “İflasın Ertelemesi”, LHD, C. III, S. 33, 2005, s. 3249-3283.
- Öztek** Selçuk, İflasın Ertelemesi, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007, (Kitap).
- Pekcanıtez** Hakan / **Atalay** Oğuz / **Sungurtekin** Özkan Meral / **Özekes** Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Pekcanıtez** Hakan, “İflasın Ertelemesi”, İBD, C. 79, S. 2, 2005, s. 323-358.
- Tercan** Erdal, İflasın Sözleşmelere Etkisi, Adil Yayınevi, Ankara 1996.

Türk Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (TTK m. 324), Nobel Yayınları, Ankara 1999.

Yavuz Cevdet / **Acar** Faruk / **Özen** Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.

Yavuz Cevdet, “3226 Sayılı Kanunla Düzenlenen Finansal Kiralama Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Özellikleri”, Prof. Dr. Ernst Hirsch’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 723-744.

Elektronik Kaynaklar

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: <http://www.kazanci.com>

Öztek Selçuk, “İflasın Ertelenmesi”, Bankacılar Dergisi, S. 53, 2005, s. 23-72, (Bankacılar Dergisi), <http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/53.pdf>, E.T. 15.04.2013.

Reisoğlu Seza, “Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, Bankacılar Dergisi, S. 48, 2004, s. 47-66, (Bankacılar Dergisi), <http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/48.pdf>, E.T. 20.04.2013.

İŞYERİNİN VEYA BİR BÖLÜMÜNÜN DEVRİ, SONUÇLARI VE DİĞER ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

*Arş. Gör. Pınar UZUN**

GİRİŞ

Yaşanan ekonomik gelişmelerle birlikte, birçok işletme yapısında değişiklikler meydana gelmektedir. Bu değişiklikler şirket birleşmeleri, bölünmeleri şeklinde olabileceği gibi işverenlerin işletmelerini başka işverenlere devretmesi yoluyla da gerçekleşmektedir. İşletme yapısındaki söz konusu değişimler, ekonomik açıdan daha büyük girişimlerde bulunabilme yeteneğine sahip olma ihtiyacından doğmakla birlikte, mali zorluk yaşayan işletmelerin kurtulması amacıyla da kaynaklanabilir¹. Bu durumdan öncelikli etkilenecek taraf kuşkusuz ki işçiler olacaktır.

İşyeri devrinde işlerini kaybetme korkusuyla karşı karşıya kalacak işçilerin, haklarının korunması konusu iş güvencesi ile bağlantılı bir husustur. Nitekim, İş Kanunu md. 6'da düzenlenen "işyerinin devri" hususu ile amaçlanan işçinin iş güvencesidir. Bu hüküm ile işçinin iş görme faaliyeti, işverenin kişiliğinden çok, işçinin işyeri ile arasında kurulan illiyet bağına ilişkindir. Böylece, işyerinin devri durumunda işçi ile işi devralan yeni işveren arasında yasa hükmü gereği kendiliğinden iş ilişkisi devam etmiş olmaktadır.

İşçi ile işveren arasındaki ilişkinin temel kaynağı olan iş sözleşmesi, işçinin işinin güvence altına alınması, iş sözleşmesinin devamlılığının korunması anlamındadır. Böylece, iş güvencesine yönelik mekanizmaların iş sözleşmesinden hareketle oluşturulması gerekir². İş sözleşmesinin devamlılığı unsuru diğer sözleşmelere nazaran daha özgün nitelikler taşır. Çünkü buradaki çalışma bağı, diğer sözleşmelere kıyasla daha hassastır. Bu sebeple iş hukuku, iş güvencesini sağlamak için, iş sözleşmesini etkileyen olumsuz

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

1 **ÖZKARACA**, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 1.

2 **GÜZEL**, Ali, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, s. 4.

nedenleri ortadan kaldırmak zorundadır³. İş güvencesini tehlikeye sokacak nedenlerin başında işverenin değişmesi gelmektedir. Bu durum ile işçinin işini kaybetme riski gündeme gelir.

İşyeri devrinin yasal düzenlemelere konu olmasındaki amaç, iş ilişkisinin ve işçinin korunmasıdır. Böylelikle, mevcut düzenlemelerle hem işçinin hem de işverenin çıkarının optimal düzeyde korunması hedeflenmekte ve işverenin girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkının uyumlu hale getirilmesine çalışılmaktadır⁴.

20. yüzyılın başlarında iş ilişkisinin “objektifleştirilmesi” veya “kişisellikten arındırılması” görüşlerinin geliştirilmesiyle birlikte, işyerinin devrinde iş sözleşmesinin devamına ilişkin kabul söz konusu oldu ve böylece, iş ilişkisinin objektifleştirilmesi anlayışıyla birlikte artık işçi iş görme faaliyeti için kendini işverene değil, işyerine bağımlı hissederek, iş ilişkisi bakımından işçi ile işyeri arasındaki bağ ön planda tutulmuş, ilişkinin devamı bakımından işyerinin esas alınması kabul görmüş ve kişisellik unsuru bertaraf edilerek işyeri ve iş ilişkisini birbirine bağlayan bu anlayışla iş sözleşmesinin devamı sağlanmıştır⁵.

İncelememizde öncelikle, iş hukukuna ait temel kavramlardan olan işyeri, işyeri bölümü ve işletmenin kısaca tanımlarına yer verilecek, sonrasında ise işyeri devri ve koşulları ile ticari işletme devri üzerinde durularak, bu bağlamda örnek Yargıtay kararları ile birlikte, işyeri devrine yol açan durumlar, işyeri devrinin sonuçları ve işyeri devrinin diğer üçlü iş ilişkileriyle kıyaslamalı anlatımı gerçekleştirilmeye çalışılacaktır.

1. İŞYERİ, İŞYERİ BÖLÜMÜ, İŞLETME İLE İŞYERİ DEVRİ VE TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ KAVRAMLARI

1.1. İşyeri

İş Kanunu'nun 2. maddesinin ilk fıkrasında, işyeri kavramı, “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” olarak tanımlanmakta ve aynı madde devamında, “işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine

³ GÜZEL, s. 5.

⁴ ALPAGUT, Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, İstanbul 2010, s. 2.

⁵ ALPAGUT, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, s. 7.

bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır” denilmekte ve işyeri ile ilgili son olarak, “işyerinin, işyerine bağlı yerler; eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün” olduğu ifade edilmektedir⁶.

Kanun hükmünden, işyerinin, bir mal veya hizmet üretmek biçimindeki teknik bir amacın gerçekleştirilmesi için maddi ve maddi olmayan unsurlarla işçinin birlikte örgütlendiği birim olduğu anlaşılmaktadır⁷. Kısaca, bir işveren tarafından devamlı bir faaliyet ile teknik bir amacın gerçekleştirilmesi için maddi olan ve olmayan araçlarla işgücünün bir araya getirilerek örgütlendiği üniteye işyeri denir⁸.

1.2. İşyeri Bölümü

İşyeri bölümü kavramından anlaşılması gereken, işyerinin teknik amacının gerçekleşmesinde belirli bir işleve sahip olan ve bu işlevini ayrıldığı işyerinden bağımsız şekilde devam ettirebilen bir organizasyon birimi olmasıdır. İşyeri bölümü, işyerinin teknik amacını oluşturan mal veya hizmet üretiminin bir parçası veya teknik amaca etkinlik kazandıran bir kısmı olabileceği gibi, yardımcı işlerin görüldüğü bir bölüm de olabilir⁹.

İşyerinin bir bütün olarak değil de, sadece bir bölümünün devri halinde kısmi devir söz konusu olmaktadır. İşyeri bölümünün devrinde önemli olan husus, devredilen bölümün bağımsız bir şekilde faaliyetlerine devam edebilir olmasıdır¹⁰.

1.3. İşletme

İşyeri kavramı İş Kanunu’nda tanımlanmış iken, işletme kavramının tanımına İş Kanunu’nda yer verilmemiştir. İşletme, işyerinden daha geniş ve

6 İşyeri kavramı hakkında bkz. **SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, Dokuzuncu Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2013, s. 181-183; **ÇELİK**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 57; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin, İş Hukuku, Beşinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 214-215; **GÜNAY**, Cevdet İlhan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 184-188.

7 **ÖZKARACA**, s. 8.

8 **EKONOMİ**, Münir: “İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkilerine Etkisi”, Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan, Ankara 2000, s. 339.

9 **EKONOMİ**: “İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkilerine Etkisi”, s. 340-341.

10 **DOĞAN YENİSEY**, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s. 242.

işyerlerini kapsar niteliktedir. Örneğin işletme tek bir işyeri olabileceği gibi, birden çok işyeri de olabilir.

Ticari işletme esası üzerine şekillenmiş olan Ticaret Kanunu'nda, esasen ticaret hukukunun uygulama alanına giren işletme kavramının tanımına yer verilmiştir. 6102 sayılı yeni Ticaret Kanunu'nda md. 11 'de düzenlenen ticari işletme¹¹, "esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü bir işletme" olduğu, şeklinde tanımlanmıştır.

İşletme kavramına ekonomistler arasında farklı anlamlar verilse de, iş hukuku alanında birleşilen görüşe göre; ekonomik üretim birimi olan işletme, teknik üretim birimi olan işyerlerine bölünebilir¹². İş hukukunda işletmenin ekonomik yönü görmezden gelinirse de; iş hukuku işletme içinde ortaya çıkan ekonomik-mali sorunlarla ilgilenmez ve sadece işletme faaliyetlerinin gerçekleşmesinde görev alan işçilerin durumuyla ilgilenir. Örneğin, işletmenin devri ya da el değiştirmesi durumunda, iş hukuku burada, çalışan işçiler açısından ortaya çıkabilecek sorunlarla uğraşır¹³. Belirtilmelidir ki, işyeri ile işletmeyi birbirinden ayıran en önemli ölçüt, işyerinin teknik üretim birimi, işletmenin ise ekonomik üretim birimi olmasıdır¹⁴. İşyeri ve işletme kavramlarını ayırt ederken esas alınacak temel ölçüt, izlenen amaçtır. Şöyle ki, eğer teknik bir amaç söz konusu ise yani mal veya hizmet üretimi amaçlanmış ise, işyerinden; eğer takip edilen ekonomik amaç ise işletmeden bahsedilir. Ancak, işletmenin mutlaka ekonomik bir amaca özgülümlenmiş olmadığı bilinmelidir¹⁵.

Önemli olan husus, ticaret hukukunda işletmenin tanımı yapılırken, iş hukukundakinin aksine, iş gücünden bahsedilmemiş olmasıdır.

11 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu'nda tanımına yer verilmemiş olan ticari işletme kavramının, 6102 sayılı Yeni TTK md. 11'de tanımı düzenlenmiştir.

12 GÜZEL, s. 63.

13 GÜZEL, s. 64-65.

14 GÜZEL, s. 67.

15 YEŞİL, Sevgi Başak, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşyeri Devri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir 2009, s. 23.

1.4. İşyeri Devri

1.4.1. Genel Olarak

İş Kanunu'nun işyeri devrini düzenleyen 6. maddesi uyarınca, işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (f. 1).

İş Kanunu md. 6'da düzenlenen işyeri devri, Avrupa Birliği'nin 2001/23 sayılı Yönergesini¹⁶ esas aldığından, yönerge hükümleri büyük önem arz etmektedir. Söz konusu bu yönergeye göre devir, "bir ekonomik ana veya yan faaliyetin yürütülmesi amacıyla kaynakların organize edilmiş şekilde bir araya getirilmesi anlamında kimliğini koruyan bir ekonomik birliğin devri" olarak tanımlanmıştır. İş Kanununda ise, devir kavramının tanımına yer verilmemiş, sadece devrin sonuçları ve bir kısım unsurları düzenlenmiştir. Kanun hükmünden hareketle, işyeri devri, işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki işlemle bir işverenden bir başkasına geçmesi olarak tanımlanır¹⁷.

Maddi olan ve maddi olmayan unsurlar ile işgücünden oluşan bir birim olan işyerinin, hukuki sonuçlar doğuracak şekilde devrinden söz edebilmek için, işyerinin bütün maddi unsurlarının herhangi bir değişiklik yapılmadan geçirilmesi zorunlu değildir. Öyle ki, işyeri devredilirken bazı araçlar ayrılabilir ve devredilmeyebilir; yani burada bütün iktisadi değerlerin geçmiş olması gerekli olmayıp, burada önemli olan nokta, işyerinin devri durumunda teknik amacın devamını sağlayacak nitelikteki unsurların devridir¹⁸.

Türk Hukukunda işyeri devrine ilişkin düzenleme 2003 tarihinde İş Kanunu'na girmiştir. 1475 sayılı Kanun döneminde, işyerinin devrine ilişkin bir düzenleme yoktu. Bu konu ancak, iş sözleşmesinde işverenin kişiliğinin önemli olmaması ve iş mevzuatının işyeri devrinde iş sözleşmesinin devralan

¹⁶ Bu konuda çıkarılan ilk Avrupa Birliği yönergesi 14.02.1977 tarihli, 77/187 sayılı yönerge'dir. Bu yönergeyi takiben getirilen değişikliklerin düzenlendiği ikinci bir AB yönergesi ise 29.06.1988 tarihli, 98/50 sayılı yönerge'dir. 12.03.2001 tarihinde kabul edilen 2001/23 sayılı AB yönergesi ise, önceki iki yönergenin birleştirilmiş hali olup bu konudaki en son tarihli yönerge'dir. Detaylı bilgi için bkz. **ALPAGUT**, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, s. 10-15; **ÜNALÇIN**, Pınar, İş Hukuku Açısından Avrupa Topluluğu'nda İşyeri Devri (187/77 No.lu Direktif Çerçevesinde), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1992, s. 3-6; **YEŞİL**, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşyeri Devri, s. 34-40.

¹⁷ **ALPAGUT**, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, s. 16.

¹⁸ **EKONOMİ**, s. 344.

işverenle devamını düzenleyen hükümler esas alınarak, doktrin ve mahkeme içtihatları ile çözülmeye çalışılıyordu¹⁹.

İşyerinin bir işverenden başka bir işverene devri, kural olarak işçi bakımından iş şartlarının esaslı bir tarzda değişmesi, başkalaşması halini teşkil etmez²⁰. Nitekim Yargıtay bir kararında²¹ bunu açıkça belirterek, işyerinin devir ve intikalinin iş koşullarında esaslı değişiklik sayılmayacağını ifade etmiştir.

İş hukuku anlamında işveren değişikliğinden bahsedebilmek için, asıl işverenin işyeri üzerindeki yönetim yetkisini başka bir işveren lehine yitirmesi ve dolayısıyla iş sözleşmesinin tarafı olma sıfatının ortadan kalkması gerekir; ayrıca, işveren değişikliğine yol açan nedenler önemli olmamalı ve işverenin değişmesine karşın, işyeri faaliyetlerinin varlıkları korunmalıdır²².

İşyeri devrinde, devralan işveren sadece hizmet akitlerine taraf olmayıp, bunun yanında, iş ilişkisinin kapsamında olan bütün hak ve borçları yani çalışma şartlarını da üstlenmesi gerekmektedir. Bunlar her şeyden önce hizmet akdinden doğan hak ve borçlardır; ve bunların kapsamına hizmet akdinin hükmü ve eki niteliğindeki personel yönetmeliği, iç yönetmelik veya başka ad ile düzenlenmiş çalışma şartları ile işyeri uygulaması da dahildir²³.

İşyerinin devri konusunda, işyerinde az ya da çok işçi çalıştırılmasının bir önemi yoktur. Öyle ki, tek işçinin çalıştığı işyerinin devri dahi mümkündür²⁴.

İşyeri veya işyerinin bir bölümünün devrine farklı hukuki olgular sebep olabilir. Bazı hallerde devre sebep olan temel olguyu bir yasa hükmü oluştururken, bazı hallerde ise bu bir hukuki işlem olabilir. Örneğin, satım sözleşmesi, kira, intifa hakkının tesisi, özelleştirme uygulamaları, miras yoluyla devir veya ticaret ortaklıklarının birleşmesi, tür değiştirmesi veya bölünmesi halleri devre temel teşkil edebilmekle birlikte, bu devir kimi hallerde cüzi

19 ALPAGUT, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, s. 20.

20 GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi Cilt 1, Üçüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 301.

21 Yarg. HGK. 17.01.1990, E. 1989/9-610, K. 1990/5 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

22 ÜNALÇIN, s.10.

23 EKONOMİ, s. 331.

24 EKONOMİ, s. 339.

halefiyet şeklinde iken, kimi zaman ise külli halefiyet şeklinde olabilir²⁵. Külli halefiyet, malvarlığının veya bir bölümünün aktif ve pasifleri ile birlikte tek bir olayla bir bütün halinde geçmesi olup, hukukumuzda ancak yasal düzenlemelerle sınırlı haller için öngörülmüştür ve asıl olanın cüzi halefiyet olduğu kabul edilmiştir; örneğin, mirasın intikali yasada öngörülen külli halefiyet hallerinden biridir. Böylece, miras bırakanın ölümüyle birlikte, tereke bir bütün olarak mirasçılara geçecek iken, cüzi halefiyette ise, hak ve borçların bir bütün halinde devri söz konusu değildir, ancak malvarlığına ait hak ve borçların ayrı ayrı ve uygun devir işlemleri ile devredilmesi gerekir²⁶.

1.4.2. İşyeri Devrinin Koşulları

AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesine ait 1. maddesinde, "bu yönergenin işletme, işyeri veya işletmenin ya da işyerinin bir bölümünün bir başka işverene sözleşmesel devri veya birleşmesi halinde uygulanacağı" ifade edilmiştir. Bu hüküm esas alındığında, işyeri devrinin koşulları ise; bir ekonomik birliğin yani işyeri veya bölümünün varlığı, bu ekonomik birliğin bir başka işverene devri (işverenin değişmesi), devrin hukuki işleme dayalı olması ve işverenin değişmesine rağmen ekonomik birliğin kimliğini koruması olarak belirtilmiştir.

Türk İş Hukuku bakımından da, işyeri devrinden söz edilebilmesi için işyeri veya işyeri bölümünün varlığına ilaveten, işverenin değişmesi gerekmektedir. Öyle ki, işveren değişikliğinin olmadığı durumlarda bir işyeri devrinden söz edilmesinin mümkün olamayacağı; ayrıca, her türlü işveren değişikliğinde de maddenin uygulanamayacağı belirtilmelidir²⁷. Devre konu ekonomik birliğin bir başka işverene geçmesine rağmen kimliğini koruması şartı da, işyeri devrinin gerçekleşmesinde diğer bir koşuldur, böylece, devreden işveren tarafından belirli bir teknik amaç doğrultusunda organize edilmiş bir bütün olan işyeri, devir sonrasında da devam eder²⁸.

4857 sayılı İş Kanunu md. 6'da, tüm işveren değişikliklerinde değil işyerinin veya bir bölümünün hukuki işleme dayalı olarak bir başkasına devri halinde uygulanacağı belirtilerek, mevcut hükümde devir kavramının tanı-

25 **ALPAGUT**, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, s. 16-17.

26 **ALPAGUT**, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, s. 18.

27 **ÇELİK**, s. 61-62; **ALPAGUT**, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, s. 41; **ÜNALÇIN**, s. 12.

28 **ALPAGUT**, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, s. 45.

mına yer verilmeyip, devrin bir kısım unsurları düzenlenmiştir. Madde hükümünden, yönergedeki ifadeye uygun olarak, devre konu işyeri veya işyerinin bir bölümünün varlığı, devir konusu işyeri veya bölümünün bir başkasına devri ve bu devrin hukuki işleme dayalı olarak gerçekleşmesi devrin koşulları olarak anlaşılmaktadır²⁹.

İşyeri devrinden bahsedebilmek için, öncelikli şart fiziki olarak işyerinin devridir; aksi takdirde salt işçilerin bir başka işverene geçmesi işyeri veya bir bölümünün devri olarak kabul edilemez³⁰. Ancak, Yargıtay bir kararında³¹, işgücünün önem taşıdığı bir sektörde, maddi ve maddi olmayan unsurların devri olmaksızın da, ekonomik birliğin önemli unsuru olan işçilerin devrini işyeri olarak kabul etmiştir.

Bir işyeri veya işyeri bölümü devrinden bahsedebilmek için, devreden ve devralan işverenlerin yürüttükleri faaliyetlerin aynı veya benzer nitelikte olması gerekir; eğer, devralan kimse, devraldığı işyerini veya bir bölümünü tamamen farklı bir amaç için kullanıyorsa, burada İş Kanunu md. 6 anlamında bir işyeri devrinden söz etmek mümkün olmaz³².

İşyerinin, maddi olan ve olmayan araçlar yanında işgücü unsurunu da kapsayan bir ünite olması sebebiyle, bir işyerinde veya işyerinin bir bölümünde çalışanların başka bir işverene geçmeleri konusunda anlaşma, gerçek bir işyeri veya işyeri bölümünün devri niteliğinde değildir; nitekim, bir işyeri devrinde olduğu gibi, işyeri bölümünün devrinden de söz edebilmek için, var olan unsurların aynı amaç için veya tamamen benzer nitelikte kullanılmaya devam edilmesi gerekir; ayrıca, teknik amaç, sadece işyeri devri anında önem arz etmez, bu durumun varlığını devam ettirmesi de gerekmektedir³³.

İşverenin işyerini kapatması ve sonrasında işyerini devretmesi durumu, md. 6 anlamında işyeri devri sayılmamakla birlikte, işyerinin faaliyetlerine kısa bir süre için ara verildikten sonra devralanın faaliyetlere devam etmesi durumunda işyeri devrine ilişkin hüküm uygulama alanı bulacaktır³⁴.

29 ALPAGUT, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, s. 28.

30 DULAY, Dilek, İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri, Legal İSGHD, 2011 C.8/S.32, s. 1376.

31 Yarg. 9. HD., 14.06.2011, E. 2011/23099, K. 2011/18033 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

32 GÜZEL, s. 82.

33 EKONOMİ, s. 341.

34 EKONOMİ, s. 342.

İşyeri devrinin gerçekleşebilmesi için, işyerinin devrinde o işyerinde çalışan işçilerin rızasının aranması gerekli olmayıp, bu hususta işçinin iradesinin ortaya çıkması gerekmez³⁵. İş sözleşmesi bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

Türk İş Hukukunda işyerinin devrini işçilere bildirme zorunluluğu yoktur, ancak pek tabidir ki, ihtiyari olarak işyerinin devrinin işçilere bildirilmesinde herhangi bir sakınca söz konusu olamaz. İş Kanunu'ndaki düzenleme AB yönergelerini esas alsa da, yönergede düzenlenen, devralan işveren tarafından işçilere ve sendika temsilcilerine devirle ilgili bilgi verme yükümlülüğü, hukukumuz açısından madde hükmüne alınmamıştır³⁶.

İşyeri devrine ilişkin uyuşmazlıkların birçoğu işyeri devri sonucu işçi alacaklarının güvencesi üzerine inşa edilmiştir. Öyle ki, iş hukuku açısından bir işyeri devrinin gerçekleşmesi için hangi unsurların devredilmesi gerektiğinden ziyade, iş ilişkilerinin devam edip etmediği tartışma konusu olmuştur³⁷.

1.5. Ticari İşletme Devri

1.5.1. Genel Olarak

Bir malvarlığının veya ticari işletmenin bir bütün olarak devredilmesi halinde, yani bütün aktifleri ve pasifleri ile devre konu olması hakkında, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun emredici nitelikteki 202. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme göre, kanun koyucu önce ticari işletmenin, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebileceğini ve diğer hukuki işlemlere konu olabileceğini; aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiğinin kabul olunacağını, devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmelerin yazılı olarak

35 ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 181.

36 SAYIŞ, Begüm, İş Hukukunda İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2008, s. 60.

37 YEŞİL, s. 81.

yapılacağını ve ticaret siciline tescil ve ilan edileceğini düzenlemiş bulunmaktadır³⁸.

İş hukuku anlamında işyeri devrinde olduğu gibi ticari işletmenin devrinde de, ticari işletmeyi devam ettirme imkânı sağlayacak unsurların devri zorunludur.

Devirde önemli olan husus işletmenin malvarlığına dâhil olan borç ve yükümlülüklerin yani pasifin durumu iken; genel olarak bir borcun nakli işleminde, borcu devreden alacaklısına karşı borçtan kurtulabilmesi ancak alacaklının rızası ile mümkündür (TBK md. 195/f. 1). Buna karşın, TBK md. 202’de ticari işletmenin devrinde pasifin durumu farklı şekilde düzenlenmiştir³⁹.

TBK md. 202 uyarınca, bir ticari işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, alacaklılara karşı ticari işletmedeki borçlardan sorumlu olur. Ticari işletmeyi devreden de iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu kalmaya devam eder. İki yıllık müteselsil sorumluluk süresi, muaccel borçlar için, duyuru tarihinden itibaren; müaccel borçlar için ise, muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar. İki yıllık müteselsil sorumluluk süresinin işlemeye başlayabilmesi için ticari işletmeyi devralanın ticari işletmenin devrini Ticaret Sicil Gazetesinde ilanla duyurma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir⁴⁰.

1.5.2. Ticari İşletmenin Devri Halinde, İşletme Çalışanlarının Hukuki Durumu

Ticari işletmenin devri halinde işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer, böylece devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı iken, devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyeri-

³⁸ KAYIHAN, Şaban, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012, s. 54.

³⁹ KAYIHAN, s. 56.

⁴⁰ KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, Eylül 2012, s. 37.

nin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz⁴¹.

2. İŞYERİ DEVRİNE YOL AÇAN DURUMLAR

2.1. Genel Olarak

İş Kanunu madde 6'nın gerekçesinde, “maddenin, gerçek kişi işverenin ölümüyle işyerinin miras hükümlerine göre mirasçılara geçmesi ve buna göre sonuçlarını doğurması dışında hukuki bir işleme dayalı olarak işyerinin veya bir bölümünün başka bir işverene geçtiği bütün halleri kapsar nitelikte olduğu, ancak, işletmenin özelliğine göre sonuçlardaki farklılıkların madde de ayrıca ele alınmış ve istisnaların gösterilmiş olduğu” belirtilmiştir. Böylece kanun koyucunun, tüm külli halefiyet hallerini kapsam dışı bırakmadığı; maddede yer alan “hukuki işleme dayalı” devir ifadesi ile, işverenin ölümü ile iş sözleşmesinin mirasçılara geçmesi dışındaki tüm işveren değişikliği hallerini içerdiği anlaşılmalıdır⁴².

İşyeri devrinde önem arz eden bir husus da, işverenin değişmesi konusunda, önceki işveren ile yeni işveren arasında hukuki bir bağın bulunması zorunluluğunun aranmamasıdır⁴³.

2.2. Hukuki İşleme Devir

İş Kanunu md. 6 hükmü uyarınca, işyeri veya işyerinin bir bölümü “hukuki bir işleme” dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (f. 1.). Madde hükmünde devralan kişinin işveren sıfatına sahip olup olmadığından bahsedilmemiş, “başka birine devredildiğinde” ifadesi kullanılmıştır.

İşyeri devri iki taraflı bir hukuki işlem olarak kurulabileceği gibi, tek taraflı olarak da kurulması mümkündür. Örneğin vasiyet yoluyla işyerinin devri bu şekilde gerçekleşir. Uygulamada en sık görülen işyeri devri ise, işyerinin başka bir işverene satılması durumudur. Ayrıca, belirtilmelidir ki, mülkiyet hakkının devralan işverene geçmesi, işyeri devrinde bir zorunluluk

41 **KARAHAN**, s. 39. Ayrıca, birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinde, çalışanların hukuki durumlarına ve iş ilişkilerine TK. 158, 178 ve 190'ncü madde hükümleri uygulanacaktır.

42 **ALPAGUT**, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, s. 70.

43 **EKONOMİ**, s. 347.

değildir⁴⁴. Bu sebeple, işyeri devri bir kira sözleşmesi⁴⁵ şeklinde de gerçekleşebilir. Öyle ki, kanunun 6. maddesinin gerekçesinde, bu maddenin, işyerinin satım sözleşmesi sonucu kesin ve sürekli biçimde devrinde uygulanabileceği gibi, bir kira sözleşmesine göre geçici ve süreli olarak başkasına devri halinde de uygulanabileceği belirtilmiştir.

Özelleştirme sonucunda kamuya ait işyerlerinin kısmen veya tamamen başka birine devri de işyeri devri niteliğindedir⁴⁶. Ancak, özelleştirme sonrasında işverenin tüzelkişiliği devam ediyorsa ve sadece şirkette pay durumunda bir değişiklik varsa, burada işyeri devrinden söz edilemez⁴⁷.

İşyerine kamu makamları tarafından el konulması da işyeri devrinin gerçekleşmesine sebep olabilir. Ancak burada önemli olan husus, kamu makamlarının bir hukuki işlem niteliğinde olan işyerine el konulması işlemi neticesinde, işverenin hukuki kişiliğini değiştirip değiştirmeyeceğidir. Öyle ki, işyerine kamu makamları tarafından el konulduktan sonra, eğer, işyerinin tamamının veya bir bölümünün başka birine devri söz konusu ise, burada işyeri devrinden bahsedilir. Aksi halde, sadece kamu makamlarının işyerine el koyması ile işyeri devri gerçekleşmez⁴⁸.

İşyeri devrine bir başka örnek, adi ortaklıkta ortaklardan birinin hissesini devretmesidir. Çünkü, bu durumda hissesini devreden ortak ortaklıktan çıkmış olmaktadır⁴⁹. Tüzel kişiliği olan ortaklıklarda ise, ortaklardan birinin hissesini devretmesi işyerinin devri sayılmaz⁵⁰. Nitekim Yargıtay da bir kararında⁵¹, “...Her ne kadar mahkemece işyeri devrinin mevcut olduğu kabul edilerek davacının davasının kabulüne karar vermişse de, somut olay-

44 GÜZEL, s. 29.

45 Yarg. 9. HD., 7.03.2005, E. 2005/802, K. 2005/7443: “Davalı şirketin işin görüldüğü binayı malikinden 07.11.2000 tarihinde 01.10.2000 tarihi itibari ile kiraladığı, taşınmazı kiralarken önceki kiracı olan şirketin borçlarını da üstlendiği, bu kiralamadan sonra işyerinde tadilat yaparak aynı unvan altında aynı işi yapmaya devam ettiği, daha önce çalışanların bir kısmı ile çalışmayı sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Somut bu maddi olgulara ve özellikle kiralama tarihine göre, fülî devrin gerçekleştiği, (...) sabittir.” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

46 ÇELİK, s. 60.

47 GÜZEL, s. 33-34.

48 ÇİL, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, Ankara 2004. s. 372.

49 ÇİL, s. 371-372.

50 GÜZEL, s. 58.

51 Yarg. 9. HD., 11.7.2005, E. 2005/21402, K. 2005/24448 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

da işyeri devri söz konusu olmayıp davalı bankanın hisseleri el değiştirmiş-tir...” diyerek, tüzel kişiliği olan ortaklıklarda hisse devri konusunu işyeri devri olarak kabul etmemiştir.

İşverenin işyerini bir şirkete sermaye olarak koyması⁵² İş Kanunu bağ-lamında işyeri devri olarak kabul edilmekle birlikte, işyerinin bir gerçek kişi tarafından işletilirken şirketleşmeye gidilmesi halinde de işveren sıfatında değişiklik meydana geldiği için, burada da işyerinin devrinden bahsetmek mümkündür⁵³.

İşyerinde işverenin değiştiği durumlarda işyeri devrine bağlanan hukuki sonuçların uygulanması gerekir. Nitekim işyerinin devri ile birlikte işçinin korunması ihtiyacı gündeme gelir. Bu sebeple işyeri devri hususu ile ilgili belirtilenler dışında da işyeri devri örnekleri mevcuttur⁵⁴.

52 Yarg. 9. HD., 8.4.2008, E. 2007/27725, K. 2008/7812: “İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca işyerinin devrinde devralan işveren, hizmet süresi ile ilgili haklar-da işçinin devreden işveren yanında çalışmaya başladığı tarihe göre işlem yapmak zo-runda olduğundan, devirle işverenin değişmesi altı aylık kıdem süresini etkilemeyecektir. Bu bağlamda, bir işyerinin, işvereni tarafından, bir şirkete sermaye olarak konulması ha-linde de, İş Kanunu'nun 6'ncı maddesi anlamında işyerinin devri olarak kabul edilmeli kıdem süreleri birlikte hesaplanmalıdır.” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

53 Yarg. 9. HD., 22.7.2008, E. 2007/20491, K. 2008/21645: “...gerçek şahıs tarafından işletilen işyerinde işverenin de ortak olduğu bir şirket kurularak işyerinin yeni kurulan şirket tarafından işletilmeye başlanması halinde işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği so-nucuna varılması doğru değildir. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına gö-re bu tür bir ilişkide 4857 sayılı İş Kanununun 6.maddesinde sözü edilen işyeri devrinin kuralları uygulanmalıdır.” (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

54 Yarg. 9. HD., 14.7.2011, E. 2009/16835, K. 2011/24239; Yarg. 9. HD., 19.01.2010, E. 2009/42958, K. 2010/354; Yarg. 9. HD., 2.12.2009, E. 2009/10676, K. 2009/33101; Yarg. 9. HD., 23.10.2009, E. 2008/10811, K. 2009/28902: “İşyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin ardından şirketleşmeye gidilmesi halinde, bu işlem de bir tür işyeri devridir. Önceki gerçek kişi olan işverenlerin devralan tüzel kişi ortakları ol-ması bu devir ilişkisini ortadan kaldırmamaktadır (Yargıtay 9.HD. 22.7.2008 gün 2007/20491 E, 2008/21645 K.). Aynı şekilde daha önce tüzel kişi şirket olan işverenin işyerini bir gerçek şahsa devretmesi de mümkündür. Devralanın şirke-tin hissedarlarından biri olması da imkan dahilindedir. Adi ortaklardan bir ya da bazıla-rının hisselerini devri de sorumlulukların belirlenmesi noktasında işyeri devri olarak iş-lem görmelidir. Banka veya borsa aracı kurulu işyerlerine Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun el koyması ise işyeri devri niteliğinde değildir. Gerçekten bu halde işye-ri devredilmemekte sadece yönetime müdahale edilmektedir. Özelleştirme işlemi sonucu kamuya ait hisselerin devri de işyeri devri olarak değerlendirilemez. Belirtilen işle-mde, işyeri aynı tüzel kişilik altında faaliyetini sürdürmekte sadece kamuya ait hisselerin bir kısmı ya da tamamı el değiştirmiş olmaktadır. Bununla birlikte tamamı kamuya ait olan bir işyerinin özelleştirme işlemi sonucu başka bir işverene geçmesi işyeri devri ola-

Miras yoluyla intikalin işyeri devri olmadığı, madde gerekçesinde belirtilmiştir. Buna ilaveten, maddenin son fıkrasında işyerinin iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiye edilmesi sonucunda bir başkasına devredilmesi halinde işyeri devrinin söz konusu olmayacağı düzenlenmiştir. Madde hükmünde sadece iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesinden bahsedildiği için iflas dışında cebri icra yollarıyla satışlar bu hüküm çerçevesinde değerlendirilecektir⁵⁵.

3. İŞYERİ DEVRİNİN SONUÇLARI

3.1. İş Sözleşmelerinin Tüm Hak ve Borçları ile Devralana Geçmesi

İş Kanunu md. 6/f.1 uyarınca, işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak bir başkasına devredildiğinde devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri tüm hak ve borçları ile birlikte devralana geçecektir. Bu sonucun gerçekleşebilmesi için, o işyerinde çalışan işçilerin rızasının aranması gerekmemektedir. Devralan işveren iş ilişkisi kapsamındaki tüm hak ve borçlardan yani tüm çalışma şartlarından sorumlu olacaktır.

Bir işyerinin yeni bir işverene devri, o işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerini kendiliğinden sona erdirmez. Ancak devir gerçekleşmeden önce işçi veya işverence feshedilmiş olan yahut süresi dolmuş olan iş sözleşmeleri yeni işvereni bağlamayacaktır. Yeni işveren bu işçileri tekrar işe almış olsa bile, burada ayrı bir sözleşme gündeme gelecek ve taraflar bu yeni sözleşmenin koşullarını eskisi ile bağlı olmaksızın belirleyeceklerdir; yeter ki, devirden sonra çalışma koşullarının işçi aleyhine ağırlaştırılması amacını taşıyan muvazaalı bir fesih söz konusu olmasın⁵⁶.

İşyerinin devredilmesi çalışma koşullarını değiştirmez. Nitekim, İş Kanunu'nun 6. maddesinde iş sözleşmesinin tüm hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçeceği belirtildiğinden, devir işlemi ile birlikte iş sözleşmesi hiç değişmeden kalacak, devralan işveren, sözleşmenin yeni tarafı olarak devreden işverenin yerini alacaktır. Devralan işveren, bu sözleşme ile bağlı olmakla birlikte, tek taraflı olarak bu kural ve şartları değiştiremez. Esaslı bir değişiklik yapmak isteyen devralan, işçinin yazılı rızasını almalı ve

rak değerlendirilmelidir (Yargıtay 9.HD. 8.7.2008 gün ve 2008/25370 E, 2008/19682 K.). (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁵ ÇANKAYA/ÇİL, s. 196.

⁵⁶ ÇALIK, Abdurrahman, İş Hukukunda İşyeri Devri ve Sonuçları, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S:55-56, 2009, s. 113.

İş Kanunu md. 22'deki prosedürü izlemelidir. Aksi takdirde işçiler, İş Kanunu md. 24/2'nin (e) ve (f) bentleri uyarınca haklı nedenle derhal fesih haklarını kullanabileceklerdir⁵⁷.

3.2. Devralan İşverenin Devirden Önce veya Sonra Doğan Tüm Hak ve Borçlardan Sorumlu Olması – Devreden İşverenin Süre Yönünden Sınırlı Olarak Sorumlu Tutulması

İşyeri devri ile birlikte devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri tüm hak ve borçları ile devralan işverene geçeceğinden, devralan işveren devreden işverenin yerine geçecek ve sadece kendi döneminde gerçekleşecek olan haklardan değil, buna ilaveten işçinin devreden işverenin nezdindeki çalışmasından dolayı doğan haklardan da sorumlu olacaktır⁵⁸.

İşyerinin devri, devralan işverenin tüm hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesine taraf olmasını sağlarken, devreden işveren ise taraflıktan çıkar. Böylece, devreden işveren işçilere karşı yükümlülükten kurtulmuş olur. Ancak, devir tarihinden itibaren iki yıllık süre ile sınırlı olarak devreden işverenin sorumluluğu devam eder. Yalnız belirtilmelidir ki, devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinde muaccel olan alacaklar açısından geçerlidir. Bu durumda devir tarihinde muaccel olan işçilik alacaklarından (ücret, ikramiye, fazla çalışma vb.) devreden işveren devralan işveren ile birlikte sorumlu tutulacaktır.

Madde hükmünden anlaşıldığı üzere, devir tarihi itibarıyla henüz doğmamış olan veya doğmuş olmakla birlikte henüz ödeme zamanı gelmemiş olan borçlardan eski işveren sorumlu tutulamayacaktır. Böylece, işyerinin veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka bir işverene devri halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde muaccel olan ücret, fazla çalışma, tatil ücreti, prim, ikramiye gibi benzer hususlardan, devir tarihinden itibaren iki yıl süre ile iki işveren birlikte sorumlu olacak, devirden itibaren iki yıl geçtikten sonra ise devreden işverene herhangi bir sorumluluk yüklenemeyecek ve bunlarla ilgili tüm sorumluluk devralan işverene ait olacaktır⁵⁹. Örneğin devralan işveren, devir tarihinden önce ödenmesi gerektiği halde ödenmemiş olan ücret ve fazla çalışma gibi alacakların kendi dönemi ile ilgili olmaması nedeniyle sorumluktan kurtulamaz. Burada devralan işve-

57 ÇALIK, s. 114.

58 GÜZEL, s. 342.

59 ÇALIK, s. 116.

renden beklenen, basiretli bir tacir gibi davranması ve devralacağı işçilerin alacaklarının olup olmadığını tespit etmesidir⁶⁰.

İhbar tazminatı ya da izin ücreti hususu, işçiler tarafından iş akdinin devamı sırasında değil, iş akdinin sona ermesi halinde talep edilebileceğinden, işyeri devri durumunda devreden işverenin sorumluluğuna gidilmesi söz konusu olamayacaktır⁶¹. İş Kanunu md. 6'da, işyerinin devri halinde, devirden önce doğmuş bulunan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu oldukları hükme bağlanmıştır. Böylece, bu düzenleme ile yıllık izin ücreti alacağından tek başına devralan işverenin sorumlu olduğu anlaşılır.

İşyerinin devri halinde, iş sözleşmesi sona ermediğinden ne devreden ne de devralan işveren açısından kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü doğacaktır. Özetle, devralan işverenin sorumluluğu “devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut iş sözleşmelerinden” ve “devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan” kaynaklanır.

İş Kanunu md. 6/son uyarınca, tüzel kişiliğin birleşme, katılma veya türenün değişmesiyle sona ermesi hallerinde devreden işverenin tüzelkişiliği ortadan kalktığı için, birlikte sorumluluk hükümleri burada uygulanmayacaktır.

3.3. İşçinin Hizmet Süresinin Bir Bütün Olarak Göz Önünde Tutulması

İşyeri devri sonucunda, iş sözleşmelerinin devralan işverene geçmesi ile birlikte, işçinin devir anına dek sahip olduğu hizmet süresinin varlığı korunur. Böylece, işçi hem devir öncesi kıdemini hem de devirden sonraki hizmetini hesaba katarak, kıdeme bağlı haklarında ikisini de birleştirmiş olacaktır⁶². Nitekim İş Kanunu'nun md. 6/2 hükmünde, “devralan işverenin, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olduğu” düzenlenerek, hak kazanılan yıllık izin ücreti, fesih bildirim önelleri, ihbar ve kötüniyet tazminatı hesabında her iki dönemin de sürelerinin göz önünde tutulacağı anlaşılmaktadır⁶³.

⁶⁰ ÇALIK, s. 116.

⁶¹ SÜZEK, s. 195-196.

⁶² DULAY, s. 1384.

⁶³ SÜZEK, s. 195.

3.4. Devrin Taraflar Yönünden Haklı Sebep Feshe İmkan Vermemesi

İş Kanunu md. 6/5 hükmünde, devreden ve devralan işverenin veya işçinin sırf işyerinin veya bir bölümünün devir nedenine dayanarak iş akdini haklı nedenle feshedemeyeceği düzenlenmiştir. Böylece, işçi⁶⁴ veya işverenin, işyerinin devrini haklı fesih sebebi yaparak sözleşmeyi sona erdirmeleri söz konusu olamaz. Ancak, bilinmelidir ki, hem devralan hem de devreden açısından iş sözleşmesini haklı nedene dayalı olarak feshetme imkanı veren ve İş Kanunu md. 24 ve 25'te düzenlenen hallerin ortaya çıkması halinde, karşı taraf lehine haklı nedenle fesih hakkı doğacaktır.

İlgili hükmün devamında, devreden ve devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya 25. madde uyarınca haklı nedenlerle fesih haklarının saklı olduğu belirtilmiştir.

3.5. Devrin Taraflar Yönünden Geçerli Sebep Feshe İmkan Vermesi

İşverenler tarafından ekonomik ve teknolojik sebepler yahut iş organizasyonu değişiklikleri gereği ile yapılan fesihlerin, geçerli bir fesih olup olmadığı tespit edilmeli, yoksa fesih geçersiz kabul edilmelidir. Örneğin, Yargıtay, özelleştirme işleminin işyerinde yapısal değişiklik gerektirdiği ve devreden işveren tarafından gerçekleştirilecek fesihler için başlı başına ekonomik bir neden teşkil ettiği görüşündedir. İşyeri özelleştirilen işveren tarafından özelleştirme gerekçe gösterilerek gerçekleştirilen toplu fesihlerin, işletmenin ve işyerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayandığının kabulü gerekecek ve bu kapsamda bazı işçilerin, işverenin diğer işyerlerine nakil edilmiş olması da geçerli nedeni ortadan kaldırmayacaktır⁶⁵. Buna ilaveten, özelleştirme kapsamındaki işyeri devirleri neticesinde işyerinde mevcut iş sözleşmelerinin 6. madde gereği kendiliğinden devralan işverene geçmesi halinde, özelleştirme başlı başına devralan işveren için geçerli bir fesih nedeni oluşturmayacak, devralan işveren ancak 6. madde kapsamında çerçevesi belirlenmiş sebeplerin varlığını kanıtlamak şartıyla fesih yoluna gidebilecektir⁶⁶. Nitekim, Yargıtay bir kararında⁶⁷; “Özelleş-

⁶⁴ İşyerinin devri kural olarak işçiye hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı vermez. GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, s. 309.

⁶⁵ AYKAN, Ömer Yiğit, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İşyerinin Devri Halinde İşçilerin Kazanılmış Haklarının Korunması, Legal İSGHD, 2006/12, s. 1276.

⁶⁶ AYKAN, s. 1276.

tirme kapsamında olan bir işyerinde gerçekten ihtiyaç fazlası bulunduğu saptanması durumunda "ihtiyaç fazlalığı" fesih için geçerli nedeni oluşturur. Bu durumda mahkemece yapılacak iş davacının en son çalıştığı ünite ve bu ünite de fesih tarihi itibarıyla çalışan personel sayısı öncelikle tesbit edilmeli, tesbit edilen personel sayısı ile o ünite için saptanan norm kadro durumu karşılaştırılarak davacının gerçekten ihtiyaç fazlası olup olmadığı belirlenmelidir. Yapılacak bu araştırmalardan sonra şayet davacı ihtiyaç fazlası ise fesih için geçerli sebep bulunduğu kabul edilmeli, aksi halde isteğin kabulüne karar verilmelidir.” diyerek, özelleştirmenin tek başına bir fesih sebebi olamayacağını belirtmiştir.

3.6. İşyeri Devrinin İşe İadeye Etkisi

İş güvencesinin temel kurumlarından biri, işçinin işe iadesini sağlayan düzenlemedir. İş Kanunu md. 21’de düzenlenen “geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları” başlıklı maddede ifade edildiği üzere, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur (f.1).

Elbette ki işverenin iş sözleşmesini, haklı nedenlerin varlığı halinde, derhal ve tazminatsız olarak feshetme imkanı mevcuttur. Ancak bu şekilde söz konusu haklı nedenlerin bulunmaması halinde, işverenin, serbesti içerisinde işçilerin işine son vermesi kısıtlanmakta ve ancak geçerli nedenlerin varlığına bağlı olarak, bildirim sürelerine uyularak ve kıdem tazminatı ödemek suretiyle iş sözleşmesi feshedilebilecektir.

İşçinin iş sözleşmesi, işyerinin devrinden sonra devralan işveren tarafından feshedilmişse işçinin işe iade davasını devralan işverene karşı açması gerekmektedir. Çünkü, iş sözleşmesi devralan işveren tarafından feshedilmişse, devreden işverenin feshin geçersizliğinin sonuçlarından sorumlu tutulması söz konusu olmaz⁶⁸.

İşçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi üzerine açılan işe iade davasının yargılaması esnasında işyeri devredilmiş ise, husumetin kime yöneltileceği

⁶⁷ Yarg. 9. HD., 18.12.2003, E. 2003/20076, K. 2003/22156. (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁸ ALPAGUT, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, s. 182-183; ÇANKAYA/ÇİL, s. 198.

hususu önem arz eder. Şöyle ki, işe iade davasının açıldığı tarihte işyerinin devri söz konusu olmadığından, işe iade davasının devreden işverene karşı açılacağı konusunda herhangi bir görüş ayrılığından bahsedilemez. Ancak, işe iade davasının yargılaması sırasında işyerinin devredilmesi halinde davanın devralan işverene karşı da yöneltilip yöneltilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Birinci görüş, feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı fesih tarihine göre çözümlenmesi gerektiğinden ve husumet iş sözleşmesini fesheden devreden işverene yöneltildiğinden, davanın devreden işverene karşı görülmeye devam edilmesi gerektiğidir. Ancak, bu durumda devreden işveren hakkında kurulan tespit niteliğinde olan işe iade kararının, devralan işveren tarafından nasıl uygulanacağı sorun teşkil eder. İkinci görüş ise, davanın devralan işverene karşı yöneltilmesi, devreden işverene karşı açılmış olan davanın husumet yönünden reddi ve hükmün devralan işveren hakkında kurulması gerektiğidir. Ancak bu görüşün kabul edilmesi halinde, davanın açıldığı sırada henüz işyerinin devri gerçekleşmemiş olduğundan, devralan işverenin taraf sıfatını kazanması sorun teşkil edecektir. İşe iade davasının yargılaması sırasında işyerinin devredilmesi halinde, davanın devralan işverene ihbar edilmesi de üçüncü bir görüş olarak ileri sürülebilir. İşe iade davasının devralan işverene ihbar edilmesiyle, yargılama sonunda iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğinin tespit edilmesiyle, devralan işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde yükümlülük altına girebileceğinden haberdar olacak ve buna bağlı bir ödeme yapması halinde devreden işverene ödediği miktarı rücu edebilecektir⁶⁹.

4. İŞYERİ DEVRİNİN DİĞER ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

4.1. Genel Olarak

İş hukukunda, bir işçinin haklarından birden çok işverenin sorumlu tutulabilmesi, ancak taraflar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi, geçici iş ilişkisi, işyeri devri veya iş sözleşmesinin devri gibi üçlü iş ilişkilerinden birinin varlığı halinde söz konusu olabilir. Nitekim birden çok işverenin olduğu bu durum, işçilik alacaklarından kimin sorumlu olacağının tespiti hususunda önem arz etmektedir.

⁶⁹ ÇANKAYA/ÇİL, s. 198-200.

4.2. Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi ve İşyeri Devri

İşyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünün veya yardımcı işlerin bir başka işverene verilmesi İş Kanunu md. 2 anlamında alt işveren ilişkisi oluşturur. Madde hükmünde yardımcı işlerin alt işverene verilebilmesi herhangi bir sınırlayıcı şarta tabi tutulmamışken, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir işin bulunması aranmaktadır. Temizlik, güvenlik, yemek, taşıma gibi işler yardımcı işler kapsamında olup, bu gibi işlerin bir başka işverene verilerek ve işin bu işverenin işçileri ile asıl işverene ait işyerinde görülmesi alt işverenlik ilişkisinin doğmasına sebep olacaktır⁷⁰. Burada sorun, alt işveren ilişkisinin bir bölümünün devrini oluşturup oluşturamayacağı veya her iki kurumun hangi koşullarda çakışabileceğidir.

İşyerinin bir bölümünde alt işverene iş verilmesinin işyerinin bir bölümünün devri niteliğinde olup olmadığına ilişkin değişik görüşler ileri sürülebilir. İşin bir bölümünde alt işverene iş verilmesi ile, işyerinin bir bölümünün devri konularının birbiriyle ilişkisi tartışmalıdır. İşyerinin bir bölümünün devri ile asıl işveren-alt işveren ilişkisine bağlı kuralların birbiriyle bağlantılı olduğu ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda bir işyeri devrinin söz konusu olabileceği ya da aksine olmayabileceği⁷¹ düşünülebilir. Ya da, asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile işyerinin bir bölümünün devri kurumlarının birbiriyle bağdaşmadığı ve işyerinin bir bölümünün devri ile işin bir bölümünün alt işverene bırakılması hususlarının farklılık arz ettiği de diğer ileri sürülebilecek görüş olabilir⁷².

Kanımızca, asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile işyerinin bir bölümünün devrinin birbirinden tamamen ve kesin bir şekilde farklı olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Nitekim, bazı durumlarda her iki kurum unsurlarının birbirleriyle örtüşerek bağdaştığını kabul etmek gerekir.

Önemli diğer bir husus, birbirini izleyen alt işverenler arasında işyeri devrinin söz konusu olup olamayacağıdır. Nitekim Yargıtay çeşitli kararlarında, faaliyetin farklı alt işverenler tarafından belirli süreli sözleşmelerle

⁷⁰ ALPAGUT, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, s. 96.

⁷¹ Öyle ki, işyerinin bir bölümünü devralan işverenin, bu bölümü tamamen kendi faaliyet alanına dahil ederek, devreden işvereni, işyerinin dışına çıkarması durumunda, İş Kanunu md. 6 hükmü uyarınca işyeri devri söz konusu olur. Ancak, devralınan işyeri bölümünün, devreden işverenin işyeri dahilinde faaliyet göstermesi durumunda, bu iki kurumun da yani işyerinin bir bölümünün devri ile asıl işveren-alt işveren ilişkisi bir arada bulunacaktır. ÖZKARACA, s. 92.

⁷² ÖZKARACA, s. 92.

yerine getirilmesine rağmen, işyerindeki malzemeler asıl işveren tarafından sağlandığı, sabit olduğu, işçilerin de her seferinde kesintisiz işlerine devam ettiği durumlarda, alt işverenler arasında doğrudan bir hukuki ilişkinin varlığına bakılmaksızın, işyeri devrinin olduğunu belirtmiştir⁷³. Belirtilmelidir ki, gerek Türk hukuku gerek yabancı hukuk öğretisinde, işyeri devrinde, işverenler arasında doğrudan bir hukuki ilişki bulunma zorunluluğu aranmamaktadır⁷⁴. Buna ilaveten, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığına da bakılmalıdır. Eğer muvazaalı bir durum var ise, görünüşte alt işverenlerin şahsında meydana gelen değişiklikler gerçek bir işveren değişikliği olarak kabul edilmemekle birlikte, işçiler asıl işverenin işçisi sayılacaklardır. Nitekim, alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin çalışmayı sürdürmesi, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını gösteren olgulardan biridir⁷⁵.

Yargıtay, eski İş Kanunu dönemindeki pek çok kararında, işyerindeki alt işverenin değişmesini, işyerinin bir kısmının devri olarak yorumlamış ve yeni alt işveren yanında çalışmaya devam eden işçilerin, iş sözleşmeleri hâlen devam ettiği için ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti talep edemeyeceklerini hükme bağlamıştır⁷⁶.

Alt işverenlik ilişkisinde amaçlanan ile işyeri bölümünün devrinde amaçlanan hususlar birbirinden farklıdır. Şöyle ki, alt işveren ilişkisinde alt işverenin işçilerinin işçilik haklarının korunması amaçlanır iken; işyerinin bir bölümünün devrinde ise işyerinin bir bölümünü devralan işverenin işçilerinin işçilik haklarını koruması amaçlanır. Hem alt işverenlik ilişkisinde hem de işyerinin kısmi devrinde, işyerine ait maddi veya maddi olmayan unsurların devri söz konusu olsa da, alt işverenlikte genellikle, işyerini oluşturan unsurların değil, “faaliyetin” devri söz konusu olur⁷⁷.

Son olarak belirtilmelidir ki, Yargıtay’ın da kabul ettiği üzere, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin aynı şekilde asıl işverenin işyerinde çalışmaya devam etmeleri halinde, alt işveren, işyerini asıl işverene devretmiş sayılır⁷⁸.

⁷³ EKONOMİ, s. 337.

⁷⁴ GÜZEL, s. 53.

⁷⁵ ÖZKARACA, s. 102.

⁷⁶ ÇALIK, s. 112.

⁷⁷ DOĞAN YENİSEY, s. 245-246.

⁷⁸ EKONOMİ, s. 337.

4.3. Geçici İş İlişkisi ve İşyeri Devri

Geçici iş ilişkisi, işyeri devri gibi üçlü bir ilişki olmakla birlikte, işyeri devrinden önemli farklılıkları bulunmaktadır. Kanunda açıkça belirtildiği üzere, geçici iş ilişkisinin kurulabilmesi için, işçinin devir anında yazılı rızası şarttır (İş Kanunu md. 7). Yine, geçici iş ilişkisinin yenilenmesi durumunda da işçinin yazılı rızası aranır iken, işyerinin devrinde, devir işlemi ve bunun bir sonucu olan iş sözleşmesinin devralan işverene geçmesinde işçinin rızası gerekmemektedir⁷⁹. Geçici iş ilişkisinin kurulabilmesi için işçinin devir anında hatta geçici iş ilişkisinin kanundaki süreler içinde yenilenmesi durumunda her yenilemeden önce yazılı rızasının alınması şart olup, sözlü rıza geçerli olmayacaktır. İşyerinin devrinde ise, işyerinin devrinde ve bunun kanuni sonucu olan devir tarihinde işyerinde bulunan iş sözleşmelerinin devralan işverene geçişinde işçinin rızası aranmayacaktır⁸⁰. Buna ilaveten, geçici iş ilişkisinde geçici bir süreyle bu ilişkiyi devreden sürekli işveren, bu ilişkinin devamında ve sona ermesi halinde, işveren sıfatını kaybetmemekte ve iş sözleşmesi devam etmektedir. İşyerinin devri durumunda ise, devreden işveren, işyerinin devrinden sonra işveren sıfatını kaybetmemekte ve işçi ile arasındaki ilişki sona ermektedir.

İş Kanunu m. 7 hükmü uyarınca, geçici iş ilişkisinde, geçici iş ilişkisi kuralan işverenin, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinde, sürekli işveren ile birlikte sorumludur. Geçici işverenin, işçinin kendisinde çalıştığı süreden önce, sürekli işveren ile olan iş sözleşmesinden doğan alacaklarından ise, herhangi bir sorumluluğu yoktur. İşyerinin devri durumunda ise, devralan işveren, işçinin devirden sonra doğan işçilik alacaklarının asli borçlusu olmakla birlikte, işyerinin devrinden önce devreden işverenle olan iş ilişkisinden kaynaklanan alacaklarından da sorumludur⁸¹.

Ayrıca, belirtilmelidir ki, sürekli işverenin, işyerini, geçici iş ilişkisi devam ederken başka birine devretmesi durumunda, geçici iş ilişkisine göre başka bir işverene ait işyerinde çalışmakta olan işçinin iş sözleşmesi de, İş

⁷⁹ ÖZKARACA, s. 112.

⁸⁰ SÖNMEZ TATAR, Gülüm, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2011, s. 53.

⁸¹ ÖZKARACA, s. 113.

Kanunu m. 6 hükmünde belirtildiği üzere, tüm hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçecektir⁸².

4.4. İş Sözleşmesinin Devri ile İşyeri Devrinin Karşılaştırılması

İş sözleşmesinin devri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kabul edilen yeni düzenlemelerden biridir. Taraf olma sıfatı ile birlikte, tüm hak ve borçların bir başka işveren tarafından üstlenilmesi, iş sözleşmesinin devrine ait tanımdır⁸³. İş sözleşmesinin devrinin işyerinin devrinden farkı, devrin yasadan kaynaklanmayıp iradi olması iken; geçici iş ilişkisinden farkı ise, tüm hak ve borçlarla birlikte taraf sıfatının devredilmesidir⁸⁴.

Sözleşmenin iradi devri ile devredilen iş sözleşmesi bütün unsurlarıyla devam etmekle birlikte işveren tarafı değişikliğe uğramaktadır. Sözleşmenin hukuki niteliğinde, içeriğinde ve kapsamında herhangi bir farklılaşma olmamaktadır. Bu özelliklerden dolayı sözleşmenin devri cüz'i halefiyet sonucunu doğurmaktadır⁸⁵.

Devreden işveren ile devredilen işçi arasında iş sözleşmesi sebebiyle mevcut olan hukuki ilişki devrin geçerli olarak gerçekleşmesinden itibaren sona erecek, devralan işveren iş sözleşmesinin kurulması anından itibaren sözleşmenin tarafıymış gibi değerlendirilmeye tabi tutulacaktır. Buna ilave-ten, devir tarihinden itibaren sözleşmenin tarafı olan işçi devredilen işverenin işçisi olarak işlem görecektir⁸⁶. Sözleşmenin iradi devrinde taraf değişikliği olmasına rağmen mevcut olan iş sözleşmesinden doğan hak, borç ve alacaklar hiçbir değişikliğe tabi olmaksızın devralan işverene geçecek, yani sözleşme ilişkisi hangi durumda ise o haliyle alınacaktır⁸⁷.

İşçinin rızasının aranması, iş sözleşmesinin iradi devrini kanuni devirden ayıran en önemli farktır. İş sözleşmesinin devredilebilmesi için işçi, devreden işveren ve devralan işverenin bu yöndeki iradelerinin birleşmesi gerekir.

82 **ÖZKARACA**, s. 111.

83 **GÜZEL**, s. 266.

84 **ALPAGUT**, Gülsevil, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İSGHD 2011 C.8/S.31, s. 920.

85 **ARSLANOĞLU**, M. Anıl, İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi, Legal İSGHD 2006/10, s. 543.

86 **ARSLANOĞLU**, s. 543.

87 **ÇELİK**, s. 66; **EKONOMİ**, Münir/EYRENCİ, Öner: "Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi", Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s. 1222.

İş sözleşmesinin devri sonucunda işçinin, işverenin yanı sıra işyeri de değişmektedir. Yargıtay da kararlarında işçinin birden fazla işveren yanında çalıştığı durumlarda işyeri devrinin varlığını tespit ederken işyerinin değişip değişmediği kriterine başvurmuştur⁸⁸.

SONUÇ

1475 sayılı İş Kanunu'nda işyeri devrine ilişkin açık bir hüküm bulunmamakta idi. İşyeri devri ve sonuçlarına ilişkin bu boşluk, doktrin ve yargı kararlarıyla İş Kanunu'nun temel prensipleri çerçevesinde giderilmeye çalışılmıştı. Nihayet, işyeri devri, AB yönergeleri esas alınarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde açıkça düzenlenmiş oldu.

Türk İş Hukuku bakımından, işyeri devrinden söz edilebilmesi için işyeri veya işyeri bölümünün varlığı ile birlikte, işverenin değişmesi de gerekmektedir. Nitekim, işveren değişikliğinin olmadığı durumlarda bir işyeri devrinden söz edilmesi mümkün olmamakla birlikte; 4857 sayılı İş Kanunu md. 6, tüm işveren değişikliklerinde değil işyerinin veya bir bölümünün hukuki işleme dayalı olarak bir başkasına devri halinde uygulanır. Ayrıca, işyeri devrinin gerçekleşebilmesi için, işyerinin devrinde o işyerinde çalışan işçilerin rızasının aranması gerekliliği de yoktur.

İş Kanunu md. 6 hükmü uyarınca, işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

İşyeri devri, satım, kiralama, vasiyet, özelleştirme sonucunda kamuya ait işyerlerinin kısmen veya tamamen başka birine devri, işyerine kamu makamları tarafından el konulması, adi ortaklıklarda ortaklardan birinin hissesini devretmesi, işyerinin bir gerçek kişi tarafından işletilirken şirketleşmeye gidilmesi gibi benzer durumlarda söz konusu olur. Buna karşın, madde gerekçesinde miras yoluyla intikalin işyeri devri olmadığı ve maddenin son fıkrasında ise işyerinin iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiye edilmesi sonucunda bir başkasına devri halinin işyeri devri sayılamayacağı belirtilmiştir.

İşyeri devri sonucunda, iş sözleşmeleri tüm hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. Devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludur, ancak devreden sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı tutulmuştur. İşyerinin devri sonuçlarının bir diğeri, işçinin hizmet süresinin bir bütün

88 SÖNMEZ TATAR, s. 62.

olarak göz önünde tutulup, hem devir öncesi hem de devirden sonraki hizmet süresinin varlığının hesaba katılmasıdır. Ayrıca, belirtildiği üzere, işyeri devri taraflar yönünden haklı sebeple feshe imkan vermez.

İş hukukunda birden çok işverenin olduğu durumlarda, işçilik alacaklarında hangi işverenin sorumlu tutulacağı hususu sorun teşkil eder. Nitekim üçlü iş ilişkilerinde bu sorun gündeme gelmekle birlikte, buna ilaveten alt işverenlik ilişkisinin uygulamada işyeri devri ile bağdaşıp bağdaşmadığı noktası, kanunda boşluklar bulunduğundan dolayı, çözümü zor olan bir başka konudur. İşçinin korunması ve iş güvencesi bağlamında risk taşıyan tüm bu boşlukların kanunun ruhuna ve AB yönergelerine uygun doldurulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

ALPAGUT, Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı, Birinci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.

ALPAGUT, Gülsevil, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İSGHD 2011 C.8/S.31.

ARSLANOĞLU, M. Anıl, İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi, Legal İSGHD 2006/10.

AYKAN, Ömer Yiğit, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İşyerinin Devri Halinde İşçilerin Kazanılmış Haklarının Korunması, Legal İSGHD 2006/12.

ÇALIK, Abdurrahman, İş Hukukunda İşyeri Devri ve Sonuçları, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S:55-56, 2009.

ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

ÇİL, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, Ankara 2004.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.

DULAY, Dilek, İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri, Legal İSGHD, 2011 C.8/S.32.

EKONOMİ, Münir/EYRENCİ, Öner: “Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Armağan, C.II, İstanbul 2001.

EKONOMİ, Münir: “İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkilerine Etkisi”, Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan, Ankara 2000.

GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, Üçüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

GÜZEL, Ali, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987.

KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, Eylül 2012.

KAYIHAN, Şaban, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İşletme Hukuku, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2012.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, Beşinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

ÖZKARACA, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Birinci Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2008.

SAYIŞ, Begüm, “İş Hukukunda İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2008.

SÖNMEZ TATAR, Gülsüm, “İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi”, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı, Ankara, Kasım 2011.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Dokuzuncu Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2013.

ÜNALÇIN, Pınar, “İş Hukuku Açısından Avrupa Topluluğu'nda İşyeri Devri (187/77 No.lu Direktif Çerçevesinde)”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1992.

YEŞİL, Sevgi Başak, “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşyeri Devri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir.